الجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطيّة الشّعبيّة
وزارة التّعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عبد الرّحمن ميرة -بجاية-
كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة
قسم القانون الخاص
مخبر البحث حول فعليّة القاعدة القانونيّة

أطروحة مقدّمة لنيل شهـادة الدّكتوراه في القـانون

الميدان: الحقوق والعلوم السّياسيّة **تخصّص:** القانون الخاص **فرع:** الحقوق

بعنوان:

المبادئ التوجيهية لنظريّة العقد

إعداد الطـالبة

عمرون سيليـــــة

نوقشت بتاريخ: 19 فيفري 2025 **لجنة المناقشة:**

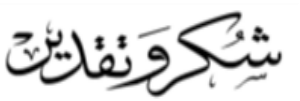
أ.د. قبايلي طيب، أستاذ، جامعة بجاية، ---------- **رئيسًا**؛
د. عثماني بلال، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية، ---------- **مشرّفًا ومقرّرًا**؛
د. بهلولي فاتح، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية، ---------- **ممتحنًا**؛
أ.د. موكه عبد الكريم، أستاذ، جامعة جيجل، ---------- **ممتحنًا**؛
د. بلميهوب عبد الناصر، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية، ---------- **ممتحنًا.**

السّنة الجامعيّة:2024-2025

(... رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ وَأَدۡخِلۡنِي بِرَحۡمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ١٩ ...)

-صدق الله العظيم-

سورة النمل-الآية 19



اللّهُمَّ صلي وسلم وبارك على خير الخلق سيِّدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،
والحمد لله الذي أنار دربي بنور العلم؛

أمَّا بعد؛

أتقدَّم بجزيل الشُّكر للدُّكتور **"عثماني بلال"** على قبوله الإشراف على هذه الأطروحة، فبارك الله فيه

كما لا يفوتني التَّعبير بأسمى عبارات الشُّكر والامتنان لكلِّ **من الأساتذة الأفاضل** على قبولهم مناقشة موضوع هذه الأطروحة، فبارك الله فيكم

شكر خاص لكلٍّ من:

عمال مكتبة كليَّة الحقوق والعلوم السِّياسيَّة بجامعة بجاية (الجزائر)؛
عمال مكتبة كليَّة الحقوق بجامعة الإسكندريَّة (القاهرة)

الباحثة: عمرون سيلية

إهداء

إلى روح أجدادي وجدَّاتي

روح الغالي جدِّي **"العيد" ...** داعية المولى -عزَّ وجلَّ- أن يسكنه جنَّات عدن

روح الملاك أخي **"عبد السَّلام" ....** اللَّهُمَّ اجعله طير من طيور الجنَّة

إلى والدي العزيزين **.... السند والإلهام ....** أسأل الله لهما طول العمر ودوام الصِّحَّة

إلى أختي **..... أمل المشرق ...** أسأل الله أن يحفظها

إلى أخي **..... نور الحياة ...** أسأل الله أن يحفظه

إليكم جميعًا أهدي هذا العمل

داعية الله -عزَّ وجلَّ- أن يُكلَّل طريقي بنور التَّوفيق والنَّجاح

الباحثة: عمرون سيلية

« *Ainsi, le même homme qui est plein d'humanité pour ses semblables quand ceux-ci sont en même temps ses égaux, devient insensible à leurs douleurs dès que l'égalité cesse* »

Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*

« *... Contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même ccommunier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire ses affaires* ».

TERRÈ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil : les obligations*

قائمة بأهمّ المختصرات

Liste des principals abréviations

أوّلاً: باللّغة العربيّة

ج.ر.ج.ج :	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
ج :	الجزء.
د.س.ن :	دون سنة نشر.

ثانيًا: باللّغة الأجنبيّة

A.J. Contrat :	**R**evue **A**ctualité **J**uridique **C**ontrat.
AJDA	**A**ctualité **J**uridique, **D**roit **A**dministratif.
Arch. phil. Droit :	**R**evue **A**rchives de la **P**hilosophie du **D**roit.
Bull. Civ. :	**B**ulletin des arrêts de la Cour de cassation : **C**hambres **C**iviles.
Bull.	**B**ulletin.
D. :	**R**ecueil **D**alloz.
DEA :	**D**iplôme d'**É**tudes **A**ppliquées.
éd. :	**É**dition.
Cass. Civ. :	Arrêt de la chambre **C**ivile de la Cour de **C**assation.
Cass. Com. :	Arrêt de la Chambre **C**ommerciale, **F**inancière et **É**conomique de la Cour de **C**assation.
Cass. Soc. :	Arrêt de la chambre **S**ociale de la Cour de **C**assation.
Chr. :	**C**hronique.
C.R.D.F :	**C**ahiers de la **R**echerche sur les **D**roits **F**ondamentaux
Ibid :	**M**ême **R**éférence.
In :	Dans. **I**NC : **I**ncorporation.
J.C.P. G. :	**J**uris-**C**lasseur **P**ériodique, édition **G**énérale.

JORF :	**J**ournal **O**fficiel de la **R**épublique **F**rançaise.
L.G.D.J. :	**L**ibrairie **G**énérale de **D**roit et de **J**urisprudence.
L.P.A :	**L**es **P**etites **A**ffiches.
***op.cit.*, :**	**R**éférence **P**récédemment **C**itée.
P.U.A.M. :	**P**resses **U**niversitaires **A**ix-**M**arseille.
PUF :	**P**resses **U**niversitaire de **F**rance.
R.D.C :	**R**evue **D**es **C**ontrats.
R.D.S. :	**R**evue de **D**roit **S**ocial.
Rép. Civ. :	**R**épertoire Dalloz de Droit **C**ivil. = encyclopédie Dalloz.
R.I.D.C. :	**R**evue **I**nternationale de **D**roit **C**omparé.
R.J.T. :	**R**evue **J**uridique **T**hémis.
RTD Civ	**R**evue **T**rimestrielle de **D**roit **C**ivil.
RTD Com :	**R**evue **T**rimestrielle de **D**roit **C**ommercial.
S. :	**S**uite.
S/D :	**S**ous la **D**irection.
T. :	**T**ome.
Vol. :	**V**olume.

مُقدِّمةٌ

شكل العقد الأرضيَّة القاعديَّة الَّتي تُبنى عليها العمليَّة التعاقديَّة (**processus contractuel**) مما مكَّنه من استحواذ مكانة محوريَّة ضمن عرش النظريَّة العامَّة للعقد[1]، الَّتي احتضنته بقواعد وأحكام نظمت بها مختلف جوانبه، ضمانًا لهيكل تعاقدي يستجيب لمتطلبات الممارسة التعاقديَّة، وهذا التَّعالي في قيمة العقد، إنّما جاء لتأكيد دوره البارز، بوصفه آلية تشبع حاجات الفرد في المجتمع وتضمن تحقيق مصلحته الشَّخصيَّة.

صُنفت المصلحة الشَّخصيَّة (**l'intérêt privé**) كرمز للتَّعاقد، وهدف يرجوه كل متعاقد من دخوله في عمليَّة تعاقديَّة؛ لذا تكفلت الإرادة الحرَّة بتوجيه رغبة المتعاقد نحو تحقيقها؛ دون تقييده أو فرض ما يُزعزع مبدأ استقلاليَّة الإرادة؛ الَّتي تسهر دائمًا على ترجمة حريَّة الفرد في قالب تعاقدي؛ لتُبين العلاقة الوطيدة الَّتي تجمع بين إرادة المتعاقد ومصلحته الشَّخصيَّة، سعيًا منها إلى ضمان قدسيتها في أثناء نجاح العمليَّة التعاقديَّة.

تقوم العمليَّة التعاقديَّة ضمانًا للمصلحة الشَّخصيَّة للمتعاقد، على جملة مبادئ توجيهية (**principes directeurs**)[2]، بحيث لا يمكن الاستغناء عنها، نظرًا لدورها الداعم لرغبة المتعاقد في تحقيق مصلحته الشَّخصيَّة، الَّتي لا يكاد كل طرف متعاقد يدخل في عمليَّة تعاقديَّة، إلَّا بعد أن يسلط الضوء عليها، إلا أن تحقيقها يتم في ضوء التَّكافؤ الوظيفي بين مبادئ العقد، حتَّى تضمن التَّوجيه المرشد لكافة جوانب العمليَّة التعاقديَّة.

حاز مبدأ سلطان الإرادة (**l'autonomie de la volonté**) على مكانة مهمة ضمن الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد، إذ أعتمد عليه كأحد أهم ركائز العمليَّة التعاقديَّة، وأبرز المبادئ الموجهة لها فدام سلطانه على العلاقات العقديَّة سائدا لفترة زمنية طويلة، بفضل فلسفته الداعمة للحريَّة الفرديَّة، وكذا نتائجه المترتبة عن ممارسته الظاهرة في جملة مبادئ متفرعة عنه، تنصب في اتّحادها على هدف كفالة حريَّة الفرد ومصلحته الشَّخصيَّة.

---

(1) - تنص المادة 54 من **الأمر رقم 75-58** مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمَّن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدَّل ومتمم، على أنَّه: **"**العقد اتّفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما**"**.

(2) - **Le principe** se définit comme étant : « *(...) Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure (...)* », cité par : **CORNU Gérard**, *Vocabulaire juridique*, 10ème éd. PUF, Paris, 2013, p. 804.

أُعتبرت الحريَّة التعاقديَّة **(la liberté contractuelle)** أولى المبادئ الداعمة للحريَّة الفرديَّة والمجسدة لاستقلاليَّة الإرادة، حيث تمنح كل طرف متعاقد الحريَّة في التَّعبير عن رغبته في الدُّخول في علاقة عقديَّة من عدمها، دون أن يجد نفسه مجبرًا على الرضوخ لعقد معيَّن، قد تفرضه إرادة خارجيَّة تعلو على إرادته المستقلة، إنّما يبقى الطّرف المتعاقد مقيدًا بحريَّته التعاقديَّة وملتزمًا بما التزم به بمحض إرادته الحرَّة.

يدعم مبدأ الرضائيَّة **(principe de consensualisme)** حرية الطَّرف المتعاقد في التَّعبير عن رغبته في التَّعاقد أو العزوف عنه، بتقرير حرية التَّعبير، الَّتي تسمح لكل متعاقد وفقا لسلطان إرادته المستقلَّة بتحديد الكيفيَّة الَّتي يعبر بها عن رغبته ويترجم من خلالها حريَّته التعاقديَّة، آخذًا بعين الاعتبار معيار التَّناسب بين كيفيَّة التَّعبير وهدف تحقيق المصلحة الشَّخصيَّة، حتَّى يضمن نجاح العقد.

مثلت القوة الملزمة للعقد **(la force obligatoire du contrat)** ثانٍ المبادئ المعزّزة من الحريَّة الفرديَّة والمعبرة عن الإرادة الحرَّة، بفضل توجهها الداعم لكل ما تتَّجه إليه إرادة المتعاقد إلى إنشائه من التزامات بكل حريَّة، بحيث تسهر على توفير سياج إلزامي يلتف حول العلاقة العقديَّة ويلزم طرفيها بالتقيُّد بالتوقُّعات التعاقديَّة تنفيذًا لها، ورضوخا للإرادة التعاقديَّة المشتركة، بهذا تضمن إلزاميَّة العقد، عدم التَّعدي أو المساس بالعلاقة العقديَّة تحت طائلة أي ظرف يتذرع به أحد المتعاقدين، أو حتَّى طرف أجنبي عنهما.

يرتب مبدأ نسبيَّة العقد **(principe de l'effet relatif du contrat)** آثاره الثابتة على العلاقة العقديَّة، من خلال السهر على ضمان ثبات هذه الآثار المترتبة عن العقد، بحصرها عند حدود طرفيها، باعتبار أن شؤون العقد تبقى بمنظور المبدأ شأن المتعاقدين، ولا تتعدَّى إلى طرف ثالث أجنبي عنهما وعن العقد، هذا ما يعزّز من القوَّة الملزمة للعلاقة العقديَّة، ويضمن استقلاليَّة الإرادة في صناعة ما تتوقعه الإرادة التعاقديَّة المشتركة من التزامات.

صادفت مفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد إثر التطوُّرات الحديثة[3] الَّتي كشف عنها واقع الممارسة التعاقديَّة، مشكلة تضرُّر هيكل النظريَّة، وإصابتها بإرهاصات، استنزفت قدرة فلسفتها التقليديَّة وقواعدها الكلاسيكيَّة على مواجهتها؛ لذا بدا على وجه نظريَّة العقد انقلابات، فرضت عليها حتميَّة الانتقال من تقديسها المطلق لمبادئها الفرديَّة، الَّتي لطالما تعايشت مع الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد، نحو إيجاد نفق الخروج إلى دائرة التَّخفيف والتَّلطيف من قداسة هذه المبادئ، قصد تحقيق أهداف مختلفة.

انعكست التطوُّرات الحديثة على مفاهيم الفلسفة التقليديَّة للنظريَّة العامَّة للعقد، وحتَّى على توجُّهاتها، ففرضت عليها العديد من مظاهر الحداثة، فبعدما كانت تتعايش مع دعوة كل متعاقد من دخوله في عملية تعاقديَّة إلى تحقيق مصلحته الشَّخصيَّة، أصبحت تُخالف منطق هذه المصلحة وتسعى إلى الاهتمام بالمصلحة العامَّة، كعلاج لبعض الثغرات الَّتي بدت ترسو في محيط العلاقات العقديَّة، وهذا كلُّه من أجل ضمان عدالة عقديَّة **(justice contractuelle)**، الَّتي تعتبر وسط هذه التطوُّرات ركيزة أساسية يجب أن تقوم عليها العمليَّة التعاقديَّة.

حال اضطراب النظريَّة العامَّة للعقد، وتقهقر مبدأ سلطان الإرادة وسط هذه التطوُّرات الحديثة، أدى الوضع إلى زعزعة المكانة المقدسة للمبادئ الفرديَّة، ممَّا لوح في الأفق، عن ظهور أزمة عقد **(la crise du contrat)** تصارع معها واقع الممارسة التعاقديَّة، وجعلها تدعو بشكل اضطراري، إلى التَّنقيب في مختلف القواعد الكلاسيكيَّة لنظريَّة العقد، عمَّا يمكن اعتماده قصد مواجهة هذه الأزمة، فوجد في فلسفة التَّضامن **(le solidarisme contractuel)** حلول علاجية، تتمكن من مقابلة هذه الأزمة، والنَّيل منها، لكن بعد فرض عدة مفاهيم جديدة في عرش النظريَّة العامَّة للعقد.

تجلت هذه المفاهيم الجديدة التي راودت هيكل النظريَّة العامَّة للعقد، في فرض فلسفة حديثة تقوم على قواعد جديدة، تظهر في تبني مبدأ حسن النيَّة **(la bonne foi)** كدعامة قانونيَّة أساسية في تقرير عدالة العقد، لابد من إقحامها في الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد، بغية النُّهوض بوجه حديث لها، وهذا بالنظر لما لهذه المفاهيم الجديدة من دور في مجابهة هذه التطوُّرات الحديثة المهددة هيكل

(3) - تتمثل أهم هذه التَّطوُّرات الحديثة الّتي تواجهت معها الفلسفة التقليدية للنظريَّة العامَّة للعقد في **اضطراب العلاقة العقديَّة** الظاهر في اختلال توازن الأداءات التعاقديَّة، والتَّعدي على معادلة المساواة بين مراكز العلاقة العقديَّة، ناهيك عن عدم تحقيق عدالة عقديَّة تجمع بين مصالح المتعاقدين، كل هذا وذاك، سيتمّ التَّعرض له بنوع من التَّفصيل ضمن أجزاء هذه الدراسة.

نظريَّة العقد، فضلًا عن النُّهوض بمبادئ بارزة في دعم حركية جوانب العمليَّة التعاقديَّة، نزولا عند الرغبة في تطوير العقد، وتحقيق أهداف مختلفة تضمن نجاح العلاقة العقديَّة.

أهميَّة الموضوع:

تتحدَّد أهمية البحث في موضوع الدراسة، من خلال إلقاء نظرة تأملية على الواقع التَّعاقدي المعاصر الَّذي كشف عن أبرز التطوُّرات الحديثة الَّتي فرضت نفسها في محيط النظريَّة العامَّة للعقد، بعدما إختبئت قواعد هذه النظريَّة في قوقعتها الفلسفية التقليديَّة؛ لتعرف عقبة التطوُّرات والمتغيّرات الَّتي طالت العقد وهدَّدت مبادئه بزعزعة مكانتها الرياديَّة، انقلابات متعدّدة وقعت قصد النُّهوض بوجه جديد للعقد، يستبشر بالتحوُّل الناقل إلى ضفة التجدُّد والتطوُّر.

ضف إلى أن هدف تطوير النظريَّة العامَّة للعقد، ليس المعنى منه النَّيل من فلسفتها التقليديَّة، وقواعدها الكلاسيكيَّة، إنَّما محاولة إضفاء عليها تجديد لمفاهيمها ومبادئها التَّوجيهية الَّتي تقوم عليها العمليَّة التعاقديَّة كركائز لها، حتَّى تستشعر بإبعاث روحًا حية، وانتعاشا يفوح في أثناء قراءة مبادئ نظريَّة العقد، يسهل تطبيقها في محيط العلاقات العقديَّة، وتحقق المبتغى من تقريرها كالتَّوجيه المرشد لجوانب العقد.

فضلاً على أن موضوع الدراسة، احتل في الآونة الأخيرة أحد أبرز مواضيع السَّاعة، والجديرة بالمعالجة، فكانت أحد المواضيع المتداولة على طاولة النّقاش الفقهي، بحيث إرتأى الفقهاء إلى اقتراح العديد من الدّراسات والمشاريع قصد إضافة قواعد ومفاهيم جديدة للعقد؛ لأجل ضمان إحيائه في دائرة محيطة بمبادئ تضمن له التَّوجيه المرشد، فطُرحت مناقشة ثريَّة تتناول كافة الجوانب التقليديَّة لمبادئ العقد، بقصد النهوض بوجه حديث له، يتقابل مع كل التطوُّرات الراهنة للنظريَّة العامَّة للعقد.

استحوذ موضوع الدراسة على حصص معتبرة من العمل الاجتهادي القضائي، الظّاهر من خلال الجهود القضائيَّة في تطويع مبادئ العقد، عبر دراسات شهدت عليها محطة من سلسلة السَّوابق القضائيَّة، تخلَّلتها تنويهات اضطراريَّة بشأن تطوير قاعدة هذه المبادئ، قصد تحفيزها على التَّغيير من ثوبها التَّقليدي إلى ثوب حديث، يتناسب مع التطلُّعات الراهنة لتطوير الهيكل التَّعاقدي، بُغية ضمان أداء وظائفه، على نحو تُحقق المغزى من توجيهها المرشد لجوانب العمليَّة التعاقديَّة.

تيقن بالإجابة لمختلف هذه التَّنويهات المتجهة نحو تطوير مبادئ العقد، بموجب رؤية إصلاحيَّة لنظريَّة العقد، من قِبل العديد من المشرعين، من بينهم، المشرّع الفرنسي عبر دراسة **مشروع إصلاح قانون العقود**[4]، وخطوته بإصدار **إصلاح لهذا القانون سنة 2016**[5]، استهدف فيه مظاهر التَّجديد والحداثة، بُغية تطوير مبادئ العقد، وليس هدمها، مقابل تحقيق أهداف مغايرة تنصب في خدمة العقد.

تقديرًا لمختلف المستجدات الطارئة على مبادئ النظريَّة العامَّة للعقد، تبينت الأهمية المتعلقة بدراسة والبحث في موضوع **"المبادئ التوجيهية لنظريَّة العقد"**، الوضع الَّذي دفع بنا من نظرة تأمل واقع إلى استقراء فقهي، وإلهام قضائي وصولًا إلى الساحة التَّشريعية الدولية مقارنة بالبيئة التَّشريعية في الجزائر، إلى تحفيز -الباحثة- في الغوص بالكتابة في موضوع مبادئ العقد، للتعمق أكثر في جوانب الحداثة، والالتفات إلى تطوير نظريَّة العقد ومبادئها في ظلِّ الفجوات الَّتي تكتسو أتلال النظريَّة العامَّة للعقد في ظلِّ التَّقنين المدني الجزائري.

أهداف الموضوع:

1. تشخيص مدى صحة وعافية النظريَّة العامَّة للعقد، قصد معرفة قدرة فلسفتها التقليديَّة ومفاهيمها الكلاسيكية في التَّصدي لأهم التطوُّرات الحديثة لنظريَّة العقد الَّتي أصبحت تطرح منافسة شرسة بين مبادئ العقد باختلاف توجُّهاتها؛
2. رصد دور الاجتهاد القضائي المقارن في تطوير النظريَّة العامَّة للعقد، مدعم بأحدث الدراسات الفقهيَّة والمشاريع القانونيَّة، الَّتي تكشف –في كل مرة- عن دورها البارز في إرساء العمليَّة التعاقديَّة على أرضية قاعدية معبدة بمبادئ مرشدة لجوانبها التعاقديَّة؛
3. تحفيز المشرّع الجزائري على اتخاذ خطوة يُعلن بها عن إنهاء عزلته عن محيط الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد ومبادئها التوجيهيَّة، والنهوض بوجه حديث لها يفوح بمظاهر التَّجدد والتطوُّر، قصد الرُقي بمنظومة عقدية فعَّالة في ظل الدولة الجزائرية؛
4. محاولة تقديم دراسة مرجعية في مجال تطوير **"مبادئ العقد"**، ترتقي إلى دليل علمي ممنهج يساهم بشكل ما في تسهيل الولوج إلى وعاء غني بخلاصات تأملية لركائز العمليَّة

(4) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 35, du 11 février 2016.
(5) - **Ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°35, du 11 février 2016.

التعاقديّة؛ هذا ما سيساعد رجل القانون بوجه عام على تكوين رصيد معرفي ملم بالأفكار الأساسيَّة حول موضوع الدراسة.

بناءً على ما سبق بيانه، وفي ضوء تحوُّلات مبادئ العقد وسط جملة تطوُّرات وتحديات معاصرة تتخبط فيها الفلسفة التقليديَّة للنظريَّة العامَّة للعقد، طُرح على طاولة نقاش الدراسة إشكاليَّة البحث في:

إلى أي مدى يمكن تقرير مبدأ الموازنة بين ثبات استقلاليَّة الإرادة وتحقيق العدالة العقديّة؟

للإجابة على الاشكالية، تمّ الاعتماد **على المنهج الاستقرائي** بغيَّة تحليل النُّصوص القانونيَّة الواردة في **الأمر رقم 75-58** المتضمن القانون المدني الجزائري، **مع الاستئناس بالمنهج الوصفي** قصد وصف تجربة الاجتهاد القضائي المقارن والتَّشريعات المقارنة في مجال تطوير مبادئ العقد من أجل استنباط أخر المستجدَّات الَّتي طرأت على النظريَّة الحديثة للعقد، والتَّنبؤ بمستقبل مطور لمبادئ نظريَّة العقد في ظلّ القانون المدني الجزائري.

يبدو أن العمليَّة التعاقديَّة تمّ تأطيرها بركائز، أوَّلها تمثل في مبدأ سلطان الإرادة، الَّذي لطالما تعايشت معه الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد، ومنحت له مكانة تاريخيَّة، يُحسب لها، نظرًا لدوره المقدس من استقلاليَّة الإرادة الحرَّة للطَّرف المتعاقد، غير أنَّ سلطان الإرادة تمّ تهديده بانتزاع مكانته الرياديَّة من خلال إقحام مفاهيم جديدة تنوه بتوجهات حداثية لأهداف العقد؛ لذا بقي سلطان مبدأ الإرادة يتردَّد بين ثوبه القديم ورغبته في الحفاظ على أصالته، وبين مواكبة الرؤية الإصلاحية، وتقلبه للثوب الجديد، ممَّا جعل المبدأ يدور في فلك الثَّابت والمتغيَّر **(الباب الأوَّل)**.

أقيمت العمليَّة التعاقديَّة على مبدأ حسن النيَّة بعد تصالحها الاضطراري مع ركيزة مبدأ سلطان الإرادة، تقريرًا منه لمبدأ العدالة العقديَّة، الَّذي يندد باحترام قداسة استقلاليَّة الإرادة، لكن ردعًا لها، كلما تجاوزت حدود التَّعسُّف، يسمح لمبدأ حسن النيَّة بالتَّدخل قصد تقييدها خوفا من المساس بالعدالة العقديَّة الواجب ضمان توزيعها على قدم المساواة بين المتعاقدين؛ لذا تمّ تكريس مبدأ حسن النيَّة كركيزة أساسيَّة –إلى جانب سلطان الإرادة- لإحياء عقد في بيئة مليئة بالاستقرار والأمان **(الباب الثَّاني)**.

الباب الأوَّل
تحوُّل مبدأ سلطان الإرادة تحت تأثير التَّوجُّهات الحديثة لنظريَّة العقد: الثَّابت والمتغيِّر

أصيبت النَّظريَّة العامَّة للعقد بتقهقر جعل مفاهيمها التَّقليديَّة لا تتلاءم مع المعطيات الحديثة الَّتي باتت الممارسة التعاقديَّة تضطلع إلى فرضها في محيط العمليَّة التعاقديَّة، وتتذرع بإلزاميَّة إقحامها ضمن مفاهيم نظريَّة العقد، كرؤية إصلاحيَّة جديدة لهيكل العقد، قصد النهوض بوجه حِداثي يستجيب للتَّوجهات الحديثة، الَّتي أصبح العقد –في حد ذاته- يأمل بتحقيقها ضمانا لأهداف متعدَّدة، غير أنَّ هذا الوضع طرح على طاولة النِّقاش الفقهي، القضائي، وحتَّى التَّشريعي، حقيقة تصادم مفهوم العقد مع واقعه ممَّا نبأ عن بداية أزمة لنظريَّة العقد، اختنقت فيها مفاهيمها التقليديَّة، وعجزت عن التأقلم في بيئة منحصرة بمعطيات جديدة معاكسة للفلسفة التقليديَّة للعقد.

أثارت التَّشققات الَّتي عانت منها النَّظريَّة العامَّة للعقد، التي كشفت مؤخرا عن أزمة طالت العقد، في زعزعة المبادئ الموجهة له، لا سيما ما تعلق منها بمبدأ سلطان الإرادة الَّذي لطالما فرض نفسه كمبدأ مهيمن على كافة جوانب العمليَّة التعاقديَّة، إلا أنَّ هذا المبدأ العتيق، أصبح يهدد بتحديات معاصرة صاحبتها قِيام توجهات حديثة لنظريَّة العقد، ما تسبب في تقهقره، وتراجع مكانته المقدَّسة ضمن العلاقات العقديَّة؛ لذا بدا لازما البحث عن كيفيَّة ترميم هذه التَّشققات، قصد تطوير حركيَّة مبدأ سلطان الإرادة، والارتقاء به في مقابل التَّخفيف من هيمنته نزولا عند الرغبة في تكريس أهداف جديدة.

وجد مبدأ سلطان الإرادة نفسه أمام مفاهيم غير مألوفة عنه مقارنة بالبيئة التعاقديَّة الَّتي كان يعيش مع فلسفتها التَّقليديَّة ومفاهيمها الكلاسيكيَّة، فاندفع إلى ضرورة إحداث نقلة نوعيَّة، حتَّى يثبت صموده أمام هذه المتغيِّرات، فكانت النتيجة أنَّ بدأ مبدأ سلطان الإرادة يتجرد –نوعا ما- من النزعة الفرديَّة المقدَّسة من روح الفرد، وسمو إرادته في إقامة العلاقات العقديَّة، إلى مواجهة التَّداعيات التَّحوليَّة الَّتي فرضتها النزعة الاجتماعيَّة برؤيتها الجديدة لمبادئ النَّظريَّة العامَّة للعقد، والنطق بمبادئ أكثر حِداثيَّة تتناسب مبدئيا مع التطلعات المستقبليَّة للعقد.

وسط هذه التحولات الحديثة لمفاهيم النظرية العامة للعقد، وما تعرضت له مبادئها من إرهاصات، بقي مبدأ سلطان الإرادة ثابتا مستحوذا على هيبته التي تعايش بها في ظل الفلسفة التقليدية لنظرية العقد، الوضع الذي جعله يُثابر على مواجهة واقع المتغيرات التي أوجدتها الممارسة التعاقدية، وفرضت عليه تجديد بعض جوانبه، قصد التطلع الدائم إلى تحقيق مصالح الأطراف المتعاقدة، وعدم البقاء متمسكا بقوقعته المتحجرة عن قبول بعض المفاهيم الجديدة في ظل رؤية

إصلاحية لهيكل العقد، التي ينبغي العمل على تكريسها حفاظا على قيمة العقد، وكل هذا تم في ظل نقلة نوعية لمبدأ سلطان الإرادة.

تعلق مبدأ سلطان الإرادة في ظلّ الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد، بتكريس هدف المصلحة الشَّخصيَّة، انطلاقًا من تقديره لمبدأ استقلاليَّة الإرادة التعاقديَّة، وتقديسه لما ينجر عنها من توقُّعات تخدم هذه المصلحة الَّتي يرغب كل متعاقد يدخل في عمليَّة تعاقدية من تحقيقها، من هنا نلتمس العلاقة الوطيدة القائمة بين مبدأ سلطان الإرادة وهدف المصلحة الشَّخصيَّة، الَّتي تتلاقى وتمتزج ببعضها بفضل توجيه إرادة المتعاقد نحو بلوغ هذه المصلحة، الَّتي يتكفل بها مبدأ حريَّة التَّعاقد **(الفصل الأوَّل)**.

تغيَّر توجه مبدأ سلطان الإرادة إثر مصارعته بتقلبات فوضوية تعرض لها المجتمع، بسبب جملة تطوُّرات اجتماعيَّة واقتصاديَّة طالت مسار العلاقات العقديَّة، فشهدت على ظهور طبقية في التَّعاقد، ممَّا فرض ضرورة انقلاب توجُّه سلطان الإرادة، والإسراع في إعادة النَّظر في مصلحة المتعاقدين، بتفعيل جانب المصلحة العامَّة، الَّتي عبَّرت عن أكبر نقلة نوعية للمبدأ من تقديسه للمصلحة الشَّخصيَّة إلى تعزيزه للمصلحة العامَّة، نزولًا عند هدف تقرير عدالة العقد، الَّذي يعد من أبرز المبادئ الَّتي تنتظر الاستجابة لها بقواعد ناطقة ضمن عرش النظريَّة العامَّة للعقد **(الفصل الثَّاني)**.

الفصل الأوَّل
ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالمصلحة الشَّخصيَّة:
تكريس لحريَّة العقد

تتقوم العمليَّة التعاقديَّة على جملة ركائز، يستحيل الاستغناء عنها، ضمانا لتحقيق الأهداف المرجُوَّة من وراء العقد، فكان مبدأ سلطان الإرادة، أحد أهم هذه الركائز، الَّتي لطالما ألفته الفلسفة التَّقليديَّة لنظريَّة العقد، وتعايشت مع دوره التَّوجيهي للعقد، بحيث يضمن تعبير كل طرف متعاقد عن رغبته في تحقيق المصلحة الشَّخصية، ويكفل بحمايتها؛ لهذا كان لمبدأ سلطان الإرادة مكانة محوريَّة ضمن عرش النَّظريَّة العامَّة للعقد.

يصاحب العقد إثر ولادته، ضرورة التَّركيز على تحقيق المصلحة الشَّخصية للمتعاقد الَّتي لا يتصور دخول المتعاقد في عمليَّة تعاقديَّة، إلَّا بعد أن يسلط الضوء عليها، قاصدا بلوغها؛ لذا كان لهيمنة مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات العقديَّة، دور بارز في دعمه للمصلحة الشَّخصية للمتعاقد، وهذا من خلال اتحاد جملة مبادئ مترتبة عن سمو مبدأ سلطان الإرادة، والَّتي تنصب كلها في هدف تحقيق مصلحة المتعاقد.

تساهم حريَّة التَّعاقد كأولى النتائج المترتبة عن سمو سلطان الإرادة على العلاقات العقديَّة، في دعم الإرادة المستقلة للفرد، وتأطير حريته في التَّعبير عن رغبته في الدخول في أيَّة عمليَّة تعاقديَّة أو العزوف عنها، وهذا استنادا لتقرير مصلحته الشَّخصية، بحيث لا يمكن إعمالا لمبدأ الحريَّة التعاقديَّة، إجبار الطَّرف المتعاقد على علاقة عقديَّة لم تكن ناتجة عن محض إرادته الحرَّة **(المبحث الأوَّل)**.

تُحمى التَّوقعات التعاقديَّة الَّتي يرتضيها المتعاقدان ممارسة للإرادة الحرَّة المستقلة، عن طريق تدخل مبدأ القوَّة الملزمة للعقد، الَّذي يعد ثاني النتائج النَّاتجة عن علو مبدأ سلطان الإرادة، حيث يتكفل هذا المبدأ بوضع سياج حمائي يضمن به تحجر العلاقة العقديَّة، ويسهر بالتَّالي على تنفيذ التَّوقعات من قِبل المتعاقدين، تحقيقًا للمصلحة الشَّخصية المرجوة من العقد **(المبحث الثَّاني)**.

المبحث الأوّل

الحريّة التعاقديّة والحريّة الفرديّة: قِوام الحريّة

تبرز الحريَّة التعاقديَّة عن أهمِّ الأوجه المدعَّمة من قِبل الحريَّة الفرديَّة (**la liberté individuelle**)؛ لذا نلتمس دائمًا تداخلاً كبيرًا بين الحريَّتين، نظرا إلى أن الحريَّة الفرديَّة تحمل في طيَّاتها تجسيدًا للحق الطَّبيعي الَّذي يتمتَّع به الفرد بصفته كائنًا مستقلًّا في المجتمع، ورغبة في تعزيز دور حريَّة الفرد، أُلحقت بالمجال العقدي، فكانت النَّتيجة أنَّ تمكَّنت الحريَّة التعاقديَّة من الولادة لتعتبر قِوام العلاقة العقديَّة، واستطاعت تشكِيل إحدى صور استقلاليَّة الإرادة الحرَّة للفرد.

تنبع من جوهر الإرادة المستقلة حريَّة الفرد في التَّعاقد، الوضع الّذي دفع بنظريَّة استقلاليَّة الإرادة (**la théorie de l'autonomie de la volonté**) إلى تبنِّي هذه الحريَّة حتَّى تضمن ممارسة مستقلَّة للفرد عند التَّعبير عن رغبته إزاء أيَّة عمليَّة تعاقديَّة، دون أن تُفرض عليه أو يلزم بها من غير إرادته الحرَّة، ممَّا ينجرُّ عنه تكريس واضح لاحتواء الحريَّة التعاقديَّة على الجانب المستقل لإرادة الفرد؛ لتتبيَّن أهميَّة احتضان هذه الحريَّة ضمن قالب تشريعي، باعتبارها عنصرًا أساسيًّا في المعاملات العقديَّة **(المطلب الأوّل)**.

تُمارس الحريَّة التعاقديَّة استنادا لاستقلاليَّة إرادة الفرد، في نطاق تعاقدي واسع، يشمل –تقريبًا- كافَّة الجوانب الَّتي تمرُّ بها العمليَّة التعاقديَّة، بدءًا بمرحلة المفاوضات وصولاً إلى الإنهاء، حتَّى تضمن للعقد تأدية وظائفه الَّتي وجد لأجلها؛ بهذا يظهر دور الحريَّة التعاقديَّة في المرافقة الدَّائمة للفرد بصفته كائنًا مستقلًّا في المجتمع **(المطلب الثَّاني)**.

المطلب الأوّل

علاقة الحريّة التعاقديّة باستقلاليّة الإرادة: تجسيد للإرادة المستقلّة

تسهر حريَّة التَّعاقد على الترجمة الحرفية لنيَّة الطّرف المتعاقد إزاء رغبته في الُّدخول في عمليَّة تعاقديَّة، لما لهذه الحريَّة من حركيَّة واسعة تدور حول فلك العلاقة العقديَّة، وتمنح أطرافها الحريَّة المستقلَّة في إدارة العقد، وبالنظر إلى صفة التوأمة الَّتي تجمع بين كلا المبدأين، فإنه يلتمس –دائما- التَّداخل المستمر بين استقلاليَّة الإرادة وحريَّة التَّعاقد ضمانًا للمصلحة الشَّخصيَّة للمتعاقد.

تضطلع نظريَّة استقلاليَّة الإرادة إلى تعزيز المكانة الّتي باتت تحظى بها الحريَّة التعاقديَّة في المجال العقدي، اعتمادًا على ما تحمله هذه النظريَّة من أفكار فلسفيَّة تُدعم رؤيتها لوجود الفرد كائنًا مستقلًّا في المجتمع، ناهيك عن تعاملاته الحرَّة **(الفرع الأوّل)** ما نتج عنها كخطوة مواليَّة حتميَّة تبنّي أفكار هذه النظريَّة، وتجسيدها على السَّاحة التَّشريعيَّة –من قِبل العديد من تشريعات الدُّول- عن طريق احتضان قواعدها، والسَّهر على النُّطق بقداسة الحريَّة التعاقديَّة كمبدأ موجه للعقد **(الفرع الثَّاني)**.

الفرع الأوّل

عرض نظريَّة استقلاليَّة الإرادة

تنطلق نظريَّة استقلاليَّة الإرادة من حقيقة فلسفيَّة مفادها أن الإرادة هي الّتي تصنع قانونها الخاص، فأصبحت تنادي بتحرير إرادة الفرد، دون جعلها حبيسة إرادة خارجية، الوضع الَّذي مكَّن النَّظريَّة من حجز مكانة لها ضمن مفاهيم النَّظريَّة العامَّة للعقد، بعدما لقيت رواجًا كبيرًا، بسبب قِيامها على جملة أسس تُدعم رؤيتها المستقلّة لإرادة الفرد **(أوّلاً)**، غير أن القراءة التَّحليليَّة لمضمون النَّظريَّة وما صاحبتها من أفكار استقلاليَّة، أثبتت عدم قدرتها على استيعاب متطلَّبات نظريَّة العقد في صورتها الحديثة **(ثانيًا)**.

أوّلاً: أسس نظريَّة استقلاليَّة الإرادة

تعودَّت نظريَّة استقلاليَّة الإرادة على سماع صوت أجراس الفلسفة الفرديَّة **(la philosophie individualiste)**، الَّتي لطالما ترنُّ بتحليلها الفلسفي للحقوق الذَّاتيَّة، وتسعى دائمًا إلى تقديس من حقيقة وجود الفرد حُرًّا في المجتمع، فلقيت هذه الأفكار الَّتي قامت على إثرها الفلسفة الفرديَّة الدَّاعمة لحقوق الإنسان **(1)** ازدهار معتبر خلال القرن 19[6]؛ لِتعرف في ظلّ أحقاب المراحل اللَّاحقة من الزَّمن، تبلورًا تحت تأثير تجلّيات المذهب اللّيبرالي الاقتصادي **(la doctrine économique libérale)** **(2)**.

[6] - **RANOUIL Véronique**, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980, p. 17.

1. الفلسفة الفرديّة لحقوق الإنسان

أخـذ مفهـوم الإرادة الفـرديّة **(la volonté individuelle)** يتفتّح تدريجيًّا بفضل الدَّعم الّذي تلقّاه من طرف النزعة الدِّينيّة، الّتي مَثّلت العامل الأساسي في التّطوُّر التّاريخي لـروح الفـرديّة[7]، إلى أن ارتقت بفلسفتها المقدّسة من حقيقة وجود الفرد كائنًا مستقِلًا في المجتمع، واستطاعت أن تَصُبُّ مجال اهتمامها على الحقوق الذّاتيّة، معتبرةً إيّاها أنّها تنبع من جوهر الإنسان ذاته؛ لِتمثِّل بهذا الإرادة المستقلّة أحد أهمّ مكوّنات الحريّة الفرديّة.

ينبثق من أعماق روح الحريّة الفردية، حقيقة واقعيّة مفادها أن الأفراد يولدون أحرارًا ومتساوين في الحقوق[8]، ممّا يفهم أن الحريّة والمساواة باتت تُجسّد أهم المبادئ الّتي تُبرز جوهر الإنسان، فأصبح يُنظر إلى هذا الأخير بطريقة مجرّدة، بعيدة عن كلّ القيود[9] الّتي من شأنها التّأثير على قداسة الحقوق الفرديّة، وإمكانيّة ممارستها بشكل مستقل، دون أيّ تأثير وتأثُّر خارجي على الإرادة الحرّة.

تُمثِّل الحريّة التعاقديّة أحد مظاهر الحريّة الفرديّة؛ لذا سعت نظريّة استقلاليّة الإرادة إلى تأطير هذه الحريّة للأفراد، عن طريق تمكينهم من التّعبير الحرُّ عن إرادتهم في إقامة علاقات عقديّة من عدمها[10]، دون السّماح لأيّ إرادة خارجية سواء كان فردًا أو دولة باعتبارها صاحبة سلطة، بالتّدخُّل قصد إجبار الفرد على تحمُّل التزامات لم يسبق قبولها بمحضِ إرادته الحرّة[11] ممّا قد يُحدث تعارض صارخ مع مبدأ استقلاليّة الإرادة، بحكم أن الفرد لا يرضخ إلّا لسلطان إرادته الحرّة الّتي تكون قادرة على صُنع قانونها الخاص.

2. المذهب الاقتصادي اللّيبرالي

استكملت نظريّة استقلاليّة الإرادة تنشئتها الفلسفيّة المُعززة من الإرادة الحرّة للفرد، على يد المذهب الاقتصادي اللّيبرالي، الّذي عرف –هو الأخر- انتشارًا واسعًا مع مطلع القرن

(7) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *La formation du contrat: le contrat-le consentement*, T 1, 4ème éd, L.G.D.J-lextenso éditions, Paris, 2013, p. 147 et s.
(8) - **TERRÈ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves**, *Droit civil : les obligations*, 11éme éd., Dalloz, Paris, 2013, p. 32.
(9) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 147 et s.
(10) - **CARBONNIER Jean**, *Droit civil : les biens- les obligations*, Vol. II, PUF, Paris, 2004, p. 1945.
(11) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 148.

19[12]، بفضل مساهمته الفعَّالة في بلورة مفهوم الفرديَّة[13]، عن طريق تقديسه للإرادة الحرَّة وجعلها الأساس الَّتي تَنبني عليها العدالة[14]، لأن الفرد هو أفضل من يُدافع عن مصلحته الشَّخصيَّة[15]، وكذلك من خلال اتِّخاذ الإرادة الحرَّة محرِّك للحياة الاقتصاديَّة.

رَوَّجت أفكار المذهب الاقتصادي اللِّيبرالي[16] إثر ظهورها في الحقل الاقتصادي؛ لفكرة الإرادة الحرَّة باعتبارها الضَّامنة لتوازن العلاقات العقديَّة[17]، بدليل أن كُلَّ ما تتَّجه إليه الإرادة، يُفهم منها دائمًا رغبتها في تحقيق التَّوازن العقدي **(équilibre contractuel)**، وإرساء عدالة عقديَّة بين المتعاقدين، وهذا كلُّه تجسيد لما عبَّر عنه الفقيه ألفريد فويي **"Alfred FOUILLÉE"** بمقولته الشَّهيرة **"من يقول عقدًا يقول عدلاً"**[18].

تتطلّب الحياة الاقتصاديَّة المبنيَّة على هدف المصلحة الشَّخصيَّة الّتي يرغب كلُّ فرد ببلوغها، أن تكون إرادة المتعاقد محرَّرة من كلِّ القيود الَّتي قد تُعرقل مسار استقلاليَّة إرادته وبالتَّبعيَّة تؤثر سلبًا على التَّوازن الإرادي المفترض لمراكز العلاقة العقديَّة؛ بهذا أصبح للمذهب الاقتصادي اللِّيبرالي دور فعَّال في دعم الإرادة الحرَّة للفرد، بحيث تمنح لها نفسًا جديدًا على مستوى مضمار الحركة الاقتصاديَّة.

ثانيًا: عدم تناغم نظريَّة استقلاليَّة الإرادة مع أحكام القانون المدني: تفسير استباقي

تصبُّ النَّظريَّة الفلسفيَّة الدَّاعمة للمفهوم المستقل للإرادة، كامل تركيزها على مبدأ الحريَّة الفرديَّة **(principe de la liberté individuelle)**، الّتي اعتمدت عليه كركيزة أساسيَّة في ظلِّ قِيام النَّظريَّة العامة للعقد، إلَّا أن الشَّكل الكلاسيكي للنَّظريَّة ومفاهيمها الفلسفيَّة، باتت تطرح العديد

---

(12) - **RANOUIL Véronique**, *op.cit.*, p. 17.

(13) - **فضّل الله هيثم**، "الطَّبيعة المقيّدة للحريَّة التعاقديَّة في القانون المدني الفرنسي"، مجلَّة الحقوق والعلوم السياسيَّة، عدد 23، 2019، ص. 48.

(14) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, pp. 149-150.

(15) - **TERRÈ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves**, *op.cit.*, p. 33.

(16) - **Rolland Louise**, **«** Qui dit contractuel, dit juste » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », *Revue De Droit De Mcgill*, Vol 51, 2006 ,p. 765.

(17) - **فضل الله هيثم**، مرجع سابق، ص. 48.

(18) - **Rolland Louise,** *op.cit.*, p. 766 et s.

من الإشكالات، الّتي من شأن ظهورها في الحياة العقديّة، أن تنعكس سلبًا على قواعد النِّظام التّعاقدي.

أدّى طرح مختلف الإشكالات الّتي تحتويها نظريّة استقلاليّة الإرادة[19] على البساط القانوني، إلى الكشف عن عدم تناغم فلسفتها الاستقلالية مع مفاهيم نظريّة العقد المذكورة في القانون المدني[20]، لا سيّما بعد جملة التّطوّرات الحديثة التي أصبح العقد يتخبط فيها، بحكم أن بعض الأحكام باتت هاربة منها؛ لكونها متمسِّكة باعتبارات موضوعيّة أكثر منها ذاتيّة، تُخالف بها أهداف الفلسفة الفرديّة الّتي لطالما كان شعارها تعزيز حريّة الفرد المُترجمة لمصلحته الشّخصيّة، وتُطالب بوجوب تحقيقها، حتّى يتمّ تسطير مبدأ استقرار **(principe de la stabilité)** المعاملات العقديّة.

طغى القصور بشكل واضح على مفاهيم النّظريّة الكلاسيكيّة لاستقلاليّة الإرادة، رغم ذلك يجب العمل على إيجاد نقطة تحوُّل في هذه النّظريّة الفلسفيّة، حتّى يتمّ تطويعها ضمانًا لقداسة سلطان[21] الإرادة وما ينتج عنه من ترتيبات تعاقديّة، وحفاظًا على مكانتها المحوريّة في مقابل التّلطيف منها نزولاً عند مطلب تحقيق مبدأ العدالة العقديّة، الّذي يمثِّل إحدى ركائز العمليّة التعاقديّة لا سيّما بعد الدُّخول الاضطراري للعقد في التّنشئة الاجتماعيّة[22].

الفرع الثّاني

التّكريس التّدريجي للحريّة التعاقديّة

بدأت الحريّة التعاقديّة منذ عصور قديمة بالتّغلغل التّدريجي إلى محيط المعاملات العقديّة، فبعدما كانت لم تحظ بإلتفات مباشرة في ظلِّ القانون الرُّوماني **(أوّلاً)**، أصبح لها في جميع

---

[19] - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 159 et s.

[20] - بالرُّجوع إلى مختلف المعطيات القانونيّة التي أفرج عنها إصلاح قانون العقود الفرنسي الصّادر سنة 2016، يتّضح أن المفهوم المستقل للإرادة، أصبح لا يتماشى مع توجُّهات تكريس العدالة العقديّة؛ لذا تصدّى المشرّع لمعالجة هذه المسألة، عن طريق وضع ميزان لقياس مدى ملاءمة الاستقلاليّة للعدالة العقديّة نزولاً عند مطلب تحقيق العدل بين الأطراف المتعاقدة، وهو تقريبًا نفس الموقف الّذي نجده في نصوص القانون المدني الجزائري –رغم أنّ هذا الأخير لم يمسه بعد تعديلاً بشأن نظريّة العقد- إلا أنه يلتمس ضمن جوانب فلسفته التقليدية بعض النقاط المدعمة لهذه المسألة، وسيتمُّ التّعرُّض بنوع من التّفصيل لكل ذلك، من خلال العناصر الاستقرائية الّتي ستطرحها هذه الدِّراسة.

[21] - **RANOUIL Véronique**, *op.cit.*, p. 57 et s.

[22] - سيتمُّ التّعمق أكثر في مسألة دخول العقد في التّنشئة الاجتماعيّة ضمن الفصل الثّاني من هذه الدِّراسة.

القوانين المدنيَّة، اهتمامًا واضحًا، تجلَّى في عملية التَّكريس لمضمون هذا المبدأ، وإن كان على نحو غير مباشر، إلّا أن هذا الوضع سمح بتقنين الحريَّة التعاقديَّة بموجب نصوص قانونيَّة واردة على نحو مُستمر**(ثانيًا)**.

أوّلاً: بُروز الحريّة التعاقديّة في ظلِّ القانون الرُّوماني

عرفت الحريَّة التعاقديَّة في ظلِّ القانون الرُّوماني القديم، تطوُّرًا ملحوظًا، بدأ من مرحلة كلاسيكيَّة، تحجب فيها القانون الرُّوماني عن تكريس بوادر حريَّة التَّعاقد **(1)**، وصولاً إلى مرحلة انفتاح الإمبراطوريّة الرُّومانيَّة على العالم الخارجي، الَّذي كان السَّبب وراء دفعها إلى حتميَّة احتضان مبدأ الحريَّة التعاقديَّة، والارتقاء به إلى مرتبة مقدَّسة في بناء العلاقات العقديَّة، نظرًا لما يحمله هذا المبدأ من توافق مع تطلُّعات ازدهار الحياة الرُّومانيَّة **(2)**.

1.تحجُب القانون الرُّوماني عن الاعتراف بالحريّة التعاقديّة

ساد في الفترة الرُّومانيَّة الكلاسيكيَّة[23] فكرة تعاقديَّة، تقضي بأن ولادة العقد مرهونةً باعتماد الأفراد -في تلك الحقبة من الزَّمن- على جملة شكليَّات، تمثَّلت في القيام ببعض الطُّقوس أو التَّعبير بألفاظ وكلمات معيَّنة[24]، من شأن التَّقيُّد بها، ترجمة نيَّة الفرد في إبرام العقد، فأصبحت الشَّكليَّة **(formalité)**[25] بهذا المفهوم أساس قِيام العقد وقوَّته الإلزاميَّة، دون ضرورة اشتراط إفراغ المضمون العقدي في نموذج معيَّن، حتّى يتمّ التَّعاقد.

يُلاحظ على توجُّه القانون الرُّوماني أنَّه كان يرتكز على الشَّكليَّة أكثر من الحريَّة[26]؛ ليتَّخذها كأساس في عمليَّة إبرام العقد، الوضع الَّذي جعل من توافق إرادة أطراف العقد غير كافيةٍ لإنشاء الرَّابطة العقديَّة، إنّما يجب – إضافة إلى التَّعبير عن الإرادة- إتباع

---

(23) - **DEROUSSIN David**, *Histoire du droit des obligations*, 2ème éd., Economica, Paris, 2012, p. 118 et s.

(24) - **السَّنهوري عبد الرَّزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظريَّة الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، ج1، دار التُّراث العربي، بيروت، (د.س.ن)، ص. 142.

(25) - يُفهم من الشَّكليَّة الَّتي أوجبها القانون الرُّوماني، أنَّها عبارة عن طقوس وألفاظ وكلمات، وما إلى ذلك، وليس المقصود بها تلك الشَّكليَّة المعروفة في القانون المدني الحديث، الَّتي تُلزم الأطراف المتعاقدة –في بعض الحالات التعاقديَّة الاستثنائيَّة- بضرورة إفراغ المضمون العقدي المتَّفق عليه في قالب شكلي، وإلَّا اختل أحد أركان قِيام العقد، ولحقه جزاء البطلان، باعتبار أن الشَّكلية كان يُؤخذ بها ككن أساسي.

(26) - **السَّنهوري عبد الرَّزاق**، مرجع سابق، ص. 141.

الشَّكليَّات المقرَّرة لإبرام العقد، ممَّا يفهم أن القانون الرُّوماني لم يهجر كُلِّيَّة مبدأ سُلطان الإرادة[27]، إنّما كان يتضمَّنه ضمنيًّا في طيّات الشَّكليات المفروضة خلال تعبير الفرد عن رغبته في إتمام عمليَّة التَّعاقد.

2.احتضان القانون الرُّوماني للحريّة التعاقديّة

تزامن مع التَّطوُّر الَّذي شهدته حياة المبادلات والنَّشاط التّجاري من ازدهار في ظلِّ انفتاح الإمبراطوريَّة الرُّومانيَّة على العالم الخارجي، تحوُّل الفكر الرُّوماني التَّقليدي، حيث أصبح يتَّجه نحو العمل على التَّقليص من حدَّة اشتراط الشَّكليَّة في إبرام العقد، والالتفات إلى مبدأ الرضائيَّة قصد الاعتماد عليه[28]؛ لأجل تسهيل الحياة التجاريَّة وتطويرها، حتَّى تتماشى مع مُرونة حركة المبادلات الخارجيَّة.

لقي هذا التَّوجُّه القائم على تبنِّي مبدأ الرضائيَّة في تكوين العقود، وبالتَّبعيَّة اعتبار مبدأ سلطان الإرادة أحد أهمِّ مبادئ العقد، تكريسًا في الحياة العمليَّة، عن طريق اعتماد طائفةٍ من العقود المدرجة تحت اسم حسن النِّيَّة **(contrats de bonne foi)**[29]؛ ليمثل هذا التَّكريس ترجمة – واقعيَّة- للتَّنصل التَّدريجي من الشَّكليَّة كمبدأ يفرض نفسه في أثناء إبرام العقد، نحو تقديس مبدأ الحريَّة التعاقديَّة، قصد النُّهوض بحركةٍ تجاريةٍ أكثر استقلاليَّةٍ.

ثانيًا: مكانة الحريّة التعاقديّة في ظلِّ القانون المدني

اعتبارًا لدور مبدأ الحُريَّة التعاقديَّة في ولادة العقد، ظهرت الحاجة الاضطراريَّة إلى احتضان المبدأ ضمن قاعدة قانونيَّة، تحتل مكانة محوريَّة في عرش النَّظريَّة العامَّة للعقد، وهذا فعلا ما تمَّت الاستجابة له من قِبل العديد من التَّشريعات، غير أن الصِّياغة التَّشريعيَّة المعتمدة للتَّعبير عن دلالة المبدأ، بدا عليها نوع من الاختلاف، سواء على مستوى التَّشريع الوطني كحال القانون المدني الجزائري **(1)** أو حتَّى على مستوى التَّشريع الدَّولي كحال القانون المدني الفرنسي **(2)**.

---

(27) - **فضل الله هيثم**، مرجع سابق، ص. 41.

(28) - **LOIR Romain**, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, mémoire présenté en vue de l'obtention du DEA en droit des contrats, école doctorale n° 74, université de Lille 2, 2002, p. 28.

(29) - Ibid., p. 28.

1.ظهور مبدأ الحريّة التعاقديّة في ظلِّ القانون المدني الجزائري

استدلَّت النَّظريَّة العامَّة للعقد على عدِّة مفاهيم تعاقديَّة، تُؤكِّد في مجملها على اعتداد المشرّع بمبدأ الحريَّة التعاقديَّة، الّذي لا يمكن تصوُّر ولادة العقد من دونه، غير أنَّه، ومن خلال التَّمعُّن في نصوص القانون المدني، يتبيَّن من الوهلة الأُولى أن نيَّة المشرّع في تكريس الحريَّة التعاقديَّة، إنّما وردت بطريقةٍ ضمنيَّةٍ **(أ)**، الوضع الَّذي طرح على البساط القانوني، ضرورة التَّنقيب في البيئة التَّشريعيَّة للتَّعمُّقِ أكثر في خبايا هذا التَّستُّر في الاعتراف بمكانة ظاهرةٍ وصريحةٍ لمبدأ الحريَّة التعاقديَّة ضمن القواعد العامَّة لنظريَّة العقد **(ب)**.

أ. التَّكريس القانوني المُتستِّر عن الحريّة التعاقديّة

تبنَّى المشرّع الجزائري مبدأ الحريَّة التعاقديَّة في ظلِّ مفاهيم النَّظريَّة العامة للعقد، غير أن تكريسه لهذا المبدأ لم يكن صريحًا[30]، كاشفًا عن مكانته في بناء العلاقات العقديَّة، بسبب اعتماد المشرّع على طريقة النَّص الضِّمني للتَّعبير عن مضمون المبدأ، الَّذي أصبح يُستشف من خلال مظاهر تعاقديَّة متعدِّدة، تُؤكِّد في كلِّ مرَّة هيمنة المبدأ على وجود العقد[31].

أشارت مقتضيات **المادَّة 59**[32] من القانون المدني، إلى أوَّل مظهر تعاقدي، تعلق بأهمِّ النَّتائج المترتِّبة عن مبدأ سلطان الإرادة، والمتمثِّلة في مبدأ الرضائيَّة[33]؛ ليكون المشرّع بهذا التَّكريس القانوني، قد وسَّع من دائرة الحريَّة التعاقديَّة للفرد، بأن أصبحت له الحريَّة المطلقة في التَّعبير عن

---

(30) - ترجع أسباب تبنّي المشرّع الجزائري لهذا التَّكريس التَّشريعي غير البارز لمكانة مبدأ الحريّة التعاقديّة في ظل معطيات القانون المدني، إلى عمليَّة النَّقل الحرفي للصِّيغة التَّشريعيَّة لمضمون المبدأ الَّتي نصَّ عليها قانون نابليون لعام 1804، وكذا من حيث عدم تعرض المشرّع منذ سنوات عديدة إلى عمليَّة تعديل النَّظريَّة العامة للعقد، لا سيَّما التركيز على تجديد ركائز العمليَّة التَّعاقديَّة، على الرَّغم من أنَّ الواقع يتطلَّب ذلك كلَّ يوم، بحكم التَّطوُّرات اللَّاحقة بالمعاملات العقديَّة المختلفة الَّتي أصبح المجتمع يتواجه معها، ويأمل معالجتها ضمن قوالب قانونيَّة.

(31) - سارع القضاء الجزائري إلى تكريس فعَّاليَّة مبدأ الحريَّة التعاقديَّة ضمن العديد من الاجتهادات القضائيَّة، والتَّسليم بهذا التَّتويج القضائي للمبدأ، إنَّما يزيد من دوره إزاء تطوير العلاقة العقديَّة، ورغبة منهم في إرساء مبدأ الاستقرار العقدي، وتعزيز مكانة القاضي الَّذي يسهر –دائمًا- على النُّطق بأية حالة انتهاك تفيد خرق جوهر المبدأ، وهذا ما سيأتي بيانه من خلال استقراء جملة قرارات قضائيَّة، ضمن أجزاء هذه الدراسة.

(32) - تنص المادَّة 59 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني، على أنَّه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطَّرفان التَّعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونيَّة".

(33) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 156 et s.

إرادته، وبالكيفيَّة الَّتي يرى فيها تَناسُب مع مصلحته، نزولاً عند رغبته في الدُّخول في أيَّة عمليَّة تعاقديَّة.

تعزَّزت الحريَّة التعاقديَّة كمظهر تعاقدي ثانٍ، من خلال تأكيد المشرّع على قداسة حرمة العقد[34] **(intangibilité du contrat)**، الَّتي عبَّرت عن جوهرها **المادَّة 106**[35] من القانون المدني، والَّتي أفادت أن التَّوقُّعات التعاقديَّة **(attentes contractuelle)** الَّتي ارتضاها المتعاقدان، باتت مكسيَّة بغطاء الإلزاميَّة العقديَّة، ما جعلها تبقَّى رهينة إرادتهما التعاقديَّة المشتركة، دون قبول حلول إرادة طرف أجنبيّ عن المتعاقدين في العقد.

أثبتت **المادَّة 111**[36] من القانون المدني، كمظهر تعاقدي ثالثٍ، مدى تأطير العلاقة العقديَّة بسياج الأمن التَّعاقدي[37] **(sécurité contractuelle)**، الَّذي يرفض أيّ تدخُّل أجنبي عن المتعاقدين للتَّدبُّر في شؤون عقدهما، معدلاً إياه أو محاولًا الانتقاص من فعَّاليَّته المقرَّرة له بموجب القانون، وكل هذا الحظر يلحق بالرابطة العقديَّة، حتَّى ولو وقع التَّدخُّل باسم العدالة العقديَّة.

خَلُصت جميع هذه المظاهر القانونيَّة، من رضائيَّة إلى إلزاميَّة، نُزولا عند الرَّغبة في الحفاظ على حُرمة العقد، إلى مدى حرص المشرّع الجزائري منذ صدور القانون المدني لسنة 1975، على تبنِّي فكرة الحريَّة التعاقديَّة، لكن ما يُعاب عليه عدم تخصيص تموضع تشريعي صريح يُعبِّر عن مضمون المبدأ ضمن معطيات النَّظريَّة العامة للعقد، حتَّى يتمَّ تنظيم مختلف الجوانب المُتعلِّقة بالحريَّة التعاقديَّة، وما قد يُصاحبُها من ناحية الممارسة التعاقديَّة، من إشكالات تستوجب معالجتها بطابع قانوني.

---

(34) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 157.

(35) - تنص المادَّة 106 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني، على أنَّه: **"**العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلَّا باتِّفاق الطَّرفين، أو للأسباب الَّتي يقرِّرها القانون**"**.

(36) - تنص المادَّة 111 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني، على أنَّه: **"**(...) أمَّا إذا كان هناك محل تأويل العقد، فيجب البحث عن النِّيَّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التَّعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقًا للعرف الجاري في المعاملات **"**.

(37) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 157 et s.

ب.قراءة تأمُّليَّة في ضوء البيئة التَّشريعيَّة المؤطرة للحريَّة التعاقديَّة

أسفرت النَّظرة التَّأمُّليَّة للبيئة التَّشريعيَّة الَّتي ترسو عليها الحريَّة التعاقديَّة، عن تأكيد عدم فعَّاليَّة القواعد القانونيَّة المنظمة للمبدأ، استنادًا إلى عدَّة جوانب يمكن التَّدليل بها أوَّلاً، من حيث التَّموضع التَّشريعي –كما هو مشار إليه أعلاه-، إذ جاء النَّص على مبدأ الحريَّة بشكل مبعثر، غير وارد الذِّكر بصفة صريحة ضمن نصوص القانون المدني، وثانيًا أن الصِّياغة التَّشريعيَّة للنُّصوص القانونيَّة الَّتي عبَّرت عن المبدأ، كانت نوعًا ما غيَّر كافية وشاملة لكلِّ الأحكام الضَّروريَّة لتنظيم جوانب ممارسة الحريَّة التعاقديَّة، فضلا عن عدم تعرُّضها لتلك الإشكالات المترقّب ظهورها في أثناء الممارسة التعاقديَّة.

يستوجب –بهذا- على المشرّع إعادة النظر في البيئة التشريعية المنظمة لمبدأ الحريَّة التعاقديَّة، بأن يعهد بصياغة نصوص قانونيَّة جديدة ناطقة، كخطوة أولى متَّجهة نحو إعادة ضبط التموضع التَّشريعي لمبدأ الحريَّة التعاقديَّة، حتَّى يتمَّ حجز مادَّة قانونيَّة في ظلِّ قواعد النَّظريَّة العامة للعقد، تعبِّر على وجه صريح عن سلطان الحريَّة التعاقديَّة، والرُّقي به إلى مرتبة المبادئ الموجِّهة للعقد في ظلِّ القانون المدني.

يُضاف –كذلك- أنَّ المُؤسِّس الدستوري قد تجاهل النَّص صراحة على مبدأ الحريَّة التعاقديَّة كأحد أهم المبادئ الّتي يقوم عليه النِّظام الدستوري، بحكم أنَّه اكتفى بتبنِّي مبدأ حريَّة الاستثمار والتجارة[38]، الوضع الَّذي جعل الحريَّة التَّعاقديَّة حسب اعتقاد بعض الباحثين[39] تخرج من دائرة الحقوق والحريَّات المحميَّة دستوريا.

---

[38] - تنص **المادة 43** من دستور الجمهوريَّة الجزائرية الدِّيمقراطيَّة الشَّعبيَّة، المصادق عليه في استيفاء 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب **المرسوم الرّئاسي رقم 96-438** مؤرَّخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر1996، معدَّل ومتمَّم **بالقانون رقم 02-03** مؤرَّخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.ج عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، معدَّل ومتمَّم **بالقانون رقم 08-19** مؤرَّخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، معدَّل ومتمَّم **بالقانون رقم 16-01** مؤرَّخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج.ج عدد 14، صادر في 07 مارس 2016، استدراك ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 06 أوت 2016، المعدَّل والمتمَّم **بالمرسوم الرّئاسي رقم 20-442** مؤرَّخ في 15 جمادى الأول عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلّق بإصدار التَّعديل الدُّستوري، المصادق عليه في استفتاء أوَّل نوفمبر سنة 2020، ج.ر.ج.ج عدد 82، صادر بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2020، على أنَّه: "حرّيّة الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارَس في إطار القانون (...)".

[39] - أشار بعض الباحثين إلى أن تهميش الحريَّة التعاقديَّة دستوريًا يعود أساسًا إلى السياسة المنتهجة من قِبل الدولة الجزائريَّة، حيث أنَّه بعد انتهاء مرحلة التَّوجيه في الجزائر، كُرس مبدأ الحريَّة الَّذي عبر عنه كل من مبدأ الصناعة والتجارة، غير أنَّ الحريَّة التعاقديَّة لم ترتق في ظل الدستور إلى مرتبة الحقوق الأساسيَّة المحميَّة دستوريًا، وهذا راجع لموقف المؤسس الَّذي جعل الحريَّة ترد كقيد وارد على=

تعقيبًا على موقف المؤسس الدستوري إزاء الحريَّة التعاقديَّة، فإنَّنا نشك –من وجهة نظرنا- في عدم تمتع الحريَّة بالقيمة الدستوريَّة، وهذا احتكاما لجملة أسباب، نذكر منها أوَّلاً، ما دام أن الحريَّة ذات أصل دستوري منصوص في اتفاقية حقوق الإنسان، فيمكن التأسيس على أي اتفاقية صادقت عليها الجزائر تتضمَّن بنودا تُقدس من مبدأ حريَّة التَّعاقد، ناهيك عن تدخُّل المؤسس بموجب **المادَّة 39**[40] من الدستور، قصد توسيع نطاق الحقوق والحريَّات الواردة على سبيل المثال لا الحصر، فهي كفيلة بضمان حماية دستوريَّة لمبدأ حريَّة التَّعاقد، مما يجعل هذه الأخيرة تحظى بقيمة دستوريَّة، ولو كانت تُستشف ضمنيا من ثنايا النُّصوص التَّأسيسيَّة لدستور الجزائر.

2.الاعتراف بمبدأ الحريّة التعاقديّة في ظلِّ القانون المدني الفرنسي

يظهر أن اكتساء الحريَّة التعاقديَّة بالغطاء القانوني، قد مرَّ في ظلِّ القانون المدني الفرنسي، عبر العديد من المراحل، أوَّلها كانت مرحلة عدم الكشف عن مكانتها الصَّريحة ضمن قانون نابليون لعام 1804 **(أ)**؛ لتنتقل بعدها الحريَّة إلى مرحلةٍ احتُضنت كمبدأ مُقدَّسٍ من قِبل المجلس الدستوري **(ب)**، وصولاً إلى مرحلة الإفراج عن عمليَّة تقْنينها كقاعدة قانونيَّة صريحة، طُرحت في ظلّ المفاهيم الإصلاحيَّة الَّتي جاء بها قانون العقود لِسنة 2016 **(ج)**.

أ. تَربُّع الحريّة التعاقديّة على عرش قانون نابليون لعام 1804

تذوَّقت الحُريَّة التعاقديَّة في ظلِّ أحقاب مرحلة ما قبل الثَّورة الفرنسيَّة[41]، طُعم الحرمان، بسبب التَّحجُّب الكُلّي عن الاعتراف الصَّريح بمكانتها في بناء العلاقات العقديَّة، عِلمًا أن هذا الوضع قد ظلَّ على حاله، ودام إلى غاية صدور قانون نابليون لعام 1804[42]، فوجدت الحُريَّة التعاقديَّة في ظلِّه اهتمامًا بها، من خلال التفاف واضعي القانون حول

=السياسة الاجتماعيَّة والاقتصاديَّة آنذاك، للمزيد من التَّفصيل، راجع في ذلك: **فاضل خديجة**، عَيْمَة العقد، أطروحة مقدَّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلّيَّة الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015، ص. 30 وما يليها.

(40) - تنص **المادة 39** من دستور الجمهوريَّة الجزائرية الدِّيمقراطيَّة الشَّعبيَّة، المنشور بموجب **المرسوم الرّئاسي رقم 96-438**، على أنَّه: "الدّفاع الفرديّ أو عن طريق الجمعيّة عن الحقوق الأساسيّة للإنسان وعن الحرّيّات الفرديّة والجماعيّة، مضمون".

(41) - **RANOUIL Véronique**, *op.cit.*, p. 17.

(42) - **Loi n° 1804-02-07**, code civil, promulguée le 17 février 1804, in : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006436298/1804-02-17, consulté le : 30/07/2023.

فكرة اعتبار الإرادة كمصدر للالتزام التّعاقدي، نُزولاً عند -حقيقة- أن الإرادة هي الّتي تعطي لنفسها قانونها الخاص، فتأسّست على إثرها ما تُعرف بـ **"نظريّة استقلاليّة الإرادة"**[43].

تلا صدور قانون نابليون لعام 1804 تكريس مبدأ سلطان الإرادة، لكن كفكرة غير مستقلّة، باعتبار أن واضعي هذا القانون نصُّوا على الحريّة التعاقديّة (الّتي تُعدُّ من أهمّ النّتائج المترتّبة عن مبدأ سلطان الإرادة[44]) ضمن نصوص قانونيّةٍ وردت بطريقة ضمنيّة، كما هو ظاهر الحال في نصّ **المادّة 1101**[45] **والمادّة 1134 فقرة 1**[46] من هذا القانون؛ لِيفهم من هذا الموقف التّشريعي – المُتّخذ آنذاك- أن واضعي قانون نابليون، لم يُؤيّدوا[47] بصفة صريحة نظريّة استقلاليّة الإرادة.

وجدت الحريّة التعاقديّة إحياء لها ضمن نصوص قانون نابليون لعام 1804، إلّا أن تكريسها علاوة على النّصّ الضّمني لها، كان مقيّدًا بمُتطلّبات القانون، هذا ما أكّدت عليه -من جهة- عبارة **"قانونًا"** الواردة الذّكر في **المادّة 1134 فقرة 1** –المذكورة أعلاه- من هذا القانون، الّتي يُستنبط منها أن الإرادة لا تستمدُّ قوّتها من استقلاليّتها بل من القانون، الّذي يرقى إلى قيدٍ يطغى على ممارسة الحريّة التعاقديّة، كما أكّدت –من جهة ثانية- **المادة 6**[48] من هذا القانون، أن كُلًّا من القوانين والنّظام العام والآداب العامّة، تعتبر كلُّها قيود ترد على استقلاليّة الإرادة، وتحدُّ من الحريّة التعاقديّة، الوضع الّذي كشف في وقت مبكّرٍ أن هذه الأخيرة كان يُؤخذ بها تحت غطاء التّقييد، بعيدًا عن الإطلاق في ممارستها الحُرّة والمستقلّة.

ب.تقرير القيمة الدُّستوريّة للحريّة التعاقديّة

تردَّد المجلس الدُّستوري في فرنسا ولفترة زمنيّة طويلة، من الاعتراف بالحريّة التعاقديّة كأحد أهمّ المبادئ الّتي يقوم عليها النّظام الدُّستوري، بعدما أكّدت على ذلك جملة اجتهادات قضائيّة تخلّلتها مواقف متغيّرة[49]، بدأت بالتّحوُّل في موقف المجلس الدُّستوري، مرورًا برفض[50] صريح

---

(43) - **LEVENEUR Laurent**, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA*, N° 9, 1998, p. 676.

(44) - **العشماوى أيمن إبراهيم**، مفهوم العقد وتطوُّره: دراسة مقارنة، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، (د.س.ن)، ص. 29.

(45) - Article 1101 de la **loi n° 1804-02-07**, code civil, dispose que : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

(46) - Voir article 1134 alinéa 1 de la **loi n° 1804-02-07**, code civil.

(47) - **LEVENEUR Laurent**, *op.cit.*, p. 676 et s.

(48) - Article 6 de la **loi n° 1804-02-07**, code civil, dispose que : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, **aux lois qui intéressent l'ordre public** et les bonnes mœurs* ».

(49) - **LAJOYE Christophe**, « De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *C.R.D.F*, N° 1, 2002, p. 125 et s.=

له، وصولاً إلى الاعتراف بدسترة[51] الحريّة التعاقديّة (**la constitutionnalisation de la liberté contractuelle**) **(أ-1)** والاقتناع بضرورة اكتساء هذه الحريّة الأساسيّة بالحماية الدُّستوريّة **(أ-2)**.

ب-1. الحريّة التعاقديّة كمبدأ دستوري

تُعبِّر الحريّة التعاقديّة في مجملها عن إحدى الحريّات الجوهريّة الّتي يتمتَّع بها الفرد في المجتمع[52]؛ لذا حظيت هذه الحريّة بعناية المجلس الدُّستوري[53]، الّذي لطالما تحسس بأهمّيّتها البالغة، وندَّد عبر سلسلة اجتهاداته القضائيّة، بضرورة دسترة مبدأ الحريّة التعاقديّة، وهذا ما تمَّ فعلًا تتويجه بموجب القرار الصَّادر بتاريخ 13 يونيو 2013[54]، الّذي كشف –لأوَّل مرَّة- عن اعتراف المجلس بالقيمة الدُّستوريّة لمبدأ الحريّة التعاقديّة.

صارت الحريّة التعاقديّة فكرة مقدَّسة دستوريًّا[55]، قبل أن ترتقي إلى فكرة توجيهيّة في المجال العقدي، حيث بفضل تأكيد المجلس الدُّستوري لمكانتها المقدَّسة، فتحت الأبواب أمام المبادرة إلى تقنين هذه الحريّة التعاقديّة، بموجب نص تشريعي صريح، يُعبر عن فحواها في المادَّة التعاقديّة، وهذا ما تلقَّفه المشرّع الفرنسي وعمل على تكريسه في إصلاح قانون العقود.

ب-2. اكتساء الحريّة التعاقديّة بالحماية الدُّستوريّة

ترتَّب عن نطق المجلس الدُّستوري في فرنسا، بإجراء دسترة مبدأ الحريّة التعاقديّة، الّتي أصبحت تُمثِّل أحد أهمّ المبادئ الدُّستوريّة، قبل أن تصبح مبدأ توجيهيًّا متبنًّى في نظريّة العامة للعقد، أن أعلن المجلس الدُّستوري حماية دستوريّة (**protection**

= [50] - **TERNEYRE Philippe**, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? le point de vue constitutionnel », *AJDA*, N° 9, 1998, p. 667 et s.

[51] - **TERNEYRE Philippe**, *op.cit.*, p. 672 et s.

[52] - Article 4 de la **déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, in : https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen, consulté le : 02/08/2023. dispose que : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ».

[53] - **محمد حسين عبد العال**، الاتِّجاهات الحديثة لفكرة النِّظام العام ومدى الحماية الدستوريّة لمبدأ حريّة التَّعاقد: دراسة مقارنة لاتِّجاه المجلس الدُّستوري بحكمه الصَّادر في 1994/7/3، دار النَّهضة العربيّة، القاهرة، 1997، ص. 130.

[54] - **Conseil Constitutionnel**, 13 juin 2013, N° 2013-672 DC, in : https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2013/2013672DC.htm , consulté le : 02/08/2023.

[55] - **MAURIN Lucien**, *Contrat et droit fondamentaux*, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2013, p. 125.

exception d'inconstitutionnalité (constitutionnelle) لـهذا المبـدأ[56]، تـقرّرت في صـورة الدّفـع بعـدم دسـتوريّة أي قـانون من شـأنه انتهاك قيمـة مـبدأ الحريّة التـعاقديّة، أو حتّى محاولة التّقليص من فعّاليّته في المادّة التعاقديّة.

غير أنّ الطّابع الدُّستوري للحريّة التعاقديّة، لم يمنع المشرّع الفرنسي من التّعامل مع المبدأ كقاعدة عامة[57] مصحوبة باستثناءات، مقرّرة لهدف تلطيف من جُرأة الحريّة تحقيقًا للمصلحة العامّة **(l'intérêt général)**[58]؛ لأجل إرساء مبدأ العدالة العقديّة بين المتعاقدين، ونزولاً عند تعزيز منطق هذه الأهداف، بُرّر التّقييد الوارد على مبدأ الحريّة التعاقديّة المُتّخذ من قِبل المشرّع عبر جملة قيود[59] تضمّنتها **المادّة 1102 فقرة 2**[60] من إصلاح قانون العقود.

ج. تقنين الحريّة التعاقديّة في ظلِّ إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016

يُعدّ الإصلاح الفرنسي لقانون العقود الصّادر سنة 2016، بمثابة خطوة فعّالة اتجهت نحو إعادة هيكلة المفاهيم التّقليديّة الّتي يقوم عليها العقد، وهذا بفضل تسليط المشرّع الضّوء الإصلاحي على مبادئ تعاقديّة، تُعبّر في اتّحادها عن جملة الأهداف الّتي سعى المشرّع إلى تحقيقها؛ لذا كانت بداية هذا الإصلاح من خلال تكريس القيمة القانونيّة لفكرة الحريّة التعاقديّة كأوّل مبدأ تعاقدي مُقدّس ضمن النّظريّة العامة للعقد **(ج-1)**، ممّا أثار هذا التّكريس العديد من الجوانب التّحليليّة الّتي فرضت حتميّة مناقشتها قصد التّغلغل فيها **(ج-2)**.

ج-1. المادّة 1102: الصّيغة التّشريعيّة لتقنين مبدأ الحريّة التعاقديّة

كرست **المادّة 1102 فقرة 1**[61] –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود، الحريّة التعاقديّة كأحد أهمِّ مرتكزات العمليّة التعاقديّة، علمًا أنّ القراءة التّحليليّة للنّصّ القانوني –**المادّة 1102 فقرة**

---

(56) - Article 16 de la **déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, dispose que : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

(57) - **محمد حسين عبد العال**، مرجع سابق، ص. 130.

(58) - المرجع نفسه، ص. 130.

(59) - سيأتي بيان مختلف القيود الواردة على الممارسة المستقلّة للحريّة التعاقديّة، ضمن الأجزاء الموليّة من هذه الدّراسة.

(60) - Voir Article 1102 alinéa 2 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

(61) - Article 1102 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter*, =

1 السَّالفة الذِّكر- قد كشفت عن نيَّة المشرع في محاولته على تأكيد ارتباط الفلسفة اللِّيبراليَّة بالعقد[62]، والّذي دون شك يسهر مضمون المبدأ على ترجمته بغية إظهار الجانب المستقل الَّذي يحظى به مبدأ الحريَّة التعاقديَّة.

أصبح قانون العقود -بعد الإصلاح- يرتكز بشكل أساسي على مبدأ الحريَّة التعاقديَّة، بحيث افتتح به المشرّع القواعد المنظِمة لنظريَّة العامة للعقد[63]، من خلال تضمِينه في **المادَّة 1102 فقرة 1** -المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، الَّتي عبرَّت عنه بصفة صريحة، بعدما شهدت مكانته سابقًا ضمن أحكام قانون نابليون لعام 1804 تكريسًا ضمنيًّا، رغم أهمِيَّتهِ ودوره المباشر في ولادة العقد.

شهد مبدأ الحريَّة التَّعاقديَّة[64] تكريسًا قانونيًّا صريحًا ضمن معطيات إصلاح قانون العقود، وعلى الرَّغم من نجاعة هذه الخطوة التَّشريعيَّة في تبنِّي المبدأ، فقد تمَّ تجاهل بعض الجوانب المتعلِّقة به[65]، والاكتفاء بالإشارة إلى نطاق ممارسة الحريَّة التعاقديَّة، الَّذي تمَّ تحديده على نحو أبعاد ثُلاثيَّة[66]، ممَّا جعل نطاقها في المجال العقدي يتوسَّع أكثر؛ ليشمل كافَّة الجوانب التعاقديَّة الَّتي تمرُّ بها عمليَّة تكوين العقد.

= de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi (...) ».

(62) - **MEKKI Mustapha**, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D*, N° 14, 2015, p. 820.

(63) - أشار المشرّع الفرنسي إلى مبدأ الحريَّة التعاقديَّة ضمن الأحكام التمهيديَّة المضمونة في أقسام إصلاح قانون العقود الفرنسي الصادر سنة 2016، وهذا دليل على موقف المشرّع في الاعتداد بمبدأ الحريَّة كأحد المبادئ والركائز الَّتي تقوم عليها العمليَّة التعاقديَّة.

(64) - غياب مفهوم قانوني لحريَّة التعاقد، هو موقف يؤكد إرادة المشرّع الفرنسي في ترك مهمة صياغة التعاريف، من بين المسائل الَّتي يختص بها الفقه؛ لذا يظهر أن تركيز المشرّع على تبيان النطاق الثلاثي الَّذي يمارس الشخص حريَّته التعاقديَّة، يُحسب له كنقطة إيجابية تخلَّلت سلسلة الإصلاحات المدخلة على قانون العقود لسنة 2016، بحيث اقتصر المشرّع على تحديد المحتوى الموضوعي والشَّكلي لمبدأ الحريَّة التعاقديَّة، من خلال تِعداده لجملة حريَّات تظهر في نطاق ممارسة ثلاثية الأبعاد.

(65) - تُعد تقنيَّات الذَّكاء الاصطناعي، من أقوى التحديات المعاصرة للنَّظريَّة العامَّة للعقد، نظرا لمَّا تحمله هذه التَّقنيات الحديثة من أبعاد تصطدم مع المفاهيم الكلاسيكيَّة للعقد؛ لذا كان أول تساؤل بحثي طُرح في هذه الدراسة هي حول كيفيَّة تجاوب الروبوت (الإنسان الآلي) مع مبادئ الفلسفة الفرديَّة، علما أنَّه في ظل غياب تنظيم تشريعي، وافتقار قضائي لتشفير هذه التَّقنية، فإنّنا نحاول الغوص في هذه التَّقنية، قصد معرفة إمكانية تعبير الروبوت عن حريَّته في التَّعاقد، للمزيد من التَّفصيل، راجع في ذلك: **أحمد علي حسن عثمان**، **"**انعكاسات الذكاء الاصطناعي على القانون المدني: دراسة مقارنة**"**، مجلة البحوث القانونيَّة والاقتصاديَّة، عدد 76، 2021، ص. 1567.

(66) - باستقراء نص **المادَّة 1102** من قانون العقود الفرنسي لسنة 2016، يتَّضح أن المشرّع كرس مبدأ الحريَّة التعاقديَّة تكريسًا ثلاثيًا، أي أنّ حريَّة العقد تأخذ من ناحية الممارسة التعاقديَّة مظاهر ثلاثية الأبعاد تمس تقريبا كل مراحل العمليَّة التعاقديَّة، وهذا ما سيتم التَّفصيل فيه أكثر في هذه الدراسة.

ج-2. المادّة 1102: منظور قانوني استقرائي

استشعر المشرّع الفرنسي بمناسبة إصلاحه لمفاهيم النَّظريَّة العامَّة للعقد، بضرورة هجر المفهوم التَّقليدي للعقد الَّذي سبق أن عرفته **المادّة 1101** –سبق ذكرها- (النَّص القديم) من قانون نابليون لعام 1804، وهذا بسبب تأسيس هذا التَّعريف على مفاهيم كلاسيكيَّة، تجلَّت في السَّماح للإرادة بالاتِّفاق على إنشاء التزامات تعاقديَّة، تمثَّلت على سبيل الحصر في الالتزام بإعطاء شيء، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

يُسجل من عبارات هذا التَّعريف التَّقليدي للعقد، أن المشرّع قد حاول تقييد نطاق ممارسة الحريَّة التعاقديَّة على إثر ثلاثة التزامات فقط، ممَّا أدَّى إلى ضيق الدَّائرة التعاقديَّة الَّتي تُمارس فيها الحريَّة، غير أن هذا الموقف التَّشريعي الكلاسيكي، سُرعان ما تراجع عنه المشرّع، واقترح تعريف جديد للعقد بمقتضى **المادّة 1101**[67] –المذكورة سلفًا- (النَّص الجديد) من إصلاح قانون العقود، والّذي ترك بموجبها المجال مفتوحًا أمام المتعاقدين في تحديد طبيعة الالتزام سواء من حيث الإنشاء، التَّعديل أو النَّقل أو حتَّى المبادرة بالإنهاء، وبهذا اختلف المشرع الفرنسي عن نظيره المشرّع الجزائري الّذي على الرَّغم من أخذه بالحريَّة التَّعاقديَّة بصورة ضمنية، إلّا أنَّه لا يزال حبيس المفهوم التَّقليدي للعقد المنصوص عليه في **المادّة 54**[68] –سبق ذكرها- من القانون المدني.

تقديرًا للمفهوم الإصلاحي للعقد وتوافقه مع توجُّه المشرّع لتجسيد قداسة الحريَّة التعاقديَّة، يُلتمس منه تطوُّرًا قانونيًّا واقعيًّا قد لحق الإرادة التعاقديَّة **(la volonté contractuelle)** في مجال وضع الالتزامات التعاقديَّة، وهو ما يمكن اعتباره –من وجهة نظرنا- مسألة إيجابيَّة تخلَّلت الرُّؤية الجديدة لإعادة هيكلة النَّظريَّة العامَّة للعقد في ظلِّ المفاهيم المستحدثة في إصلاح قانون العقود.

---

(67) - Article 1101 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : **«** *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes* ***destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*** **»**.

(68) - أنظر المادّة 54 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني.

المطلب الثّاني

الأبعاد الثلاثيّة في ممارسة الحريّة التعاقديّة

شكّلت حريّة التّعاقد الأرضيّة القاعديّة الّتي تُوضع عليها أساسيّات العمليّة التعاقديّة[69]؛ لذا عهد المشرّع الفرنسي في ظلّ سياسته الإصلاحيّة لمفاهيم قانون العقود، بالنّص الصّريح على هذه الحريّة، كمبدأ قانوني توجيهي احتضنته **المادّة 1102** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، مبيّنًا –في ذات الوقت- النِّطاق التّعاقدي الّذي تُمارس فيه الإرادة التعاقديّة حريّتها الكاملة.

استنادًا لمبدأ سلطان الإرادة، فإنّ حريّة الشّخص في التّعاقد تشمل جملة حريّات تُمارس في نطاق تعاقدي ذا أبعاد ثُلاثيّة، باعتبار أنها تلقّى بظلالها على مختلف الجوانب الّتي تحتويها عمليّة التّكوين العقدي، بداية بتمكِين الطّرف المتعاقد من ممارسة حريّة التّعاقد لأجل اختيار الدُّخول في عمليّة تعاقديّة متى كانت محققة لمصلحته الشّخصيّة **(الفرع الأوّل)**، مرورًا بحريّته في تعيين الطّرف المراد التّعاقد معه **(الفرع الثّاني)**، وانتهاءً بتقرير حريّته في اختيار التّعاقد **(الفرع الثّالث)**.

الفرع الأوّل

حـــريـّة الـتّعاقـــد

تُجسِّد حريّة التّعاقد أوّل بُعدٍ ثُلاثي لممارسة الحريّة التعاقديّة، نظرًا لما تحتويه هذه الحريّة من مظاهر استقلاليّة، تُدعم بها إرادة الشّخص في التّعبير عن رغبته[70] في الدُّخول في أيّة عمليّة تعاقديّة من عدمها، تحقيقًا منه لمصلحته الشّخصيّة **(أوّلاً)**، بهذا استطاعت حريّة التعاقد من ترجمة المفهوم الفلسفي الّذي يعكسه مبدأ استقلاليّة الإرادة على سطح العمليّة التعاقديّة **(ثانيًا)**.

(69) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 156 et s.

(70) - **COLLINS Hugh**, « The vanishing freedom to choose a contractual partner », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76-71, N° 2, 2023, p. 77.

أوّلاً: مظاهر حريّة التّعاقد

يشترط لإبرام العقد، أن يتمّ تبادل الإرادة[71] بين طرفين أو أكثر، غير أن هذه الإرادة تُعدُّ بمثابة مكنة مكبوت في نفسيَّة المتعاقد، فله وحده أن يُسيطر في عمليَّة التّعبير عنها، احتكام لحريَّته التعاقديَّة[72] الَّتي تترك له مظهرين لتحديد خياره الحرُّ في قبول إبرام العقد **(1)** أو رفضه تقدير لمصلحته الشَّخصيَّة المرجوُّة من قِيام العقد **(2)**.

1.حريّة قبول التّعاقد

تُشكِّل حريَّة قبول التَّعاقد[73] **(liberté de contracter)** الوجه الإيجابي للحريَّة التعاقديَّة، الَّتي تُفيد قانونًا أن كلَّ شخص حرّ في المبادرة بالتَّعاقد، والمُترجمة واقعيًّا في حريَّة الشَّخص في إبرام عقد، قبول عرض أو حتَّى تقديمه للطَّرف المراد التَّعاقد معه أو الجمهور[74]، الوضع الَّذي مكَّن هذه الحريَّة، من وضع سياج يلتفُّ حول الإرادة[75] الحرَّة للطَّرف المتعاقد، تحميه من تأثير ظروف خارجيَّة، قد تُحاول الضَّغط على إرادته، لإرغامه على الدُّخول في عمليَّة تعاقديَّة معيَّنة.

تتستَّر حريَّة الدُّخول في عمليَّة التَّعاقد، وراء سلسلة اجتهادات قضائيَّة في فرنسا[76]، كانت لها مساهمة في إظهار فعَّاليَّتها في المجال العقدي، وهذا ما انتبه له القضاء الجزائري، الَّذي كان له فُرصة للنُّطق بقداسة الإرادة التعاقديَّة في التَّعبير عن الجانب المستقل

---

(71) - وفقا للمادَّة 54 من **الأمر رقم 75-58** من القانون المدني، يظهر أن المشرّع الجزائري اشترط أن يتم الاتّفاق على العقد بين طرفين أو أكثر من خلال تعبير كل طرف عن إرادته الحرَّة في التَّعاقد أو عدم التَّعاقد، وهذا كلُّه إنما جاء تأكيدًا على نيَّة المشرّع في دعم الجانب المستقل لإرادة كل متعاقد، وتعزيزًا لحريَّته التعاقديَّة.

(72) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 182.

(73) - **العشماوى أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 29.

(74) - **LATINA Mathias**, « Contrat : généralités », *Rép. Civ.*, mai 2017, (actualisation: octobre 2023), p. 101.

(75) - **LEVENEUR Laurent**, *op.cit.*, p. 680.

(76) - بادر الاجتهاد القضائي في فرنسا إلى احتضان مبدأ الحريَّة التعاقديَّة، من خلال التَّنديد المستمر بإلزاميَّة احترامها، نظرًا لدورها في ضمان حريَّة العقد، باعتبارها إحدى أهمّ ركائز العمليَّة التعاقديَّة، تضمَّن للطَّرف المتعاقد حريَّته في التَّعبير عن رغبته إزاء العقد؛ لذا كان اهتمام القضاء الفرنسي بمبدأ الحريَّة رمز من رموز المناصرة لها عبر سلسلة اجتهادات قضائيَّة، تحظر أي تدخُّل خارجي قصد التَّعدِّي عليها.

للإرادة في أثناء التَّعاقد، وذلك من خلال حظر تدخُّل القاضي[77] للتَّأثير على إرادة الشَّخص وحمَّله على قبول التزام تعاقدي معيَّن، لم يكن نشوءه نتيجة الاختيار الحرّ للطَّرف المتعاقد.

شدَّدت المحكمة العليا على حظر تدخُل القاضي للمساس بالإرادة التعاقديَّة؛ ليظهر هذا الموقف ضمن قراريها الصَّادر في قضيَّة تتلخَّص وقائعها في تدخُّل القاضي عن طريق إنشاء التزام تعاقدي يُلقي على عاتق الطَّاعن ضرورة الالتزام به، من خلال الرُّضوخ لإجراء التَّوقيع على عقد بيع شقَّة، فتصدَّت المحكمة العليا لمثل هذا القرار بالطَّعن بالنَّقض تأسيسًا على أنَّ **"(...) ركن الرِّضا يجب أن يصدر عن صاحبه طبقًا لاختياره الحرّ، (...) وبالتَّالي لا يمكن إلزام الشَّخص بالتَّعبير عن إرادته وهو ما يتناقض مع مبدأ سُلطان الإرادة"**[78].

يُلتمس من القراءة التَّحليليَّة لمضمون القرار، أن الجانب القضائي لطالما كان مناصرًا لفكرة قداسة الحريَّة التعاقديَّة، الظَّاهرة في حظر المساس بالحريَّة سواء عن طريق الضَّغط أو إجبار الشَّخص على إتمام عمليَّة التَّعاقد لم يكن راغبًا فيها، باعتبار أنَّ هذه الأخيرة تبقَّى تستمدُّ روح قِيامها من قِوام الإرادة التعاقديَّة الحرَّة.

2. حريَّة رفض التَّعاقد

تكشف حريَّة رفض التَّعاقد[79] **(liberté de non contracter)** عن الوجه السلبي الَّذي تحتويه الحريَّة التعاقديَّة، حيث باتت تُترجم في الواقع العملي عن إرادة الشَّخص في رفض التَّعاقد[80]، تقديرًا لمصلحته الشَّخصيَّة، وتجنُّبًا لضغوط إرادة أخرى، الَّتي قد تفرض عليها ضرورة إتمام العقد، الوضع الَّذي جعل من الحريَّة التعاقديَّة –في مظهرها الثَّاني- تتوسَّع نحو تقديس الإرادة الحُرَّة للفرد، بُغية تدعيم سلطانها في المجال العقدي.

---

(77) - يُشكِّل حظر تدخُّل القاضي في شؤون العقد، أحد الضَّمانات الَّتي تكفل حماية لمبدأ الحريَّة التعاقديَّة، لأنَّ تواجد القاضي كطرف إلى جانب المتعاقدين، يُكيِّف على أنَّه بمثابة تعدي صارخ على الإرادة التعاقديَّة، ومساس بتوقُّعات المتعاقدين، مما ينتج عن تدخُّل القاضي في شؤون العقد تغيير في توجُّه الإرادة، لا سيَّما إذا كانت الغاية من تدخُّله في العقد فرضه لالتزامات لم تكن متوقَّعة من قِبل المتعاقدين وقت تكوين العقد، فمن أجل ضمان الممارسة الحرَّة للإرادة وفقا لأفكار نظريَّة استقلاليَّة الإرادة، يمنع على القاضي الولوج إلى العلاقة العقديَّة.

(78) - **قرار المحكمة العليا**، الغرفة المدنيَّة، رقم 586766، صادر بتاريخ 22/07/ 2010، مجلَّة المحكمة العليا، عدد 1، 2011، ص. 109. **"أنَّ إلزام طرف، عن طريق القضاء، بالحضور أمام الموثِّق للتَّوقيع على عقد، يتعارض ومبدأ سلطان الإرادة، ويُخالف القانون"**.

(79) - **العشماوى أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 29.

(80) - **LATINA Mathias**, *op.cit.*, p. 103.

كرّس القضاء الجزائري حريّة الشّخص في رفض التّعاقد، ضمن محطّات اجتهاداته القضائيّة، حيث كان له في قضيّة تتلخّص وقائعها في رفض الوكالة الوطنيّة للتّسيير والتّنظيم العقاريّين الحضريّين نقل ملكيّة العقارات لفائدة السّيد **(س.ع)**؛ ليتبيّن بعد الخصومة القضائيّة بينهما، أن القرار الصّادر عن محكمة الاستئناف لمجلس قضاء قسنطينة قد أيد الحكم القضائي الّذي ألزم الوكالة بإتمام إجراءات نقل الملكيّة لفائدة **(س.ع)**.

تصدّت المحكمة العليا لمثل هذا القرار، برفضها الصّريح لواقعة تدخُّل القاضي في إرادة المتعاقدين، عن طريق إلزام أحدهما بالتّعاقد، خاصّة وأنّ المتعاقد الملزم قضاء بالعقد، قد أبدى رفضه الصّريح إزاء إتمام إجراءات نقل الملكيّة لفائدة المتعاقد معه، وهذا كلّه تأسيسًا على أنّه: **"لا يجوز للقضاة إجبار الأطراف على تحرير العقود والتّدخُّل في سلطان إرادتهم"**[81].

يلتف حول المظهر السلبي للحريّة التعاقديّة، العديد من الأمور المشكوك فيها[82]، الّتي تنقص من دور المبدأ في المجال العقدي، بسبب إمكانيّة ظهور حالات تعاقديّة، قد لا تسمح للشّخص تحت أيّ ظرف[83]، برفض التّعاقد بشأنها[84]، الوضع الّذي جعل من ممارسة هذه الحريّة في وجهها السلبي أمر وهميٌّ[85] من النّاحية الواقعيّة، يستحيل تطبيقها في نطاق تعاقدي واسع.

رَغم سلبيّة هذا الوجه من الحريّة، إلّا أنّه يُمثِّل -من جهة- حالة تعاقديّة ضروريّة لمواجهة تصرُّف الإذعان **(acte d'ahésion)**[86]، الّذي تمتاز به طائفة العقود المثيرة لإشكاليّة المساس بمركز الطّرف الضّعيف في علاقته العقديّة، ومن -جهة أخرى- يُعد ضمانة فعّالة من أجل الحفاظ على قيمة المبادرة التعاقديّة المنفردة للشّخص أو ما يسمّى بالطّواعية التعاقديّة **(volontairement contractuelle)**[87].

---

(81) - **قرار المحكمة العليا**، الغرفة العقاريّة، رقم 806309، صادر بتاريخ 2012/10/11، مجلّة المحكمة العليا، عدد 2، 2014، ص. 297.

(82) - **LATINA Mathias**, *op.cit.*, p. 103.

(83) - Ibid., p. 103.

(84) - على الرّغم من أنّ العقد –في حدّ ذاته- يمثّل عملاً من أعمال الإرادة الحرّة، إلّا أنّ المتعاقد قد يتصادف من النّاحية العمليّة بحالات كثيرة تحظر عليه رفض التّعاقد بشأنها، كحال التّعاقد بهدف الحصول على غذاء أو السّكن وغير ذلك من ضروريّات الحياة اليوميّة، الّتي لا يمكن الاستغناء عنها تحت أيّ ظرف كان.

(85) - **LATINA Mathias**, *op.cit.*, p. 103.

(86) - **MESTRE Jacques, FAGES Bertrand**, « De la liberté de ne pas contracter », *RTD Civ.*, N° 2, 2004, p. 280.

(87) - Ibid., p. 280.

ثانيًا: ترجمة حريّة التّعاقد لمبدأ استقلاليّة الإرادة

عُدَّت المرحلة السَّابقة على التّعاقد **(phase précontractuelle)** أحد أهم الجوانب المجسدة لمبدأ الحريّة التعاقديّة، بحكم أن هذه الأخيـرة عرفت تكريسًـا في نطـاق تعاقدي واسـع مس كافَّة أجزاء العـمليّة التفاوضيّة، بدءً بالاعتراف للأطراف المتفاوضة بحريّة التّعبير عن إرادتهم في قبول أو رفض التّفاوض، مـرورًا بمنح المشرّع لهذه الأطراف الحـريّة في مواصلة التّفاوض أو حتّى قطع مسارها[88]، مبيّناً في ذات الوقت أنَّ القانون لا يجبر هؤلاء الأطراف تحت طائلة أيّ ظرف بالبقـاء في عمليّة التّفاوض.

عزَّز المشرّع الفرنسي من مكانة الحريّة التعـاقديّة في إصـلاح قانون العقــود؛ لأجل إعادة الرُّوح الفرديّة للمعاملة العقديّة، من خلال العمل على إدخال معطيات هذه الحريّة في أهم مرحلة من مراحل نجاعة العقد ألا وهي مرحلة التّفاوض، وهذا ما أغفل عنه –بالمقابـل- المـشرّع الجـزائري الّذي لا يــزال منحصرًا في الجـانب التّقـليدي للنّظـريّة العـامة للـعقد[89]، وسكت عن التّصريح بصفة مباشرة –كما سبق بيانه- بالمكانة المُقدَّسة لمبدأ الحريّة التعاقديّة في المجال العقدي.

الفرع الثّاني

حريّة اختيار الطّرف المتعاقد معه

تعكس حريّة اختيار الطّرف المتعاقد معه **(la liberté de choix du cocontractant)** البُعد الثلاثي الثّاني لممارسة الحريّة التعاقديّة، حيث تُمكن المتعاقد من حريّة كاملة في اختيار[90] الطَّـرف المقـابل له في العمـليّة التعاقديّة **(أوّلاً)**، غير أن الاعـتداد المطلـق بهذا الجانب من الحريّة، قد يطرح على مستوى الممارسة التعاقديّة العديد من الإشكالات، الّتي تصطدم بأحكام النِّظام التّعاقدي فلا تتماشى معه، ممّا يتطلّب ضرورة التّنقيب في مختلف هذه الإشكالات قصد استقرائها بنظرة علاجيّة **(ثانيًا)**.

---

(88) - Voir Article1112 **de l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

(89) - سيتمُّ التّوسيع في موقف المشرّع الجزائري إزاء مرحلة المفاوضات ضمن معطيات هذه الدّراسة في الباب الثّاني.

(90) - **COLLINS Hugh**, *op.cit.*, p. 77.

أوّلاً: ممارسة حريّة اختيار الطّرف المتعاقد معه

تسمح حريّة اختيار المتعاقد للطّرف المقابل له في العمليّة التعاقديّة[91]، بتقدير مصلحته الشّخصيّة، الّتي يتوقّف –غالب الحال- تحقيقها على حُسن دقّة تحديد الطّرف المتعاقد معه؛ لذلك مَنح القانون نزولا عند تقديسه لمبدأ استقلاليّة الإرادة للطّرف المتعاقد الحريّة الكاملة في تحديد الطّرف المراد التّعاقد معه **(1)**، دون أن يجد نفسه مجبرًا على التّعاقد مع طرف لم يكن ضمن اختياراته الحُرّة **(2)**.

1. حريّة تحديد الطّرف المُتعاقد معه

اعترفت **المادّة 1102** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، للشّخص الّذي أبدى رغبته في التّعاقد، بأحقّيّته في تحديد الطّرف[92] المقابل له في العمليّة التعاقديّة؛ لتُثبت هذه الحريّة أن الإرادة التعاقديّة لم يعد دورها ينحصر في الإنشاء العقدي، إنّما أصبح يتعدّى هذا المفهوم، ويصل بالطّرف المتعاقد إلى تعيين الطّرف الّذي يرغب في إبرام العقد معه، وفقًا لتقديراته ودوافعه المستقلّة، دون إلزامه قانونًا أو حتّى قضاء بضرورة تبيانها[93].

ركّزت الممارسة القضائيّة في فرنسا، على دعم هذا الجانب من الحريّة التعاقديّة، وكرّسته في عديد قراراتها القضائيّة؛ لتتلخّص إحداها في وقائع قضيّة شركة **(citroen)** الّتي رفضت إبرام عقد بيع سيّارات جديد مع شركة **(Alés auto)** الّتي تعتبر تاجرها السّابق، الوضع الّذي دفع بشركة **(Alés auto)** إلى رفع دعوى قضائيّة تُطالب بتدخُّل القاضي لإلزام شركة **(citroen)** بالتّعاقد معها، إلّا أن الحكم القضائي الصّادر عن المحكمة التِّجاريّة كان معاكسًا تمامًا لطلبها، بحيث لقي الرّفض.

انتقدت شركة **(Alés auto)** الحكم الرّافض لطلبها، على أساس أن اختيار تاجر حصري من بين عدّة مترشّحين يشكّل ممارسة تمييزيّة **(une pratique discriminatoire)**، ورغم ذلك انتهى قرار محكمة الاستئناف إلى رفض طلب الشّركة **(Alés auto)**، باعتبار أن **للمتعاقد (المانح) الحق في**

(91) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 184.
(92) - **LEVENEUR Laurent**, *op.cit.*, p. 677 et s.
(93) - **MESTRE Jacques**, **«** La liberté de choisir son cocontractant: une liberté fondamentale mais non absolue **»**, *RTD Civ.*, N° 1, 1999 p. 79.

التّعامل مع المتعاقد الّذي يختاره، من غير أن يكون مطالبا بتسبيب اختياره أو التّصريح عن المعايير الّتي مارس بموجبها هذا الاختيار[94].

يُستفاد من معطيات هذا الاجتهاد القضائي، أنّ محكمة النّقض الفرنسيّة قد دعمت استقلاليّة الإرادة التعاقديّة في جانب اختيار المتعاقد للطّرف المراد التّعاقد معه، وهذا من خلال تقرير مجال واسع لممارسة هذه الحريّة، دون أدنى قيود، حتّى تصل بالطّرف المتعاقد إلى التّعبير عن حريّته دون ضرورة تبرير قرار اختياره، أو حتّى تحديد المعايير[95] –سواء أكانت شخصيّة أو موضوعيّة- الّتي وجّهت إرادته إلى اختيار شخص معيّن دون الآخر.

2. حريّة رفض الطّرف المراد التّعاقد معه

يستنبط من القراءة الاستقرائيّة **للمادّة 1102** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، أنّها تحمل في تكريسها لحريّة اختيار المتعاقد معه، إمكانيّة الشّخص الّذي يتمتّع بهذه الحريّة، أن يستخدمها لإبداء قراره برفض التّعاقد[96] مع شخص معيّن أو حتّى مواصلة العلاقة العقديّة مع ذات الشّخص الّذي سبق أن اختاره[97]، وأتمّ التّعاقد معه.

لقيت حريّة رفض الطّرف المتعاقد معه تأييدًا من الجانب القضائي في فرنسا، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة النّقض تكريس لهذه الحريّة ضمن قضيّة تتلخّص وقائعها أن سيّدة تدعى **(Y)** انتقدت الحكم قيد الاستئناف، بالتّأسيس على أن قرار عدم تجديد عضويّتها في جمعيّة **(Gites de france)** والسّياحة الخضراء في فيبينّا، والّذي نتج عن حظر استخدام العلّامة التجاريّة **(Gites de france)**، يُشكّل في الواقع عقوبة تأديبيّة، ورغم ذلك لقي طلبها الرّفض.

أيدت محكمة النّقض القرار الّذي انتهت إليه محكمة الاستئناف فيما يتعلّق بادّعاء السّيدة **(Y)**، حيث أقرّت أنّ عدم تجديد الجمعيّة لعضويّتها لا يُشكّل بتاتًا إقصاءً تأديبيًّا، إنّما هو مجرّد ممارسة

---

(94) - **Cass. Com**. 7 avril 1998, N° 96-13.219, Bull. Civ. N° 126, 1998, p. 101. **«** *(…) Mais attendu que l'arrêt a retenu, à bon droit, que le concédant à le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé ; que les moyens ne sont pas fondés ; (…)* **»**.

(95) - **MESTRE Jacques**, *op.cit.*, p. 79.

(96) - **LATINA Mathias**, *op.cit.*, p. 104.

(97) - **MESTRE Jacques**, *op.cit.*, p. 80.

لحريَّة التَّعاقد، باعتبار أنَّه وبموجب أحكام نظامها الأساسي، احتفظت الجمعيَّة **بالموافقة على تجديد العضويَّة من دون الحاجة إلى تبرير رفضها في حال عدم تجديدها**[98].

عوَّلت الممارسة القضائيَّة في فرنسا، على تأكيد الجانب السلبي للحريَّة التعاقديَّة الّذي يقضي بأحقِّيَّة الشَّخص في رفض المتعاقد معه دون الحاجة إلى التَّصريح بأسباب الرَّفض، وهذا ما يمكن اعتباره –من وجهة نظرنا- نقطة إيجابيَّة متَّجهة نحو توسيع نطاق ممارسة الحريَّة التعاقديَّة، نزولاً عند الرَّغبة في تقرير مبدأ استقلاليَّة الإرادة التعاقديَّة.

ثانيًا: مناقشة إشكالات حريَّة اختيار الطّرف المتعاقد معه

جاء اتِّساع نطاق ممارسة حريَّة اختيار الطّرف المتعاقد معه في العلاقة العقدية؛ لأجل تأكيد قداسة حريَّة التَّعاقد، غير أن الواقع العملي قد طرح العديد من الإشكالات المُصاحبة لهذه الحريَّة في أثناء ممارستها، وهذا تبعًا للثغرات الَّتي تحتويها، خاصَّة ما تعلَّق منها باكتساء العلاقات العقديَّة بمبدأ التَّمييز **(principe de discrimination)**[99] **(1)** وكذا إمكانيَّة اللُّجوء في بعضها إلى إعمال الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين **(2)**.

1.إدخال مبدأ التَّمييز في العقد: تعارض كلِّي

ولت حريَّة اختيار المتعاقد معه في إصلاح قانون العقود، اهتمام تشريعيٍّ مُعتبر، برز في المكانة المحوريَّة الَّتي إستحوذتها ضمن معطيات **المادَّة 1102 فقرة 1** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، إلَّا أن تقييم هذه الحريَّة، يتطلَّب دائمًا العودة إلى واقع الممارسة التعاقديَّة[100]؛ لإلقاء نظرة تأمُّليَّة في النَّتائج المترتِّبة عن ممارسة المتعاقد لحريَّته في اختيار الطَّرف المتعاقد معه.

توصَّلت هذه النَّظرة إلى الكشف عن الجوانب السلبية الَّتي تتستَّر من ورائها حريَّة اختيار الطَّرف المتعاقد معه، حيث لُوحظ العديد من الثغرات، الَّتي بدت على واقع ممارسة هذه الحريَّة

---

(98) - **Cass. Civ**. 1ère, 6 mai 2010, N° 09-66.969, Bull. Civ. N° 101, 2010, p. 101. « *(…) la cour d'appel a retenu à juste titre que la décision du conseil d'administration prise à l'encontre de Mme X... ne constituait nullement une exclusion disciplinaire, prévue à l'article 7 des statuts,* ***mais relevait de l'exercice de la liberté que s'était réservée l'association d'agréer le renouvellement d'adhésion sans avoir à justifier des motifs de son refus*** *; (…)* ».

(99) - **DRÈANO Maëlle**, La non-discrimination en droit des contrats, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat, école doctorale : Droit et science politique, université de Poitiers, 2016, p. 16.

(100) - **MESTRE Jacques**, *op.cit.*, p. 79.

والَّتي تُرجمة في شكل إشكالات[101] طُرحت على البساط القانوني؛ لتكون محل معالجة في ضوء اقتراحات معدلة من جُرأة هذه الحريَّة في أثناء ممارستها في المجال العقدي.

ارتقى مبدأ التَّمييز[102] في العقد، إلى مصفٍّ أولى الإشكالات[103] الَّتي جاء ظهورها نتيجة اكتساء العلاقة العقديَّة بالطَّابع الشَّخصي، الَّذي على أساسه يظهر أن الطّرف المتعاقد لما يختار المتعاقد معه، يكون اختياره مُستندًا إلى أشخاص معيَّنين دون آخرين، مع التَّنبيه أن مثل هذا الطَّرح الشَّخصي للعقود، لا يتناسب إطلاقًا مع توجُّهات التَّقنين المدني[104]، الَّذي يأخذ كأصل عام بالطَّابع الموضوعي للعقود، وكاستثناء يستعين في حالات معيَّنة بالطَّابع الشَّخصي[105]، غير أن **المادَّة 1102 فقرة 1** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود المتضمنة لممارسة المتعاقد لحريَّته المطلقة في اختيار المتعاقد معه، كانت مُستندةً كأصلٍ عام على الطَّابع الشَّخصي.

احتجَّ جانب من الباحثين[106] نظرًا لإقحام الطَّابع الشَّخصي في العقود، بالحق في مبدأ عدم التَّمييز **(principe de non-discrimination)**؛ لأجل معارضة حريَّة اختيار المتعاقد للطَّرف المتعاقد معه، ودرءًا للخطر الَّذي يُهدِّد الكيان التَّعاقدي مستقبلاً، على الرَّغم من أن المشرّع الفرنسي قد رسم الحدود الَّتي تُمارس في ظلِّها هذه الحريَّة، بأن قيدها بما يسمح به القانون، مع ضرورة احترام ما تُمليه فكرة النِّظام العام.

غير أنَّنا نشكُّ في نجاعة هذه الحدود، بحكم أنَّ ممارسة حريَّة اختيار المتعاقد معه تكون – من حيث الأصل- وفقًا للإرادة المنفردة للمتعاقد الَّذي يستقلُّ بهذه الحريَّة، ويراعي تقدير مصلحته الشَّخصيَّة، بغض النَّظر عن مصلحة الطَّرف المقابل له في العمليَّة التعاقديَّة، وكاستثناء إذا كانت هذه الحريَّة تصطدم بالحدود القانونيَّة وفكرة النِّظام العام، فإنّها في

---

(101) - **MESTRE Jacques**, *op.cit.*, p. 79.

(102) - Article 2 :102 de **Draft Common Frame of Référence**, in : https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf , consulté le: 20/08/2023. dispose que: **« *Signification du terme discrimination* «** *(1) **Le terme "discrimination"** " désigne tout comportement par lequel ou toute situation dans laquelle, sur des fondements tels que ceux mentionnés dans l'article précédent, (a) une personne est traitée moins favorablement qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aurait été dans une situation comparable, (b) ou une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre placerait un groupe dans une position particulièrement désavantageuse comparée à celle d'autres groupes différents (…)* **»**.

(103) - **COLLINS Hugh**, *op.cit.*, p. 80.

(104) - **AUBERT Jean-Luc**, **COLLART DUTILLEUL François**, *Le contrat : droit des obligations*, 5éme éd, Dalloz, Paris, 2017, p. 75.

(105) - يقصد بالطَّابع الشَّخصي في العقود بحسب معطيات القانون المدني، أنه هناك بعض العقود تستند إلى اعتبارات شخصيَّة يتمتع بها الطَّرف المتعاقد حتّى يتم إبرام العقد معه.

(106) - **DRÈANO Maëlle**, *op.cit.*, p. 28.

كل الأحوال العاديَّة، تستمر الممارسة التَّعسُّفيَّة للاعتبارات الشَّخصيَّة الَّتي تنبني على أساسها قناعة المتعاقد في اختيار طرف دون آخر.

2. إظهار الجانب الأحادي للإرادة: مزاحمة الإرادة التعاقديّة المشتركة

يترتَّب عن الممارسة التَّمييزيَّة الظَّاهرة أثناء اختيار المتعاقد لطرف المتعاقد معه، تغليب سلطان الإرادة التعاقديَّة من طرف واحد، أي من جانب الطَّرف القوي، الَّذي يستقلُّ بإدارة شؤون العقد، ويفرض إرادته على الطَّرف المتعاقد معه، ممَّا أدَّى هذا الوضع إلى طرح إشكاليَّة ثانية على السَّاحة القانونيَّة، تمثَّلت في إثارة اختلال توازن العلاقة العقديَّة[107]، بسبب تفضيل إرادة الطَّرف القوي في مواجهة الطَّرف الضَّعيف المتعاقد معه، الَّذي تتأثَّر مصلحته الشَّخصيَّة سلبًا، ويُفقد بالتَّالي ميزان التَّوازن بين المتعاقدين.

يؤدِّي ظهور وضعيَّة اللّاتوازن العقدي إلى التَّأثير السلبي على مبدأ استقلاليَّة الإرادة التعاقديَّة، وحتَّى على تراجع مكانتها المُقدَّسة، إذ كما هو معلوم، أن إرادة كل متعاقد إنما تبحث عن سُبل لتحقيق مصلحته الشَّخصيَّة؛ لكونها تُمثِّل الغاية الأساسيَّة من وراء إبرام العقد، وعليه فإنَّ سيطرة أحد المتعاقدين على العلاقة العقديَّة، سيؤدِّي إلى طرح إشكاليَّة التَّعسُّف في ممارسة حريَّة اختيار الطَّرف المتعاقد معه، والَّتي من شأنها أن تهدِّد مصالح الطَّرف المقابل له في العمليَّة التعاقديَّة.

الفرع الثَّالث

حـريّة اختيـار التَّعـاقد

تُنظِّم حريَّة اختيار التَّعاقد[108] البُعد الثلاثي الثَّالث لممارسة الحريَّة التعاقديَّة وفي ذات الوقت تمثِّل أحد الجوانب المُتأصِّلة من مبدأ استقلاليَّة الإرادة المُقدَّسة من حريَّة الفرد والدَّاعمة لصناعة التزاماته التعاقديَّة؛ لذلك تسهر هذه الحريَّة على تمكين الأطراف المتعاقدة من تحديد مضمون العقد **(أوّلاً)** وحتى شكله إذا ما سمح به القانون ضمن حالات معينة **(ثانيًا)**.

(107) - **LASBORDES Victoire**, *Les contrats déséquilibrés*, T II, P.U.A.M., Marseille, 2000, p. 400.
(108) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, pp. 184-185.

أوّلاً: حريّة تحديد المضمون العقدي

أُعتمد مصطلح **"المضمون العقدي"**[109] من قِبل العديد من تشريعات الدُّول الأوروبيّة من أجل مواءمة القانون[110] ولقد كان لإصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016، محطَّة إصلاحيَّة تبنَّى فيها هذا المصطلح البديل عن كل من موضوع وسبب العقد[111]، مع إعطاء الأطراف المتعاقدة حريَّة مستقلَّة في تحديد هذا المضمون[112] حتَّى يكون خاضعًا للإرادة التعاقديَّة المشتركة **(1)** وكذا الاعتراف لهم بإمكانيَّة التَّحكُّم في كلِّ الآثار المترتِّبة عنه **(2)**.

1. جوهر التَّحديد الإرادي للمضمون العقدي

لعبت الإرادة التعاقديَّة ولمدَّة زمنيَّة طويلة دورًا مهمًّا في ولادة العقد، سواءً من حيث تكوينه أو تحديد مضمونه[113]، فتولَّدت بهذا حريَّة تحديد المضمون العقدي[114] **(liberté du contenu du contrat)** من قِبل أطرافه المتعاقدة، الَّتي تُعدُّ أحد أبرز الجوانب الأساسيَّة الَّتي عبَّرت عنها الحريَّة التعاقديَّة، وهذا ما جَسَّد على أرض الواقع العقدي، حقيقة أن الأطراف المتعاقدة ستظلُّ دائمًا حُرَّة في تنظيم علاقاتها التعاقديَّة وإنشاء التزامات[115] بإرادتها المستقلَّة، وفق لما تراه مناسبًا مع مصالحها الشَّخصيَّة.

---

(109) - نتج عن إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016، الإستغاضة عن مفهومي **"محل وسبب العقد"**، اللذين مثل الوجه المتغيّر في مفاهيم النَّظريّة العامَّة للعقد، وقد ثبت تراجعها لصالح فكرة جديدة تمثَّلت في **"المضمون العقدي"** الَّذي يستند على الاعتبار الموضوعي، مستبعدًا بذات الوقت الاعتبار الشَّخصي، عن طريق هجره لنظريَّة السبب، الَّتي تستند أساسًا على الاعتبار الشَّخصي، ليثبت هذا التَّحول الإصلاحي على مستوى فلسفة أركان العقد، توجه القانون المدني إلى اعتناق الاعتبار الموضوعي، وهذا عكس توجه المشرّع الجزائري، الَّذي لا يزال حبيس المفهوم الرُّباعي لأركان العقد، كما هو مبيَّن من النصوص الحاكمة لنظريَّة العقد، للمزيد من التَّفصيل في أسباب تحول المفهوم الرُّباعي إلى ثلاثي لأركان العقد في ظل دراسة الإصلاح الفرنسي لقانون العقود لسنة 2016، راجع في ذلك: **محمد عرفان الخطيب**، **"**نظرية صحَّة العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الحديث .. والاعتبار الموضوعي (الجزء الثَّاني)**"**، مجلة كليَّة القانون الكويتيَّة العالميَّة، عدد 2، 2018، ص. 356 وما يليها.

(110) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 10.

(111) - ضمَّانا لتجاذب القانون المدني الفرنسي مع باقي القوانين المدنيَّة، باعتباره مصدر إلهام واقتباس أغلب المشرعين، تمّ تبني سياسة تشريعيَّة تنبؤ برؤية إصلاحيَّة تستجيب لهذا الغرض؛ لذا تمّ التَّخلي عن فكرة السَّبب، الَّتي لطالما كانت محل جدل، على نحو يتيح تقريب الرُّؤى بين القانون الفرنسي وقوانين كثير من الدول الأجنبيَّة.

(112) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 185.

(113) - **حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي**، **"**مضمون العقد: دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنجليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التَّشريعي الصادر في 10 شباط 2016**"**، المجلة الأكاديميَّة للبحث القانوني، مجلَّد 17، عدد 1، 2018، ص. 671.

(114) - **العشماوى أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 29.

(115) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, pp. 186-187.

لفتت حريَّة تحديد المضمون العقدي أنظار الممارسة القضائيَّة في الجزائر، ما جعلها تسعى إلى تكريس سلطانها ضمن العديد من قراراتها؛ ليُلتمس ذلك في قضيَّة تتلخَّص وقائعها في قِيام الطَّاعن برفع دعـوى قضـائيَّة على المـطعون عـليه، بحكم أنَّه وتنـفيذًا للقرار الصَّادر بتاريخ 2010/05/26، الَّذي تمَّ تكليفه بالوفاء بمبلغ الدين الَّذي على ذمَّته، اقترح الطَّاعن تحسُّبًا للأزمة الماليَّة الَّتي يمرُّ بها، أن يتمَّ تقسيط مبلغ الدين على دُفعات شهريَّة، وهذا بعد تسبيق جزء معتبر من مبلغ الدين، غير أنَّه وبعد الخصومة القضائيَّة، انتهت إلى حكم الرَّفض لطلب الطَّاعن.

يعيب الطّاعن على القرار محل الطّعن، بأن القضاة لم يقدِّروا صحيح ما جاء به الحكم المستأنف، وأن طلب تقسيط مبلغ الدين لا يؤخذ به إلَّا بناءً على الرَّغبة المُشتركة للطَّرفين، خُصوصًا وأن المطعون عليه عبَّر عن رأيه برفض طلب التَّقسيط، غير أن قاضي الدَّرجة الأولى نصَّب نفسه طرفًا ثالثًا[116] في المُنازعة العقديَّة، وأدخل إرادته في العقد، وفرضها على الطّرفين، ممَّا يعدُّ ذلك تجاوزًا في السُّلطة الممنوحة للقاضي.

انتهى قضاة الموضوع إلى رفض طلب تجزئة مبلغ الدين، باعتبار أنَّه لا يمكن قبول مثل هذا الطّلب المُقترح بالإرادة المُنفردة[117] لأحد أطراف العلاقة العقديَّة، **إنَّما يجب أن يتمَّ بناء على الرَّغبة المُشتركة للطَّرفين**؛ ليكون -بهذا- القضاة قد التزموا بتطبيق صحيح القانون[118]، دون التَّعدِّي على المضمون العقدي، الّذي يجب أن يبقى رهينة الإرادة التعاقديَّة المشتركة.

2. النَّتائج المترتِّبة عن التَّحديد الإرادي للمضمون العقدي

تدعُو مسألة طرح حريَّة تحديد المضمون العقدي على البساط القانوني، ترتيب جملة من الآثار الكاشفة عن التَّوافق القائم بينها ومبدأ استقلاليَّة الإرادة، حيث تمنح هذه الحريَّة لطرفي العقد، إمكانيَّة استكمال القواعد القانونيَّة الَّتي يضعها المشرّع لتنظيم المجال العقدي، عن طريق

---

(116) - يُراد بالطَّرف الثالث في العقد تدخل القاضي في تسيير شؤون العلاقة العقديَّة، حيث يُعد هذا التَّدخل وفقًا لمنظور الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد، أحد المحظورات، بحكم أنَّ العلاقة العقديَّة تمَّ صياغة شروطها بالإرادة التعاقديَّة المشتركة، مما يجعلها رهينة هذه الإرادة، وشأن المتعاقدين.

(117) - ترفض الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد مفهوم الإرادة المنفردة الَّتي تتَّجه إلى تعزيز الروح الانفرادية للعقد، بل تُفضل أن تبقى العلاقة العقديَّة تستجيب للإرادة الحرَّة لكلا المتعاقدين، مع التَّنبيه أن الانفرادية في العقد تُعد أحد الأساليب الجديدة المكرَّسة ضمنيًّا في إصلاح قانون العقود لدعم مبدأ استقلاليَّة الإرادة في ظلِّ منافستها مع مبدأ العدالة العقديَّة.

(118) - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنيَّة، رقم 771895، صادر بتاريخ 2012/05/24، مجلَّة المحكمة العليا، عدد 2، 2013، ص. 139. **"لا يمكن للقاضي الحكم بتقسيط مبلغ الدين، إلا بناء على الرغبة المشتركة للطَّرفين"**.

ابتداع قواعد إضافيّة، ناهيك عن الحكم الحداثي[119] الَّذي قدَّمته **المادَّة 1105 فقرة 3**[120] من إصلاح قانون العقود الفرنسي، الَّذي يسمح للمتعاقدين بعدم التَّقيد بالقواعد العامَّة، باعتبار أنَّها تُطبق مع مراعاة القواعد المحدَّدة اتِّفاقًا أو ضمن قوانين أخرى، ممَّا يفهم أنَّ القواعد العامَّة المُتضمنة في إصلاح قانون العقود، يمكن تنحيتها جانبًا لتكون لها وظيفة فرعيَّة، تُطبَّق في حالة وجود قواعد خاصَّةٍ.

أعاد إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016[121]، التَّأكيد على التَّوافق الضَّروري للعقد مع فكرة النِّظام العام[122]، حتَّى يتمَّ تأطير نطاق تحديد المضمون العقدي الَّذي يتعاقد عليه المتعاقدان، وهذا عن طريق حظر الانتقاص من فكرة النِّظام العام[123] الَّذي ينطبق على حدٍّ السَّواء على الشُّروط التَّعاقديّة أو الغرض[124] المُدرك من قِبل أطراف العقد[125].

ثانيًا: حريّة تحديد شكل العقد

يُعبِّر مبدأ الرضائيَّة **(principe de consensualisme)** على التَّوافق الإرادات لتشكِيل العقد، بحيث يكون رضا الأطراف المتعاقدة كافيًا ووافيًا لصياغة العقد، دون ضرورة إفراغه في شكل معيَّن[126]، حتَّى يتمَّ التَّعاقد، وهذا ما عبَّرت عنه حرفيَّة **المادَّة 1172 فقرة 1**[127] من

---

(119) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 5.

(120) - Article 1105 **de l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : **«** *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.*
Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.
Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières **»**.

(121) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 11.

(122) - نشير في هذا الصَّدد، إلى أن المشرّع الفرنسي سبق أنّ تبنى فكرة النِّظام العام كأحد القيود الواردة على حريَّة تحديد المضمون العقدي؛ لأجل تحقيق التَّوازن بين مبدأ استقلاليَّة الإرادة ومقتضيات العدالة العقديَّة، في حدود التَّصرف وفقًا للمنافع الَّتي يسعى لتحقيقها كل طرف في العقد.

(123) - **حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي**، مرجع سابق، ص. 673.

(124) - يبدو أنَّ المشرّع الفرنسي يأخذ بالشُّروط العقديَّة والغرض المدرك من قِبل المتعاقدين في تقديره لعدم مخالفتها لفكرة النِّظام العام، وهذا بخلاف الوضع قبل إصلاح قانون العقود سنة 2016، حيث كان تقدير مخالفة النِّظام العام، تؤخذ بالموازة مع محل وسبب العقد، وهذا الوضع إنما يدلُّ على أن كل من الشُّروط العقدية والغرض المدرك يُجسدان مضمون العقد الَّذي جاء بديل عن كل من محل وسبب العقد.

(125) - Article 1162 **de l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : **«** *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* **»**.

(126) - **العشماوى أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 29. =

إصلاح قانون العقود الفرنسي، وهو تقريبًا نفس الموقف الَّذي يسير عليه المشرّع الجزائري في مجال تكوين العلاقة العقديَّة.

رغم ذلك، لا يوجد مانع يَحُول على إرادة الأطراف المتعاقدة، يقضي بضرورة إفراغ عقدهما في قالب شكلي[128]، استنادًا إلى أحكام **المادَّة 1102 فقرة 1** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، الَّتي خولت لكلِّ متعاقد حريَّة تحديد شكل العقد المراد إبرامه، باعتبار أنَّ طرفيه أحرار في إفراغ المضـمون العقدي وفقًا لشـكليَّة معيَّنة، وذلك عندما لا يشترط القـانون عقدًا شكليًّا، فإذا تمَّ إفراغ عقد الإيجار[129] في نموذج شكلي، فإن التَّقنين المدني الفرنسي لا يُرتِّب عليه جزاء البطلان، إنَّما يبقى صحيح منتج لكافَّة آثاره القانونيَّة، وهو ذات الاتِّجاه الَّذي سار عليه المشرّع الجزائري، حيث لا يرتب على إفراغ عقد البيع –على سبيل المثال- في قالب شكلي، عندما لا يشترط القانون ركن الشّكلية لإبرامه، جزاء البطلان.

= [127] - Article 1172 **de l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : **«** *Les contrats sont par principe consensuels (…)* **»**.

[128] - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 184.

[129] - Voir article 1714 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

المبحث الثّاني

القُوّة المُلزمة وحرمة العقد: تكريس للأمن التّعاقدي

باتت العلاقة العقديّة تحتجُّ بضرورة ضمان حرمتها، حفاظًا على قيمة التّوقعات التعاقديّة؛ لذا سهر مبدأ القوّة الملزمة للعقد[130] على تجسيد هذا المطلب على أرض الواقع العقدي، من خلال تكفلها بوضع سياج حمائي يحيط بالعلاقة، ويصل بكافّة جوانبها التعاقديّة إلى دائرة الاستقرار، حتّى يتم تعزيز حرمة العقد **(intangibilité du contrat)**، نزولاً عند تكريس مقتضيات الأمن التّعاقدي الّذي يعتبر من أسمى المبادئ الّتي يجب أن يسود في محيط العلاقات العقديّة.

فُرضت هيمنة القوّة الملزمة على العلاقة العقديّة، بفضل كونها مبدأ ينحاز إلى ضمان حرمة العقد[131]؛ لذلك كان تكريس هذا المبدأ كقاعدة قانونيّة، بمثابة ركيزة أساسيّة تقوم عليها العملية التعاقديّة، فتكفّلت نصوص التّقنين المدني –في كافّة تشريعات الدُّول الوطنيّة أو الدوليّة- بحجز مكانة محوريّة، تُعبِّر عن فحوى المبدأ، الّذي يكاد يُقال عنه بأنّه يمثِّل قاعدة تاريخيّة، نظرًا لامتداد جذورها إلى سنوات مضت، فتداركت أغلب تشريعات الدُّول أهمّيّة المبدأ، وعملت على تبنّيه والحفاظ على قيمته ضمن قواعد عرش النّظريّة العامّة للعقد **(المطلب الأوّل)**.

اهتمّ مبدأ القوّة الملزمة للعقد حال تكريسه ضمن النُّصوص القانونيّة المؤطرة للنّظريّة العامّة للعقد، بإعطاء كل دعمه للتّوقُّعات التعاقديّة الّتي تتّجه الإرادة الحرّة إلى صنعها بكلِّ استقلاليّة وترجمتها في قالب عقدي، وذلك من خلال سعيها إلى ضمان احترامها، وعدم التّعدِّي عليها؛ لتمثِّل قوّة العقد الوجه الإلزامي له، غير قابل لزعزعة مكانتها المقدّسة في الرّابطة العقديّة **(المطلب الثّاني)**.

المطلب الأوّل

تأكيد مكانة القُوّة المُلزمة للعقد

تتصدَّر القوّة الملزمة أولى المبادئ التّاريخيّة الّتي تعايشت مع الفلسفة التّقليديّة للنّظريّة العامّة للعقد، فكان النّصُّ أو إعادة التّنصيص على مكانتها المحوريّة الّتي إستحوذتها، إنّما جاءت لتأكيد

(130) - **BENABENT Alain**, *Droit des obligations*, 20ème éd, L.G.D.J., Paris, 2023, p. 229 et s.
(131) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 157 et s.

أهمّيّتها في ضمان ما ترتضيه الإرادة الحرَّة من توقُّعات تعاقديَّة، الَّتي يستحيل بثبات القوَّة الإلزاميَّة للعقد، التَّنصُّل منها أو تدخُّل طرف أجنبي قصد المساس بقُدسيَّتها والتَّعدِّي عليها.

تتجلّى أهمّيَّة تضْمِين القوَّة الملزمة في المجال العقدي، في تحديد دورها الضَّامن لإحياء علاقة عقديَّة مُستقرَّة، ما جعل جُلُّ تشريعات الدُّول –على الصَّعيد الوطني أو الدَّولي- تتعهَّد بضرورة أن تكون العلاقة العقديَّة مكسيَّة بغطاء حمائي الَّذي بات يوفّره مبدأ القوَّة الملزمة، فتأسَّس هذا المبدأ ضمن قاعدة قانونيَّة، بعدما كان يُنظر إليه من عدَّة زوايا، باعتبار أنَّه مبني على أسس متعدِّدة **(الفرع الأوّل)** ناهيك عن المقاربات الَّتي كانت تعكسها بأبعادها المختلفة **(الفرع الثَّاني)**.

الفرع الأوّل

تعزيز الرُّوح الإلزاميَّة العقديَّة

تمكنت القوَّة الملزمة للعقد من إثبات دورها إزاء العلاقة العقديَّة، ما جعلها تهمين على عرش النَّظريَّة العامَّة للعقد، وتحتل مكانة محوريَّة في ظلِّ فلسفتها التَّقليديَّة، دون زعزعتها أو حتَّى المساس بها رغم مرور العديد من السَّنوات، الوضع الَّذي جعلها محل أنظار الفقه، الَّذي تعرَّض لها بالدِّراسة قصد معرفة تدرج غطائها الفلسفي؛ لأجل تبرير مكانتها الرِّياديَّة تُجاه العلاقة العقديَّة **(أوّلًا)** وهو ما دفع بغالبية تشريعات الدُّول إلى تقنين المبدأ ضمن قاعدة قانونيَّة، تبرز عن أهمِّ الجوانب الَّتي تضمن بها حرمة العقد **(ثانيًا)**.

أوّلاً: تبرير القُوَّة المُلزمة للعقد

تأصَّلت القوَّة الملزمة للعقد من منبع فلسفي متعدِّد الاتِّجاهات، ما نتج عنه اختلاف في الأسس المعتمدة لتبرير قوَّة العقد، الوضع الذي دفع بكل اتِّجاه إلى المحاولة بالظفر بالأساس المعتمد عليه لتحديد منطلق هذه الإلزامية، فكان من هذه الأسس التي يستند فيها جانب من الفقه إلى الإرادة الحرَّة للفرد **(1)**، في حين اتخذ البعض الآخر من الثِّقة المشروعة كرمز من رموز قوَّة العقد **(2)** ليأتي تيَّار حديث احتجَّ بصحَّة العقد في بناء قوَّته **(3)**.

1.القُوّة المُلزمة مصدرها يكمن في جوهر الإرادة

تحمل الإرادة ضمن طيّاتها العديد من المفاهيم الفلسفيّة، لعلَّ من أبرزها المفهوم الإلزامي بوصفه سياجًا للعلاقة العقديّة والحارس الدَّائم لاستقلاليّة الحُريّة التعاقديّة؛ لذا سعى الفقه الكلاسيكي[132] إلى تبنّي الإرادة في قالب فلسفي لتبرير القُوّة المُلزمة للعقد، فأصبحت هذه الأخيرة تنطلق من حقيقة أن الفرد يكون ملزمًا بتنفيذ الالتزامات الّتي تعاقد عليها[133]، كلَّما اتّجهت إرادته إلى إنشائها بكلّ حريّة، الوضع الّذي جعل من إلزاميّة التّنفيذ العقدي تتحدَّد بمقتضى سلطان الإرادة[134]، دون ضرورة تدخُّل طرف أجنبي عن العلاقة العقديّة؛ لأجل حثّ المتعاقدين على تنفيذ عقدهما.

يُعتبر العقد من صنع الإرادة[135] الّتي تختصُّ لوحدها بصياغة الالتزامات التعاقديّة وتمديدها بالقُوّة المُلزمة؛ لأجل فرض واجب تنفيذها من قِبل كلّ طرف في العمليّة التعاقديّة، حتّى تسمح بتحقيق ما يُعرف بـ **"تنفيذ الوفاء بالعهد الّذي يقطعه المرء على نفسه"**[136] أي احترامًا للكلمة المعطاة[137]، مما يستتبعه احترام للطّرف المتعاقد معه، وتكريسًا لطابع الثّقة **(la confiance)** والأمانة **(la loyauté)** الواجب إرساؤُهما في جوّ قِيام العلاقة العقديّة[138].

استقطبت الإرادة كمصدر للإلزاميّة العقديّة رواجًا[139] كبيرًا في ظلّ انتشار مبادئ الفلسفة الفرديّة[140]، إلّا أن سلطانها على العلاقات العقديّة لم يدُم طويلاً، إذ سرعان ما تراجعت، بسبب جملة الانتقادات الّتي وجّهت لها، فكان من شأن تقديس الإرادة كأساس للقُوّة المُلزمة تعارضها المباشر مع المعطيات الّتي أصبحت تطرحها الممارسة التعاقديّة، حيث ثبت أن الإرادة باتت عاجزة عن تفسير قدرتها على التّنصُّل ممَّا سبق إنشاؤه من التزامات بإرادتها

---

(132) - **FABRE-MAGNAN Muriel**, *Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral*, 4ème éd., PUF, Paris, 2016, p. 90 et s.

(133) - **العشماوي أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 23.

(134) - **LATINA Mathias**, *op.cit.*, p. 117.

(135) - Ibid., p. 117.

(136) - **فيلالي علي**، الالتزامات: النّظريّة العامّة للعقد، موفم للنّشر، الجزائر، 2008، ص. 359.

(137) - **LAFAURIE Karl**, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, L.G.D.J., Paris, 2020, p. 3.

(138) - **GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 195.

(139) - **DUPRE-DALLEMAGNE Anne-Sophie**, *La force contraignante de rapport d'obligation : recherche sur la notion d'obligation*, P.U.A.M., Marseille, 2004, p. 44.

(140) - **وليد صلاح مرسى رمضان**، القوّة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2009، ص. 73.

الحرَّة[141]، أضف لذلك أنَّ الأخذ المطلق بالإرادة لا يستجيب دائمًا لوجود التزامات قد تفرضها غير هذه الإرادة، دون الإغفال أن التسليم بالإرادة يعني التَّسليم بصحَّة العقود الشَّكليَّة[142]، علمًا أن الشَّكل فيها يُتخذ ككن أساسي[143].

2.القُوّة المُلزمة مُنبثقة من رُوح الثِّقة المشروعة

ارتبط مفهوم فكرة الثِّقة[144] في قانون العقود الفرنسي بمبدأ الأمن القانوني (**la sécurité juridiques)** والقدرة على التَّوقُّع المشروع[145] **(attente légitime)**[146]، ممَّا سمح الامتثال لهذه المبادئ القانونيَّة، تهيئة مناخ تعاقدي مبني على دعامة الثِّقة[147]، الَّتي يضعها الدائن في المدين عند إبرام العقد، ويتوقُّع منه تنفيذ ما تعهَّد به[148]، نزولاً عند نيَّة كلٍّ منهما في تحقيق المصلحة المُنتظرة من وراء إبرام العقد.

أمام انتشار فكرة الثِّقة المشروعة[149] في المحيط العقدي، جعلت جانب من الفقه[150] يعتمد عليها كأساس للقُوَّة المُلزمة للعقد[151]، حيث تظهر هذه الإلزاميَّة المستمدة من الثقة في المصلحة المُنتظرة من تنفيذ[152] كلِّ طرف ما تعهَّد به تحقيق لمصلحة الطَّرف الآخر، وبهذا تقوم الرُّؤية

---

(141) - **FABRE-MAGNAN Muriel**, *op.cit.*, p. 91.

(142) - Ibid., p. 91.

(143) - **فيلالي علي**، مرجع سابق، ص. 294.

(144) - **CORNU Gérard**, *op.cit.*, p. 230. « *Croyance en la bonne foi, loyauté, sincérité et fidélité d'autrui (tiers, cocontractant) ou en ses capacités, compétence et qualification professionnelles (...)* ».

(145) - **طارق جمعه السيد راشد**، "حماية التَّوقعات المشروعة للمتعاقدين"، مجلَّة القانون والاقتصاد، مجلَّد 96، عدد 2، 2023، ص. 23.

(146) - **MAZEAUD Denis**, « La confiance légitime et l'estoppel », *R.I.D.C.*, Vol 58, N° 2, 2006, p. 363 et s.

(147) - **GAUTIER Pierre-Yves**, *Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ?*, in La confiance en droit privé des contrats S/D **BENABOU Valérie-Laure, CHAGNY Muriel**, Dalloz, Paris, 2008, p. 114 et s.

(148) - **MAZEAUD Denis**, *op.cit.*, p. 363 et s.

(149) - تُعبِّر فكرة الثِّقة المشروعة عن مبدأ حسن النيَّة في تنفيذ الالتزام التَّعاقدي، الَّذي اعتمدت على تكريسه العديد من التَّشريعات الوطنيَّة، وهي فكرة –في حدِّ ذاتها- تعود جذورها التَّاريخيَّة إلى القانوني الرُّوماني، الَّذي كان السباق في اعتماده على حسن النيَّة في المبادلات التِّجاريَّة، راجع في ذلك:

JALUZOT Béatrice, *La bonne foi dans les contrats : étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, Paris, 2001, p. 20.

(150) - **FABRE-MAGNAN Muriel**, *op.cit.*, p. 93.

(151) - **KENFACK Hugues**, La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ?, in La confiance en droit privé des contrats S/D **BENABOU Valérie-Laure, CHAGNY Muriel**, Dalloz, Paris, 2008, p. 127 et s.

(152) - **GAUTIER Pierre-Yves**, *op.cit.*, pp. 111-112.

الجديدة للعقد، بترجمة مفهوم الثِّقة للنَّقلة النَّوعيَّة من تعارض المصالح الّذي يمكن أن يظهر في العلاقة العقديَّة، إلى إقامة علاقة متوازنة المصالح تنادي بتحقيق مصلحة كلِّ طرف.

حظيت فكرة الثِّقة بأهمِّيَّة بالغة، نظرًا لدورها الجوهري في ضمان استمراريَّة العقد، من خلال حرصها الدَّائم على حثِّ الأطراف المتعاقدة[153] على تنفيذ ما تمَّ الاتِّفاق عليه، لكن رغم هذه الإيجابيَّات الَّتي تُضْفِيها فكرة الثِّقة للعقد، إلَّا أنَّها تعرَّضت إلى انتقادات[154] في مضمونها، لعلَّ من أبرزها، كونها فكرة غير مضبوطة بمعالم قانونيَّة، ما جعلها عُرضت لتأثير عوامل خارجيَّة عن العقد وإرادة الأطراف، من شأن ظهورها زعزعة الثِّقة المبنية على أساسها القوَّة الملزمة، وكذا إحداث ثغرة في هذه الثِّقة، فتؤدِّي إلى إضعاف العلاقة بين المتعاقدين.

3.القوَّة الملزمة مستندة إلى صحَّة العقد

يمكن طرح أساس آخر لتبرير القوَّة الملزمة للعقد، يقوم على فكرة ربطها بصلاحيَّة العقد لتنفيذه، حيث لقي هذا التَّوجُّه إقبالاً من طرف الفقه[155]، باعتبار أنَّ هذا الأساس لم يكن محل جدال فقهي عليه، الوضع الَّذي مكَّن من توقيف إلزاميَّة العقد على صحَّته، بحسب ما عبَّرت عنه حرفيَّة **المادَّة 1134 فقرة 1** –سبق ذكرها- من قانون نابليون لعام 1804، عندما أشارت إلى الصِّلة الرَّابطة بين القوَّة الملزمة وصحَّة العقد المشكل قانونًا.

يظهر أنَّ هذا الطّرح التَّحليلي لتأسيس القوَّة الملزمة للعقد على صحَّة انعقاده، -من وجهة نظرنا- منطقي جدًّا، باعتبار أنَّ العقد غير المبرم وفقًا لمتطلَّبات القانون، ينتج عنه إمكانيَّة الطَّعن في صحَّته وبالتَّبعيَّة نقض قوَّته الملزمة بتحلُّل كلا الطَّرفين من رفض أداء الالتزامات التعاقديَّة الَّتي سبق إنشاؤها بالإرادة الحرَّة لكلٍّ منهما، الموقف ذاته تمَّ تأييده من طرف مشروع الإطار المرجعي المشترك **(DCFR)** عندما أشار في **المادَّة 1: 103**[156] الواردة تحت عنوان **"الأثر الملزم"**، إلى أنَّ العقد الصَّحيح ملزم للطَّرفين.

---

(153) - **KENFACK Hugues**, *op.cit.*, p. 122 et s.
(154) - **FABRE-MAGNAN Muriel**, *op.cit.*, p. 93.
(155) - **GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 210.
(156) - Article 1 : 103 de **Draft Common Frame of Référence,** dispose que : « *(1) Un contrat valide lie les parties (...)* ».

ثانيًا: تقديس إلزاميّة العقد في ظلِّ القانون المدني

أخذًا بعين الاعتبار أهميَّة القُوَّة المُلزمة للعقد ودورها الفعَّال في تأطير السِّياج الإلزامي للعلاقة العقديَّة، ضمانًا لاستقرارها، تمكَّنت من حجز مكانة ثابتة لها ضمن مفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد، وهذا ما تجلَّى بشكل واضح منذ صدور القانون المدني الجزائري **(1)** وكذا القانون المدني الفرنسي **(2)**.

1.تضمِين القُوَّة المُلزمة في ظلِّ القانون المدني الجزائري

عهد المشرّع الجزائري منذ صدور القانون المدني سنة 1975، بضرورة تأطير العلاقة العقديَّة بسياج إلزامي، حتَّى يُضفي طابع الاستقرار على الرَّوابط العقديَّة، ويضمن تحقيق فعاليَّة متكاملة للعقد، وفعلاً هذا ما عبرت عنه **المادَّة 106** –سبق ذكرها- من هذا القانون، الَّتي كانت محل دراسة استقرائية تحليليَّة لمكانتها التاريخيَّة في عرش نظريَّة العقد **(1)**، ولأهم جوانبها المنظمة للعمليَّة التعاقديَّة **(2)**.

أ. تحديد التَّموضع التَّشريعي للمادَّة 106

أخصَّ المشرع القُوَّة المُلزمة للعقد، باهتمام بالغ، يظهر في تكريسه لأوَّل مرَّة ضمن القانون المدني الصَّادر سنة 1975؛ لتتكفَّل **المادَّة 106**[157] –المذكورة سلفًا- من هذا القانون بالنَّصِّ على إلزاميَّة العلاقة العقديَّة، وما ينتج عنها من تقديس ظاهر لمبدأ الحريَّة التعاقديَّة، بحكم أنَّ كُلَّ ما ترتضيه الإرادة الحُرَّة من التزامات تعاقديَّة، لا بُدَّ من أن تستكمل حريَّتها بتأطيرها بطابع إلزامي، حتَّى يُفرض واجب الاحترام والتَّنفيذ من قِبل أطراف العلاقة العقديَّة.

اقتبس المشرّع مكانة القُوَّة المُلزمة للعقد من توجُّه قانون نابليون لعام 1804، حيث أورد لها تصميمًا هيكليًّا، يقضي بأن ترد **المادَّة 106** –المذكورة أعلاه- من القانون المدني ضِمن معطيات **القسم الثَّالث المعنون بـ "آثار العقد"**، الَّذي جاء ذكره تحت عنوان **الكتاب الثَّاني "الالتزامات والعقود"**، ممَّا يتبيَّن –من الوهلة الأولى- أنَّ هذا التَّصميم التَّشريعي لمكانة القُوَّة المُلزمة، لم يأتِ ورودها على سبيل المثال مجتمعة مع مبدأ الحريَّة التعاقديَّة، كمبادئ توجيهيَّة للعقد، إنّما جاءت

(157) - تنص المادَّة 106 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني، على أنَّه: " العقد شريعة المتعاقدين (...)".

مبعثرة ومتفرّقة تُستشف من خلال نُصوص القانون المدني، وهذا ما يُعاب على المشرّع إغفاله لخطوةٍ تعديليَّة لمبادئ العقد، بإعادة تصميمها الهيكلي.

ب.قراءة في محتوى المادَّة 106

شهدت **المادَّة 106** –المذكورة سلفًا- من القانون المدني المجسدة لمبدأ قُوَّة العقد، نقلاً حرفيًّا لمضمون **المادَّة 1134 فقرة 1** –المذكورة أعلاه- (الصِّيغة التَّاريخيَّة لمبدأ القُوَّة المُلزمة للعقد المُقنَّنة في ظلِّ قانون نابليون لعام 1804)، ما جعل من النَّتائج المُترتّبة عن هذا المبدأ، تتماثل مع ذات النَّتائج الَّتي أشار إليها القانون المدني الفرنسي، ومنها التَّأكيد على الخضوع للإرادة التعاقديَّة المُشتركة، مع ضرورة الحفاظ على حُرمة العقد، وحظر التَّدخُّل والمساس الأجنبي بالعلاقة العقديَّة.

أراد المشرّع الجزائري من خلال معطيات **المادَّة 106** –المذكورة سلفًا- من القانون المدني، التَّأكيد على قداسة الإرادة في تحديدها للمضمون العقدي، ممَّا يدلُّ هذا الموقف التَّشريعي على مدى حرصه الشَّديد في تأطير حرمة العلاقة العقديَّة، بجعلها تخضع للإرادة التعاقديَّة المشتركة للمتعاقدين، دون إمكانيَّة إشراك طرف أجنبي لأجل التَّدبُّر في شُؤون العقد.

2.التَّنصيص على القُوَّة المُلزمة في ظلِّ القانون المدني الفرنسي

تكفَّلت **المادَّة 1134 فقرة 1** من قانون نابليون لعام 1804 بالنُّطق بقداسة العلاقة العقديَّة عن طريق اكتسائها بالقُوَّة المُلزمة، الوضع الَّذي جعل من هذه المادَّة القانونيَّة تُجسِّد الانطلاقة الأولى في مجال التَّكريس التَّشريعي لمبدأ القُوَّة المُلزمة للعقد **(أ)** لتليها بعد ذلك مبادرة المشرّع بخطوة إصلاحيَّة لمفاهيم النَّظريَّة العامَّة للعقد سنة 2016، باختياره **المادَّة 1103** لإحياء نفس الموقف التَّشريعي التقليدي المقدَّس من إلزاميَّة الرَّابطة العقديَّة **(ب)**.

أ. المادَّة 1134: الصِّيغة التَّاريخيَّة-قانون نابليون لعام 1804

اختار المشرّع الفرنسي **المادَّة 1134 فقرة 1** الواردة الذِّكر ضمن نصوص قانون نابليون لعام 1804، لتكريس قداسة الرَّابطة العقديَّة **(أ-1)**؛ لذا كان لا بدَّ من التَّعرُّف على مختلف الجوانب التعاقديَّة الَّتي تتحكَّم فيها القُوَّة المُلزمة أثناء قِيام العقد، وذلك من خلال استقراء محتوى هذا المبدأ القانوني **(أ-2)**.

أ-1. تحديد التّموضع التّشريعي للمادّة 1134

بدا جليًّا أنّ التّكريس التّشريعي لمبدأ القوّة الملزمة للعقد، قد جاء –لأوّل مرّة- ضمن قانون نابليون لعام 1804، حيث تكفّلت **المادّة 1134 فقرة 1** –المذكورة سلفًا- من هذا القانون باحتضانها، والنّصّ على قداسة الرّابطة العقديّة، من خلال تأطيرها بسياج حمائي يمنع المساس بها، ويفرض على أطرافها إلزاميّة التّقيُّد بما ارتضته الإرادة من التزامات تعاقديّة.

بطرح معطيات **المادّة 1134 فقرة 1** –المذكورة سلفًا- من هذا القانون على طاولة النّقاش التّحليلي، يتّضح أن مبدأ القوّة الملزمة للعقد قد أُدرج ضمن أقسام قانون نابليون لعام 1804 في **الفصل الثّالث** الّذي جاء تحت عنوان: **في أثر الالتزامات (de l'effet des obligations)**، ويعود سبب إعطائها هذه المكانة ضمن أقسام هذا القانون، إلى ارتباط المبدأ بآثار الالتزامات من حيث الإنشاء التّعاقدي، ممّا جعلها تتوافق أكثر مع تعريف العقد الوارد الذّكر في **المادّة 1101** –سبق ذِكرها- من قانون نابليون لعام 1804 (النّص القديم)، الّذي أشار إلى أنّ أثر العقد ينحصر في إنشاء الالتزام المتمثّل في منح أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

أ-2. قراءة في محتوى المادّة 1134

تضمّنت **المادّة 1134 فقرة 1**[158] –المذكورة سلفًا- من قانون نابليون لعام 1804، عبارات دالّة على دور القُوّة الملزمة في ضمان فعاليّة العقد، حيث يظهر ذلك من خلال ما عبّرت عنه قاعدة **"العقد يمثل قانون المتعاقدين"**[159]، الّتي أكّدت أن العقد يتمتّع بقوّة إلزاميّة[160] تساهم في تأطير العلاقة العقديّة[161] وتلزم أطرافها بالخضوع للالتزامات التعاقديّة[162]، الّتي سبق إنشائها بالإرادة

---

[158] - Article 1134 alinéa 1 de la **loi n° 1804-02-07**, code civil, dispose que : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

[159] - تُفيد قاعدة **"العقد يمثل قانون المتعاقدين"** أن العقد يقوم مقام القانون لمن عقده، بمعنى لا توجد إرادة خارجيّة تلزم المتعاقدين على التزام تعاقدي معيّن، بغير الالتزامات الّتي يتفق الطّرفين على إنشائها، عندها يظلون ملزمين بها، وكنتيجة ترتبها هذه القاعدة على البساط القانوني أنّها تحظر على أي طرف في العلاقة العقديّة المساس بها بإعمال إرادته المنفردة، وهذا كله حفاظًا على قُدسيّة الإرادة في خلق الالتزامات التعاقديّة، وكذلك من أجل كفالة توازن العلاقة العقديّة، للمزيد من التّفصيل في دلالة قاعدة **"العقد شريعة المتعاقدين"**، راجع في ذلك: **وليد صلاح مرسى رمضان**، مرجع سابق، ص. 40 وما يليها.

[160] - **عامر حسين**، القُوّة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، 1949، ص. 5.

[161] - **علاق عبد القادر**، أساس القُوّة الملزمة للعقد وحدودها: دراسة مقارنة، مذكرة مُقدّمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلّيّة الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص. 31. =

المشتركة للمتعاقدين، تقديرًا للمصلحة الشّخصيّة لكلّ منهما؛ لتلعب –بهذا- القُوّة المُلزمة للعقد دورًا بارزًا في التّأكيد على سلطان الإرادة التعاقديّة.

أضافت **المادّة 1134 فقرة 2**[163] -المذكورة أعلاه- من قانون نابليون لعام 1804، أن القُوّة المُلزمة للعقد تُشكِّل العامل المُؤثِّر على تحجُّر العلاقة العقديّة، من خلال معارضتها بشدّة للتّصرُّفات الّتي تُتّخذ بأحاديّة الجانب الإرادي لأحد المتعاقدين، ممّا يفهم أن الإلزاميّة العقديّة تمنع المساس بالالتزام العقدي سواء بإلغائه أو تعديله بالإرادة المنفردة[164]، إنّما يتمُّ ذلك تأسيسًا على الإرادة المُشتركة أو -في جميع الأحوال- في الحدود الّتي يسمح بها القانون، وفي صراحة تعبير **المادّة 1134 فقرة 2** –السّالفة الذِّكر- من هذا القانون يتجلّى دور القُوّة المُلزمة في الحفاظ على استمراريّة العقد وإضفاء طابع الاستقرار **(stabilisation)** والأمان على المعاملات العقديّة.

أظهرت **المادّة 1134 فقرة 3**[165] –المذكورة سلفًا- من هذا القانون، مُساهمة القُوّة المُلزمة للعقد في تكريس أبعاد الأمانة التعاقديّة **(la loyauté contractuelle)**، من خلال إلزام الأطراف المُتعاقدة بتنفيذ الالتزامات التعاقديّة وفقًا لمتطلّبات حسن النّيّة؛ لتصل القُوّة المُلزمة -في نهاية المطاف- إلى تكريس الفعّاليّة المتكاملة للعقد، حتّى يؤدّي هذا الأخير وظائفه الّتي وجد أساسًا من أجلها.

ب. المادّة 1103: الصّيغة المماثلة-إصلاح قانون العقود لسنة 2016

تُكرِّس **المادّة 1103** من إصلاح قانون العقود، مبدأ القوّة الملزمة للعقد، بحيث تم تخصيص مكانة لها ضمن أحكام مدخل النظريّة العامّة للعقد، ما جعلها ترتقي إلى مرتبة مبدأ توجيهي للعقد؛ لذا وجب التعرض بالدّراسة لجوانب **المادّة 1103** –السّالفة الذِّكر- قصد ضبط التّموضع التّشريعي لها **(ب-1)** فضلا عن ضرورة التّنقيب في مختلف جوانبها الضّامنة لاستقرار العلاقة العقديّة **(ب-2)**.

---

(162) - **MARCHAND Sylvain**, *Clauses contractuelles : du bon usage de la liberté contractuelle*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008, p. 3.

(163) - Article 1134 alinéa 2 de la **loi n° 1804-02-07**, code civil, dispose que : **«** *(…) Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorisée (…)* **»**.

(164) - **DISSAUX Nicolas, «** Les clauses de modification unilatérale du contrat **»**, *A.J. Contrat.*, N° 06, 2020, p. 260.

(165) - Voir article 1134 alinéa 3 de la **loi n° 1804-02-07**, code civil.

ب-1. تحديد التّصميم التّشريعي لنصّ المادّة 1103

استبقى المشرّع الفرنسي على قيمة القُوّة المُلزمة[166] لكونها تُمثّل سياج العلاقة العقديّة، إلّا أن التّصميم الهيكلي لموقعها ضمن أحكام إصلاح قانون العقود، قد مسّها تغيير، حيث أعاد المشرّع النّصّ عليها كأحد أبرز المبادئ[167] المؤطّرة للعقد، عن طريق تخصيص مكانة لها ضمن **قسم: "الأحكام التّمهيديّة" (dispositions liminaires)**[168]؛ ليتراجع بذلك المشرّع عن مكانتها التّقليديّة –ضمن قانون نابليون لعام 1804- الّتي كانت واردة ضمن **القسم المتعلّق بـ "آثار الالتزامات"**[169].

أضحى إدماج مبدأ القُوّة المُلزمة للعقد في **القسم المتعلّق بـ "الأحكام التّمهيديّة"**، إلى جانب كلٍّ من مبدأ الحريّة التعاقديّة **(المادّة 1102)** ومبدأ حسن النيّة **(المادّة 1104)**، توفيق المشرّع الفرنسي في المزج الوظيفي[170] بين هذه المبادئ، والّتي لا يمكن الفصل بين ترتيبها المتدرج، باعتبارها المسؤولة عن التّوجيه الصّحيح للعقد، نحو دفعه لبلوغ مختلف وظائفه الّتي وجد من أجلها.

ب-2. قراءة في محتوى المادّة 1103

قنن المشرّع الفرنسي مبدأ القُوّة الملزمة للعقد، باعتماده على عمليّة النّقل الحرفي للصّياغة التّاريخيّة للمبدأ[171] الواردة الذّكر في **المادّة 1134 فقرة 1** –سبق ذِكرها- من قانون نابليون لعام

---

(166) - **LAFAURIE Karl**, *op.cit.*, p. 7.

(167) - Ibid., p. 7.

(168) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 5.

(169) - أشار جانب من الفقهاء إلى ضرورة تجنب الخلط بين القوّة الملزمة **(Force obligatoire)** والمضمون الالزامي **(Contenu obligationnel)**، حيث تتعلّق القوّة الملزمة بالالتزام التّعاقدي الّذي ينشؤه العقد، الّذي يضفي إلى وضع قاعدة قانونيّة جديدة يخضع لها المتعاقدين، مثلما تخضع للقانون، ذلك أنّ العقد مثل قانون المتعاقدين، أما المضمون الإلزامي يتمثل في الأثر المتمثل في إنشاء الالتزام، تعديله نقله وإنهائه، ويرجع في الحقيقة سبب الخلط بين كلا المفهومين إلى تعريف العقد المنصوص في **المادّة 1101** من قانون نابليون لعام 1804، للمزيد من التّفصيل راجع في ذلك:

ANCEL Pascal, **«** Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat **»**, *RTD Civ.*, N° 04, 1999, p. 771.

(170) - **LAFAURIE Karl**, *op.cit.*, p. 6.

(171) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 5.

1804 –المذكورة أعلاه-، وإعادة النَّصِّ عليها في **المادَّة 1103**[172] (النَّص الجديد) من إصلاح قانون العقود لسنة 2016، مع إدخال تغيير طفيف عليها، إذ تمَّ استبدال مصطلح **"الاتِّفاقيَّات"** بـ **"العقد"**[173] حتَّى ينسجم مع المفهوم المستحدث للعقد ضمن **المادَّة 1101** –سبق ذِكرها- (النَّص الجديد) من إصلاح قانون العقود.

تُحاكي القُوَّة المُلزمة بعد تكريسها كمبدأ توجيهي ضمن النَّظريَّة العامَّة للعقد، الحريَّة التعاقديَّة، بعبارات التَّقديس لما تُعبِّر عنه الإرادة الحُرَّة من توقُّعات تعاقديَّة، كما تسهر على تأطير هذه الحريَّة بسياج يمنع أيّ تعدي أو انقلاب أحد المتعاقدين على المضمون العقدي الّذي سبق صياغته، ممَّا يفهم –من ذلك- أنَّ المشرّع الفرنسي قد عزَّز نفس المفهوم الإلزامي للرَّوابط العقديَّة، الَّتي سبق أن كُرس في ظل قانون نابليون لعام 1804.

الفرع الثَّاني

دور القُوَّة المُلزمة: مفهوم قانوني بمقاربة متعدِّدة

جسَّدت القوَّة الملزمة حال تكريسها ضمن قاعدة قانونيَّة، الوجه الإلزامي للعلاقة العقديَّة، الَّذي حظي باهتمام تشريعي بارز لأهمِّيَّة الرُّوح الإلزاميَّة العقديَّة، نظرًا لدورها الفعَّال في ضمان ثبات العقد؛ لذا كان يُؤخذ بمبدأ القوَّة الملزمة الَّذي يعكس المفهوم القانوني ذا أبعاد مختلفة، تُستلهم من النَّاحية الاجتماعيَّة **(أوَّلاً)** أو من النَّاحية الاقتصاديَّة **(ثانيًا)**.

أوَّلاً: القوَّة المُلزمة بمقاربةٍ اجتماعيَّة

بادر المُختصُّون في علم الاجتماع إلى احتضان العقد بدراسة تحليليَّة ذات أبعاد اجتماعيَّة[174]، فبيَّنت نتائج هذه الدِّراسة، أنَّ العقد يحتلُّ مكانة محوريَّة في إنشاء علاقات عقديَّة في المجتمع، تنطلق من فكرة تقديس حريَّة الفرد في إقامة علاقة عقديَّة تُحقِّق مصلحته

(172) - Article 1103 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

(173) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 5.

(174) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 204 et s.

الشَّخصيَّة، وعلى هذا النَّحو يقوم العقد بأداء وظيفته الاجتماعيَّة، في ضوء علاقة متوازنة المصالح[175]، باعتبار أنَّ كلُّ طرفٍ يبحث عن آليَّة لإشباع حاجاته المختلفة.

يفرض العقد لتفعيل وظيفته الاجتماعيَّة، حتميَّة احترام الإرادة التعاقديَّة للفرد، الَّذي يبحث –في كلِّ مرَّة- عن إمكانيَّة تحقيق مصلحته الشَّخصيَّة، علمًا أنَّ ذلك يتأتَّى عن طريق تأطير سياج يلتف حول الإرادة التعاقديَّة، والَّذي تسعى –دائمًا- القُوَّة المُلزمة إلى وضعه، من أجل التَّصدِّي لأيّ تدخُّل خارجيّ عن العقد.

أصبحت القوَّة المُلزمة –بهذا- تعبِّر عن المقاربة الاجتماعيَّة الَّتي يحظى بها العقد، استنادًا إلى الفلسفة الفرديَّة الَّتي تجعل من الفرد حرًّا ومستقلًّا في شتَّى تعاملاته في المجتمع[176]، ممَّا يفهم أنَّ كلَّ فرد يأمل بتحقيق المنفعة الاجتماعيَّة المرجوَّة من دخوله في عمليَّة تعاقديَّة، دون إثارة وضعيَّة اللَّاتوازن العقدي، لأنَّ الحريَّة الفرديَّة تقوم على أساس المساواة المفترضة بين أطراف العقد.

يحظر مفهوم اجتماعيَّة العقد، أيُّ تدخل خارجي عن العلاقة العقديَّة، بحكم أنَّ الاتِّفاق القائم بين المتعاقدين، تمَّ اكتساؤُه بالقُوَّة الإلزاميَّة، فأصبحت –معها- كل الالتزامات التَّعاقديَّة واجبة التَّنفيذ؛ غير أن مفهوم الاجتماعيَّة قد يُؤخذ –من جهة أخرى- كتقنيَّة[177] تتطلَّب تدخُّل الطَّرف القضائي –إلى جانب المتعاقدين- في حالة اختلال توازن العقد، من أجل معالجة هذه الوضعيَّة باستعادة توازن العلاقة العقديَّة.

ثانيًا: القُوَّة المُلزمة بمقاربةٍ اقتصاديَّةٍ

حظي العقد باهتمام المختصِّين في علم الاقتصاد[178]، باعتبار أنَّ الحقل الاقتصاديّ يُمثِّل –دائمًا- المجال الخصب لميلاد العلاقة العقديَّة؛ لذا أُعتبر العقد من زاوية التَّحليل الاقتصادي بأنَّه تلك

---

(175) - **العشماوي أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 20.

(176) - **GRYNBAUM Luc**, Le contrat contingent: l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat en droit, université Paris I, 1998, p. 109.

(177) - **نساخ فطيمة**، الوظيفة الاجتماعيَّة للعقد، أطروحة مقدَّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كليَّة الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص. 2 وما يليها.

(178) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 204 et s.

الآليّة الّتي تسمح بتبادل القيم الذاتيّة[179]، وتعمل –لا سيّما- على إضفاء توازن موضوعيّ[180] على مراكز العلاقة العقديّة الاقتصاديّة.

يقتضي العقد –بالتّالي- لتحقيق وظيفته الاقتصاديّة، تدخل القُوّة المُلزمة[181] لأجل إضفاء على المنافع الاقتصاديّة الّتي تمّ تحديدها بموجب العقد، طابع الثّبات والاستقرار[182] حتّى تكون ملزمة للأطراف المتعاقدة، وكذا تحقيق مبدأ الأمن القانوني[183] الّذي بوجوده تحيا المعاملات العقديّة جوًّا من الاستقرار، وبهذا يظهر أنّ التّكريس التّشريعي لمبدأ القُوّة المُلزمة إنّما هو مقرّر – حقيقة- لتفعيل الوظيفة الاقتصاديّة للعقد.

تعكس القُوّة المُلزمة للعقد ذات المقاربة الاقتصاديّة[184]، الوجود القانوني لظاهرة العقد، باعتبار أنّ القُوّة الإلزاميّة تسمح للمتعاقدين بتسطير المنافع الاقتصاديّة المُنتظرة من عمليّة إبرام العقد، تأسيسًا على الفلسفة اللّيبراليّة الاقتصاديّة الّتي تُعزّز من حريّة الأفراد في إبرام العقود على النّحو الّذي تُحقّق المنفعة المنتظرة من العقد.

يحتاج البناء الاقتصادي للعقد، أن يكون طرفاه على دراية عند تحديد المنافع الاقتصاديّة الّتي يُؤمل تحقيقُها، حتّى تكتسي هذه المنافع طابع الثّبات ويعمُّ التوازن الموضوعي بين أطراف العقد، الوضع الّذي جعل العقد ملزمًا ومحقّقًا للمساواة بين طرفيه، ورافضًا لأيّ تدخُّل لطرف ثالث قصد مُراقبة التّوازن العقدي أو حتّى فرضه على المتعاقدين باسم العدالة العقديّة.

يُمكن التّسليم بحقيقة –واقعيّة- التّوازن الموضوعي للعقد، في حالة إذا كانت صياغة العقد تُقدم للمتعاقدين تلك المنفعة الاقتصاديّة، أمّا إذا طرأ خلل اقتصادي في توازن الأداءات التعاقديّة، بحكم أنّ العقد لم يقدِّم للمتعاقد تلك المنفعة[185]، فإنّ الخلل الاقتصادي له أثر مرتدٌّ على

---

(179) - **GHESTIN Jacques**, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue D'économie Industrielle*, N° 92, 2e et 3e Trimestres, 2000, p. 84.

(180) - **GRYNBAUM Luc**, *op.cit.*, p. 115.

(181) - **GHESTIN Jacques**, *op.cit.*, p. 87.

(182) - **علاق عبد القادر**، مرجع سابق، ص. 27.

(183) - **محمد عرفان الخطيب**، "التّحليل الاقتصادي لنظريّة العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعد": دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينيّة –القانون المدني الفرنسي نموذجًا للتحليل والقانون المدني الكويتي نموذجًا للإسقاط-"، مجلة كليّة القانون الكويتيّة العالميّة، عدد 1، 2019، ص. 136.

(184) - المرجع نفسه، ص ص. 136-137.

(185) - **GHESTIN Jacques**, *op.cit.*, p. 84.

مبدأ القُوّة المُلزمة للعقد[186]، ممَّا يفرض الاستعانة بالطَّرف القضائي لأجل الحفاظ على فعَّاليَّة العقد، عن طريق استعادة التَّوازن الاقتصادي للعقد.

المطلب الثَّاني

مظاهر تقديس القُوّة المُلزمة لاستقلاليَّة الإرادة التعاقديّة

يُهيمن مبدأ استقلاليَّة الإرادة على العلاقة العقديَّة، بفضل الدَّعم الّذي يُقدِّمه للإرادة الحرَّة الّتي يتمتَّع بها المتعاقدين عند صياغة توقُّعاتهما التعاقديَّة، الوضع الَّذي جعل من هذه الأخيرة رهينة الإرادة المشتركة، غير أنَّ ذلك ليس كافيًا لضمان احترامها، وعدم المساس بها، إنَّما يجب تسطير ثبات العقد، الَّذي بات يتأتَّى عن طريق تكريس القوَّة الملزمة، الَّتي تتكفَّل بوضع سياج حمائي يلتفُّ حول التَّوقُّعات التعاقديَّة، حتَّى تضمَّن إلزاميَّتها، فتكون لها الحارس الَّذي يؤطِّر حرمة العقد.

يُخاطب مبدأ حرمة العقد[187] أطراف العلاقة العقديَّة، عن طريق فرضه لقاعدة الانضباط، الَّتي تسهر على منع المساس بالتَّوقُّعات التعاقديَّة دون الحصول على موافقة متبادلة بين المتعاقدين؛ ليظهر أنَّ العقد يخضع إلزامًا لسلطان الإرادة التعاقديَّة المشتركة **(الفرع الأوَّل)**، كما يُبقي القاضي –على الرَّغم من أنَّه طرف أجنبي عن العقد- حبيس هذه الإرادة، من غير أن تخول له سلطات تمكِنه من التَّدخُّل فيما ارتضاه المتعاقدين، والتَّعدي بالتَّالي على حرمة العقد **(الفرع الثَّاني)**.

الفرع الأوَّل

إلزاميَّة خضوع العقد للإرادة التعاقديَّة المشتركة

تضمن القُوَّة الملزمة[188] لأطراف العقد الحفاظ على توقعاتهما التعاقديَّة؛ لذا وجب الخضوع لكلِّ ما تُمليه الإرادة المشتركة من التزامات، دون أن يكون لأحد الأطراف إمكانيَّة المساس

(186) - **محمد عرفان الخطيب**، "التَّحليل الاقتصادي لنظريَّة العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعد": دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينيَّة –القانون المدني الفرنسي نموذجًا للتحليل والقانون المدني الكويتي نموذجًا للإسقاط-"، مرجع سابق، ص. 137.

(187) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 120.

(188) - **BENABENT Alain**, *op.cit.*, p. 234.

بها، عن طريق إعمال إرادته المنفردة، سواءً بتعديلها **(أوّلاً)** أو عدم تنفيذها **(ثانيًا)** أو حتَّى المبادرة بإنهاء العلاقة العقديَّة **(ثالثًا)**.

أوّلاً: معارضة التّعديل المُنفرد للشُّروط التعاقديّة

تُترجم العناصر التعاقديَّة المدرجة في العقد، عن مختلف الشروط الاتِّفاقيَّة الَّتي وضعت من قِبل المتعاقدين احتكامًا لما تُمليه إرادتهما المشتركة، فأصبحت هذه الشُّروط التعاقديَّة تعبر عن إرادة أطرافها[189]، ممَّا دفع بالقانون[190] إلى ضرورة تأطيرها بسياج حمائي، يمنع المساس بها عن طريق حظر إعمال الإرادة المنفردة لطرف[191]، دون الحصول على موافقة الطَّرف المقابل له في العمليَّة التعاقديَّة[192].

أحيطت فكرة رفض التَّعديل المنفرد للعناصر التعاقديَّة[193]، بدعم كبير من قِبل القضاء الفرنسي، حيث تمَّ تسجيل ذلك في العديد من اجتهاداتها القضائيَّة ونذكر منها على سبيل المثال، ما جاء في قضيَّة تتلخَّص وقائعها في أن موظَّفة أبرمت عقد عمل مع شركة **(Ditex Atlantique)**؛ ليتمّ تعيينها في منصب مشرف تجاري، وبعد مدة انتقلت للعمل مع شركة **(JI International)** وبنفس عقد العمل المتَّفق عليه سابقًا، إلَّا أن رب العمل وإعمال لإرادته المنفردة، فرض على الموظَّفة جداول زمنيَّة جديدة.

نظرًا لما طرأ من تغيير في عنصر مدَّة العمل، رفضت الموظّفة الاحتكام للمواعيد الجديدة معتبرةً إيَّاها بمثابة تعديل جوهري مس العناصر التعاقديَّة، وتعدِّيًا صارخًا على حرمة الاتِّفاق المشترك السَّابق بينهما، الوضع الَّذي دفع رب العمل إلى إصدار قرار التَّسريح في حق الموظَّفة، بعد رفض الأخيرة الحضور لعملها ضمن الجداول الزَّمنيَّة الجديدة.

فصلت محكمة النَّقض الفرنسيَّة أثناء نظرها في القضيَّة، بأنَّه لا يمكن تعديل توزيع جداول عمل الموظّفة في الأسبوع دون موافقتها، باعتبار **أنَّ الإطار الزَّمني لعلاقة العمل تمَّ بناءً على الإرادة**

---

(189) - تُجيب الشُّروط التعاقديَّة الواردة الذِّكر في المضمون العقدي عن الممارسة المستقلَّة للإرادة التعاقديَّة المشتركة لطرفي العقد، ممَّا يُلزم عليها ضرورة الرضوخ لها.

(190) - تدخل القانون المدني الجزائري بكفالة حماية التوقُّعات التعاقديَّة الَّتي ارتضاها المتعاقدين، من خلال وضعه لقاعدة **"العقد شريعة المتعاقدين"**.

(191) - **DISSAUX Nicolas,** *op.cit.*, p. 260.

(192) - **ROUHETTE Georges**, « La révision conventionnelle du contrat », *RTD Com.*, N° 2, 1986. p. 369 et s.

(193) - Ibid., p. 369.

المُشتركة للطّرفين، فالأصح قانونًا هو عدم تعديلها أو إجبار الموظّفة على الخضوع لها، إلّا تحت طائلة الموافقة المُشتركة للطّرفين.(194)

يتّضح من الموقف الاجتهادي للقضاء الفرنسي، جوهر تقديس حرمة العقد(195)، الظاهر من خلال حظر التّعدّي على التّوقّعات التعاقديّة، الّتي سبقت تضمينها في العقد، احتكامًا لسلطان الإرادة التعاقديّة المُشتركة للمتعاقدين(196)، وهو نفس الاتّجاه الّذي عوّل المشرّع على إظهاره ضمن نصوص إصلاح قانون العقود لسنة 2016، حتّى يضمن بذلك غطاء حمائي فعّال لحرمة العلاقة العقديّة.

ثانيًا: حظر التّهرّب من الأداء العقدي

تستمد العلاقة العقديّة قُوتها الإلزاميّة من الاتّفاق المُشترك بين طرفيها(197)، ممّا يفرض عليهما إلزاميّة احترام لكلّ ما تُمليه هذه الإرادة التّعاقديّة من توقّعات، بحيث لا يمكن لأيّ منهما التّذرّع بظرف معيّن(198)؛ قصد التّحجّج به للتّهرّب من تنفيذ ما عليه من التزامات تعاقديّة، لأنّ في ذلك إخلال واضح بسلطان الإرادة، وتعدي صارخ على مبدأ القُوّة المُلزمة للعقد.

حفاظًا على حُرمة العقد، ألزم القضاء الفرنسي –في كُلّ مرّة- طرفي العقد باحترام إرادتهما المشتركة، عن طريق تنفيذ التزاماتهما التعاقديّة، وقد تجلّى ذلك في العديد من القرارات القضائيّة، حيث نذكر منها ما جاء في قضيّة تتلخّص وقائعها في أن شركة عُمّان الوطنيّة للتّأمين «**ONIC**» أعادت التّأمين على الشّركة العامة للحوادث والتّأمين على الحياة، والّتي تعود حقوقها إلى

(194) - **Cass. Soc**, 18 février 2015, N° 13-17.582, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000030271514/ , consulté le : 02/09/2023. « *(...) ALORS QUE* ***la répartition de l'horaires du travail du salarié sur la semaine ne peut être modifiée sans son accord lorsque celle-ci a été contractualisé*** *; qu'en se prononçant comme elle l'a fait, après avoir constaté que le contrat de travail renvoyait à une fiche de fonctions qui précisait la répartition de l'horaire du travail de la salariée sur la semaine, du lundi au vendredi, et que ces horaires avaient été pratiqués depuis le 3 août 1998, ce dont il résultait qu'était ainsi caractérisée la commune intention des parties de contractualiser cette répartition de l'horaire du travail,* ***qui ne pouvait donc être modifiée sans l'accord de la salariée, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil*** *(...)* ».

(195) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 120.

(196) - Ibid., p. 122.

(197) - يصطلح عليها بقاعدة **"العقد شريعة المتعاقدين"**، راجع في ذلك: **عامر حسين**، مرجع سابق، ص. 9.

(198) - لا يمكن لطرفي العلاقة العقديّة التذرع بظروف معيّنة قصد التّمسك بها، للتهرب من عمليّة التّنفيذ، لاسيّما إذا قام المتعاقد بموازنة مصلحته الشّخصيّة بالنتائج المقابلة عند التّقيد بأداء الالتزامات التعاقديّة.

اتِّحاد نُوريتش التّجاري العام «**CGU**»، قد رفعت دعوى قضائيَّة ضدَّ هذا الأخير لإبطال اتِّفاقيَّة إعادة التَّأمين بسبب الاحتيال وعدم وجود سبب قانوني.

دفع مثل هذا الوضع شركة **(CGU)** بالمطالبة عن طريق دعوى قضائيَّة أمام المحكمة التِّجاريَّة، بأحقِّيَّتها في الحصول من شركة **(ONIC)** على مبلغ التَّأمين الَّذي كان يمكن لها المطالبة به بموجب اتِّفاقيَّة التَّأمين، غير أن هذه الأخيرة رفضت الاستجابة للقرار المؤيِّد المطعون فيه.

عُرضت القضيَّة على محكمة النَّقض الفرنسيَّة، فقضت أنَّه ليس من المهمّ أن تتَّخذ الشَّركة الّتي ترفض تنفيذ التزاماتها، إجراءات للطَّعن في صحَّة هذه الالتزامات، بل إنَّها تُلزم بالامتثال لمبدأ تنفيذ العقد، طالما أنَّ القضاة لم يقضوا بعدم صلاحيَّة الالتزامات، وأنَّه لا يمكن لأيّ طرف أن يحقق العدالة بنفسه، ويصف بوجود اضطراب غير قانوني، وهكذا **ألزمت هذه الشَّركة كإجراء احترازي أو لإعادة الوضع إلى سابق عهدها، بأداء التزاماتها التعاقديّة**[199].

يفهم من هذا القرار القضائي، أنَّه لا يمكن لأيٍّ من طرفي العقد التَّهرُّب من تنفيذ ما عليه من التزامات تعاقديَّة سبق الاتِّفاق عليها بمحض إرادته الحُرَّة، تحت أي ظرف يمكن التَّأسيس عليه لدعم الإرادة في التَّهرُّب من عدم تنفيذ العقد، بهذا ألزم القضاة بضرورة الخضوع لعمليَّة التَّنفيذ العقدي، احترامًا لمبدأ سلطان الإرادة، وتقديسًا لإلزاميَّة العقد.

ثالثًا: منع الإنهاء الأحادي للشُّروط التعاقديّة

تُوضع الشُّروط التعاقديَّة استجابة لما تتَّجه إليه الإرادة الحُرَّة لأطراف العلاقة العقديَّة، ممَّا يستحيل معها إمكانيَّة التَّنصُّل من هذه الشُّروط بإعمال الإرادة الأُحاديَّة لطرف[200]، دون الحصول على موافقة الطَّرف المقابل له في العمليَّة التعاقديَّة[201]، هذا ما يُؤكِّد على قداسة العقد، الّذي يأتي دائمًا لترجمة الإرادة التَّعاقديَّة المشتركة.

---

(199) - **Cass. Civ.** 1ère, 15 juin 2004, N° 00-16.392, Bull. Civ. N° 172, 2004, p. 143. « *(...) Mais attendu que* ***l'arrêt retient qu'il importait peu que la société ONIC ait engagé une action judiciaire en contestation de la validité de son engagement dès lors qu'elle était tenue de se conformer au principe selon lequel le contrat conclu doit être exécuté par chacune des parties tant qu'il n'en a pas été statué sur la validité par les juges*** *du fond compétents et que nul ne peut se faire justice à soi-même ; qu'en caractérisant ainsi l'existence d'un trouble manifestement illicite,* ***la cour d'appel n'a donc fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés par l'alinéa 1er de l'article 873 du nouveau Code de procédure civile en prescrivant à l'ONIC, à titre de mesure conservatoire ou de remise en état, l'obligation d'exécuter ses obligations contractuelles ; que le moyen n'est donc fondé*** *en aucune des ses deux branches ;(...)* ».

(200) - **LATINA Mathias**, *op.cit.*, p. 117.

(201) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 120.

سارع القضاء في فرنسا إلى تأكيد حظر التّنصُّل من الشُّروط التعاقديّة أو المُبادرة الأحاديّة بإلغائِها[202]، في عديد قراراتها، لتتلخَّص إحداها في قضيَّة تمحورت حول عقد عمل اتَّفق أطرافه على إدراج شرط يقضي بعدم منافسة العامل مقابل تعويض مالي، على أن يتمَّ تنفيذ هذا الشَّرط في حالة إذا تقرَّر إنهاء علاقة العمل، غير أنَّ رب العمل أراد التَّنصُّل من هذا الشرط بإلغائه المنفرد، دون إخطار مسبق للطَّرف العامل.

تبيَّن من عرض القضيَّة على المحكمة الفرنسيَّة، أنَّها قضت فيما يتعلّق بشرط عدم المنافسة، الّذي يتوقّف سريانه على وجود تعويض مالي، يشترط فيه لمصلحة كُلٍّ من طرفي العقد، **أنَّه لا يجوز لرب العمل، ما لم ينص على خلاف ذلك، أن يتنازل من جانب واحد عن هذا الشرط** أثناء تنفيذ العقد[203].

تقرَّر –بهذا- إنقاذ العلاقة العقديَّة من ناقوس خطر المساس المنفرد لأحد أطرافها بالشُّروط التعاقديَّة، حيث تمَّ تسطير الحدود الَّتي ينبغي على المتعاقدين الوقوف عندها تبعًا لما تمليه الإرادة التعاقديَّة المشتركة، دون المبادرة الأحاديّة بتعديل ما جاء الاتِّفاق عليه في العقد؛ ليكون –في مرحلة ثانية- للقضاء فرصة التَّدخُّل للنُّطق بهيمنة سلطان استقلاليَّة الإرادة التعاقديَّة المشتركة على ثبات تحجُّر العلاقة العقديَّة.

الفرع الثَّاني

محاولة إقصاء القاضي من العقد

يسهر مبدأ القوَّة الملزمة على ضمان تحجُّر العلاقة العقديَّة، حتَّى لا تكون عُرضة لتآكل بسبب تأثير عوامل وظروف خارجيَّة على سطحها، هذا ما يضمن في الوقت ذاته عدم تدخُّل القاضي باعتباره صاحب سلطة لإعادة النَّظر في شؤون العقد، على الرَّغم من توفُّر –في بعض الأحيان- ما يستدعي وجوده في العلاقة العقديَّة إلى جانب المتعاقدين، وهذا عن طريق حظر مساسه بالتَّوقُّعات التعاقديَّة **(أوّلاً)** والحرص على منعه من تقرير مصير إرادة المتعاقدين **(ثانيًا)**.

---

(202) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 121.

(203) - **Cass. Soc.** 11 mars 2015, N° 13-22.257, Bull. Civ. N° 3, 2015, p. 51. « *(...) Attendu cependant que la clause de non-concurrence, dont la validité est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière, est stipulée dans l'intérêt de chacune des parties au contrat de travail, de sorte que l'employeur ne peut, sauf stipulation contraire, renoncer unilatéralement à cette clause, au cours de l'exécution de cette convention (...)* ».

أوّلاً: تحريم مساس القاضي بالتّوقُّعات التعاقديّة

باسم حرمة العقد، تمَّ غل يد القاضي عن العلاقة العقديَّة وما يرتبط بها من شؤون، قد تستدعي تارة معالجة توقُّعاتها الَّتي اعترتها ظروف معيَّنة **(1)** وقد تحتاج تارة أخرى لتدخُّل القاضي قصد توضيح بعض الشُّروط التعاقديَّة، الَّتي أُصيبت بنوع من الغموض، ممَّا يتسبَّب في صعوبة ترجمة توجُّه الإرادة التعاقديَّة **(2)**.

1.حظر تعديل العقد المضطرب بأثر الظّرف الطّارئ

تنصدم –أحيانًا- الإرادة التعاقديَّة المشتركة بوقوع ظروف طارئة[204]، تؤدِّي إلى المساس بالتَّوقُّعات التعاقديَّة، وتُخل بتوازن العقد، ممَّا ينجرُّ عن مثل هذا التَّغيير تساؤل المتعاقدين عن كيفيَّة مواجهتها لأثر هذه الظُّروف، لكونها لم يتوقَّعا وقوعها وقت التَّعاقد[205]، الوضع الَّذي قد يفرض عليهما وحفاظًا على عقدهما، الاستنجاد بالقاضي قصد النَّظر في مشكلة تغيُّر الظَّرف، إلَّا أنَّه وتسليمًا بقاعدة **"حرمة العقد"**[206]، فإنّه يمنع على القاضي ضمن سابقة قضائيَّة مكرَّسة في فرنسا، تدخُّله في شؤون العلاقة العقديَّة، حتَّى وإن عرضتها اضطرابات لم تكن في حسبان أطرافها.

عُدت قضيَّة **(Canal de Craponne)** في فرنسا تلك السَّابقة القضائيَّة الّتي شهد عليها التَّاريخ على الموقف القضائي المتشدِّد في رفض تدخُّل القاضي قصد تسيير التَّغييرات المترتِّبة عن حلول الظَّرف الطَّارئ، لاستعادة توازن العقد، بحيث تتلخَّص وقائع القضيَّة في قِيام مالك قناة الري بإبرام عقد صيانة مقابل حصوله على أجر، وفي القرن 19 استمر ورثة مالك القناة في تحمل مسؤوليَّة الصِّيانة، غير أنَّهم صادفتهم حالة انخفاض قيمة العملة بين (القرنين 16-19) ما أدَّى بالرُّسوم أن تصبح غير مناسبة مع التَّكاليف الّتي ينفقها أصحاب القناة لصيانتها، ممَّا يفهم أنَّ عامل الزَّمن قد طرح

---

(204) - **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظريَّة الظُّروف الطَّارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعيَّة، الإسكندريَّة، 2007، ص. 19 وما يليها.

(205) - المرجع نفسه، ص. 265.

(206) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 120.

إشكاليَّة اختلال توازن العقد، بسبب عدم قدرة الأطراف وقت إبرام العقد على توقُّع حدوث مثل هذا الظَّرف المعدل من القيمة النَّقديَّة[207].

عَمد ورثة مالك القناة إثر حلول مثل هذا الظرف إلى مطالبة القضاء بإعادة تقييم الرُّسوم، قصد إعادة التَّوازن العادل للعلاقة العقديَّة، فلقي طلبهم استجابة من قِبل قضاة محكمة الاستئناف، اللَّذين رأو أنَّه يجب فعلا التَّدخُّل لأجل إعادة تقدير الرُّسوم بما يتناسب مع الزِّيادة الطَّارئة، والَّتي باتت تهدِّد أصحاب القناة بالإرهاق في تنفيذ ما عليهم من التزامات.

أُبطل هذا القرار من طرف محكمة النَّقض الفرنسيَّة، بتسبيب طعنها على أنَّه ليس من اختصاص القضاة الاعتداد بظرف الطَّارئ الحاصل في قيمة الرُّسوم؛ لأجل تعديل ما ارتضته الإرادة التعاقديَّة المشتركة، والقيام بابتداع شروط جديدة تختلف عن تلك الَّتي ارتضتها الأطراف المتعاقدة بكل حريَّة وقت إبرام العقد، حتَّى وإن كانت الغاية هي استعادة توازن العلاقة العقديَّة.

يُستشف من هذا الموقف المتشدد[208] المعبَّر عنه من طرف محكمة النَّقض الفرنسيَّة، أنَّه يحمل في طيَّاته تقديس من مبدأ قوَّة العقد، بل يعتبرها قاعدة انضباط لا يمكن لأيّ طرف من أطراف العقد، وحتَّى القاضي، أن يتجرَّأ على المساس بالإرادة التعاقديَّة، ممَّا ينجر عنه منع القاضي حتَّى في ضوء أصعب الظُّروف الَّتي قد تشكك في عدالة العقد، التأسيس عليها قصد إعادة العلاقة العقديَّة إلى مسارها العادل.

2.احترام الإرادة التعاقديَّة عند تفسير العقد

يُجسد المضمون العقدي تكفل الإرادة التعاقديَّة المشتركة بصناعة[209] بنوده المتفق عليها إراديًا؛ لذا وجب على طرفي العقد، الخضوع له بالتَّنفيذ تحت طائلة الإلزاميَّة، دون تمكينهما من تحريف أو تشويه هذه البنود إذا ما اعترضها ما يشوش مدلولها[210]، علمًا أن

---

(207) - **Arrêt de la Cour de Cassation**, 6 mars 1876, in: https://mafr.fr/IMG/pdf/canal_de_craponne.pdf consulté le: 04/09/2023. « *(...) Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ; (...)* ».

(208) - أشار إلى أن تقديس المشرّع الفرنسي لمبدأ **"قوة العقد"**، إنَّما كان في بداية تقنّينه للمبدأ ضمن **المادَّة 1134** (النص القديم الوارد في ظلّ قانون نابليون لعام 1804)، واستمر الوضع على حاله، حتَّى بعد الرؤية الإصلاحيَّة الجديدة لمضمون **المادَّة 1134**-السَّالفة الذِّكر-، والَّتي حلت محلها **المادَّة 1103** من إصلاح قانون العقود لسنة 2016.

(209) - **LATINA Mathias**, *op.cit.*, p. 117.

(210) - **CARBONNIER Jean**, *op.cit.*, p. 277 et s.

هذا الحظر يستوي سريانه –على حدّ السواء- على القاضي في أثناء تدخُّله لتأدية مهمة تفسير بنود العقد **(interprétation du contrat)**، وهذا كلُّه احتراما للإرادة التعاقديَّة المشتركة[211].

يُلزم القاضي عند تدخله في المضمون العقدي لإزالة بعض التَّشوش الَّذي قد يصاحب البنود التعاقديَّة، بتفسيره لها[212]؛ قصد تسهيل فهم مدلولها، أن يتحفظ عن إدراج إرادته محل الإرادة التعاقديَّة المشتركة للمتعاقدين، لما في ذلك من تعدي صارخ على استقلاليَّة الإرادة، ومساس بالتوقُّعات التعاقديَّة؛ لذلك فرضت على القاضي أثناء قِيامه بعمليَّة التَّفسير العقدي قاعدتين[213] (ضوابط) وجب الرضوخ لهما[214]، دون إمكانيَّة التذرع بالانحراف عنها[215]، والانشغال بتطلعات أخرى[216].

أكدت الممارسة القضائيَّة في الجزائر، على حتميَّة التزام القاضي في أثناء تفسيره للبنود التعاقديَّة بما عبرت عنه الإرادة الحرَّة للمتعاقدين، وهذا ما جاء في إحدى قراراتها في قضيَّة تتلخص وقائعها أن شخص امتلك محل تجاري بعقد تسيير حر، جعل قضاة المجلس القضائي يفسرون عقد التَّسيير الحرّ على أنَّه عقد إيجار، بعدما تبيَّن لهم من معطيات القضيَّة أن الخصم كان له سجل تجاري بمحل النزاع منذ 1973.

---

(211) - **BENABENT Alain**, *op.cit.*, p. 255 et s.

(212) - نشير في هذا الصَّدد، إلى أن عمليَّة التفسير يُعنى بها في المسائل التعاقديَّة تدخل القاضي في العقد لإعطاء معنى للبنود التعاقديَّة، الَّتي قد تكون غير واضحة أو حتَّى يتخلّلها بعض الثَّغرات النَّاتجة عن سهو أو إهمال المتعاقدين عنها، ليتبيَّن من ذلك، أن عمليَّة التَّفسير ذات بُعدين؛ بُعد يتدخل فيه **القاضي للكشف عن الصياغة الغامضة للبند التَّعاقدي**، أما البعد الثاني يتعدى فيه **القاضي إلى إبتكار لأجل سد الثَّغرات عندما تكون صياغة البنود التعاقديَّة غير مكتملة**، وفي هذه الحالة يضطر القاضي للخروج عن الإرادة التعاقديَّة، بحثًا عن تفسير إبداعي للعقد، رغبة منه في الحفاظ على قيمة هذا الأخير؛ لكونه يضمن تحقيق مصالح أطرافه المتعاقدة.

(213) - **حوحو يمينة، "**سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد**"**، مجلَّة المحكمة العليا، عدد 1، 2013، ص. 64.

(214) - Article 1188 du **l'ordonnance n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : **«** *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. (...)* **»**.

(215) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**. p. 13. **«** *Ainsi, l'article 1188 reprend en son premier alinéa l'actuel article 1156, qui rappelle que le contrat doit d'abord s'interpréter d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant à sa lettre. Le second alinéa, inspiré des PDEC, du DCFR et des principes Unidroit, précise qu'à défaut de pouvoir déterminer la commune intention des parties, le sens du contrat s'interprète selon un standard, celui du contractant moyen dénommé « personne raisonnable » (notion généralisée par la loi no 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, pour remplacer l'expression désuète de « bon père de famille », mais présente dans le code depuis 1804, (...)* **»**.

(216) - **وليد صلاح مرسى رمضان**، مرجع سابق، ص. 153.

ردًّا على تفسير الَّذي توصَّل إليه قضاة المجلس القضائي، قضت المحكمة العليا أنَّه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة الَّتي منحت له من طرف المتعاقدين، وأن العقد موضوع النّزاع إنما هو عقد تسيير حرّ، حتَّى وإذا لم يحترم مقتضيات القانون فإنَّه باطل، لم يتحول إلى عقد إيجار، وعليه لمَّا قضوا بما جاء في قرارهم يكون قضاة الموضوع قد خرقوا القانون[217].

يُستخلص الموقف ذاته من الحكم القانوني الوارد الذِّكر في مضمون **المادَّة 1192**[218] من إصلاح قانون العقود الفرنسي، حيث جاء لتأكيد ما أشارت إليه –سابقًا- السوابق القضائيَّة لمحكمة النَّقض[219] الَّذي يعاقب على تحريف البنود التعاقديَّة الواضحة في العقد، الَّتي بموجبها يحاول القاضي تحقيق مبدأ العدالة بحجة التفسير[220] من خلال التَّعدي على حرمة توقُّعات المتعاقدين.

ضف إلى الحكم الوارد في **المادَّة 1192** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، تؤكد –مرة ثانية- على أهمية مبدأ القوَّة الملزمة في تحقيق ثبات العقد وعدم زعزعته تحت أية طائلة، من طرف تدخلات القاضي في المضمون العقدي، كما يعبر –أيضًا- عن مدى تقديس التوقُّعات التعاقديَّة مع إلزاميَّة احترامها بأي شكل كانت مترجمة في العقد عندما تكون واضحة.

ثانيًا: حظر تدخُّل القاضي في مصير الإرادة التعاقديَّة

يمنع على القاضي في أثناء تدخله في شؤون العلاقة العقديَّة، أن ينصب نفسه كطرف ثالثا -إلى جانب المتعاقدين- مشارك بإرادته في تسيير شؤون العقد، عن طريق فرض إرادته بإلغاء

---

(217) - **قرار المحكمة العليا**، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 80816، صادر بتاريخ 1991/06/16، المجلة القضائية، عدد 4، 1993، ص ص. 153-154. "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون (...)".

(218) - Article 1192 **du l'ordonnance n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : « *On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.* ».

(219) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, *op.cit.*, p. 13. « *Enfin, l'article 1192 consacre la jurisprudence déjà ancienne* ***de la Cour de cassation qui sanctionne la dénaturation de clauses claires et précises, par laquelle le juge refait le contrat en équité au prétexte de l'interpréter.*** *Cette disposition rappelle l'importance de la force obligatoire du contrat et du respect de la volonté des parties* ».

(220) - **حوحو يمينة**، مرجع سابق، ص. 75.

العقد، إنّما يتوجب عليه احتراما للإرادة التعاقديّة المشتركة، وتقديسًا منه للتوقُّعات التعاقديّة، أن يرضخ لها، دون التّعدي عليها، أو تقرير مصيرها، تأسيسًا على انشغال تحقيق العدالة العقديّة.

التفت القضاء الجزائري إلى مسألة إلغاء العقد من طرف إرادة القاضي، الّذي اعتبرته بمثابة انتهاك لحرمة العقد، وتعدِّي صارخ على الإرادة التعاقديّة؛ ليتأكَّد موقفها ضمن العديد من القرارات، منها ما جاء في قضيّة تتلخَّص وقائعها في قِيام طرفين بإبرام عقد مقاولة، وطبقًا لقاعدة **"العقد شريعة المتعاقدين"** فإنَّ كل طرف يُلزم بتنفيذ ما عليه من التزامات، غير أنَّ أحد الطَّرفين لم يُول اهتمامًا بقداسة العقد، وبدا منه تقصير في تنفيذ التزاماته، فقضى –تبعًا لذلك- قضاة المجلس القضائي بإلغاء العقد نتيجة هذا التّقصير.

طعنت المحكمة العليا بالنّقض في هذا القرار، معتبرة أنَّه يمثِّل خروجًا صارخًا عن الإرادة التعاقديّة، حيث كان يتعيَّن على قضاة المجلس القضائي أن يحكموا على المقاول أن يتمَّ الأشغال الملتزم بإنجازها وعلى صاحب المسكن أن يدفع المبالغ المتَّفق عليهما في العقد، ولمَّا كان الحال أنَّ القضاة قد حكموا بإلغاء العقد، فقد خالفوا بذلك صريح النَّص القانوني[221].

ثبت من هذا الموقف القضائي المطروح على السَّاحة القضائيَّة، حرص القضاء الجزائري على منع المساس أو التَّعدِّي على قاعدة **"العقد شريعة المتعاقدين"** الَّتي تحرص دائمًا على رفض تواجد الطَّرف الأجنبي في العلاقة العقديّة، ممَّا تفيد -في كلِّ مرَّة- أنَّ الطَّرف القضائي يجب –عليه أيضا- أن يمتنع عن التَّدخُّل في شؤون العقد، إلَّا في الحدود الَّتي يسمح له القانون[222].

---

[221] - **قرار المحكمة العليا**، الغرفة المدنية، ملف رقم 61489، صادر بتاريخ 13/06/ 1990، المجلة القضائية، عدد 4، 1991، ص. 66. **"(...) لما كان الثابت –في قضية الحال- أن أحد طرفي العقد قصر في تنفيذ التزامه ومن ثم فإن القضاة عندما أمروا بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بدلا، من أن يحكموا على الطرف المخل بإتمام التزاماته يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون".**

[222] - أنظر المادَّة 106 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني.

الفصل الثَّاني
اقتران مبدأ سلطان الإرادة مع المصلحة العامَّة:
تجسيد لعدالة العقد

تصادم مبدأ سلطان الإرادة بجملة تداعيات تحولية بدت على سطح النظريّة العامّة للعقد، فرضت عليها فلسفة حديثة تنادي برعاية المصلحة العامّة للعقد، في مقابل العمل على التّخفيف من قُدسيّة الإرادة الحرّة، بسبب ما تخلّل العلاقات العقديّة من تطوُّرات فوضوية نتج عنها ظهور مشكلة الطبقيّة أي طبقة متعاقد تعلو طبقة نظيره المتعاقد معه، مما أدّى الوضع إلى المساس بمبدأي المساواة والتّوازن العادل بين مراكز المتعاقدين.

اهتزت المكانة الرياديّة لمبدأ سلطان الإرادة إثر جملة متغيّرات طالت الفلسفة التقليديّة لنظرية العقد، فكان لزامًا الحفاظ على دور المبدأ الّذي لا يمكن الاستغناء عنه في أية علاقة عقديّة، بضرورة مواكبة توجه هذه المتغيّرات بإحداث نقلة نوعية، قصد الخروج من قوقعته المقدسة من سلطان الحريّة التعاقديّة، والاتّجاه نحو إضفاء مفهوم حديث للعقد، يقضي بتحقيق عدالة عقديّة، تعالج مشكلة تذبذب مراكز العلاقة العقديّة.

بدأ ميول العقد إلى المصلحة العامّة بمجرد ظهور فلسفة اجتماعيّة العقد، الّتي أقرت بضرورة دخول العقد في التنشئة الاجتماعيّة، حتّى يتمّ إعادة بناء العقد على فكرتين التّضامن والتّعاون بين المتعاقدين، تحقيقًا لمصلحة العقد، وتلطيفًا من قُدسيّة الإرادة الحرّة للمتعاقد، الّذي لا يقصد منه الاعتداء على الحريّة الفرديّة، إنّما محاولة وضع حدّ للتّجاوزات التّعسُّفية الّتي قد تصاحب ممارسة المتعاقد لحريّته التعاقديّة **(المبحث الأوّل)**.

استفادة المصلحة العامّة من دخول فكرة النّظام العام في مفاهيم النظريّة العامّة للعقد، من دعمها ضمانًا لعدالة عقديّة بين المتعاقدين، بحيث استمدت المصلحة وجودها من دور فكرة النّظام العام، من خلال تقييد كل الحريّات الّتي تنتج عن هيمنة سلطان الإرادة، والعمل على التّقليص من نطاقها التّعاقدي، نزولاً عند الرّغبة في تقرير عدالة عقديّة تجمع بين مراكز العلاقة العقديّة **(المبحث الثّاني)**.

المبحث الأوّل

انعكاس المصلحة العامّة على قواعد نظريّة العقد: التّغيير والتحوُّل

دقت المصلحة العامّة[223] ناقوس زعزعة أساسيّات النّظريّة العامّة للعقد، الّتي لطالما تأقلمت مع فلسفتها التقليديّة، وتعايشت مع مفاهيمها الكلاسيكيّة، بسبب ما صاحب ظهور هذه المصلحة من تغييرات انعكست على توجُّهات العقد، فبعدما كانت تناصر الإرادة الحرة للفرد في تحقيق مصلحته الشّخصيّة، أصبحت بفضل التطوُّرات الراهنة، تنعرج نحو المناداة بتكريس عدالة عقديّة[224]، تنصب في اتجاه رعاية المصلحة العامّة.

اعتنقت الفلسفة التّضامنية فكرة المصلحة العامّة، واعتبرتها أولى اهتماماتها، تضطلع إلى تجسيدها في العقد، انطلاقًا من طرحها للعديد من الأفكار التّضامنية المعزّزة من عدالة العقد؛ لذا عرفَّت الفلسفة التّضامنية منافسة شرسة مع توجهات الفلسفة الفرديّة، لا سيَّما بعد تركيزها على دعم هدف التنشئة الاجتماعيّة للعقد، وإرساءها لقواعد أخلاقيّة تسود في جو قِيام العلاقات العقديّة **(المطلب الأوّل)**.

إثر انعكاس المصلحة العامة على المفاهيم التّقليديّة لنظريّة العقد، كشفت عن تقهقر أحد مبادئها الرّياديّة، المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة، بسبب تصادمه المستمر مع مفاهيم مغايرة لتوجُّهاته نحو تقديس الحريّة الفرديّة، فأُصيب هذا المبدأ بإرهاصات تماثلت للمقاومة حفاظًا على مكانته التّاريخيّة غير القابلة للاستغناء عنها في ظلِّ الفلسفة التّقليديّة للعقد، مهما كان الضّغط الّذي قد تفرضه التّطوّرات المعاصرة المزعزعة من دوره إزاء العقد **(المطلب الثّاني)**.

المطلب الأوّل

إرساء الفلسفة الاجتماعيّة: بداية أخلقة العقد

قام على إثر فلسفة اجتماعيّة العقد، عدَّة مفاهيم جديدة، تنحاز في كلِّ مرَّة يتمُّ تطبيقها إلى فكرة التّكفُّل برعاية المصلحة العامة للعقد، الّتي باتت تتحقَّق بالتزام المتعاقدين بسلوك يُسفر عن

(223) - **Mekki Mustapha**, *L'intérêt général et le contrat: contribution a une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 7 et s.
(224) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 273.

بداية أخلقة الرَّوابط العقديَّة **(la moralisation du contrat)**[225]، بعيدًا عن التَّقيُّد بهيمنة سلطان الإرادة[226] الَّذي مَثَّل لمدَّة زمنيَّة طويلة الحارس الدَّائم للحريَّة التعاقديَّة دون تهذيبها، لمنع التَّجاوز في ممارستها إضرار بمصلحة أحد المتعاقدين.

ساهمت نظريَّة اجتماعيَّة العقد في تقديم المصلحة العامة، من خلال تبنّيها لأفكار داعمة لهذه الرُّؤية المزاحمة –في الحقيقة- للمصلحة الشَّخصية للمتعاقد، الَّتي لطالما قدَّسها مبدأ سلطان الإرادة **(الفرع الأوَّل)**، لكن بالمقابل كان لإحياء العقد في ظلِّ مفاهيم الفلسفة الاجتماعيَّة، ترتيب عـدّة مخلَّفات، منها ما أضـاف نقطة تحـوُّل إيجابيَّة في تقدير شؤون العقد، ومنها ما تسبَّب في إرهاصات للمبادئ الإراديَّة للعقد **(الفرع الثَّاني)**.

الفرع الأوَّل

تقديم النَّظريَّة الاجتماعيَّة للعقد

تأسَّست النَّظريَّة الاجتماعيَّة **(La socialisation du contrat)** على حقيقة فلسفيَّة ترى في العقد[227] **(Le contrat fait social)** أداة لخدمة المصلحة العامة، الوضع الَّذي جعل من العـقد يتأثَّر بالظُّروف المحيطة به، فأصبح للنَّظريَّة بفضل أفكارها إمكانيَّة لكسر زجاج الفلسفة التَّقليديَّة لمفاهيم نظريَّة العقد، وإقحام أفكارها فيها بعدما لقيت رواجًا بسبب قِيامها على فكرة أخلقة الرَّوابط العقـديَّة[228] المدعَّمة لرؤيتها الاجـتماعـيَّة للعقد **(أوَّلًا)**، غيَّر أنَّ التَّنقيب في مختلف جوانب النَّظريَّة، يُلتمس منها حاجـة واقع المعـاملات العقديَّة لمثل هذه الأفكار، الَّتي باتت تُنادي بتحقيق عدالة العقد، بعيدًا عن المبالغة في تقديس المصلحة الشَّخصيَّة للطرف المتعاقد **(ثانيًا)**.

أوَّلاً: الأساس الأخلاقي قِوام العقد

عهدت نظريَّة اجتماعيَّة العقد بطرح جملة أفكار تدعو إلى اكتساء العلاقة العقديَّة بطابع أخلاقي، مترجم في قالب التَّعامل المؤدب بين المتعاقدين، وصولًا إلى تقـديس المصلحة العامة للعقد، وفي سبيل تعزيز هذه المصلحة، ركَّزت النَّظريَّة على وجود الفرد في المجتمع، واتَّخذته كرمز من

(225) - **RANOUIL Véronique**, *op.cit.*, p. 133.
(226) - **CARBONNIER Jean**, *op.cit.*, p. 53.
(227) - **RANOUIL Véronique**, *op.cit.*, p. 143 et s.
(228) - Ibid., p. 133.

رموز رعاية هذه المصلحة، فأصبحت هذه الأفكار تتسرَّب -رويدًا رويدًا- إلى الحقل العقدي، من خلال المناداة بإدخال فكرة التَّضامن في العقد **(1)** والاهتمام بمركز الطَّرف الضَّعيف في العلاقة العقديَّة لأجل تقرير معادلة التَّوازن العقدي **(2)**.

1.فلسفة التَّضامن الاجتماعي

خصت الفلسفة التَّضامنية[229] باهتمام فقهي بالغ، ظاهر فيما عبَّر عنه **الفقيه ليون بورجوا "Léon BOURGEOIS"** -الَّذي كان أحد روادها- بأن الفلسفة باتت تروج لفكرة التضامن، ممَّا جعلها تتلقى فرصة للولوج إلى الحقل العقدي بدافع إحياء روح اجتماعيَّة العقد، فعبرت عن أفكارها المقدسة من حقيقة وجود الفرد كائن يعيش في المجتمع[230]، ومدين لهذا الأخير، فمُكَّن هذا المفهوم النظريَّة من أن تنصب مجال اهتمامها على المصلحة الاجتماعيَّة، معتبرة إيَّاها جوهر العقد، وملزمة بها كل طرف تجاه أفراد المجتمع.

تتدرج وراء إرساء فكرة التَّضامن[231] **(Solidarité)** في العقد، معادلة تبادليَّة تقتضي أنَّ الفرد ما دام كائن يعيش في المجتمع، فلا يمكن تصور بناء علاقاته دون الرجوع إلى هذا الأخير، ما جعل الفرد بالتطبيق العملي لهذه الرؤية الفلسفية، يحتل مركز المدين تجاه أفراد المجتمع[232]، ممَّا يفهم من الناحية الواقعيَّة أن الفلسفة التَّضامنية باتت تقوم على أساسين هما الحريَّة والمقابل[233].

فُرض على الفرد تحقيقًا للهدف المسطر من قِبل الفلسفة التَّضامنية، جملة التزامات[234] يتعين أن يلتزم بها كل فرد يمارس حريَّته التعاقديَّة إزاء رغبته في الدخول في علاقة عقديَّة تجاه نظيره الفرد الَّذي يعيش معه في المجتمع، والمتمثلة على وجه الخصوص في حتميَّة احترام مصلحة المتعاقد التي تعاقد من أجلها، وكذا إلزاميَّة التعاون[235] معه وصولًا إلى تحقيق الغاية المرجوَّة من التَّعاقد.

---

(229) - **MEKKI Mustapha**, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *R.D.C.*, N° 1, 2010, p. 388.

(230) - **BOURGEOIS Léon**, Solidarité, Armant Colin, Paris, 1896, p. 116, *in* http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5533901g/f11.image Consulté le : 20/10/2023.

(231) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie,** *op.cit.*, p. 294 et s.

(232) - **BOURGEOIS Léon**, *op.cit.*, p. 101.

(233) - **JAMIN Christophe**, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Étude offerte à **GHESTIN Jaques**, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 446.

(234) - Ibid., p. 446.

(235) - **فيلالي علي**، مرجع سابق، ص ص. 369-370.

2.مبدأ التّوازن العقدي

مَثَلَ مبدأ التّوازن العقدي[236] أهم ركائز العقد الّذي تكفلت نظريّة اجتماعيّة العقد[237] بضمان تحقيقه في العلاقة العقديّة، من أجل تقرير المصلحة العامّة، لذا أدّى اندماج العقد بفلسفة الاجتماعيّة إلى التأثّر التّدريجي بالعوامل المحيطة به، احتسابا لتحقيق عدالة العقد[238]؛ في مقابل التّخفيف من حدّة سلطان الإرادة التعاقديّة في تقرير حرمة العقد، حتّى يتمّ السماح لطرف ثالث – القاضي- إن اضطر الوضع إلى التّدخل[239] قصد محاولة إعادة أو استعادة التّوازن الموضوعي للعلاقة العقديّة.

تعارض التّوازن الموضوعي مقياس التّقابل العادل بين أداءات المتعاقدين والضامن لتكافؤ مراكزهما[240]، مع توجه الفلسفة الفرديّة، الّتي تقدس من الإرادة الحرّة، وترى فيها ضمان افتراضي لتحقيق المصلحة الشّخصيّة، وتنكر حقيقة تقرير عدالة عقديّة بفعل تدخل طرف أجنبي عن المتعاقدين؛ لذا وبالنظر إلى ما صادف العقد من تطوّرات نالت –لاسيّما- من مساواة مراكز المتعاقدين، كان لزامًا الاستنجاد بالتّوازن الموضوعي[241] للعلاقة العقديّة، عوض التّقديس المطلق من التّوازن الإرادي المفترض.

تفاديًا لإمكانية حدوث تعارض بين كلا المبدأين بسبب اختلاف فلسفتهما، كان يجب التّركيز على كيفيّة إشراك كلاهما ضمن توجه يُفضي إلى الحفاظ على المصالح المشتركة للمتعاقدين، وتمهيدا لإرساء مظلّة العدالة العقديّة[242] الّتي أصبحت من بين المبادئ الهامة الّتي تقوم عليها العمليّة التعاقديّة، وتفرض إلزاميّة الاعتناء بها، بعيدًا عن تعسُّف استقلاليّة الإرادة التعاقديّة.

ثانيا: تناسب قواعد القانون المدني مع نظريّة الفلسفة الاجتماعيّة: تفسير بعدي

تُملي النظريّة الفلسفية المجسدة للمفهوم الاجتماعي للعقد كامل تركيزها على مبدأي التّضامن[243] والتعاون[244] بين طرفي العلاقة العقديّة، مما عزّزت هذه الرؤية من قوّة مفاهيمها

(236) - **JAMIN Christophe**, *op.cit.*, p. 448.
(237) - **MEKKI Mustapha**, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *op.cit.*, p. 388.
(238) - **AGOSTINI Eric**, « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice », *D*, N° 30, 1994, p. 235.
(239) - **ANCEL François**, « Quel juge pour le contrat au XXIe siècle », *D*, N° 13, 2017, p. 722.
(240) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 275 et s.
(241) - **FIN-LANGER Laurence**, *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 36.
(242) - **AGOSTINI Eric**, *op.cit.*, p. 235.
(243) - **DEMOGUE René**, Traité des obligations en générale: effets des obligations, T 6, librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932, p. 9. =

الفلسفيّة، فتمكّنت النظريّة بفضل قواعدها الاجتماعيّة من حجز مكانة محورية لها ضمن عرش النظريّة العامّة للعقد، لكن اندماج قواعدها في نظريّة العقد، أثار العديد من الانقلابات على مسار العقد، ما أدّى به الوضع إلى تعايشه بين فلسفتين –الفرديّة والاجتماعيّة-[245]، ودورانه في فلك فكرتين الحريّة[246] والتّضامن[247].

بسرد مختلف الانقلابات الّتي تحتويها نظريّة اجتماعيّة العقد على البساط القانوني، كشفت عن حقيقة أنّ مفاهيمها الاجتماعيّة باتت تضطلع لها قواعد القانون المدني، من منطلق مواكبة التّطورات الحديثة، وكذا تحقيق العدالة العقديّة[248] الّتي تمثل أحد أهم ركائز العمليّة التعاقديّة، حتّى يتمّ كفالة مبدأ التّوازن والمساواة بين التّجاوزات الّتي يمكن أن تترتّب عن ممارسة مبدأ استقلاليّة الإرادة[249] وكفالة عدالة تجمع بين المتعاقدين.

عبّرت النظريّة العامّة للعقد في ظلّ التّطورات الحديثة الّتي واجهتها في المجال العقدي، عن حاجتها المُلحة إلى تبني أفكار جديدة، تُحافظ بموجبها على كيان العقد، وبذات الوقت تُحقق أبرز المبادئ الحديثة الّتي تهدف إلى تطوير العقد، والنُّهوض بهيكل تعاقدي مواجه لمتطلّبات الممارسة التعاقديّة، وهذا كله تحت طائلة تحقيق هدف إرساء مبدأ العدالة العقدية بين المتعاقدين.

الفرع الثّاني

مُخلّفات نظريّة اجتماعيّة العقد

تسببت نظرية اجتماعيّة العقد إثر إدخال فكرة أخلقة في الروابط العقديّة، بغية النُّهوض بعقد يتقوم بالطّابع الأخلاقي، تحقيقًا لعدالة عقديّة تجمع بين المتعاقدين، في ترتيب العديد من الانقلابات على العقد، فكانت البداية أن اهتزّت مكانة المبادئ الإرادية الّتي لطالما تعايشت في ظل

= [244] - **فيلالي علي**، مرجع سابق، ص ص. 369-370.

[245] - **RÖDL Florian**, « Contractual freedom, contractual justice, and contract law (theory) », Law And Contemporary Problems, Vol. 76:57, N° 2, 2013, p. 59.

[246] - **CARBONNIER Jean**, *op.cit.*, p. 1945

[247] - **DEMOGUE René**, *op.cit.*, p. 9.

[248] - تُعرف **العدالة العقديّة** بأنها حصول كل طرف من أطراف العقد على المنفعة المقصودة، بما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الأخر، مذكور عند: **وصال علي راغب أبو سعد**، الآليّات الاتّفاقيّة لإعادة التّوازن في العقود المدنيّة: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2022، ص. 30.

[249] - **RANOUIL Véronique**, *op.cit.*, p. 57 et s.

الفلسفة التقليديّة لنظريّة العقد **(أوّلاً)**، حتّى وجد العقد نفسه يتجرد تدريجيًا من النزعة الذاتية، ويستسلم لواقع نظريّة الاجتماعيّة، الّتي فرضت عليه حُلت جديدة، ومظهر اجتماعي حديث **(ثانيًا)**.

أوّلاً: زعزعة الفلسفة الاجتماعيّة لمكانة المبادئ الإراديّة للعقد

تكاد لا تخرج العلاقة العقديّة في ضوء النزعة الفرديّة عن قِوام مبدآي الحريّة والمساواة، اللّذين ضمّنا للعلاقة توازنًا إراديًّا، بعيدًا عن حتميّة الاعتكاف على عوامل موضوعيّة خارجة عن الإرادة الحرّة؛ لأجل تقدير مثل هذا التّوازن المفترض، غير أن ثبات مفهوم الإرادة المستقلّة، سُرعان ما تنافس بحلول أفكار النزعة الاجتماعيّة في المحيط العقدي، الّتي حمّلت جملة تغييرات تنصبُّ في اتّجاه يسير نحو الاستنجاد بفكرة التّوازن الموضوعي **(1)** كفكرة مؤثّرة على مكانة المبادئ المناصرة للإرادة المستقلّة في تقدير توازن العقد **(2)**.

1. استنجاد العقد بفكرة التّوازن الموضوعي لتقدير الالتزامات التعاقديّة

طفت إلى سطح العلاقة العقديّة العديد من الإشكالات التعاقديّة، الّتي كانت تتدرج رويدا رويدا إلى المحيط العقدي، بسبب تحكم النزعة الذاتيّة بميزان التّوازن العقدي، فأدى مع مرور الوقت إلى فقدان القدرة على تقدير توازن العلاقة، في ضوء قِيام جملة تطورات إعترت مسار العقد، فظهرت الحاجة إلى إضفاء توازن موضوعي على العلاقة العقديّة، عن طريق البحث عن كيفيّة التّخفيف من قداسة الأفكار الإراديّة الّتي تعبر عنها النزعة الذاتيّة، من توازن إرادي **(أ)** ومساواة مفترضة **(ب)**.

أ. التّخلّي عن التّوازن الإرادي

تحاول النزعة الفرديّة بفضل الممارسة المستقلّة للإرادة الحرّة، ضبط توازن الالتزامات التعاقديّة[250]، انطلاقًا أنّ كلّ ما ترتضيه الإرادة، يكون عادلاً لطرفي العقد، تجسيدًا لما عبّر عنه الفقيه ألفريد فويي **"Alfred FOUILLÉE"** بمقولته الشّهيرة **"من يقول عقدًا يقول**

[250] - **وصال علي راغب أبو سعد**، مرجع سابق، ص. 40.

عدلاً"[251]، فضلا على أن الفرد يمثِّل ذلك الطَّرف التَّعاقدي الَّذي يحرص دائمًا على الدفاع عن مصلحته الشَّخصيَّة، بحثًا عن طرق إشباعها، في ضوء علاقة متوازنة إراديًّا[252].

يتوقَّف تقدير توازن العلاقة العقديَّة في ظلِّ حركيَّة سلطان الحريَّة التعاقديَّة على معيار إرادي[253]، ممَّا يفهم أنَّ التَّوازن العقدي يتمُّ إضفاءه للعلاقة وفقًا للإرادة الحرَّة وبحسب ما ترتضيه من توقُّعات تعاقديَّة، لهذا أصطلح على تسميته بالتَّوازن الإرادي **(l'équilibre de la volonté)**، الَّذي يكون محقِّقًا بصفة مفترضة وقت التَّعاقد، ما جعل استقلاليَّة الإرادة تعتدُّ بالتَّوازن المتوافق مع ذاتيَّة أطراف العقد.

وضح الواقع التَّعاقدي نتيجة المعطيات المطروحة في الوقت الرَّاهن، أنَّ التَّوازن الإرادي للعلاقة العقديَّة بات غير مستقرٍّ[254]، ممهِّدًا أغلب المعاملات العقديَّة بظروف تُثير من اضطراب توازن العقد، الوضع الَّذي دفع إلى العزوف ولو تدريجيًّا عن مثل هذا التَّوازن المضطرب، بغية البحث عن معايير تسهر على إعادة روح العدالة للعقد، فكان لتبنِّي التَّوازن الموضوعي فعاليَّة مضمونة لتحقيق التَّوازن العادل للعلاقة العقديَّة، بعيدًا عن ذاتيَّة المتعاقدين، وتأسيسًا على معايير متجرِّدة منها، معتمدة على عوامل وظروف موضوعيَّة[255].

ب.إعادة النَّظر في المساواة المفترضة

مُكِنت النزعة الفرديَّة في ضوء تجسيد فكرة المساواة المفترضة **(l'égalité présumée)**[256] من إقامة مراكز العلاقة العقديَّة على توازن إرادي يُنبأ عن تكافؤ المراكز بين المتعاقدين منذ تكوين العقد، وهذا بفضل الممارسة المستقلَّة للحريَّة التعاقديَّة، الَّتي تتمُّ دون فرض قيود وعراقيل تُضيق من دائرة حركيَّة الإرادة الحُرَّة، ناهيك على أنَّ العلاقة العقديَّة لا تخرُّج عن كونها معادلة تبادليَّة للمصالح المشتركة للمتعاقدين، تنتظر تحقيقها في ضوء مبدأ التَّعادل.

يُتيح إقامة العلاقة العقديَّة على فكرة التَّوازن الإرادي، الحصول على مراكز تعاقديَّة متساوية، نظرًا لما تستلهمه الإرادة الحرَّة من توازن مفترض، يسهر على ضمان ثبات مراكز

(251) - **FOUILLEE Alfred**, *La science sociale contemporaine*, 2ème éd, Librerie Hachette et Cte, Paris, 1885, p. 410.

(252) - **وصال علي راغب أبو سعد**، مرجع سابق، ص. 40.

(253) - المرجع نفسه، ص ص. 40-41.

(254) - **وصال علي راغب أبو سعد**، مرجع سابق، ص. 40.

(255) - **FIN-LANGER Laurence**, *op.cit.*, p. 36.

(256) - **BERTHIAU Denis**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 15 et s.

المتعاقدين[257]، ويعمل على طرح علاقة أساسها العدالة، انطلاقا أنَّ كُلَّ طرف يرجو من وراء العقد تحقيق مصلحته الشَّخصيَّة[258]، فتتوازن المصالح، دون حصول تضارب، ممَّا يستحيل معه تدخُّل طرف أجنبي قصد النَّظر في مساواة المراكز و/أو محاولة استعادة هذه المساواة.

احتكامًا لمبدأ سلطان الإرادة الحرَّة وقدرته على ضمان مساواة مفترضة، قد لا تجد –اليوم- هذه المعادلة تطبيقا في الوسط التَّعاقدي، بسبب ما قد يتخلَّل العلاقة العقديَّة من طبقيَّة وضعف تعاقدي[259]، تؤدي إلى ظهور تفاوت في مراكز المتعاقدين[260]، يستحوذ فيها الطَّرف القوي على إدارة شؤون العقد، ويدفع الطَّرف الضَّعيف للرُّضوخ لما يفرضه باسم مركزه القوي اقتصاديًّا ومعرفيًّا؛ لذا وأمام تعارض المصالح أصبح لزامًا العزوف عن المساواة المفترضة، والبحث عن بديل يضمن إعادة المساواة العادلة للعقد، والَّتي باتت تتقرَّر في ضوء الانعراج إلى تجسيد فكرة التَّوازن الموضوعي[261].

2.تعارض فكرة التَّوازن الموضوعي مع توقُّعات الإرادة المستقلَّة

أضافت الفلسفة الاجتماعيَّة العديد من الأفكار المشجِّعة للتَّدخُّلات الخارجة عن العقد، باسم تحقيق العدالة العقديَّة[262]، الوضع الَّذي جعل من هذه النَّظريَّة محلَّ هجوم انتقادي حادٍّ من طرف الفقه المعاصر الَّذي لطالما رفض المعطيات الَّتي قدَّمتها هذه النَّظريَّة؛ لذلك بادر المذهب الفردي بتوجيه انتقادات لهدف زعزعة مفاهيم الفلسفة الاجتماعيَّة، معتمدين على التَّجاوز المعتدي على الحريَّة التعاقديَّة **(أ)**، في حين أضاف التَّيَّار اللِّيبرالي الاقتصادي جملة انتقادات لا تخلو أهمِّيَّة من الأولى، تؤكِّد بها قداسة التَّوازن الإرادي المبني على أساس الإرادة الحرَّة **(ب)**.

---

(257) - **وصال علي راغب أبو سعد**، مرجع سابق، ص. 40.

(258) - **FOUILLEE Alfred**, *op.cit.*, p. 410.

(259) - **بن قويدر زبيرى**، حماية مركز الطَّرف الضَّعيف في الرابطة العقديَّة مع إسقاطات على عقود الاستهلاك في ضوء أحدث تعديلات القانون الجزائري والمقارن، دار النَّهضة العربيَّة، القاهرة، 2019، ص. 7 وما يليها.

(260) - **العشماوى أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص ص. 55-56.

(261) - **FIN-LANGER Laurence**, *op.cit.*, p. 36.

(262) - **RÖDL Florian**, *op.cit.*, p. 62.

أ. التّعارض مع مذهب الفلسفة الفرديّة

اعتاد المذهب الفردي على حقيقة وجود الفرد كائن مستقل في المجتمع، بل واعتبره العصب الحسَّاس فيه، نظرًا لاستقلاليَّة إرادته[263] في التدبُّر بشؤون العقد، الَّتي يضطلع فيها إلى إنشاء ما يراه محقِّقًا لمصلحته الشَّخصيَّة[264]، غير أنَّ الاعتداد المطلق بهذه الأفكار، قد تجد -اليوم- تعارضها مع توجُّهات المذهب الاجتماعي للنظريَّة العامة للعقد، الَّذي بات يأمل بتعويض مكانة الفرد، بالسَّيطرة الكاملة للمجتمع، وتأكيد هيمنته على الفرد، حتَّى يصل إلى فرض سموِّ إرادة خارجيَّة تعلو على إرادة الفرد[265]، ممَّا يؤدِّي مثل هذا الوضع إلى اقتحام جملة تداخلات في العقد.

يتبيَّن من التدخُّلات المستمرَّة في العقد باسم تحقيق عدالة[266]، بعيدة عن تلك التي يتوقَّعها المتعاقدان بمحض إرادتهما الحُرَّة، أن النزعة الاجتماعيَّة –في الحقيقة- ما هي إلَّا ذريعة تخدم الطَّرف القوي[267] في العلاقة العقديَّة، حيث يحاول بفضل مكانته المحوريَّة السَّيطرة الكاملة على شؤون العقد، حتَّى يتمكن من إثقال كاهل الطَّرف الضَّعيف بشُروط تعاقديَّة[268] تكون مجحفة في حقه، تنال من توازن العقد[269]، وتجعله في حيرة إزاء التَّعبير عن رغبته في التَّعاقد، ممَّا يستدعي مثل هذا الوضع ضرورة التدخُّل الخارجي –طرف ثالث- في العقد لمناصرة ضعف هذا الطَّرف حِيال اضطراب عدالة العقد.

أيقن الواقع العملي، أنَّ معظم الحلول المقدَّمة من طرف النزعة الاجتماعيَّة إنَّما تُحاول بها إثبات أفكارها المشجعة من التدخُّل الخارجي المتزايد في شؤون العقد[270]، حتَّى يتم زعزعة المكانة التَّاريخيَّة لمبدأ سلطان الإرادة؛ لهذا وجب إعادة النَّظر في التَّعارض المستمر بين كلا المبدأين –

---

(263) - **CARBONNIER Jean**, *op.cit.*, p. 1945.

(264) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, pp. 186-187.

(265) - **العشماوى أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 54.

(266) - **RÖDL Florian**, *op.cit.*, p. 62.

(267) - **حسن عبد الباسط جميعي**، أثر عدم التَّكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، درا النَّهضة العربيَّة، القاهرة، 1996، ص. 110.

(268) - **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، التَّسلط الاقتصادي وأثره على التَّوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندريَّة، 2007، ص. 17.

(269) - **وصال علي راغب أبو سعده**، مرجع سابق، ص. 77.

(270) - **بكر السعيد محمد أبو طالب**، أزمة العقد: دراسة مقارنة، أطروحة مقدَّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كليَّة الحقوق، جامعة المنوفية، 2020، ص. 213.

سلطان الإرادة والعدالة العقديّة-، في محاولة كل منهما الظّفر بمبادئ تتحكم في سير العلاقة العقديّة، وتُنافس بها على مكانة قياديّة في عرش النّظريّة العامّة للعقد.

ب.التضارب مع المذهب الليبرالي الاقتصادي

يعتد المذهب اللّيبرالي بالإرادة الحرّة الضّامنة لإقامة مراكز العلاقة العقديّة[271] على مقياس المساواة المفترضة منذ تكوين العقد، لكن سرعان ما انقلبت هذه المعادلة، بحلول فلسفة النزعة الاجتماعيّة، الّتي رأت في الإرادة الحرّة فجوة تعاقديّة ممكن وبالنّظر إلى المتغيّرات الّتي يشهدها محيط العلاقات العقديّة، أن تدفع بمراكز المتعاقدين نحو دائرة عدم التكافؤ[272]، ممّا يبدو أن هذه الوضعيّة ستثير اضطراب في عدالة العقد[273]، بسبب أن الطّرف القوي[274] يستحوذ على إدارة مستقلّة لشؤون العقد، ويفرض لما يراه محققًا لمصلحته الشّخصيّة على الطّرف المقابل له في العمليّة التعاقديّة.

تداركًا لعدالة العقد الّتي تحكم طرفي العملية التعاقديّة، اقترحت النظريّة الاجتماعيّة منح القاضي –كطرف في العقد- بعض السُّلطات التعاقديّة الجديدة، الّتي في تكريسها يلتمس تجاوز فعلي للمكانة المحتشمة للقاضي[275] المنحصرة –سابقًا- في تطبيق النّص التّشريعي المعالج لشؤون العقد، وهذا ما أكّد أن النظريّة قد تغاضت كليا عن تقديس الإرادة الحرّة، والتفت إلى تحقيق عدالة العقد، عن الطريق التّشجيع المستمر لتدخل القاضي كطرف مُسير[276] منظّم جديد لشؤون العلاقة العقديّة.

غير أنّ المتعاقدين بدا عليهما تخاوف[277] من جُرأة التدخلات الّتي تفرضها فلسفة النزعة الاجتماعيّة، والظاهرة في إقحامها للقاضي –بصفته طرف أجنبي عنهما- ضمن شؤون علاقتهما العقديّة، الّتي تخضع –أساسًا- لصنع إرادتهما المشتركة، وتجعل من العقد شأن أطرافها دون غيرهما

---

(271) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, pp. 149-150.

(272) - **أبو بكر حسان منى**، الشُّروط العقديّة التّعسُّفيّة، ماهيتها، وحماية المستهلك في مواجهتها في ضوء التّوجُّهات الحديثة لحماية المستهلك: دراسة تحليليّة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022، ص. 41.

(273) - **وصال علي راغب أبو سعده**، مرجع سابق، ص. 77.

(274) - **حسن عبد الباسط جميعي**، مرجع سابق، ص. 110.

(275) - **ANCEL François**, *op.cit.*, p. 722.

(276) - **FIN-LANGER Laurence**, *op.cit.*, p. 44.

(277) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، "تدخل القاضي في العقد: رؤية جديدة-قراءة في ضوء إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016"، المجلّة الأكاديميّة للبحث القانوني، مجلّد 14، عدد 2، 2023، ص. 142.

تطبيقًا لمبدأ الأثر النسبي للعقد[278]، فضلاً على أن القاضي يصعب عليه التّوفيق بين إعادة روح العدالة العقديّة، واحترام قداسة التوقُّعات التعاقديّة[279]، ممّا يطـرح القاضي –اليوم- مشكلة يتواجه معها العقد، وجب النّظر فيها، قصد ضبط وجوده الهادف، وليس المعتدي على العقد.

ثانيًا: دخول العقد في التّنشئة الاجتماعيّة

أقحمت الرُّؤية الاجتماعيّة للعقد، العديد من الأفكار الّتي تُكرس في مجملها مبدأ العدالة العقديّة، غير أنَّ تطبيقها طرح على البساط القانوني إشكاليّة مزاحمة المبادئ الإراديّة، ناهيك عن تسبب هذه التّنشئة الجديدة للعقد في تغيير توجُّهاته، إذ أصبح العقد يهتم بتكريس المصلحة العامّة **(1)**، فضلا عن تأرجح مفهومه بين فلسفتين تجمع بين فكرتين مختلفتين، تحاول كل منهما الظّفر بفلسفتها قصد السيطرة على مختلف جوانب العمليّة التعاقديّة **(2)**.

1. تغيير توجُّهات العقد

عرف العقد في ظل قِيام الفلسفة الفرديّة، تجرُّد كُلي عن الظُّروف المحيطة به، متقمصا بالنزعة الشَّخصيَّة، وما تُفضي إليه من مظاهر تُقدس من وجود الفرد كائن مستقل في المجتمع، والرُّضوخ الدائم لطرفي العلاقة العقديّة إلى ما تتجه إليه إرادتهما الحرَّة[280]، فأصبح ينصب اهتمام العقد وفقًا لتوجُّه الفلسفة الفرديّة، على الفرد ومصلحته الشَّخصيَّة، الّتي يرجى تحقيقها منذ فترة تكوين العقد، وفقا لمساواة مفترضة[281] بين مراكز المتعاقدين.

أحدثت أفكار الفلسفة الاجتماعيّة على المحيط العقدي، انقلابا في توجُّهات العقد، حيث أصبح العقد –بعد دخوله الاضطراري في التّنشئة الاجتماعيّة –يسير نحو الاهتمام بالمصلحة المشتركة للمتعاقدين، في ضوء معادلة توزيع المصالح المتبادلة، نظرًا إلى أنَّ الفرد لم يعد وفقا لمفاهيم هذه الفلسفة كائن مستقل في المجتمع، إنّما أصبح جزءًا منه[282]، وله التزام تُجاه مصالح الأفراد

---

(278) - **BENABENT Alain**, *op.cit.*, p. 233 et s.

(279) - **بكر السعيد محمد أبو طالب**، مرجع سابق، ص. 206.

(280) - **CARBONNIER Jean**, *op.cit.*, p. 1945.

(281) - **وصال علي راغب أبو سعد**، مرجع سابق، ص. 41.

(282) - **BOURGEOIS Léon**, *op.cit.*, p. 116.

الآخرين[283]؛ لذا كان انشغال العقد بالمصلحة العامَّة، واقع معاكس لسابق وضعه في ظلِّ مفاهيم الفلسفة الفرديَّة الَّتي عودته بالتَّركيز على المصلحة الشَّخصيَّة.

تسبب انعكاس ضوء الفلسفة الاجتماعيَّة على مسار العقد، وعلى فكرة التَّوازن المفترضة المتوقعة منذ إبرام العقد، أن أصبح العقد في ظل التَّجاوزات الَّتي فرضتها جملة ظروف وتطوُّرات، تلزمه –في كل مرَّة- بنقض معادلة **"العقد شريعة المتعاقدين"**، من أجل السَّماح لطرف أجنبي بالتدخل في العقد، قاصدا التَّحكم في توازن و/أو استعادة التَّوازن العقدي، الوضع الَّذي جعل من ميزان العقد يفلت من قبضة المتعاقدين ويكون عرضة لعوامل وظروف موضوعيَّة[284]، تتجاوز ما كان متوقع عليه وقت التَّعاقد.

2. تذبذب مفهوم العقد

وازن تحديد مفهوم العقد بواقعة تخبطه بين فلسفتين مختلفتين أحدهما تُقدس من النزعة الفرديَّة، والثانية تُعزز من روح العدالة، فضلاً عن انغماس العقد في مفاهيمها، صعوبة تثبيت الرؤية الواضحة بشأن الأحكام المنظمة له، وهذا التذبذب –حقيقةً- يلتمس على حدّ السواء من ناحية السوابق القضائيَّة –تسليط الضوء على التجربة الفرنسيَّة- **(أ)** ومن ناحية التَّشريع **(ب)**.

أ. تخبط العقد في دائرة عدم استقرار الرؤية القضائيَّة

صاحب انغماس العقد ضمن مفاهيم الفلسفة الاجتماعيَّة، تغيير عدَّة جوانب منظمة له، لعلَّ من أبرزها، ضبط مفهوم العقد، الَّذي أصبح يتردَّد بين فكرتين مختلفتين، منها الفرديَّة[285] الَّتي لطالما كانت تُقدس من حريَّة الفرد وإرادته الحرَّة، والاجتماعيَّة[286] الَّتي فرضت نفسها على العقد، خصوصا بعد التَّنشئة الاجتماعيَّة الَّتي راودته تحقيقًا للعدالة العقديَّة، مثل هذا التَّداخل بين المفهومين طرح على طاولة النقاش القضائي، إشكاليَّة عدم استقرار الأحكام القضائيَّة، بسبب أنَّ رؤية تحديد مفهوم العقد باتت تتأرجح بين كلا الفلسفتين، مما يصعب معه توحيد القواعد الواجب تطبيقها على العقد.

---

(283) - **BOURGEOIS Léon**, *op.cit.*, p. 101.

(284) - **FIN-LANGER Laurence**, *op.cit.*, p. 36.

(285) - **بكر السعيد محمد أبو طالب**، مرجع سابق، ص. 216 وما يليها.

(286) - المرجع نفسه، ص. 216 وما يليها.

تأكّد هذا الانقلاب في محاولة ضبط مفهوم العقد، من قِبل القضاء الفرنسي، بصدد تعرضهم للقضيّة المتعلقة بتحديد ثمن العقد **(l'indétermination du prix)**، حيث شهدت اختلاف في الأحكام القضائيّة المعالجة لها، بين قضاة استندوا على المفهوم الفردي للعقد، وأيّدوا التحديد المنفردة للثمن[287]، ولو وقع تحت رهان الإجحاف، اعتبار لحرمة العلاقة العقديّة، الّتي تحظر تدخل القاضي لمراجعة الثّمن[288]، نزولاً لاسيّما عند الرّغبة في تقديس استقلاليّة الإرادة التعاقديّة.

غير أنّ جانبًا آخر من القضاة، عوّلو على تسبيب أحكامهم القضائيّة على المفهوم الاجتماعي للعقد، ورأو أنّ الثّمن إذا كان تحديده من قِبل القاضي، فإنه يعكس معاني العدالة العقديّة بين طرفي العمليّة التعاقديّة، مما يجعل من تدخل القاضي[289] كطرف مراجع لثمن العقد ضرورة للنطق بالعدالة ومناصرة منه للطّرف الضّعيف في العلاقة العقديّة.

ب. تشوش الرؤية التّشريعيّة إزاء مفهوم العقد

تشهد النصوص الإصلاحيّة لمفاهيم النّظريّة العامّة للعقد، تشوش في رؤية المشرّع الفرنسي لمسألة ضبط مفهوم العقد، إذ لُوحظ على موقفه أنّه ليس محايدًا، بسبب تأثره بالخلافات الفقهيّة المتردّدة بين مفهومين –الفرديّة والاجتماعيّة-[290]، ما جعله ينحاز تارة إلى تبني المفهوم المستقل للعقد، وتارة أخرى يعتمد على مفهوم اجتماعيّة العقد؛ ليكون المشرّع بموقفه غير الحاسم، لم يفصل في مشكلة ضبط مفهوم العقد.

يُستمد من آلية تحديد الثّمن بالإرادة المنفردة، أوّل مظهر تعاقدي دال على تبني المشرّع الفرنسي للمفهوم الفردي للعقد، حيث عولت أحكام **المادّة 1164**[291] من إصلاح قانون العقود، على منح أطراف العقد الإطاري[292] إمكانيّة الاتّفاق على أنّ يكون تحديد الثّمن لاحقًا

---

(287) - **Cass. Civ**. 1ère, 30 juin 2004, N° 01-00.475, Bull. Civ. N° 190, 2004, p. 157. « *(...) la banque a proposé de fixer le prix de location des deux chambres fortes à la somme forfaitaire de 200 000 francs ; qu'ayant renouvelé ses contrats sous réserves Mme X... a assigné la banque en dommages-intérêts pour abus dans la fixation du prix ; (...) Attendu qu'en statuant ainsi, alors, d'une part**, que la banque était libre de fixer le prix** qu'elle entendait pratiquer, alors, d'autre part, qu'il résultait de ses propres constatations que Mme X..., qui bénéficiait d'un préavis d'un mois pour résilier son contrat, avait été tenue informée du changement de politique de la banque plus de six mois avant l'échéance, (...)* ».

(288) - **ANCEL François**, *op.cit.*, p. 722.

(289) - Ibid., p. 722.

(290) - **بكر السعيد محمد أبو طالب**، مرجع سابق، ص. 216 وما يليها.

(291) - Article 1164 de **l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, (...)* ».

(292) - سيتم التّفصيل أكثر في مسألة التّحديد الانفرادي لثمن العقد الإطاري، ضمن أجزاء هذه الدّراسة.

بالإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد، ممَّا أكَّد هذا الحكم القانوني على موقف المشرّع في أخذه بأحادية الإرادة تقديسًا منه لمبدأ استقلاليَّة الإرادة التعاقديَّة.

يُخلص من تشجيع تدخل القاضي في العقد[293]، ثاني مظهر تعاقدي، يكشف عن ميول المشرّع الفرنسي إلى تجسيد المفهوم الاجتماعي للعقد، بحيث عرفت مكانة القاضي في ظلِّ تطور نظريَّة العقد، إضعاف من حظوظ تدخله[294] في شؤون العلاقة العقديَّة؛ ليعرف في إصلاح قانون العقود، بداية لتجاوز مكانته المحتشمة الَّتي لطالما تعايش معها، وتمَّ الاعتراف له بهام[295] تؤهله حتَّى إلى خلق التزامات تعاقدية جديدة كحال الالتزام بالتحذير **(devoir de mise en garde)**[296] تحقيقًا منه لعدالة عقديَّة بين المتعاقدين.

يجب التَّنبيه في هذا المقام، أنَّه لابدَّ من العمل على إرساء العقد بين مفهومين ليبرالي واجتماعي، بحكم أن استقلالية الإرادة التعاقديَّة لا يمكن إنكار دورها إزاء العقد، والاجتماعيَّة لابُدَّ من تقريرها بهدف تعزيز عدالة العقد؛ لذا يجب العمل على ضمان استقرار العقد في دائرة متجانسة المفاهيم تتوافق مع المعطيات الحديثة الَّتي تطرحها الممارسة التعاقديَّة، قصد تحديد القواعد الواجب التَّطبيق، بحثًا عن مصلحة المتعاقدين، وليس النَّيل من هذه المصلحة على حساب فرض هيمنة أحد الفلسفتين على قواعد العقد.

المطلب الثَّاني

تقهقر سلطان الإرادة: تراجع في مقابل التَّطويع

راود مبدأ سلطان الإرادة إثر وقوع متغيرات ناتجة عن التَّطورات المختلفة الَّتي انعكست على مرآة العلاقات العقديَّة، أزمة عقد[297] نالت من سيطرته لكافة جوانب العمليَّة التعاقديَّة، بحكم أنَّ هذه المتغيرات تضطلع -في كل مرَّة- إلى إنتزاع المكانة السياديَّة الَّتي يحتلها المبدأ ضمن عرش النظريَّة العامَّة للعقد، والتطلُّع إلى مبادئ منافسة له لاسيما التركيز على تحقيق عدالة العقد، رغبة منها في الظفر لها بمكانة، تسعى إلى تحقيق أهداف مغايرة.

(293) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 142 وما يليها.

(294) - **MARCHAND Sylvain**, *op.cit.*, pp. 44-45.

(295) - **ANCEL François**, *op.cit.*, p. 727 et s.

(296) - **Cass. Civ**. 1ère, 30 avril 2009, N° 07-18.334, Bull. Civ. N° 4, 2009, p. 70

(297) - **RANOUIL Véronique**, *op.cit.*, p. 129 et s.

تزعزع مبدأ سلطان الإرادة بظهور عِدّة إشكالات، الّتي كشفت على أن معادلة التّقديس المطلق من قيمة المبدأ، قد لا تتماشى مع التّطوّرات الحديثة للنظريّة العامّة للعقد، كون أن التقلبات الّتي طغت على سطح العقد، أثبتت اختناق الفلسفة التقليديّة الّتي يحتويها مبدأ سلطان الإرادة بسبب عدّة مشاكل، كحال مشكلة عدم تكافؤ مراكز المتعاقدين **(الفرع الأوّل)** واختلال توازن أداءات العلاقة العقديّة **(الفرع الثّاني)**.

الفرع الأوّل

اصطباغ العلاقة العقديّة بعدم تكافؤ المراكز

تُشير ظاهرة الطّبقيّة إلى أبرز الفجوات الّتي تتسبّب في خدش معادلة المساواة العقديّة؛ لذلك يتعمّد الطّرف القوي حال تَوَافُرها في العلاقة العقديّة، إلى استغلالها باعتماده على تفوُّقه الاقتصادي والمعرفي؛ ليجعل نظيره المتعاقد معه يرضخ لإرادته المنفردة، مثل هذا الوضع أدّى إلى اصطباغ العلاقة بإشكاليّة عدم تكافؤ المراكز[298]، تبعًا لعدّة أسباب **(أوّلاً)** تستدعي مقابلتها بالعلاج المناسب للحدِّ من هذه المشكلة المتآكلة لمركز الطّرف الضّعيف **(ثانيًا)**.

أوّلاً: أسباب ميلاد إشكاليّة عدم تكافؤ المراكز

تنبثق إشكاليّة عدم تكافؤ مراكز العلاقة العقديّة، وراء مشكلة الضعف التّعاقدي[299]، الّتي أصبحت الممارسة التعاقديّة تُترجمها من خلال تشخيص وضعيّة وجود أحد المتعاقدين في طبقة أعلى من نظيره المتعاقد معه، علمًا أن مشكلة الضعف يعود ظهورها - أساسًا- في العلاقة العقديّة لعدّة أسباب، منها ما تكون راجعت إلى الطّرف المتعاقد بحدِّ ذاته **(1)**، ومنها ما يتعلق بالعقد من جهة أخرى **(2)**.

(298) - **أبو بكر حسان منى**، مرجع سابق، ص. 41.

(299) - **بن قويدر زبيرى**، مرجع سابق، ص. 7 وما يليها.

1. نقض المعلومات و/ أو الضعف التّعاقدي

يُتخذ من نقص المعلومات **(défaut d'information)** المتّصلة بمحل العقد[300] من قِبل أحد المتعاقدين –الطّرف الضّعيف-، كأحد الأسباب المؤدّية إلى إثارة مشكلة عدم المساواة العقديّة، الّتي تُلتمس في حالات تعاقديّة معيّنة، بسبب ظهور الطّبقيّة في العلاقة العقديّة، الّتي يعتكف عليها المتعاقد الّذي يتمتّع بتفوّق معرفي على نظيره المتعاقد معه[301]، إلى استغلالها قصد التّحكّم في شؤون العقد، دون مشاركتها مع الطّرف المتعاقد معه، وفرضه لمّا يتناسب مع مصلحته الشّخصيّة، فضلاً عن عدم قدرة الطّرف الضّعيف من التّحكّم الجيد بالظّروف الّتي وقعت على إثرها عمليّة إبرام العقد[302].

يُضاف إلى تِعداد الأسباب الّتي تضطرب معها معادلة المساواة العقديّة، الضعف **(la faiblesse)** التّعاقدي[303]، مثل هذا السّبب إذا ما طُرح في العلاقة العقديّة، فإنّه يؤدّي إلى إصابة أحد المتعاقدين بضعف معرفي يستحيل معه، أن يحصل الطّرف الضّعيف على رضا حر مستنير[304] إزاء رغبته في التّعاقد؛ لذا يجب الحرص على تقديم كل المعلومات والبيانات المكونة لمحل العقد، حتّى يكون للطّرف الضّعيف مستوى معرفي[305]، يمكنه من تجنُّب الدُّخول في متاهة حول الجوانب المحيطة بالعمليّة التعاقديّة.

أبدت عمليّة تشخيص الأسباب المثيرة لاختلال مراكز العلاقة العقديّة، أنّ الحريّة التعاقديّة إذا طغت على العلاقة بالشّكل الّذي تنعدم معها تقرير العدالة العقديّة، فإنّها تؤدي إلى إحداث تذبذب على مستوى مراكز المتعاقدين، بحيث يرضخ الطّرف الضّعيف لإرادة الطّرف القوي[306]، وتثار بالتّالي مشكلة عدم تكافؤ المراكز[307]؛ لذلك لا بد من تدارك ميزان التّوازن بين

---

(300) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie,** *op.cit.*, p. 285 et s.

(301) - **حسن عبد الباسط جميعي**، مرجع سابق، ص. 110.

(302) - **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني: بين الحق في تحقيق المصلحة الشّخصيّة والالتزام بحسن النيّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص ص. 104-105.

(303) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie,** *op.cit.*, p. 285 et s.

(304) - **FILLALI Ali**, « Le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats », *Les Annales de l'Université d'Alger 1*, T II, N° 27, 2015, p. 5.

(305) - **إبراهيم عبد العزيز داود**، عدم التّوازن المعرفي في العقود: دراسة مقارنة تحليليّة، درا الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2014، ص. 16.

(306) - **حسن عبد الباسط جميعي**، مرجع سابق، ص. 110.

(307) - **أبو بكر حسان منى**، مرجع سابق، ص. 41.

كلا المبدأين، بحكم أنه كلّما مُنحت حريّة للأطراف المتعاقدة، فإنه يجب أن تحقق عدالة تجمع بين مصالحهما، بغض النّظر عن مستواهم المعرفي وحتّى الاقتصادي.

2. وصف الإذعان في العقد

تقترن بعض العلاقات العقديّة بفجوة اللامساواة في مراكز المتعاقدين، بسبب طبيعة العقد[308] الذي –في غالب الأحيان- يعترضه وصف الإذعان للشّروط المتضمنة في العقد، كحال الشُّروط التّعسُّفية الّتي يرضخ لها الطّرف الضّعيف في طائفة عقود الإذعان **(أ)** أو كحال الشُّروط التّعسُّفية التي تكون مفروضة على إرادة الطرف المتعاقد –المستهلك- في طائفة العقود الإلكترونيّة **(ب)**.

أ. عقد الإذعان: النمط التقليدي

تندرج طائفة عقود الإذعان **(contrats d'adhésion)**[309] ضمن الأسباب الجوهريّة الّتي تمس بمقياس المساواة العقديّة، لما لهذه العقود من جوانب تعاقديّة مضطربة، قد لا تتّزن معها مراكز العلاقة العقديّة، فيكون هذا الوضع –دائما- في مصلحة الطّرف القوي، الّذي يستحوذ على شؤون العلاقة العقديّة[310]، ويستقل بإدارتها تحت سلطان إرادته المنفردة، نزولاً عند الرّغبة في تغليب مصلحته الشّخصيّة.

تُمكن هذه المكانة المحوريّة الّتي يحتلها الطّرف القوي ضمن عقود الإذعان، من فرض شروط ذات طابع تعسُّفي[311]، تخل إخلالاً جسيما بتوازن العلاقة العقديّة[312]، فتكون مجحفة في حق الطّرف الضّعيف[313]، الّذي تُعدم حريّته في التّعبير عن رغبته في قبول أو رفض هذه الشُروط، فلا يكون له سوى الرُّضوخ لما تُمليه إرادة الطّرف القوي[314]، نظرًا لأن مصلحته الشّخصيّة تنتظر تحقيقها إثر نجاح العمليّة التعاقديّة، ولو وقعت تحت رهان الإجحاف والتّعسُّف.

---

(308) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, pp. 286-287.

(309) - Ibid., p. 288 et s.

(310) - **العشماوي أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص ص. 55-56.

(311) - **حسن عبد الباسط جميعي**، مرجع سابق، ص. 110.

(312) - **وصال علي راغب أبو سعده**، مرجع سابق، ص. 57.

(313) - **أبو بكر حسان منى**، مرجع سابق، ص. 27 وما يليها.

(314) - **العشماوي أيمن إبراهيم**، مرجع سابق، ص ص. 55-56.

ب. عقد الإذعان: النّمط الإلكتروني

صُنف التّعاقد الإلكتروني **(contrat électronique)**[315] النّاتج عن التّقدُّم التكنولوجي والمعلوماتي، من بين الأسباب المثيرة لمشكلة عدم تكافؤ مراكز المتعاقدين[316]، نظرًا لاتّصاف هذه العقود بطابع الإذعان[317]، بسبب قِيامها في بيئة رقميَّة، تجعل المتعاقدين يجتمعان في مجلس عقد افتراضي[318]، معتمدين على وسائل إلكترونيَّة لأجل إتمام التّعاقد، فكان لعنصر الغياب والتّباعد[319] الّذي يتخلّل التّعاقد الإلكتروني، أنّ نتج عنه إخلالاً بمعادلة التّعاقد على قدم المساواة[320] أيّ على نحو يتعارض مع مبدأ استقلالية الإرادة[321]، اعتبارا لعدم تمتع المتعاقد – المستهلك- بمؤهلات تقنيَّة[322] تؤهله للتحكُّم في هذا النّمط من التّعاقد.

أتاحت تقنيّات البيئة الرقميَّة[323] أمام الطّرف القوي قصد تسهيل عمليَّة التّحكُّم المنفرد بشؤون العلاقة العقديَّة، عدَّة فُرص مكنته من تقديم عروض لسلع وخدمات على وجه افتراضي[324]، يطّلع عليها المتعاقد المستهلك عن بعد[325]، على نحو لا يتمكن من معاينة المنتج ماديا، فضلاً عن إمكانيَّة فرضه لنموذج التّعاقد وفقا لشروط مدروسة مسبَّقًا، ممَّا يؤدي هذا الوضع –في نهاية المطاف- إلى إضعاف الإرادة التعاقديَّة الحرة للطّرف المستهلك إزاء العقد، والتّأثير بالتّالي على مبدأ المساواة العقديَّة بين كلا الطّرفين.

---

(315) - **عبيدات إبراهيم خصاونة**، "العقد الذّكي وانعكاساته على النّظريّة العامّة للعقد"، مجلّة الحقوق والعلوم السّياسيّة، عدد 39، 2023، ص. 207 وما يليها.

(316) - **بهلولي فاتح**، النّظام القانوني للتّجارة الإلكترونيّة في ظلّ التّشريع الجزائري، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص القانون، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص. 255.

(317) - **عبد الباسط جاسم محمد**، إبرام العقد عبر الأنترنت، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، 2010، ص. 51.

(318) - **بهلولي فاتح**، مرجع سابق، ص. 91.

(319) - المرجع نفسه، ص. 118.

(320) - **أبو بكر حسان منى**، مرجع سابق، ص. 41.

(321) - **حسن عبد الباسط جميعي**، مرجع سابق، ص. 96.

(322) - **بن قويدر زبيرى**، مرجع سابق، ص. 8.

(323) - **عبيدات إبراهيم خصاونة**، مرجع سابق، ص. 221.

(324) - **بهلولي فاتح**، مرجع سابق، ص. 91.

(325) - **عبد الباسط جاسم محمد**، مرجع سابق، ص. 45.

ثانيا: معالجة إشكاليّة عدم تكافؤ المراكز

تقتضي وضعية اضطراب مراكز العلاقة العقديّة، ضرورة التّصدي لها بالمعالجة، قصد استعادة روح المساواة بين مراكز المتعاقدين، ولغرض تحقيق هذه الغاية، استلهم القضاء الفرنسي بفضل سلسلة اجتهاداته القضائيّة المطروحة في سبيل تطويع العقد، من آلية الإعلام علاج لفجوة عدم تكافؤ المراكز **(1)** وبالنّظر إلى نجاعة هذه الآلية، جعلت المشرّع الفرنسي يتخذ خطوة إصلاحيّة استهدف تقنينها كقاعدة قانونيّة في ظل نصوص إصلاح قانون العقود لسنة 2016 **(2)**.

1.استلهام القضاء الفرنسي لآليّة الإعلام

رأى القضاء الفرنسي بعد تمحيص عميق للقواعد التّقليديّة للنّظريّة العامّة للعقد –خاصة نظريّة عيوب الرّضا- أنّها باتت قاصرة، لا تستجيب لبعض المسائل التعاقديّة الحديثة لا سيما منها التّباعد المعرفي، ممّا دفع الوضع إلى ضرورة التّنقيب عن أحكام حداثيّة تعالج بها الثغرة المعرفيّة الّتي تمس مركز الطّـرف الضّعـيف، فاسـتلّهم القـضاء من مبدأ **"الوقاية خير من العلاج"**[326] آليّة الالتزام بالإعلام، الّتي تسهر بعد وجوب تقديم المعلومات الجوهريّة، على ضمان رضا حرّ مستنير للطّرف الضّعيف إزاء عمليّة إبرام العقد أو العزوف عنها.

تُوج الالتزام بالإعلام ضمن سابقة قضائيّة في فرنسا، حيث جاء في قضيّة تتخلّص وقائعها في أنّ السيّد **(M. X)** اشترى من وكالة الأسفار **(l'agence Atlas Voyages)** تذكرة سفر للعودة من ليون إلى أبيدجان على متن طائرة التّابعة للخطوط **(la compagnie Lufthansa)**، لكن عند وصول السيّد **(M. X)** إلى الوجهة المحدّدة، رُفِض دخوله للأراضي كوت ديفوار، بسبب عدم حصوله على تأشيرة.

تقدم السّـيد **(M. X)** إثر رفـض دخـوله للأراضي كوت ديفـوار، برفع دعـوى قضـائيّة ضدّ وكالـة الأسـفار **(l'agence Atlas Voyages)**، مـطالبا إيّاها بالتّعويض عــن الضّـرر الّذي لحـق به، غير أنّ الحكم الصّادر في القضيّة كان مبرئا لوكالة الأسفار، باعتبار أنّه لا يوجد ما يلزم الوكالة بإصدار تذكرة سفر مع الالتزام التّعاقدي المسبّق بإبلاغ (**obligation précontractuelle**

(326) - **بوشوال جمال محمد محمد**، حماية المستهلك من عدم التّوازن المعرفي في العقود: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2023، ص. 27.

d'information) العميل بشروط الدُّخول إلى إقليم بلد الوجهة، بل أنَّ عقد النَّقل يشير إلى أنَّ الأمر متروك للرَّاكب للامتثال للمتطلَّبات الحكوميَّة المتعلقة بالدُّخول والخروج من الأراضي الأجنبيَّة.

طُعن في القرار الصَّادر عن محكمة النَّقض الفرنسيَّة، وتمّ التَّأسيس على أنَّه وبعد التَّمعُّن في مختلف الالتزامات الملقاة على وكالة السفر، باعتبارها وكيلا محترفا لعميلها الَّذي تبيع له تذكرة السفر، **يجب أن تبلغه بالشُّروط الدَّقيقة لاستخدام التَّذكرة، الَّتي تشمل إجراءات الدُّخول في أراضي دولة الموجَّهة إليها**[327].

لعب القضاء الفرنسي دورا مهما في تطويع العقد بموجب أحكام حداثيَّة كالالتزام بالإعلام[328] رغبة منه في إسعاف مركز الطَّرف الضَّعيف في علاقته العقديَّة غير المتوازنة، بسبب وجود تفاوت معرفي مقارنة بنظيره المتعاقد معه، لا سيما إذا كان مهنيًّا، وهذا كلُّه حتَّى يتم إعادة روح العدالة للعلاقة العقديَّة.

2. التَّتويج التَّشريعي لآليَّة الإعلام

استغرق الاجتهاد القضائي الفرنسي وقتا كبيرًا؛ لأجل إرساء قاعدة التَّعامل بحسن النيَّة ضمن العلاقات العقديَّة، الَّتي جعلت الالتزام بالإعلام[329] محور هذه القاعدة، كآلية حمائية لمركز الطَّرف الضَّعيف المهدد بعدم تكافؤ المراكز، ضمانًا لرضا حر مستنير إزاء العقد، وبالنَّظر لكل هذه الأهميَّة الَّتي بات يحظى بها الالتزام، تلقفه المشرّع ضمن قاعدة قانونيَّة بعدما استلهمه من السوابق القضائيَّة، قصد الاستفادة من قدرة هذا الالتزام على تفادي إثارة مشكلة المساس بمقياس المساواة العقديَّة.

سَنّ المشرّع الفرنسي الالتزام بالإعلام عبر سلسلة الإصلاحات المدخلة ضمن مفاهيم النَّظريَّة العامَّة للعقد، فاستحوذ الالتزام على مكانة له في القواعد المطوّرة من العقد، وكانت **للمادَّة 1112-**

---

(327) - **Cass. Civ**. 1ère, 07 février 2006, N° 03-17.642, Bull. Civ. N °2, 2006, p. 63. « *(...) Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il entre dans les obligations de l'agence de voyages, en tant que professionnel mandataire de son client, à qui elle vend un billet d'avion,* ***de l'informer des conditions précises d'utilisation du billet, parmi lesquelles figurent les formalités d'entrée sur le territoire de l'Etat de destination*** *(...)* ».

(328) - **إبراهيم عبد العزيز داود**، مرجع سابق، ص. 109.

(329) - **LASBORDES Victoire**, *op.cit.*, p. 400.

1[330] من إصلاح قانون العقود لسنة 2016، فُرصة للنَّص على أهم الجوانب التَّطبيقية للالتزام بالإعلام في أثناء قِيام العمليَّة التعاقديَّة، الَّتي لا تكاد توصي إلَّا بضرورة التَّقيد بمقتضياته في كل مراحل التي تمر بها العمليَّة، نزولاً عند منطق تعزيز دوره في ضمان فعَّاليَّة العقد.

الفرع الثَّاني

اختلال ميزان التَّوازن العقدي

ترمز طائفة الشُّروط المضطربة في العقد، إلى أبرز الفجوات المُخلة بميزان توازن العقد، بسبب استغلال الطَّرف القوي –دائمًا- توافُر مثل هذه الشُّروط في العقد، لفرض إرادته التعاقديَّة على الطَّرف الضَّعيف، وطرح بالتَّالي لمشكلة اختلال التَّوازن[331]، الّتي باتت مظاهرها متعدَّدة على السَّاحة القانونيَّة **(أوَّلاً)**، ممَّا يتوجَّب معالجتها عن طريق تخصيص قواعد حمائية تستبشر بكفالة مركز الطَّرف الضَّعيف، حتَّى تضمن إعادة روح التَّوازن للعلاقة العقديَّة **(ثانيًا)**.

أوَّلاً: مظاهر اختلال توازن العقد

يأخذ الشَّرط الّذي يُخلُّ بميزان توازن العقد **(déséquilibre significatif)**[332] صورتين؛ إمَّا أن يفرضه الطّرف القوي فيُذعن به الطَّرف الضَّعيف، فيكون هذا الشَّرط تعسُّفيًّا مجحفًا في حقِّه **(1)**، وإمَّا أن يتَّفق الطَّرفان معًا –في باقي العقود الَّتي لا تتَّصف بطابع الإذعان- على إدراج شرط خاصٍّ يقضي عند تطبيقه بالإعفاء الكلي ممَّا تبقَّى من الشُّروط التعاقديَّة، فيرتقي إلى مرتبة الشَّرط غير العادل بالنِّسبة لأحد المتعاقدين **(2)**.

---

(330) - Voir article 1112-1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

(331) - للمزيد من التَّفصيل في أسباب اختلال التَّوازن، راجع في ذلك: **وصال علي راغب أبو سعد**، مرجع سابق، ص. 57 وما يليها.

(332) - **PEGLION-ZIKA Claire-Marie**, La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat en droit privé, université Panthéon-Assas, 2013, p. 231 et s.

1. الشَّرط العقدي التَّعسُّفي

يُوصف الشَّرط العقدي التَّعسُّفي[333] بالطَّابع المضطرب لميزان توازن[334] العلاقة العقديَّة؛ لذا ينبغي التَّمعُّن في كيفيَّة تلقف قواعد نظريَّة العقد للمعالجة القانونيَّة لطائفة هذه الشُّروط[335] المجحفة في حق الطَّرف الضَّعيف قصد تدارك اضطرابها **(أ)**، خاصَّة وأنَّها تعرف اتساعًا كبيرًا في نطاقها **(ب)**.

أ. الشَّرط التَّعسُّفي

توسَّعت المروحة الحمائيَّة[336] الّتي تكفل مركز الطّرف الضَّعيف[337] في العلاقة العقديَّة المتضمِّنة للشَّرط التَّعسُّفي[338]، بفضل الخطوة الإصلاحيَّة الَّتي أقدم عليها المشرّع الفرنسي سنة 2016 والمتَّجهة نحو إعادة تنظيم مفاهيم النَّظريَّة العامَّة للعقد، حيث استهدفت قواعده المطوَّرة لهيكل العقد، مكافحة الشُّروط التَّعسُّفيَّة[339] الواردة في عقود الإذعان[340]؛ لأنَّ تضمِين العقد مثل

---

(333) - يُشار في هذا الصدد، إلى أن المشرّع الفرنسي لم يورد تعريفا عاما لشرط التَّعسُّفي ضمن **المادَّة 1171** من إصلاح قانون العقود لسنة 2016، إنما اكتفى فقط ببيان طبيعة الشَّرط بأن أصطلح عليه بـ **"الشَّرط الَّذي يؤدي إلى إخلال جسيم"**، وكذا الجزاء الَّذي يتماشى معه؛ ليتقرَّر البحث عن تعريف الشَّرط التَّعسُّفي ضمن النُّصوص التَّشريعيَّة الخاصَّة الواردة في قانون الاستهلاك.

(334) - **وصال علي راغب أبو سعده**، مرجع سابق، ص. 77.

(335) - المرجع نفسه، ص. 74 وما يليها.

(336) - شهد الغطاء الحمائي للطَّرف الضَّعيف المتأثر بالشَّرط التَّعسُّفي، تذبذب في الحماية المعترفة له، حيث كانت البدايات الأولى لتنظيم المشرّع الفرنسي لفكرة الشَّرط التَّعسُّفي ومحاولة ضبطها لأجل الحد منها، تظهر من خلال الإشارة إليه ضمن سلسلة نصوص متفرقة، كالنَّص على **إلغاء بند عدم المسؤوليَّة الواردة في عقد النقل البحري، والبنود المعفية من ضمان العيوب في عقود بيع العقارات تحت الإنشاء وبطلان البنود المحدَّدة أو المعفية من مسؤوليَّة المهندسين والمعماريين والمقاولين**، راجع في ذلك: **أبو بكر حسان منى**، مرجع سابق، ص. 120.

(337) - **الروازق فراس جبار كريم**، الحماية القانونيَّة من الشُّروط التَّعسُّفية: دراسة مقارنة، المركز العربي، القاهرة، 2017، ص. 51.

(338) - يعرف الشَّرط التَّعسُّفي وفقا **للمادَّة 3 فقرة 5** من **القانون رقم 04-02** مؤرَّخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجاريَّة، ج.ر.ج.ج عدد 41، صادر بتاريخ 27 يونيو 2004، معدَّل ومتمم، على أنَّه: **"5 (...) - شرط تعسُّفي**: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتَّوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

(339) - للمزيد من التَّفصيل في أسباب ظهور مشكلة تضمِين العقد شروط تعسُّفية، راجع في ذلك: **أيمن سعد سليم**، الشُّروط التَّعسُّفية في العقود: دراسة مقارنة، دار النَّهضة العربية، 2021، ص. 11 وما يليها.

(340) - Article 1171 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (...)* ».

هذه الشُّروط المجحفة في حق الطَّرف الضَّعيف، تؤدّي دائمًا إلى طرح على البساط القانوني إشكاليَّة اختلال توازن العقد[341]، الوضع الَّذي جعل من الطَّرف الضَّعيف محل اهتمام تشريعي بارز من حيث العمل على إحاطة مركزه بنصيب من الحماية.

أورد المشرّع بعد حظر إيراد الشَّرط التَّعسُّفي في العقود، قيدًا[342] على حريَّة الطّرف المتعاقد –لا سيَّما الطَّرف القوي- على فرضه مثل هذه الشُّروط المجحفة في حق الطَّرف المقابل له في العمليَّة التعاقديَّة، ممَّا يدل ذلك على زيادة اهتمام المشرّع بوضعيَّة الطَّرف الضَّعيف والتَّحسُّس بما قد يصادف مركزه من اضطراب في ميزان توازن[343] العلاقة العقديَّة.

ب.اتِّساع دائرة الغطاء الحمائي

حجزت فكرة الشَّرط التَّعسُّفي مكانة مهمَّة ضمن قواعد النَّظريَّة العامَّة للعقد، فأصبحت تسري قواعدها الحمائيَّة من جهة أُولى على كافَّة العقود[344]، دون تقصير أو تحديد نطاقها على طائفة منها ذات طبيعة خاصَّة، عكس توجُّهها السَّابق، أين كانت تنحصر في طائفة عقود الإذعان، ممَّا جعل دائرة الحماية تتقلَّص عند حدودها، وتحرم الطَّرف الضَّعيف ضمن العديد من الحالات التعاقديَّة الاستفادة من الحماية.

امتددت الحلقة الحمائيَّة من الشُّروط التَّعسُّفيَّة من جهة ثانية لتمس كافَّة طبقات المجتمع الاستهلاكي، سواءً كان المتعاقد مستهلكًا **(le consommateur)** أو غير المهني **(le non-professionnel)**[345] أو حتَّى المهني **(le professionnel)**[346] الَّذي يتعاقد خارج تخصُّصه، الَّذي من الممكن أن يكون عُرضة لفقدان تفوُّقه المعرفي والاقتصادي في مواجهة

---

(341) - **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، التَّسلط الاقتصادي وأثره على التَّوازن العقدي، مرجع سابق، ص. 17.

(342) - **محمد عرفان الخطيب**، "المبادئ المؤطرة لنظريَّة العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كليَّة القانون الكويتيَّة العالميَّة، عدد 2، 2019، ص. 216.

(343) - **DOUCHE DOYETTE Nathalie**, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat en droit, université de lorraine, 2012, p. 175.

(344) - سعى المشرّع الفرنسي أمام تزايد المستمر في تكاثر النُّصوص التَّشريعيَّة المنظمة لغطاء حمائي للطَّرف الضَّعيف الَّذي يكون ضحيَّة إجحاف الشَّرط العقدي التَّعسُّفي، إلى التَّنبيه لخطورة هذه الشُّروط الَّتي باتت تؤثر سلبًا في توازن العلاقة العقديَّة، فكرست قاعدة قانونيَّة تحتوي على معالجة للشَّرط التَّعسُّفي ضمن مفاهيم النَّظريَّة العامَّة للعقد، ممَّا جعلها قاعدة تنطبق على كافة العقود، ناهيك على وضع جزاء يتناسب مع طائفة هذه الشَّروط المخلَّة بتوازن العلاقة العقديَّة.

(345) - **PEGLION-ZIKA Claire-Marie**, *op.cit.*, p. 34 et s.

(346) - Ibid., p. 23 et s.

الطّـــرف المقـابل له في العمـليّة التعـاقديّة، وبتأكيد دون إغفال طائفة الأشخاص المعنويّة من الحصول على نصيب من الحماية ضدّ الشّرط التّعسُّفي، تأسيسًا على أنّ العبرة في تقدير الغطاء الحمائي إنّما تكون بصفة شروط العقد لا بصفة المتعاقد محل الضُعف.

2. الشّرط العقدي غير عادل

يتذرّع الطّرف القوي بالشّرط غير العادل المتضمن في العلاقة العقديّة، قصد التّهرب من تنفيذ التزام تعاقدي أساسي، وفي الوقت ذاته التّحلُّل من بقيّة الالتزامات التعاقديّة، ممّا قد تؤدّي هذه الوضعيّة، إلى إثارة اختلال في ميزان توازن العقد[347]، بسبب إدراج ما يعرف بشرط غير عادل[348] في حق الطّرف الضّعيف **(أ)**، علمًا أن مثل هذا الشّرط قد حظي بالطّابع العموميّة ما جعله يمتدُّ إلى كافّة العقود **(ب)**.

أ. تقرير الشّرط غير العادل

يُفضي الشّرط غير العادل[349] إلى اكتساء العلاقة العقديّة بمظهر عدم التّعادل والتّوازن في الأداء[350]، بحيث يؤدّي تطبيق هذا الشّرط إلى حرمان المدين من جـوهر التزامه الأساسي في العقد[351]، مما يسفر عن ظهور مشكلة اختلال توازن العقد[352]، الّتي تستدعي تدخُّل المشرّع لتقرير حماية لمركز الطّرف الضّعيف في مواجهة أثر هذا الشّرط، ومحاولاً تدارك اضطراب مراكز المتعاقدين في أثناء قِيام العلاقة العقديّة[353].

---

(347) - **محمد محمد سادات مرزوق**، "الشُّروط التعاقديّة غير العادلة: دراسة مقارنة"، مجلّة البحوث القانونيّة والاقتصاديّة، مجلّد 4، عدد 56، 2014، ص. 840.

(348) - **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، التّسلط الاقتصادي وأثره على التّوازن العقدي، مرجع سابق، ص. 16.

(349) - يعبر عن الشُّروط غير العادلة تلك الشُّروط الّتي تتسبب في اختلال توازن الأداءات العقديّة، سواء ورد تضمِينها في عقود الإذعان أو عقود المساومة، راجع في ذلك: **محمد محمد سادات مرزوق**، مرجع سابق، ص. 840.

(350) - **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، التّسلط الاقتصادي وأثره على التّوازن العقدي، مرجع سابق، ص. 42.

(351) - يشار في هذا الصدد، أن إدراج الشّرط غير العادل، المفضي إلى تحديد المسؤوليّة يكون مجحفًا في حق الطّرف الضّعيف، إذ أدى إلى حرمان المدين من جوهر التزامه الأساسي، مما يفهم بمفهوم المخالفة، أن الشّرط غير العادل إذا تعارض تطبيقه مع باقي أو إحدى الشُّروط العقديّة الأخرى العادية، فإن هذا الشّرط لا يكيف إجحافًا في حق الطّرف الضّعيف، إنّما يكون جائزًا تضمِينه في العقد.

(352) - **محمد محمد سادات مرزوق**، مرجع سابق، ص. 840.

(353) - **LARROUMET Christian**, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D*, N° 19, 1997, p. 145.

يجد مثل هذا الشَّرط الَّذي يتعارض مع جوهر الالتزام الأساسي للمدين، مجال تطبيقه من ناحيـة الممارسة القضـائيَّة، بشـكل خـاص في طـائفـة شروط تحـديد أو الإعفـاء من المسؤوليَّة[354]، الَّتي يتأسَّس عليها الطَّرف القوي قصد التَّهرُّب من تنفيذها لمصلحة الدَّائن، مع التَّنبيه أنَّ هذا الحكم قد تأصَّل ضمن سابقة قضائيَّة في فرنسا، طُرحت بصدد القضيَّة المعروفة باسم **(chronopost)**[355] لعام 1996 المتعلِّقة بالالتزامات الَّتي تتعارض مع الالتزام الرّئيسي للمدين.

تتلخَّص وقائع هذه القضيَّة، في وجود شركة **(chronopost)** متخصِّصة في النَّقل السَّريع عهدت بتسليم البريد من شركة **(banchereau)** خلال مدَّة زمنيَّة معيَّنة، إلَّا أنَّ شركة **(Chronopost)** لم تلتزم بتنفيذ التزامها في المواعيد المحدَّدة في العقد، الوضع الَّذي دفع شركة **(Banchereau)** إلى رفع دعوى قضائيَّة مطالبة شركة **(Chronopost)** بالتَّعويض عن الأضرار الَّتي لحقت بها، جرَّاء هذا التَّأخير في التَّنفيذ.

أُستند في رفض طلب شركة **(Banchereau)** في التَّعويض عن الضَّرر، على الشَّرط الوارد في العقد، الَّذي يقضي بتحديد مسؤوليَّة شركة **(Chronopost)** في التَّعويض عن التَّأخير في تنفيذ التزامها الأساسي، بحكم أنَّ عدم احترام شركة **(Chronopost)** لالتزامها الأساسي، لا يمكن تكييفه على أنَّها ارتكبت خطأ جسيمًا.

إرتأت محكمة النَّقض الفرنسيَّة إلى إلغاء هذا الحكم، تأسيسًا على أنَّ شركة **(Chronopost)** باعتبارها متخصصة في النَّقل السَّريع تضمن موثوقيَّة وسرعة خدمتها، فقد تعهَّدت بتسليم البريد خلال مدَّة زمنيَّة محدَّدة، وبسبب عدم الوفاء بهذا الالتزام الأساسي كان الشَّرط الَّذي يحد من المسؤوليَّة، والَّذي يتعارض مع نطاق الالتزام الرِّئيسي المتعهَّد به، **يعد كأنَّه غير مكتوب في العقد**[356].

---

(354) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 11. « *L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n o 93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur :*
le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à ***s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité*** *(…)* ».

(355) - **SERIAUX Alain**, « L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », *D*, N° 10, 1997, p. 121.

(356) - **Cass. Com.,** 22 october 1996, N° 93-18.632, Bull. Civ. N° 8, 1996, p. 223. « (…) *Attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris,* ***devait être réputée non écrite****, la cour d'appel a violé le texte susvisé (…)* ».

ب.عموميّة الشّرط غير العادل

اعتمدت صياغة **المادّة 1170** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود الفرنسي، في تحديد طبيعة الشّرط غير العادل، على وصف العموميّة، الّتي بفضلها يظهر أنّ تطبيق هذا الشّرط لا يقتصر على طائفة محدّدة من الشّروط، إنّما تشمل كافة الشّروط الّتي من شأنها أن تتعارض مع جوهر الالتزام الرّئيسي في العقد؛ ليكون التّكريس التّشريعي للنّطاق الّذي يشملها الشّرط غير العادل متجاوزًا حد الممارسة القضائيّة في فرنسا، الّتي اقتصرت حكم هذا الشّرط –كما هو مشار إليه أعلاه- على شروط التّحديد والإعفاء من المسؤوليّة[357].

شمل الغطاء الحمائي المقرّر في **المادّة 1170** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود كل الشّروط التعاقديّة الّتي يؤدّي تنفيذها إلى تجريد الالتزام الأساسي في العقد من قيمته، ممّا وسّع تطبيق هذا الحكم القانوني من نطاق سرد مثل هذه الشّروط المجحفة في كافّة العقود دون تقصير على بعضها كحال الشّروط التّعسّفيّة، والّذي نتج بشأن حكمها المقرّر في **المادّة 1171**[358] من إصلاح قانون العقود تضييق دائرة الغطاء الحمائي ومنعها من التّوسع لتشمل كافّة العقود، بل اكتفت بطائفة عقود الإذعان.

يُحسب للموقف التّشـريعي المتبنى في **المادّة 1170** –المذكورة سـلفًا- من إصلاح قانون العقود، أنّه وفـق في توسـيع دائرة الشّـروط غير العـادلة، حتّى تتمكـن من إيصـال الغـطاء الحمـائي إلى نطـاق أوسع؛ لتشمل عقود يمكن أن تُفلت من قبضة الشّروط العقديّة ذات الطابع التّعسّفي – على سبيل المثال-، إلّا أنّها بذات الوقت تمثـل انتهاك صارخا بمبدأ العدالة العقديّة، الّذي يجب تداركها دائما في العلاقة العقديّة من أجل ضمان الموازنة بين مراكز المتعاقدين.

ثانيا: علاج اختلال توازن العقد

يتـخلّل –في بعـض الأحيـان- العـلاقة العـقديّة بعـض الشّروط الّتي تنال من التّوازن العقدي، المقرّر كفالته قانونًا حرصًا على ضمان ميزان عادل يجمع بين أداءات المتعاقدين، وهذا كلّه

(357) - **LARROUMET Christian**, *op.cit.*, p. 145.
(358) - Voir article 1171 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

تحقيقًا لمبدأ العدالة العقديّة؛ لذلك وجب مكافحة مثل هذه الشُّروط المضطربة إثر تضمِينها بين الشُّروط التعاقديّة سواء أكانت تعسُّفيّة **(1)** أو غير عادلة **(2)**.

1.مكافحة الشَّرط العقدي التعسفي

يُفيد إيراد الشَّرط التَّعسُّفي ضمن الشُّروط التعاقديّة، اختلال توازن العقد، فمثل هذا الشَّرط المضطرب من ميزان التَّوقُّعات التعاقديّة، تصدَّت له كثير من تشريعات بمعالجة قانونيّة[359]، تجلَّت في اتّخاذ أساليب مكافحة مختلفة، فمنها من اعترفت للقاضي بفضل هذا الشَّرط بمكنة مراجعة العقد تعديلاً من الطَّابع التَّعسُّفي **(أ)** ومنها من تجاهلت كليّة الاعتراف بوجوده كشرط وارد في العقد **(ب)**.

أ. تعديل القاضي للشَّرط التَّعسُّفي

تصدَّت قواعد النَّظريّة العامَّة للعقد لمشكلة تضمِين العقد لشروط تعسُّفيّة مجحفة[360] في حق الطَّرف الضَّعيف، بأنّ أقرت في **المادَّة 110**[361] من القانون المدني الجزائري، أنَّه يجوز للقاضي[362] إعمالا لسلطته التَّقديريّة، المتوافقة مع متطلبات تقرير مبدأ العدالة العقديّة بين المتعاقدين، التَّدخُّل في المضمون العقدي حال ترصده لشروط تعسُّفيّة، قصد بسط رقابته[363] على عدالة هذه الشُّروط المضطربة من توازن العلاقة العقديّة[364].

قيدت **المادَّة 110** –المذكورة سلفًا- من القانون المدني تدخُّل القاضي في طائفة عقود الإذعـــان[365] المصحوبة بشروط ذات طابع تعسُّفي، بضرورة تقدير كيفيّة مراجعتها[366] إما

---

(359) - **الروازق فراس جبار كريم**، مرجع سابق، ص. 123.

(360) - **PEGLION-ZIKA Claire-Marie**, *op.cit.*, p. 125 et s.

(361) - أنظر المادَّة 110 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني.

(362) - **حسن عبد الباسط جميعي**، مرجع سابق، ص. 155.

(363) - **PEGLION-ZIKA Claire-Marie**, *op.cit.*, p. 187 et s.

(364) - وفقا لمقتضيات المادَّة 110 من القانون المدني، يجوز للقاضي أن يتدخَّل في طائفة عقود الإذعان المتضمنة لشروط تعسُّفيّة قصد التَّصدي لها ومراجعتها، تمهيدا لعدالة الطَّرف الضَّعيف، هذا ويجوز له أن يكشف عن الطَّابع التَّعسُّفي في العقد من تلقاء نفسه، حفاظًا على قيمة العقد، وتقريرا لمبدأ العدالة العقديّة.

(365) - بتقييم آليّة مراجعة القاضي للشُّروط التَّعسُّفية، يلتمس من هذا الحل العلاجي، أنَّه لا يسري على كافة العقود، إنما حصرها المشرّع في **المادَّة 110** من القانون المدني، في حدود طائفة الإذعان، مما يدفعنا هذا الوضع –من وجهة نظرنا- إلى تفضيل استحداث نص=

معدّلا إياها على نحو تصبح هذه الشُّروط عادلة في حق كلا الطرفين لاسيَّما الطَّرف الضَّعيف، أو معفيا كليَّة الطَّرف المذعِن من أدائها، مما يقترب هذا الحكم العلاجي، من الحل المقترح من قِبل المشرّع الفرنسي عندما قضى أن الشّرط التَّعسُّفي الوارد في العقد يعد كأنه غير مكتوب[367]، أي تُبْطَل الشُّروط[368] دون أن تؤدي إلى بطلان العقد كليَّة، مما يؤكد أن المشرّع بموقفه هذا، إنَّما يضطلع على وجود الشَّرط بالتَّجاهل والإغفال، ويسهر على تنفيذ باقي الشُّروط المترجمة للإرادة المشتركة للمتعاقدين، نزولا عند الرغبة في تقديس التَّوقُّعات التعاقدية العادلة.

ب. اعتبار الشَّرط التَّعسُّفي كأنه لم يكن

تخلّلت **المادَّة 1171**[369] –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود الفرنسي، حماية لمركز الطَّرف الضَّعيف تُجاه الشُّروط التَّعسُّفية، بحيث تُقرر الاستفادة من الوجه الحمائي، من خلال تمكِين القاضي أثناء ترصده لمثل هذه الشُّروط في العقد، أن يعتبرها كأنَّها لم تكن[370]، أي غير مكتوبة أصلا ضمن الشروط التعاقديَّة الواردة في العقد، بهذا يكون المشرّع قد حافظ على قيمة العقد، لا سيما تقديره للمصلحة الشَّخصيَّة للطَّرف الضَّعيف، وقام بهدر كل شروط من شأنها أنَّ تثير اختلال بتوازن الالتزامات التعاقديَّة بين طرفي العلاقة العقديَّة[371].

يُقتصد من الموقف التَّشريعي المتضمن في **المادَّة 1171** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، أنَّها لم تمنح القاضي مكنة التَّدخُّل في العقد لمراجعة الشَّرط التَّعسُّفي[372]، إنَّما تغاضى المشرّع عن تبني مثل هذا الحل، وأسَّس بعدالة عقديَّة مباشرة تقضي[373] باعتبار الشَّرط التَّعسُّفي غير مكتوب في العقد[374]، ليتمّ –بهذا- غل يد القاضي عن التدخُّل في البنود

= قانوني يتصدَّى لكل الشُّروط غير العادلة الَّتي يمكن تضمِينها في العلاقة العقديَّة، ومن شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، وبالتَّبعية المساس بعدالة المتعاقدين، دون تقصيرها على طبيعة عقود معيَّنة.

(366) - **أيمن سعيد سليم**، مرجع سابق، ص. 115.

(367) - **DOUCHE DOYETTE Nathalie**, *op.cit.*, p. 184.

(368) - **أيمن سعيد سليم**، مرجع سابق، ص. 115.

(369) - Article 1171 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que: « *(...) un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite (...)* ».

(370) - **DOUCHE DOYETTE Nathalie**, *op.cit.*, p. 184 et s.

(371) - Ibid., p. 175 et s.

(372) - **BARBIER Hugo**, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ.*, N° 2, 2016, p. 247.

(373) - **أبو بكر حسان منى**، مرجع سابق، ص. 120.

(374) - **LASBORDES Victoire**, *op.cit.*, pp. 557-558.

التّعسُّفية، لأجل فرض إرادته من خلال تعديلها، وتفاديا لإمكانيّة تجرأ القاضي بموجب هذه السلطة على فرض ما يغاير التّوقُّعات التعاقديّة على طرفي العمليّة التعاقديّة.

2. علاج الشّرط غير العادل

أقرّت **المادّة 1170**[375] -سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود الفرنسي حكم قانوني قضى بضرورة حظر أي شرط من شأن إيراده في العقد، أن يؤدي إلى حرمان المدين من التزام أساسي من جوهره، فيعد هذا الشّرط في نظر القانون كأنّه لم يكن، أي غير مكتوب، مما يعرضه إلى الإلغاء ضمن قائمة الشُّروط التعاقديّة الواردة في العقد، ويعطي حماية أكثر لمركز الطّرف الضّعيف –المدين- في العلاقة العقديّة.

احتوت **المادّة 1170** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، نية المشرّع في تفعيل مبدأ العدالة العقديّة، بأن أقر مبدأ حمائي تمثل في تجريد كل شرط من قوّته الإلزاميّة، متى كان يقف في وجه ثبات مبدأ العدالة العقديّة[376]، وينال من التّوازن العقدي؛ ليكون المشرّع بموقفه الحمائي لمركز الطّرف الضّعيف، قد عزّز من فعاليّة العدالة العقديّة في مقابل التّخفيف[377] من حدّة التّوقُّعات التعاقديّة المستندة إلى استقلاليّة الإرادة الحرّة للمتعاقدين.

---

(375) - Article 1170 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que: « *(...)* ***est réputée non écrite*** ».

(376) - **محمد محمد سادات مرزوق**، مرجع سابق، ص. 845.

(377) - المرجع نفسه، ص. 847.

المبحث الثّاني

اضمحلال المصلحة العامّة في ركائز العمليّة التعاقديّة

جذب اكتساء العمليّة التعاقديّة بغطاء النِّظام العام، عن انقلاب في عدسات النظريّة العامّة للعقد، فبعدما كانت تنصب مجال اهتمامها على تحقيق المصلحة الشّخصيّة للطّرف المتعاقد تقديسًا لاستقلاليّة إرادته، أصبحت بفضل غزو فكرة النِّظام العام بقواعد ناطقة للعقد، تتّجه نحو تجسيد المصلحة العامّة[378]، الّتي في اضمحلالها على ركائز ومبادئ العمليّة التعاقديّة، دفعها إلى الدخول في دائرة التّهديد بزعزعة مكانتها الرياديّة إزاء العقد.

اهتز مبدأ حريّة التّعاقد عند تصادمه مع توجهات فكرة النِّظام العام، الّتي فرضت عليه التراجع تدريجيًا تحت طائلة التّقييد، بغية تأطير حدود الممارسة المستقلّة، تحقيقًا منها للمصلحة العامّة، فكان لهذا الوضع أن نبأ عن بداية تقليص حركيّة مبدأ حريّة التّعاقد؛ لتعرف في ظل تبلور فكرة النِّظام العام، تقهقر المبدأ في مقابل تجاوبه لهدف تحقيق المصلحة العامّة، قصد الحفاظ على استقرار المعاملة العقديّة **(المطلب الأوّل)**.

تضرّر مبدأ القوّة الملزمة للعقد عند مصادفته بتعليمات فكرة النِّظام العام، الّذي فرضت عليه التّخفيف من صرامة قاعدة **"حرمة العقد"** لسماح بتجديد مفهوم الإلزاميّة العقديّة، على النحو الّذي تستجيب للتّطوّرات المعاصرة لنظريّة العقد، وهذا كلّه حتّى يتمّ تحقيق المصلحة العامّة، ومحاولة القضاء على أنانيّة الطّرف المتعاقد الّذي قد يعتكف عليها لفرض اضطراب بالعلاقة العقديّة **(المطلب الثّاني)**.

المطلب الأوّل

التّضحية بقداسة الحريّة التعاقديّة: في مقابل رعاية المصلحة العامّة

عرف مبدأ الحريّة التعاقديّة تقديسًا من دوره إزاء العلاقة العقديّة، غير أن هذه المبالغة في التعبُّد لمبدأ الحريّة، لم يدم طويلاً، إذ سرعان ما اقتحمت محيط العلاقات العقديّة، جملة

(378) - **Mekki Mustapha**, *L'intérêt général et le contrat: contribution a une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, op.cit.*, p. 21 et s.

متغيّرات، كسرت كل المفاهيم الكلاسيكيّة المنظّمة للعقد، وفرضت نمطاً جديدًا، يسهر على دعم المصلحة العامّة، وفي سبيل النُّطق بقُدسية هذه المصلحة، بدا لزامًا التّضحية بسلطان الحريّة التعاقديّة في مقابل تكريس مصلحة المتعاقدين معًا.

برزت فكرة النِّظام العام كأحد القيود الواردة على الممارسة المستقلّة لمبدأ حرية التّعاقد، الّتي سعت إلى تقليص من الحريّة لصالح ضمان المصلحة العامّة، وهذا كلُّه تحقيقًا لفعاليّة العقد، وتعزيزًا لا سيّما لمبدأ العدالة العقديّة؛ لذا من أجل أداء النِّظام العام وظيفته الجديدة بذوق التّقييد، عرف –هو الأخر- تبلورًا **(الفرع الأوّل)** متجهًا نحو الوصول إلى التّقليص من الممارسة الحرّة للإرادة التعاقديّة **(الفرع الثّاني)**.

الفرع الأوّل

تبلور فكرة النِّظام العام تحت واقع التّقييد

جسد النِّظام العام دور الحارس للسلام الاجتماعي، بحيث يقوم على فكرة المصلحة العامّة وهدف تعزيز العدالة العقديّة[379]؛ لذا توجهت فكرة النِّظام العام إثر غزوها لقواعد النظريّة العامّة للعقد، إلى ضمان تحقيق المصلحة العامّة، بعد النقلة النوعيّة الّتي راودت مسار النِّظام العام تحت واقع التبلور، ما أدى به الوضع إلى الخروج من نظام كلاسيكي **(أوّلاً)** والدخول في نظام معاصر مواكب للتّوجهات الحديثة للعقد **(ثانيًا)**.

أوّلاً: النِّظام العام: مفهوم مرن يتّسم بصعوبة الضّبط

أطل النِّظام العام[380] –لأول مرة- بطابعه التّقليدي، وغايته الفلسفية في حماية الحريّة الفرديّة، وتقديس المصلحة الشّخصيّة للمتعاقد؛ لذا أُفرغت هذه الفكرة في قالب مفاهيمي كلاسيكي، جعلها تتميز بمفهومها التّقليدي **(1)** الممزوج بصعوبة الضّبط والفرز في قالب محدد المعالم **(2)**.

---

(379) - **VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline**, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Arch. phil. Droit, T 58, Dalloz, 2015, p. 217.

(380) - **عيساوي عز الدين**، "البحث عن نظام للنِّظام العام"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول "التّحول في فكرة النِّظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامّة"، المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة بجاية، منشور في المجلّة الأكاديميّة للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص. 375.

1. النِّظام العام: مفهوم تقليدي

نال مفـهوم النِّظام العـام[381] (**ordre public**) تلك الفكرة المقدَّسة في كافة الأنـظمة القـانونيَّة، باعتبار أنَّها تسهر على الدافع عن المصلحة العامَّة[382] وتنـادي باستمرار بالانحياز إليها تحسُّبًـا لمركز الطَّرف الضَّعيف[383] في العلاقة العقديَّة، فكانت فكرة إدماج معطياتها في قالب قانوني، حتميَّة فرضت ضرورة طرحها على السَّاحة القانونيَّة، فرحَّبت بها كافَّة تشريعات الدُّول – سواء على الصَّعيد الوطني أو الدَّولي- وعملت على اكتساء فكرة النِّظام العام بالغطاء القانوني.

أدخل المشرّع الجزائري معطيات فكرة النِّظام العام في المجال العقدي[384] عندما تعرَّض إلى تنظيم النَّظريَّة العامَّة للعقد، حيث اعتمدها كقيد وارد على الحريَّة التعاقديَّة، مقتصرًا بوادر تطبيقها على محل[385] وسبب[386] العقد، اللَّذين اشترطا فيهما المشرّع عدم ورود أي تحـديد بشأنهما يخالف قواعد النِّظام العام؛ ليكون المشرّع –بذلك- قد سار على نهج المشرّع المصري[387]، الَّذي صمَّم على وضع فكرة النِّظام العام في حدود أركان العقد.

استهلَّ المشرّع الفرنسي مدخل أحكام القانون المدني، بتكريسه لفكرة النِّظام العام ضمن المادَّة 6 من هذا القانون –سبق ذكرها-، معتبر إيَّاها دعـامة قانونيَّة ترفـض انتهاكها بأيّ شكل من

---

(381) - **CORNU Gérard**, *op.cit.*, p. 230. « *Au sein d'un ordre juridique, termes servant à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière ex. loi ou disposition d'ordre public) et par extension à désigner l'ensemble des règles qui présentent ce caractère ; (...)* ».

(382) - **عيساوي عز الدين**، مرجع سابق، ص. 374.

(383) - **محمد حسين عبد العال**، مفهوم الطَّرف الضَّعيف في الرابطة العقديَّة: دراسة تحليليَّة مقارنة، دار النَّهضة العربيَّة، القاهرة، 2007، ص. 72.

(384) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 96.

(385) - تنص المادَّة 93 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني، على أنَّه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته او مخالف للنِّظام العام أو الآداب العامَّة كان باطلا بطلانًا مطلقًا".

(386) - تنص المادَّة 79 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني، على أنَّه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنِّظام العام او للآداب كان العقد باطلاً".

(387) - تنص المادَّة 135 من القانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن إصدار القانون المدني المصري، صادر بتاريخ 29 يوليو 1948، متوفر في موقع: https://manshurat.org/node/72413 تمّ الاطلاع عليه: 2024/01/01، على أنَّه: "إذا كان **محل الالتزام مخالفًا للنِّظام العام أو الآداب** كان باطلا".

كما نصت المادَّة 136 من القانون رقم 131، يتضمن إصدار القانون المدني المصري، على أنَّه: "(...) أو كان **سببه مخالفًا للنِّظام العام أو الآداب**، كان العقد باطلا".

الأشكال، هذا وأوردها المشرّع بصريح عبارات **المادّة 1102**[388] -سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، كأحد القيود الواردة على مبدأ الحريّة التعاقديّة، وليس هذا فحسب، إنّما يرجع المشرّع إلى تأكيد هذه الفكرة في كلِّ مرّة يتطرّق فيه إلى تنظيم المجال العقدي[389].

2.صعوبة الاتِّفاق على مفهوم محدَّد لفكرة النِّظام العام

يحمل النِّظام العام ضمن طيَّاته أزمة مفاهيميَّة، جعلت عقول الفقه في حيرة من كثرة التَّساؤلات الّتي تُثار دائمًا بخصوص مدلوله وعن كيفيَّة تجميع كل زوايا هذه الفكرة لصياغتها في قالب موحَّد شامل ومانع[390]، الوضع الَّذي كشف عن الصُّعوبة الَّتي طرحتها فكرة النِّظام العام[391] على طاولة النِّقاش الفقهي فيما يتعلَّق بمسألة تحديد المفهوم الَّذي تُعبِّر عنه.

سعى العديد من الباحثين إلى طرح أوصاف للنِّظام العام، محاولين بذلك الكشف عن الوجه الغامض لهذه الفكرة، فعبَّر الفقيه **"PILON"**[392] بأنَّ البحث عن تعريف للنِّظام العام شبيه بالمغامرة على رمال متحرِّكة، كما وصفه الفقيه **"ALGLAVE"**[393] كالسَّير على طريق تكثر عليه الأشواك، بينما عبر عنه الأستاذ **"Yves LEQUTTE"** بأنَّه يمثل تلك الصخرة الَّتي يقوم عليها المجتمع[394]؛ لتُدل كل هذه الأوصاف الفقهيَّة الَّتي أُطلقت على فكرة النِّظام العام مدى تعدُّد المحاولات الَّتي ظلَّت طريق الوصول إلى نفق الخروج بمعالم مفاهيميَّة للنِّظام العام.

---

(388) - Article 1102 de **l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(...) La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles* ***qui intéressent l'ordre public*** ».

(389) - أشار المشرّع الفرنسي إلى فكرة النظام العام كأحد القيود الواردة على الحريَّة التعاقديَّة من حيث المضمون العقدي حيث تطرقت **المادّة 1162** من إصلاح قانون العقود إلى تبيان ذلك.

(390) - **CARBONNIER Jean**, *op.cit.*, p. 2037.

(391) - **بلميهوب عبد الناصر**، "النِّظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغيّر ومتطور"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول "التَّحول في فكرة النِّظام العام: من النِّظام العام إلى الأنظمة العامَّة"، المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كليَّة الحقوق والعلوم السياسيَّة، جامعة بجاية، منشور في المجلَّة الأكاديميَّة للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص. 380.

(392) - **MALAURIE Philippe**, Les contrats contraires à l'ordre public : étude de droit civil comparée – France, Angleterre, URSS-, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat, université de Paris, 1951, p. 2.

(393) - **WERY Patrick,** *Droit des obligations: V. I, théorie générale des contrats*, éd. Larcier, Bruxelles, 2010, p. 278.

(394) - **LEQUETTE Yves**, « ouverture », in colloque sur « les mutations de l'ordre public contractuel », Paris, 9 mai 2011, *R.D.C.*, N°1, 2012, p. 262.

غير أنَّ التَّعريف الَّذي يمكن الميل إليه لتقريب مفهوم النِّظام العام، هو ذات التعريف الَّذي سبق للفقيه هنري كابيتان **"Henri CAPITANT"** أن تطرق إليه في كتابة[395]، حيث عبر عن فكرة النِّظام العام، بأنه عبارة عن نظام الدولة الَّذي تعتمد عليه قصد تنظيم المؤسسات، ومختلف القواعد الَّتي تسير عليها، وهو نفس التعريف –تقريبا- المقدم من طرف الأستاذ فيليب مالوري **(MALAURIE Philippe)** [396].

ثانيًا: النِّظام العام: مفهوم متجدِّد بانعكاسات مزدوجة

أمام قصور النّظام العام التَّقليدي[397] العاجز عن تحقيق متطلَّبات العدالة العقديَّة[398] باعتبارها أحد المبـادئ الَّتي تتَّزن بها العلاقـات العقديَّة، لوج في الأفق فــرع آخر منافس لهذا النّظام التَّقليـدي، أُصـطلح على تسميته بالنّظـام العـام الاقتصادي **(ordre public économique)**، الَّذي يعدُّ من المفاهيم الحديثة المؤثرة على قداسة الحريَّة التعاقديَّة[399] والمساومة لمكانتها، نزولاً عند تحقيق هدف المصلحة العامَّة[400]؛ فمن أجل التعمق في الجوانب الحداثية الَّتي يُعبر عنها هذا الشَّكل الجديد من النّظام العام، وجب تحديد مضمونه **(1)** وكذا ضبط توجهاته على مسار العقد **(2)**.

1. النِّظام العام الاقتصادي: شكل جديد

عبر الفقيه جورج ريبير **"Ripert"** الَّذي يعدُّ من أوائل الدَّارسين لفرع النّظام العام الاقتصادي بأنَّه النّظام الَّذي لا يكتفي بمجرد تحديد ما يجب على الأفراد الامتناع عنه[401]، إنَّما

---

[395] - L'ordre public se définit comme étant : **«** l'ordre dans l'état, c'est-à-dire, l'arrangement des institutions, l'organisation des règles indispensables à l'exercice et au fonctionnement de l'état **», cité par : CAPITANT Henri,** Introduction à l'étude du droit civil : notions générales, 5ème éd., A.PEDONE éditions, Paris, 1929, p. 61.

[396] - **MALAURIE Philippe**, *op.cit.*, p. 445.

[397] - يحتوي النِّظام العام التَّقليدي على مفاهيم سلبيَّة تبتعد عن تكريس هدف المصلحة العامَّة؛ لتقترب أكثر من هدف تسطير الحريَّة الفرديَّة وتقرير حماية للمصلحة الشَّخصيَّة، وهذا من خلال الحرص على حظر بعض التَّصرفات الَّتي لا يمكن للمتعاقد القيام بها فقط، بمعنى أنَّ النِّظام العام التَّقليدي يرتكز على تغليب الجانب الاستقلالي والفردي للإرادة التعاقديَّة.

[398] - **بلميهوب عبد الناصر**، مرجع سابق، ص. 383.

[399] - **DJERBOUA Mounira**, **«** The impact of the evolution of the public order concept on the contract **»**, *Algerian Journal of Legal and Political Sciences*, Vol 60, N° 3, 2023, p. 130.

[400] - **بلميهوب عبد الناصر**، مرجع سابق، ص. 383.

[401] - **RIPERT Georges**, **«** L'ordre économique et la liberté contractuelle **»**, *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, T2 (les sources générales des systèmes juridiques actuels), recueil sirey, Paris, 1934, 384 et s.

لابد من تبيان أيضًا ما يجب القيام به[402]، بهذا استطاع النّظام العام الاقتصادي أن يملي على الأفراد ما يجب القيام به[403] تحقيقًا للأهداف الّتي وجد من أجلها، ولا يتوقف عند مجرّد الاكتفاء بالمنع تحت طائلة إلزاميّة الاحترام من قِبل أفراد المجتمع.

يرتكز النّظام العام الاقتصادي على جوهر التّنظيم[404]؛ ليمثل هذا الفرع من النّظام أحد منافسي النّظام العام التّقليدي، الّذي كان يُعهد له وظيفة كلاسيكية تنحصر في مظلة المنع من التّعاقد بحثًا عن تسطير غطاء حمائي يلتف حول الحريّة الفرديّة[405]؛ ليخالف –بهذا- معطيات النّظام العام الاقتصادي الّذي يتذرع به قصد تبرير القيود[406] الواردة على الحريّة التعاقديّة، ويبحث عن حماية للمصلحة العامّة[407].

2.توجُّهات النِّظام العام الاقتصادي

خلف النِّظام العام الاقتصادي[408] توجُّهات مختلفة على مسار العقد، بسبب ما عرفته استقلاليّة الإرادة من تجاوزات تعسُّفية[409]، فأدى الوضع إلى بناء نظام عام جديد بوظائف متجدّدة[410] تتماشى والأهداف المسطرة من قِبل هذا الفرع من النِّظام، والمتعلقة إما بتوجيه العقد **(أ)** أو ضرورة مناصرته لمركز الطَّرف الضَّعيف **(ب)**.

---

(402) - **فيلالي علي**، مرجع سابق، ص. 288.

(403) - **RIPERT Georges**, *op.cit.*, p. 348.

(404) - **VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline**, *op.cit.*, p. 217.

(405) - **فاضل خديجة**، مرجع سابق، ص. 21.

(406) - **VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline**, *op.cit.*, p. 217.

(407) - **فاضل خديجة**، مرجع سابق، ص. 22.

(408) - **Mekki Mustapha**, *L'intérêt général et le contrat: contribution a une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op.cit.*, p. 15 et s.

(409) - **LEMOULAND Jean-Jacques; PIETTE Gaël; HAUSER Jean, «** Ordre public et bonnes mœurs **»**, *Rép. Civ.*, Février 2019, (actualisation: Juin 2023), p. 47.

(410) - يلتمس تقسيم فرع النِّظام العام الاقتصادي إلى نوعيه التّوجيهي والحمائي بشكل واضح في نصوص القانون المدني الكيبيك:

Article 1417 du **Code civil du Québec**, in : https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/ccq-1991, consulté le : 06/01/2024. dispose que : **«** *La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général* **»**.

Article 1419 du **Code civil du Québec**, dispose que : **«** *La nullité d'un contrat est relative lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers; il en est ainsi lorsque le consentement des parties ou de l'une d'elles est vicié* **»**.

أ. النّظام العام التّوجيهي

تكفل النِّظام العام التّوجيهي[411] (**ordre public de direction**) على إيجاد تقنيّة تمكنه من اكتساء العلاقات العقديّة بتاج العدالة العقديّة[412]، وفي سبيل تكريس هذه الغاية الّتي يضطلع بها هذا الفرع من النِّظام العام إلى بلوغها، فُتح المجال أمام الدولة[413] للتّدخل في الحياة الاقتصاديّة موجهة لمعاملاتها كحال، تكفلها بسياسة الأسعار[414]؛ لهذا أصطلح على هذا الفرع من النِّظام بـ **"النِّظام العام للعلاقات الاقتصاديّة"**[415].

أحدث النِّظام العام التّوجيهي تأثير مساوم على ممارسة مبدأ الحريّة التعاقديّة[416]، والّذي كان سبب في انكماشها من أجل تحقيق العدالة العقديّة، نظرا لأن المشرّع حاول بفضل توجيهات هذا النِّظام تحقيق الانسجام بين حماية الحقوق الفرديّة للأطراف المتعاقدة من جهة، وضمان المصلحة العامّة[417] من جهة أخرى، وكل ذلك جاء تقريرًا لمبدأ الموازنة بين كلا المصلحتين حتّى تضمن توازن العلاقة العقديّة.

ب.النِّظام العام الحمائي

يُعهد للنِّظام العام الحمائي[418] **(ordre public de protection)** مهمة احتضان العلاقة العقديّة الّتي تشهد على مشكلة عدم تكافؤ المراكز[419] بروح العدالة العقديّة[420]، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف المسطر من قِبل هذا الفرع من النِّظام العام، منح للدولة –أيضًا- حق التدخُّل لتوفير حماية لبعض الفئات المستضعفة تعاقديًا، كحال العمال، المستهلكين؛ لذا كان للنِّظام العام ببعده الحمائي فرصة لمكافحة طابع الممارسة التّعسُّفية الّتي بات الطّرف المتعاقد يتضرّر منها في شتّى المجالات.

---

(411) - **CUMYN Michelle**, **«** Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité **»**, *R.J.T.*, N° 1, 2007, p. 17.

(412) - **وصال علي راغب أبو سعده**، مرجع سابق، ص ص. 30-31.

(413) - **فاضل خديجة**، مرجع سابق، ص. 236 وما يليها.

(414) - **LEMOULAND Jean-Jacques; PIETTE Gaël; HAUSER Jean,** *op.cit.,* p. 47.

(415) - Ibid., p. 43.

(416) - **DJERBOUA Mounira**, *op.cit.,* p. 130.

(417) - Ibid., p. 131.

(418) - **CUMYN Michelle**, *op.cit.,* p. 17.

(419) - **عيساوي عز الدين**، مرجع سابق، ص. 375.

(420) - **وصال علي راغب أبو سعده**، مرجع سابق، ص ص. 30-31.

يتدخل النِّظام العام الحمائي لتقرير الحماية لمركز الطَّرف[421] المتعاقد ضحيَّة أي اضطراب يحول على مراكز العلاقة العقديَّة[422]، وهذا قصد إنقاذ الفئة المستضعفة[423] في بعض العقود من جحيم التَّعسُّف والتَّعدي على الممارسة العقلانيَّة للحريَّة ومبدأ استقلاليَّة الإرادة، وكذا من أجل إقامة توازن عادل بين حريَّة الطرف المتعاقد وما يفرضه الطَّرف المقابل له في العملية التعاقديَّة، وبين حماية المصلحة العامَّة، وإرساء مبدأ العدالة العقديَّة[424].

الفرع الثَّاني

التَّقليص من حركيَّة ممارسة الحريَّة التعاقديَّة: إضعاف للإرادة المستقلّة

ينجر عن علو المصلحة العامَّة للعقد تحت واقع تبلور فكرة النِّظام العام، تقييد نطاق ممارسة الحريَّة التعاقديَّة، ممَّا أثَّر بشكل مباشر على دور الحريَّة في دعم الإرادة المستقلَّة لتعبير عن رغبتها في التَّعاقد **(1)** أو حتَّى تمكينها من تحديد مضمونها العقدي بكلِّ استقلاليَّة **(2)**.

أوَّلاً: إدخال تقنيَّة الإجبار على التَّعاقد

تُمثِّل تقنيَّة الإجبار على التَّعاقد تلك الوسيلة التَّشريعيَّة المعتمدة لتثبيت ستار العدالة[425] وتقرير الحماية للطَّرف الضَّعيف، حيث باتت هذه الحماية تتأتَّى عن طريق تدخُّل المشرّع في العقد، بوضع تنظيمات قانونيَّة متفرِّقة، تُلزم الأفراد الَّذين يتواجدون في وضعيَّات تعاقديَّة معيَّنة، بالمبادرة إلى التَّعاقد **(1)**، أو الحدِّ من حريَّتهم في اختيار الطَّرف المتعاقد معه **(2)**.

1. إلزاميَّة التَّعاقد

تحقيقًا لهدف توسيع مظلّة العدالة العقديَّة، تضمَّن القانون الجزائري نماذج تعاقديَّة تكشف عن الوجه الإلزامي للتَّعاقد، وتُترجم الإرادة التَّشريعيَّة المتَّجهة نحو تقييد الحريَّة التعاقديَّة، حيث نذكر

---

(421) - **محمد حسين عبد العال**، مفهوم الطَّرف الضَّعيف في الرابطة العقديَّة: دراسة تحليليَّة مقارنة، مرجع سابق، ص. 52 وما يليها.

(422) - **عيساوي عز الدين**، مرجع سابق، ص. 375.

(423) - **TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves**, *op.cit.*, p. 427.

(424) - **عبد الباسط جاسم محمد**، "تضخُّم المحتوى الإجباري"، مجلة كليَّة القانون للعلوم القانونيَّة والسياسيَّة، مجلَّد 10، عدد 38، 2021، ص. 160 وما يليها.

(425) - **فاضل خديجة**، مرجع سابق، ص. 27.

من بين هذه النّماذج، **التّأمين الإلزامي على السّيّارات**[426]، الّذي ألزم من خلاله المشرّع كلّ شخص يمتلك سيّارة بإبرام عقد تأمين يضمن بموجبه التّعويض عن الأضرار الّتي تسببها المركبة في حق الغير[427] -أي في حق الضّحيّة- الّذي تكفّل المشرّع نظرًا لمركزه الضّعيف بحمايته.

يُثرى مسعى المشرّع الجزائري في تعزيز الحماية الاجتماعيّة، من خلال تقييد مبدأ الحريّة التعاقديّة، بأن أوجب **بإكتتاب عقد تأمين على الأضرار** تحت طائلة الإلزاميّة، على كل شخص – سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا- يمتلك عقارًا أن يؤمنه من الأضرار الناتجة عن آثار الكوارث الطبيعيّة[428].

2. تحديد الطّرف المتعاقد معه

تصطدم إرادة المتعاقد أثناء اختياره للطّرف المراد التّعاقد معه، بإرادة خارجيّة أعلى منه، تُلزمه عبر نصوص قانونيّة، مكرّسة لأهداف المصلحة العامّة، بضرورة التّعاقد مع طرف معيّن **(أ)** أو منعه من رفض التّعاقد مع طرف آخر، سواء سبق تحديده أو يُفترض اختياره من بين مجموعة من الأشخاص **(ب)**.

أ. فرض الطّرف المتعاقد معه

تظهر أهميّة تقييد حريّة المتعاقد في تحديد الطّرف المقابل له في العمليّة التعاقديّة، في محاولة إبعاد قواعد النّظريّة العامّة للعقد عن دائرة التّمييز[429]، التي بتوافرها ضمن العلاقة العقديّة تُمكّن الطّرف القوي من السّيطرة الكاملة على مختلف شؤون العقد، والمبادرة المنفردة بإدارتها، لا سيّما

---

(426) - **أمر رقم 74-15** مؤرّخ في 30 يناير سنة 1974، يتعلق بإلزاميّة التّأمين على السيارات وبنظام التّعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج. عدد 15، صادر بتاريخ 19 فبراير 1974، معدل ومتمّم بالقانون رقم 88-31 مؤرّخ في 19 يوليو 1988، ج.ر.ج.ج. عدد 29، صادر بتاريخ 20 يوليو 1988، معدّل ومتمم.

(427) - تنص المادّة 01 من **الأمر رقم 74-15**، يتعلق بإلزاميّة التّأمين على السيارات وبنظام التّعويض عن الأضرار، على أنّه: "كل مالك مركبة ملزم بالإكتتاب في عقد التّأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير وذلك قبل إطلاقها (...)".

(428) - تنص المادّة 01 من **الأمر رقم 03-12** مؤرّخ في 26 غشت 2003، يتعلق بإلزاميّة التّأمين على الكوارث الطّبيعية وبتعويض الضحايا، ج.ر.ج.ج. عدد 52، صادر بتاريخ 27 غشت 2003، على أنّه: "يتعيّن على كل مالك لملك عقاري مبني يقع في الجزائر، شخصا طبيعيا كان أو معنويا ما عدا الدولة، أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من آثار الكوارث الطبيعية (...)".

(429) - **DREANO Maëlle**, *op.cit.*, p. 10 et s.

منها التَّحكُّم في عمليَّة اختيار الطَّرف المتعاقد معه، الذي يكون أقل منه مركزا، ويسهل معه تحقيق مصلحته الشَّخصيَّة.

احتسابًا للإشكالات[430] التي قد يُثيرها مبدأ التَّمييز[431] في العلاقات العقديَّة، تضمَّن القانون المدني الجـزائـري، مظاهر عـديدة تنـصـب في اتِّجاه واحـد تَمثَل في تحـديد الطَّرف المتعـاقد معه، وفرض إلزاميَّة التَّعاقد مع هذا الأخير[432]، كحال معطيات **المادَّة 795**[433] –على سبيل المثال- من هذا القانون، حيث ألزمت في عقد الشُّفعة بالتَّعـاقد مع الطَّرف الشفيع دون غيره، هذا ولم يتوقَّف مجال التَّقييد ضمن قواعد النَّظريَّة العامَّة للعقد، بل وأكَّده المشـرع –أيضًا- عبر نصـوص تشـريعيَّة خاصَّة، كما هو الحال في إلزاميَّة إبرام عقد التَّأمين مع المؤسَّسات المؤهلة قانونا[434].

ب.حظر رفض التَّعاقد

ترجمة حريَّة رفض التَّعاقد أحد أبرز الأوجه المترجمة للحريَّة التعـاقديَّة، غير أنَّ هذه الحريَّة أثبتت من ناحية الممارسة التعاقديَّة، أنها ســـلاح ذو حـدَّين، قد يـكون صائـب لمواجهة بعض التَّجاوزات، وقد تكون ممارسـته إنَّما جاءت بُغية التَّعسُّف في حقوق الطَّرف الضَّعيف؛ لذا كان التَّوجُّه إلى وضع حظر تشريعي لرفض التَّعاقد[435] أمر لابد من التطلُّع إليه **(ب-1)** والّذي سبق أنّ تمَّ تسليط الضوء القضائي الرَّقابي على الممارسة المشروعة للحريَّة التعاقديَّة **(ب-2)**.

ب-1. التَّقييد التَّشريعي لحريَّة رفض التَّعاقد

تتجه النَّظريَّة العامة للعقد –في الوقت الرَّاهن-، إلى تفادي بروز مبدأ التَّمييز[436] في العلاقات العقديَّة[437]، وتدعيمًا لهذا التَّوجُّه، تمَّ حظر كلِّ تصرُّف يُفهم منه رفض المتعاقد إبرام عقد

---

(430) - لتعمق أكثر في الإشكالات الَّتي يطرحها مبدأ التَّمييز في أثناء قِيام العلاقة العقديَّة، وتأثيرها لا سيَّما على مبدأ الحريَّة التعاقديَّة، الَّذي يُعد من أبرز المبادئ المؤطرة للعقد، راجع ما سبق بيانه من هذه الدراسة.

(431) - **BERTHIAU Denis**, *op.cit.*, p. 58 et s.

(432) - **LEVENEUR Laurent**, *op.cit.*, p. 677 et s.

(433) - أنظر المادَّة 795 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني.

(434) - أنظر المادَّة 5 من **الأمر رقم 74-15**، يتعلق بإلزاميَّة التَّأمين على السيارات وبنظام التَّعويض عن الأضرار.

(435) - **فاضل خديجة**، مرجع سابق، ص. 32.

(436) - **BERTHIAU Denis**, *op.cit.*, p. 58 et s.

(437) - **DRÈANO Maëlle**, *op.cit.*, p. 16.

مع شخص معيَّن[438]؛ ليكون من شأن التَّقييد التَّشريعي للحريَّة، أن يضمن حماية لمركز الطَّرف الضعيف، الذي يكون ضحيَّة لحالة رفض التَّعاقد، لا سيَّما إذا كان مبرِّر الرَّفض غير مؤسِّس عليه قانونًا[439].

تضامن المشرّع الجزائري مع وضعيَّة الطَّرف الضَّعيف، من خلال تدخُّله تحت طائلة منع التَّاجر من رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة معيَّنة معروضة أمام أنظر الجمهور، **دون مبرّر شرعي**[440]، وإن كان المشرّع لم يوضِّح دائرة المبرِّر الشَّرعي الَّتي يعكف القاضي إلى الكشف عنها في العقد، باعتبار أنَّها متروكة لسلطته التَّقديريَّة، في البحث عن مشروعيَّة السَّبب الَّذي بُني على أساسه رفض التَّاجر للتَّعاقد.

بيَّنت عبارة **"المبرِّر الشَّرعي"**، أنَّ المشرّع قد أخضع حريَّة رفض التَّعاقد لرقابة قضائيَّة[441]؛ لأجل ضبط الممارسة التَّمييزيَّة الَّتي قد يُقدِّم عليها المتعاقد أثناء ممارسة حريَّته في رفض التَّعاقد، بحيث إذا تبيَّن للقاضي أنَّ السَّبب مبني على أسس مشروعة، متوافقة مع مقتضيات القانون، كانت ممارسة المتعاقد لحريَّته قانونيَّة، أمَّا إذا تبيَّن للقاضي أنَّ السَّبب غير مشروع، مخالف لقواعد القانون، في هذه الحالة يكون للقاضي فرصة التَّدخُّل لتقرير حماية للطَّرف الضَّعيف، من خلال عدم الأخذ بعين الاعتبار سبب الرَّفض.

ب-2. الرقابة القضائيَّة على تقييد حريَّة رفض التَّعاقد

استهداء بسلسلة الاجتهادات القضائيَّة الَّتي توصَّل إليها القضاء في فرنسا، أكَّدت في مجملها على أنَّ الجانب القضائي لطالما كان مناصرًا لفكرة تقييد حريَّة رفض التَّعاقد، عن طريق فرض رقابته القضائيَّة، تجنُّبًا لوقوع ممارسة تمييزيَّة[442] مجحفة في حق الطَّرف الضَّعيف، حيث يظهر هذا الموقف من خلال قرارين صادرين بمناسبة قضيَّة البلديَّة **(Chaux-la-Lotière)** **(ب-2-1)** وقضيَّة شركة **(Rolex)** **(ب-2-2)**.

---

(438) - **LEVENEUR Laurent**, *op.cit.*, p. 677 et s.

(439) - يقوم مبدأ التَّمييز على اختلاف في المعاملة بناء على أسس محظورة.

(440) - تنص المادَّة 15 من **القانون رقم 04-02**، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجاريَّة، على أنَّه: **"**تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع.

يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرّر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة (...)**"**.

(441) - **LATINA Mathias**, *op.cit.*, p. 104.

(442) - **MESTRE Jacques**, **«** La liberté de choisir son cocontractant (suite) **»**, *RTD Civ.*, N° 2, 1999, p. 381.

ب-2-1. قضيّة البلديّة (Chaux-la-Lotière) وإعلان بيع قطعة أرضيّة

نوّه القضاء الفرنسي في مجمل قراراته القضائيّة، على مناصرة تقييد حـريّة المتعاقد في رفض التّعاقد، تفاديًا لتعسُّف يصل حدَّ الإضرار بمصلحة الطّرف المتعاقد معه، ليأتي موقفه في تأكيد حظر حريّة رفض التّعاقد، ظاهر ضمن ما تناولته قضيّة **(Chaux-la-Lotière)** الّتي تتلخّص وقائعها في قِيام بلديّة بنشر إعلان بيع قطعة أرضيّة، فتقدم الزوجين **"Y"** اللّذان كانا مالكين للعديد من القطع الأرضيّة في تلك البلديّة، بالموافقة[443] على عرض البيع المقترح عن طريق خطاب (رسالة) مؤرخة في 03 أفريل 1993، ورغم ذلك قامت البلديّة باختيار شخص آخر لإتمام معه عمليّة التّعاقد، والّذي جاء قبوله متأخرا عن ردّ الزوجين.

طالب الزوجان **"Y"** أمام القضاء[444] بالتّشكيل النهائي للبيع لمصلحتهما، لكن قضاة المحكمة رفضوا قبول الطّلب، باعتبار أنّ البلديّة قد طرحت عمليّة البيع بهدف تثبت سكان جدد على أراضيها وأنّ هذا الاعتبار على الصفات المطلوبة للتّعاقد كان معروف لدى الزوجين[445] **"Y"** وبقبول البلديّة بيع القطعة الأرضيّة لشخص آخر إنّما جاء استجابة لسياستها في جذب سكان جدد إلى المنطقة.

طُرحت قضية **(Chaux-la-Lotière)** على الغرفة الثالثة التابعة لمحكمة النّقض الفرنسيّة، فتصدت للقرار بالإلغاء، تأسيسًا على أنّه لا يجوز للبلديّة **(Chaux-la-Lotière)** التّهرب من عمليّة إبرام العقد مع أول قبول يصدر من الجمهور ويتطابق مع عرض البيع المعلن عنه[446] من قِبل البلديّة **(Chaux-la-Lotière)**، بغض النّظر عن الأهداف المسطرة من قِبل سياستها، إنّما الغرض يكمن في تطابق القبول مع الإيجاب المعروض، مما يحظر معها ممارسة حريّة رفض التّعاقد، إضرارًا بمصلحة الزوجين.

---

(443) - **MESTRE Jacques**, « La liberté de choisir son cocontractant: une liberté fondamentale mais non absolue », *op.cit.*, p. 80.

(444) - **Cass. Civ**. 3ème, 01 juillet 1998, N° 96-20.605, Bull. Civ. N° 1, 1998, p. 101. « *(...) Attendu que, pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que, si, en principe, l'acceptation de l'offre publique notifiée à la commune par les époux Y... suffisait à la formation du contrat de vente, en l'espèce, la commune avait loti et mis en vente dans le but de fixer sur son territoire de nouveaux habitants et que cette considération sur les qualités requises pour contracter étant connue des époux Y... leur était opposable;*
Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'offre publique de vente ne comportait aucune restriction, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;(...) ».

(445) - **MESTRE Jacques**, « La liberté de choisir son cocontractant: une liberté fondamentale mais non absolue », *op.cit.*, p. 80.

(446) - Ibid., p. 80.

ب-2-2. قضيّة شركة (Rolex) ورفض مواصلة عمليّة البيع

أولى القضاء الفرنسي تقييد حريّة رفض التّعاقد، عناية بالغة، تجلّت في وضع هذه الحريّة تحت مجهر الرقابة القضائيّة منعًا للتعسُّف إضرارًا بمصلحة الطّرف الضّعيف، حيث جاء تأكيد هذا الموقف في إحدى قراراتها القضائيّة، ضمن قضيّة تتلخص وقائعها أن شركة **(l'hemine)** كان لها متجرًا للمجوهرات في مرسيليا، واجهت شركة **(Rolex)** برفضها للبيع، والامتناع عن تسليم منتجات[447]، الوضع الّذي دفع شركة **(l'hemine)** إلى رفع دعوى قضائيّة مطالبة بالتّعويض عن الأضرار اللّاحقة بها جراء ممارسة شركة **(Rolex)** لحريّة رفض البيع، فلقي طلبها القبول من جهة قضاة المحكمة.

أيّد قضاة محكمة الاستئناف الحكم الّذي قضى أن رفض البيع الصّادر عن شركة **(Rolex)** كان تصرف خاطئ وقت حدوثه، مما جعلها تأمر شركة **(Rolex)** بالتّعويض عن رفض البيع غير المبرّر الّذي عارضته، بأنّها لم تكن راغبة في زيادة عدد موزعيها في مرسيليا، هذا ما مكّن محكمة الاستئناف[448] من اعتبار شركة **(Rolex)** مسؤولة عن الضّرر الّذي سببته لها بشكل مباشر من خلال حرمانها من المنفعة.

أشارت الغرفة التجارية الفرنسيّة، أنّ رفض البيع بين المهنين لم يعد يشكل خطأ في حد ذاته **"خطأ مدنيا"**؛ لتكون محكمة الاستئناف بقرارها قد خالفت نصوص القانون، ومن ثمّ فإنّ حريّة رفض البيع الّذي يتقدم بها المهنين، تعد بمثابة ممارسة لحريّة التّعاقد، على أنّ تخضع –في نهاية المطاف- لرقابة قضائيّة، قصد فحصها إذا ما تمت الحريّة في حدود الممارسة العادلة، الخارجة عن دائرة التّجاوز والتّعسُّف[449].

---

(447) - **MESTRE Jacques**, **«** La liberté de choisir son cocontractant (suite) **»**, *op.cit.*, p. 380.

(448) - **Cass. Com**, 26 janvier 1999, N° 97-11.084, Bull. Civ. N° 23, 1999, p. 19. **«** *(...) La cour d'appel a pu estimer que la société Rolex avait engagé sa responsabilité et devait indemniser la société L'Hermine " du préjudice qu'elle lui (avait) directement causé en la privant du bénéfice qu'elle aurait retiré d'une telle concession " ; que le moyen n'est pas fondé ; (...)* **»**.

(449) - **MESTRE Jacques**, **«** La liberté de choisir son cocontractant (suite) **»**, *op.cit.*, p. 381.

ثانيا: تضخُّم المضمون العقدي

زاد التّدخل الخارجي عن العقد في تفاقم ظاهرة تضخُّم المضمون العقدي (**l'hypertrophie du contenu contractuel**)[450]، إذ أصبح يتدخَّل فيه أكثر من طرف، فضلا عن المتعاقدين، ممَّا جعل العقد يتحرَّر من المفهوم المتعبد لاستقلاليَّة الإرادة؛ ليخضع تحت طائلة تقرير العدالة العقديَّة لأكثر من إرادة، سـواء كانت مفروضـة على الإرادة التعـاقديَّة قصد تنظيم المضمون العقدي **(1)** أو تحديد الشكل الواجب استيفاءه في العقد **(2)**.

1.تقييد الإرادة التعاقديَّة عبر مضمون العقد

دعت العلاقة العقديَّة –مؤخَّرا- إلى تزايد الحاجة إلى إرساء مبدأ العدالة العقديَّة بين المتعـاقدين، غير أنَّ هذا المطلب بات يتـحقق بواقعة التدخُّل الخارجي المتكرر في شؤون الـعقد[451]، الَّذي قد يشكل بـذات الوقت أهم التـأثيرات المبـاشرة على مـبدأ الأثر النسـبي للعقد[452]، الَّذي يفضي إلى تراجع دور المبدأ[453]، بسبب كثرة هذه التدخُّلات المتنوعة سواء وقعت من قِبل الجهة القانونيَّة **(أ)** أو حتَّى الجهة القضائيَّة في تنظيم العقد **(ب)**.

أ. مزاحمة الإرادة التعاقديَّة

تسربت إلى المجال العقدي قصد التدخُّل في شؤون العقد، العديد من النُّصوص التَّشريعيَّة الَّتي تترجم في مجملها نيَّة المشرّع في إرسـاء جملة أهـداف، لا سـيما منها تأطير حـماية لمركز الطَّرف الضَّعيف، الَّذي تكاد تنعدم إرادته الحرَّة في بعض الحالات التعاقديَّة المصاحبة لوجود طرف قوي

---

(450) - **عبد الباسط جاسم محمد**، "تضخُّم المحتوى الإجباري"، مرجع سابق، ص. 150 وما يليها.

(451) - **فاضل خديجة**، مرجع سابق، ص. 44 وما يليها.

(452) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 129.

(453) - يُفيد **مبدأ الأثر النسبي** في انحصار آثار العقد فيما بين المتعاقدين (كقاعدة عامة)، أي أن المتعاقدين يلتزمان بالتوقُّعات التعاقديَّة الَّتي ترجمتها الإرادة التعاقديَّة المشتركة، من غير أن تمتدَّ إلى طرف أجنبي، أو حتَّى محاولة هذا الأخير فرض إرادته في المضمون العقدي، غير أن الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد، تتواجه دائما مع معادلة تحقيق مبدأ العدالة العقديَّة، الَّذي يتطلب واقع تكريسه ضرورة تدخل طرف أجنبي إلى جانب المتعاقدين؛ لأجل تدارك عدالة العقد؛ لذا بدا –من وجهة نظرنا- أن إرساء مفهوم العـدالة العقديَّة، من شأنها تغيير مفهوم مبدأ الأثر النسبي الذي يعتبر شؤون العقد شأن المتعاقدين فقط، ليجد نفسه بالتَّأسيس على مبدأ العدالة العقديَّة، يجعل من شؤون العقد شأن طرف ثالث هو القاضي تحقيقًا لأهداف فرضتها التحوُّلات المعاصرة للنظريَّة العامَّة للعقد، راجع في ذلك: **عبد الباسط جاسم محمد**، "تضخُّم المحتوى الإجباري"، مرجع سابق، ص. 153 وما يليها.

مسيطر على شؤون العقد، ممَّا يدفعه الوضع للرُّضوخ في كثير من العقود لمَّا تمليه إرادة الطَّرف القوي المقابل له في العمليَّة التعاقديَّة.

يُلخَص من هذه النُّصوص الحمائية، ما وضعته السلطة التَّنفيذية في سبيل تنظيم -على وجه الخصوص- بعض الشُّروط التعاقديَّة، الَّتي لو تركت لسلطان حريَّة التعاقد، ستؤدي إلى المساس بالدَّائرة الحمائية للطَّرف الضَّعيف –والمتمثلة في طائفة العمال- ضمن علاقات العمل، ومن ثمَّ طرحها لمشكلة عدم التكافؤ في المراكز القانونيَّة؛ لذا نُظمت البنود المتعلقة بتحديد الأجر القاعدي[454] للعامل، وتحديد الساعات الإضافية[455]، ومنها كذلك تحديد الضَّمان الاجتماعي[456]، كل هذا وذاك كان منصبا في هدف حصانة الطَّرف الضَّعيف بروح العدالة العقديَّة.

تحسبًا لتأطير الحماية للطَّرف الضَّعيف على حساب الطَّرف المتعاقد الأخر، تنصب نصوص حمائية أخرى على تنظيم عقود، يمكن أن يؤدي التَّغاضي عنها وإخضاعها للحريَّة التعاقديَّة في شقها المستقل، إدخال المصلحة العامَّة في ناقوس خطر التَّعدي عليها؛ لذلك قُيدت الحريَّة في مجال تحديد عنصر الثَّمن في بعض المواد الاستهلاكيَّة الواسعة، كأسعار الزيت[457]، منتج السميد[458] وكذا

---

[454] - **مرسوم رئاسي رقم 11-407** مؤرَّخ في 29 نوفمبر سنة 2011، يحدّد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج.ر.ج.ج. عدد 66، صادر بتاريخ 04 ديسمبر 2011. (مُلغى).

[455] - **قانون رقم 90-11** مؤرَّخ في 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج. عدد 17، صادر بتاريخ 25 أبريل 1990، معدل ومتمّم.

[456] - **قانون رقم 83-11** مؤرَّخ في 2 يوليو 1983، يتعلَّق بالتَّأمينات الاجتماعية، ج.ر.ج.ج عدد 28، صادر بتاريخ 5 يوليو 1983، معدَّل ومتمّم.

[457] - **مرسوم تنفيذي رقم 11-108** مؤرَّخ في 6 مارس 2011، يحدّد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التَّوزيع بالجملة والتَّجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي والسكر الأبيض، ج.ر.ج.ج عدد 15، صدار بتاريخ 9 مارس 2011، معدل ومتمم **بالمرسوم التنفيذي رقم 16-87** مؤرَّخ في 1 مارس 2016، ج.ر.ج.ج عدد 13، صادر بتاريخ 2 مارس 2016.

[458] - **مرسوم تنفيذي رقم 07-402** مؤرَّخ في 25 ديسمبر سنة 2007، يحدّد أسعار سميد القمح الصلب عند الإنتاج وفي مختلف مراحل توزيعه، ج.ر.ج.ج. عدد 80، صادر بتاريخ 26 ديسمبر سنة 2007، معدل ومتمم **بالمرسوم التنفيذي رقم 20-242** مؤرَّخ في 31 أوت 2020، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 2 سبتمبر 2020.

منتج الحليب[459]، حتَّى يتم إرساء بيئة تعاقديَّة آمنة يحيا فيها الطَّرف الضَّعيف، دون أدنى تجاوزات على مركزه التَّعاقدي الَّذي يجب أن يستشعر فيه بروح الاستقلاليَّة والحريَّة.

ب. السلطة الإبداعيَّة للقاضي إزاء العقد

مُنح للقاضي في إصلاح قانون العقود الفرنسي، صلاحيَّات تعاقديَّة[460] تجاوز بها الرُّؤية التقليديَّة لمكانته في العقد، فأثبت أنَّ القاضي لم يعد حبيس الفكرة الكلاسيكيَّة للعقد، الَّتي ترفض –في كل مرَّة- باسم حرمة العقد، تدخل طرف أجنبي بخلاف المتعاقدين، قصد التَّدبر في شؤون عقدهما، وفرضه إن اقتضى الأمر التزامات تعاقديَّة لم يتم توقعها أو إرتضائها بمحض إرادتهما التعاقديَّة المستقلَّة، لكن تبقى الغاية من السَّماح للقاضي بوجوده في العلاقة العقديَّة، أن تنصب جهوده على تقرير عدالة مستقرة بين المتعاقدين.

خوَّل للقاضي –إلى جانب سلطاته التقليديَّة للتدخُّل في المضمون العقدي- عمل قضائي إبداعي، يسعى من خلاله إلى توسيع المضمون العقدي، إن اقتضى الأمر، ليتخطى ما كان متوقعا من قِبل أطرافه، وهذا طبعا من أجل تحقيق مبدأ العدالة العقديَّة، فكانت من بين الالتزامات الَّتي أُدخلت في المضمون العقدي تعود صياغتها إلى المرجعيَّة القضائيَّة، تظهر في الالتزام بالسَّلامة **(obligation de sécurité)**[461]، والالتزام بالنَّصيحة **(l'obligation de conseil)**[462].

رغم أهمية العمل الابداعي الَّذي ينفرد به القاضي في المسائل التعاقديَّة، إلَّا أنَّه عمل يبقى خاضع لرقابة قضائية، حتَّى يتمَّ الكشف عن كل تجاوز يعتدي على حرمة العقد، ويعدل من التوقُّعات التعاقديَّة، إلى درجة المساس بمتطلبات تحقيق العدالة العقديَّة بين المتعاقدين، فيكون غرض تدخل القاضي في غير محله، لكون تعدى منطق العدالة، وأصبح يفرض نفسه طرف في العلاقة العقديَّة، الَّتي تبقى شأن المتعاقدين.

---

(459) - **مرسوم تنفيذي رقم 01-50** مؤرَّخ في 12 فبراير سنة 2001، يتضمّن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضّب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التَّوزيع، ج.ر.ج.ج. عدد 11، صادر بتاريخ 12 فبراير سنة 2001، معدل ومتمّم **بالمرسوم التّنفيذي رقم 16-65** مؤرَّخ في 16 فبراير 2016، ج.ر.ج.ج عدد 9، صادر بتاريخ 17 فبراير 2016.

(460) - **ANCEL François**, *op.cit.*, p. 722.

(461) - **Cass. Civ.**, 21 novembre 1911, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006953018/ consulté : 15/01/2024.

(462) - **Cass. Civ**. 1ère, 27 juin 1995, N° 92-19.212, Bull. Civ. N° 1, 1995, p. 200.

بقي القاضي في ظلّ أحكام القانون المدني الجزائري، رهينة الفلسفة التقليديّة للنظريّة العامّة للعقد، الّتي تُعهد له مهمّة التدخُّل في المضمون العقدي، ضمن حالات محتشمة –بالمقارنة بنظيرة القانون المدني الفرنسي-، دون أن تكون له سلطات واسعة، يتحرك فيها حسب تقديره للعمليّة التعاقديّة، ومن هذه الحالات، نذكر إمكانيّة القاضي من تعديل البنود التعاقديّة إما مراجعًا إياها بسبب أثر تغيّر الظّرف الطارئ[463] أو معدلًا لها بسبب تضمِين شرط تعسُّفي[464] يهدد مركز الطّرف الضّعيف، أو مانحًا أجلا إضافيًا لتنفيذ الالتزامات التعاقديّة تحت ما يسمى بـ **"نظرة الميسرة"**[465]، مع إخضاع وجوبًا كل هذه السُّلطات لرقابة القانون وسلطة القضاء.

2.تقييد الإرادة التعاقديّة عبر شكل العقد

استهدفت الرؤية الإصلاحيّة لتطوير هيكل العقد، التّعدي الصارخ على الثّوب الكلاسيكي لمبدأ الرضائيّة[466]، الّذي لم يعد يهيمن على العلاقات العقديّة، إنّما أصبحت العديد من العقود، لا تنعقد بمجرّد تطابق الارادتين، إلّا إذا تمّ إفراغ مضمونها في نموذج شكلي، سبق وأن تدخّلت الإرادة التّشريعية لفرضه، احتكاما لتطلعات حماية الإرادة التعاقديّة[467]، وضمانًا لرضا المتعاقد في العلاقة العقديّة.

تتعدد مظاهر تقييد الإرادة التعاقديّة عبر احترام شكل تعاقدي معيّن، سبق للإرادة التّشريعية أن فرضته باسم العدالة العقديّة بين طرفي العقد، والّذي يختلف صور فرضه عليها، بحسب الغاية منه، حيث قد يفرض لغاية الانعقاد كما هو الحال بالنسبة للبيع

(463) - تنص المادّة 107 فقرة 2 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني، على أنّه: "(...) غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتّب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التّعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صادر مرهقًا للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة (...)".

(464) - تنص المادّة 110 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني، على أنّه: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسُّفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشُّروط أو أن يعفي الطّرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

(465) - تنص المادّة 210 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني، على أنّه: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحاليّة والمستقبلة مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه".

(466) - **عبد الباسط جاسم محمد**، "تضخُّم المحتوى الإجباري"، مرجع سابق، ص ص. 160-161.

(467) - المرجع نفسه، ص ص. 160-161.

العقاري[468]، أو لغاية الإثبات كحال تقديم دليل ثبوتي كتابي[469]، أو حتّى للنّفاذ الإشهار العقاري كحال سريان الحقوق العقاريّة في مواجهة الغير[470].

المطلب الثّاني

مرونة القوّة الملزمة: في مقابل التلطيف من حرمة العقد

اعتادت مفاهيم النّظريّة العامة للعقد التّعايش الدّائم مع قُدسيّة القُوّة الملزمة، بصفتها أحد المبادئ الموجهة للعقد، والضّامنة لسياج حمائي يسهر على تحجُّر العلاقة العقديّة الرّافضة لأيّ تدخُّل أجنبي عن أطرافها، غير أن التّوجُّهات الحديثة الّتي طغت على سطح النّظريّة التّقليديّة للعقد، فرضت جملة إصلاحات مُطورة من هيكل العقد، ومن هذه الإصلاحات ما مسّ بمكانة القُوّة الملزمة، بُغية التّخفيف من حدّة قُدسيّتها، فأُضيف لها مفاهيم حداثيّة حتّى تضمن أداء العقد لوظائفه المختلفة.

تمثّلت الجوانب الحداثيّة الّتي باتت القُوّة الملزمة تَعكسُها بثوبها الجديد في مِرآةِ العقد، في السّعي المباشر إلى تحقيق التّوازن بين أداءات المتعاقدين، حتّى لا يختل ميزان التّوازن بينهما، ويثير مشكلة اختلال توازن العلاقة العقديّة **(الفرع الأوّل)**، فضلا عن حرصها الشّديد في ضمان عدالة عقديّة فعّالة لمراكز المتعاقدين، حفاظًا على مكانتها وعدم زعزعته خلال قِيام العلاقة العقديّة **(الفرع الثّاني)**.

---

(468) - تنص المادّة 324 مكرر 1 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني، على أنّه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود أيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

(469) - تنص المادّة 645 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني، على أنّه: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

(470) - تنص المادّة 15 من **الأمر رقم 75-74** مؤرّخ 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج عدد 92، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975، على أنّه: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية (...)".

الفرع الأوّل

تجسـيد تـوازن الـعقد

تتأسس العمليَّة التعاقديَّة على منـطق التَّعادل بين الالتزامـات المترتّبـة عن الـعقد، والّذي يتـطلّب تحـقيقه مقـابلة كل الـتزام لالتزام محـدَّد أو قـابل للتَّحـديد، غير أنَّ معـارضة هـذا المنـطق، من شأنه أن يصيب توازن العقد باضطرابات، فتؤدِّي إلى إحداث إخلال في توازن الأداءات المقـابلة لكلِّ طرف في الـعقد؛ لذا يجـب الحـرص على ضمان تحقق التَّعـادل بين الالتزامات، من خلال السَّهر على تشخيص أيّ إخلال يمسُّ بها **(أوّلاً)** والاعتياد الدَّائم على رقابة موزونة للعقد **(ثانيًا)**.

أوّلاً: تشخيص توازن الأداءات التعاقديّة

تستهدف عمليَّة تشخيص اختلال توازن العلاقة العقديَّة، ضرورة التَّنقيب عن الاضطراب الَّذي قـد يهـدد توازن الالتزامات التـعاقديَّة، الَّتي سـبق أنَّ ارتضاها المتعـاقدين بإرادتهما الحـرَّة، وافترضوا تقابلها منذ تكوين العقد؛ لذا يجب الحرص دائمًا على التأكد من مدى تحقق التَّوازن بين الأداءات **(1)** والتَّطلع حال وقوع ما ينال من تقابلها، إلى حل قانوني معالج لوضعيَّة فقدان التَّوازن بينهما **(2)**.

1.تحقق التَّقابل بين الالتزامات التعاقديّة

استوحى إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016 من المشاريع الأوروبيَّة حكمًا جديدًا[471] منفردًا به عن الفلسفة التَّقليديَّة لمفاهيم النَّظريَّة العامَّة للعقد، حيث يتقرَّر إعماله في حال عدم تحديد جودة الخدمة[472] **(la qualité de la prestation)**، والَّتي تطرَّق المشرّع لمعالجتها ضمن أحكام **المادَّة**

---

[471] - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 11.

[472] - تجدر الإشارة إلى أنَّ إدراج المشرّع الفرنسي للحكم المتعلق بجودة الخدمة في القسم المخصص لـ **"مضمون العقد"** تتشابه مع تلك المنصوص عليها من قِبل المبادئ اليونيدروا **(Unidroit) (المادَّة 5-1-6)** ومبادئ قانون العقود الأوروبي **(PDEC) (المادَّة 6:108)**، ومع ذلك فإن جودة الخدمة في حالة عدم وجود تفاصيل تعاقديَّة هي مسألة تتعلَّق بتنفيذ العقد؛ لذا كان من الأفضل أن يتم إدراج محتوى **المادَّة 1166** في القسم المتعلق بتنفيذ العقد أي الآثار المتعلَّقة بالعقد، راجع في ذلك:

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 11.

1166[473] من هذا القانون، بنية تحقيق منطق العقد الّذي يشترط في كلِّ مرَّة أن تقوم كلُّ الالتزامات المترتِّبة عنه، على ميزان التَّعادل والتَّوازن، الّذي يتحقق عندما يكون كلُّ التزام يقابله التزام آخر محدَّد أو قابل لتحديد –كما سبق الإشارة إليه سلفًا-.

تُثار حالة جودة الخدمة[474]، عندما لا يتمُّ تحديدها أو كان تحديدها بموجب العقد، عندها فرض المشرّع التزام الجودة[475] على عاتق المدين كعلاج قانوني لمثل هذه الحالة، يلتزم فيها المدين بتقديم خدمة عالية الجودة[476] تتوافق إلى الصِّفة الّتي يمكن أن يتوقعها الأطراف، أي تتوافق مع الفكرة الّتي يتصوَّرها كلُّ طرف عنها، فضلاً عن ضرورة الأخذ بعين الاعتبار عند تحديد الجودة، طبيعة الخدمة[477] واستخدامها[478]، وكذا مقدار المقابل[479].

2.تقدير فقدان التَّقابل بين الالتزامات التعاقديّة

أفرد إصلاح قانون العقود الفرنسي الصَّادر سنة 2016 مبدأ توازن العقد بأحكام حداثيَّة تستبشر بعدالة عقديَّة، ومن هذه الأحكام ما تعلق بتكفل المشرّع بمعالجة مشكلة عدم التَّقابل بين الالتزامات التعاقديَّة، مميزًا بذات الوقت في تنظيم نوعيَّة الجزاء المترتب عن فقدان الالتزام المقابل، بين العقود ذات الالتزام المتبادل **(أ)** وعقود المعاوضة **(ب)**.

---

[473] - Article 1166 de **l'ordonnance n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : « *Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie* ».

[474] - إنّ محاولة توضيح معنى صفة **"الجودة"** المشار إليها في **المادّة 1166** من إصلاح قانون العقود الفرنسي الصادر سنة 2016، يُفهم بأنّه لا علاقة لها بمفاهيم **"الجنس"** أو **"الطبيعة"**، فالحكم لا يدير عملاً من أعمال التَّصنيف، وهي مهمة تبرئ في الواقع، ما سبق ذكره في **المادّة 1163** عندما تشير إلى خدمة قد تكون حاليَّة أو مستقبليَّة، أو حتَّى ممكنة، محدَّد أو قابلة للتَّحديد، إنَّما الجودة المعيَّنة مع **المادّة 1166** تأتي بشكل صارم مع مفهوم الأداء والمستوى، راجع في ذلك:

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 11.

[475] - **حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي**، مرجع سابق، ص. 678.

[476] - المرجع نفسه، ص. 678.

[477] - يعتمد المدين في تنفيذ التزامه بالجودة على جملة معايير، يتمثل **أوّل معيار** في ضرورة تحديد نوع وطبيعة الخدمة محل الالتزام بالجودة، بمعنى لا يجوز تقديم خدمة مغايرة تمامًا لما سبق الاتِّفاق عليه، وإنَّما يجب تتوافق مع الخدمة المتفق عليها في أثناء تكوين العقد.

[478] - بينما يتمثل **ثان معيار** يرتكز عليه المدين لتنفيذ التزامه بالجودة، أنَّه يجب عليه النَّظر في الاستخدام الممكن للخدمة، أي التَّركيز على المعايير والممارسات الَّتي تفرض درجة الجودة مع مراعاة بيئة الَّتي تتم فيها تلك الممارسة.

[479] - يتوجب على المدين تنفيذًا لالتزامه بالجودة أن يعتكف على **ثالث معيار** يقضي بتقدير عادل للثَّمن الخدمة أي مقابل الخدمة، حيث يجب تحديد هذا المقابل تحت طائلة عدم التَّعسُّف، وأن يتوافق لا سيَّما مع طبيعة الخدمة.

أ. عقود التّبادل

استقراء لنص **المادّة 1168**[480] من إصلاح قانون العقود الفرنسي، بيّنت أنَّ فقدان التوازن بين الالتزامات المقابلة **(le défaut d'équivalence des prestations)** في العقود التّبادليّة أو الملزمة لجانبين **(les contrats synallagmatiques)**، لا يرتّب عليه المشرّع جزاء بطلان العقد[481]، لاعتبار أنَّ عدم تكافؤ الالتزام مع الالتزام المقابل له في هاته الطّائفة من العقود ليس سببًا للمطالبة بإبطال العقد، إلّا في الحالات الّتي ينص القانون على خلاف ذلك.

يُرى من الحكم الجديد الوارد في **المادّة 1168** –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود أنّه يستبعد فكرة المطالبة بإبطال العقد لفقدان تكافؤ الالتزام مع الالتزام المقابل له، بمعنى أنّه لا يأخذ بعدم تكافؤ الالتزامات كشرط لصحّة العقد[482]؛ لذا فإنَّ المشرّع قد حاول إنقاذ هذا النّوع من العقود من خلال تقرير تدابير تصحيحيّة لضمان العدالة التعاقديّة[483] **(justice contractuelle)** بين أطراف العقد.

ب.عقود المعاوضة

احتفظت نص **المادّة 1169**[484] من إصلاح قانون العقود الفرنسي، في عقود المعاوضة **(un contrat à titre onéreux)** على إمكانيّة إبطال العقد عندما يكون الاختلال بالتّوازن العقدي الحاصل بين الخدمات بلغ درجة كبيرة من الجسامة وقت تكوين العقد، بأن أصبح المقابل المتّفق عليه لمصلحة الملتزم بالتّنفيذ وهميًا أو ساخرًا.

---

(480) - Article 1168 de **l'ordonnance n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ».

(481) - **حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي**، مرجع سابق، ص. 683.

(482) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 11. « *(...) Il est rappelé* ***que l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité du contrat****, sauf lois particulières admettant la lésion (...)* ».

(483) - Ibid., p. 11. « *(...) Toutefois* ***les articles qui suivent apportent des correctifs de nature à garantir une justice Contractuelle****, malgré la suppression de la notion de cause* ».

(484) - Article 1169 de **l'ordonnance n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : « *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».

يُنقل من الحكم المتضمن في **المادّة 1169** –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود أنّه عكس واقع السّوابق القضائيّة في فرنسا[485]، بأنّ أقرّ بطلان العقد مقابل العوض؛ ليكون المشرّع بتكريسه لهذا الحكم قد تجاوز لما جاء في عقود التّبادل الّتي استبعدت أحقّيّة المطالبة بإبطال العقد، واكتفت بالبحث عن تدابير تصحيحيّة لضمان عدالة العقد، دون إهدار قيمته، لا سيّما هدف تحقيق المصلحة الشّخصية للمتعاقد.

ثانيًا: مراقبة وضعيّة اختلال التّوازن العقدي

يعترض مسار العلاقة العقديّة –أحيانًا- ظروف اضطراريّة، كحال الإكراه الاقتصادي (**La violence économique**) الّذي ينال من توازن العقد، بجعل أحد المتعاقدين رهينة هذا الظّرف؛ لذا احتضن القضاء الفرنسي حالة الإكراه الاقتصادي بجملة سوابق قضائيّة، ألهمت المشرّع الفرنسي بضرورة تبنّيها[486] في ظلّ إصلاح قانون العقود لسنة 2016 **(1)** حتّى يتمّ التّصدّي لها بموجب قواعد قانونيّة فعّالة ضامنة لغطاء حمائي للطّرف[487] المتعاقد الّذي قد يكون ضحيّة هذه الحالة **(2)**.

1.التّتويج التّشريعي لفكرة الإكراه الاقتصادي

ابتدع الاجتهاد القضائي في فرنسا، العديد من المسائل التعاقديّة الّتي باتت النّظريّة العامّة للعقد بحاجة إليها، ومن هذه المسائل ما تعلق بفكرة الإكراه الاقتصادي[488]، الّتي عُدت أحد العيوب[489] الّتي تلحق رضا أحد المتعاقدين بسبب تواجده تحت ظرف حالة التّبعيّة الاقتصاديّة[490]، فتجعله يرضخ لعمليّة التّعاقد، دون أن يكون راغبًا فيها بإرادته الحرّة[491]، ممّا قد

---

(485) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 11. **«** *Ainsi, l'ordonnance codifie la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la nullité des contrats à titre onéreux lorsque, au moment de la formation du contrat,* ***la contrepartie convenue est inexistante ou dérisoire,*** *(…)* **»**.

(486) - **MAZEAUD Denis**, **«** Régime de la violence économique **»**, *D*, N° 37, 2002, p. 2844.

(487) - AUBERT Jean-Luc, **COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 61.

(488) - Article 1140 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose : **«** *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* **»**.

(489) - **HUYGENS Audrey**, La violence économique, mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme de DEA droit des contrats, université de Lille II, 2001, p. 20 et s.

(490) - **عبد العال محمد حسين**، مفهوم الظّرف الضّعيف في الرّابطة العقديّة: دراسة تحليليّة مقارنة، مرجع سابق، 2007، ص. 143.

(491) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 147.

يعتدي هذا الوضع على الممارسة المستقلّة لمبدأ الحريّة التعاقديّة، ويطرح بالتّالي لإشكاليّة اختلال توازن الالتزامات التعاقديّة[492].

ألهم المشرّع الفرنسي بهذه الفكرة المضطربة لميزان التوازن العقدي من طرف الجانب القضائي، الّذي لطالما كان مدافعًا عن مركز الطّرف الضّعيف[493]، ورغبة في الاستجابة لهذا الهدف المنشود، عمل المشرّع على صياغة معطيات فكرة الإكراه الاقتصادي[494] ضمن قالب تشريعي، بغية تنظيم مختلف جوانبها، قصد إحاطة العلاقة العقديّة بغطاء حمائي يلتف حولها، ويضمن حماية لمركز الطّرف الضّعيف ألّذي يكون ضحيّة حالة التّبعيّة الاقتصاديّة[495].

بالتمعن في القراءة الاستقرائية **للمادّة 88**[496] من القانون المدني الجزائري، يفهم بأنّها لا تزال عاجزة عن تأطير حماية لمركز الطّرف الضّعيف ضحيّة الاستغلال التّعسُّفي[497] لحالة التبعيّة الاقتصاديّة، بسبب أنّ المشرّع قد اعترف بمقتضى **المادّة 88** –السّالفة الذّكر- بعيب الإكراه ببعده التّقليدي، مما جعل من نطاق الحماية تتقلص فعاليّتها، وتفرض على المشرّع ضرورة إقرار نص قانوني يعالج به ثغرة الإكراه الاقتصادي، حتّى لا يفلت هذا العيب الّذي ينال من سلامة الرضا من قبضة شموليّة الحماية لمركز الطّرف الضّعيف ضحيّة هذا العيب.

2.التّصدّي لحالة الإكراه الاقتصادي

ينتج عن توافر حالة التّبعيّة الاقتصاديّة في العلاقة العقديّة، ضرورة التّصدّي لها عن طريق تفعيل الحماية القانونيّة، الّتي تكون مرهونة بجملة شروط أوردتها بالذّكر فحوى **المادّة 1143** من إصلاح قانون العقود لسنة 2016 **(أ)** تخول إثر تحققها للقاضي إمكانيّة التّدخُّل في العقد لإضفاء الطّابع الحمائي ومناصرته لمركز الطّرف الضّعيف **(ب)**.

---

(492) - **HUYGENS Audrey**, *op.cit.*, p. 82.

(493) - **أبو بكر الصديق محمد حسان منى**، "الإكراه الاقتصادي نحو مفهوم مستحدث للإكراه، كعيب في الإرادة: دراسة تحليليّة مقارنة في ضوء القانون المدني الفرنسي الجديد"، مجلّة الدراسات القانونيّة والاقتصادية، مجلّد 7، عدد 2، 2021، ص. 1042 وما يليها.

(494) - **MAZEAUD Denis**, « Régime de la violence économique », *op.cit.*, p. 2844 et s.

(495) - **أبو بكر الصديق محمد حسان منى**، "الإكراه الاقتصادي نحو مفهوم مستحدث للإكراه، كعيب في الإرادة: دراسة تحليليّة مقارنة في ضوء القانون المدني الفرنسي الجديد"، مرجع سابق، ص. 1019 وما يليها.

(496) - تنص المادة 88 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني، على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق (...)".

(497) - **أبو بكر الصديق محمد حسان منى**، "الإكراه الاقتصادي نحو مفهوم مستحدث للإكراه، كعيب في الإرادة: دراسة تحليليّة مقارنة في ضوء القانون المدني الفرنسي الجديد"، مرجع سابق، ص. 1026 وما يليها.

أ. الاستفادة من الوجه الحمائي للمادّة 1142

يتعيّن لتفعيل الوجه الحمائي المتضمن في **المادّة 1142**[498] من إصلاح قانون العقود، أن تتحقَّق جملة شروط، الَّتي في انعدامها يستحيل على الطَّرف الضَّعيف الاستفادة من الحماية المقرَّرة له قانونًا؛ لكون أنَّ غياب هذه الشُّروط أو عدم استيفائها مجتمعة، تؤدِّي إلى غل يد القاضي عن تقرير الحماية لهذا الطَّرف الواقع تحت وطأة حالة التَّبعيَّة الاقتصاديَّة؛ لذلك يجب أن تتحقَّق جملة الشُّروط على النَّحو الَّذي أوردته بالذِّكر **المادّة 1143** –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود.

اشترطت **المادّة 1143**[499] –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود أن يتواجد أحد أطراف العلاقة العقديَّة تحت ظرف حالة التَّبعيَّة الاقتصاديَّة[500]، مع ضرورة تحقق القاضي من إقدام الطَّرف المقابل له –أو حتَّى الغير[501]- على استغلال ظرف التَّبعيَّة وإساءتها[502] نزولاً عند رغبته في دفع الطَّرف المتعاقد معه إلى إبرام العقد، باعتبار أنَّ توافر حالة التَّبعيَّة لوحدها دون إساءة استغلالها من طرف المتعاقد الأخر أو الغير[503]، من شأنها أن تُسقط الوجه الحمائي عن الطَّرف الضَّعيف[504]، بحيث تجعله لا يستفيد من الحماية، فضلاً على أن يكون الهدف من سعي الطَّرف المستغل للتَّبعيَّة الحصول على مزيَّة فاحشة[505] (**un avantage manifestement**

---

(498) - Article 1142 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose : « *La violence est* ***une cause de nullité*** *(…)* ».

(499) - Article 1143 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif*. ».

(500) - **أبو بكر الصديق محمد حسان منى**، "الإكراه الاقتصادي نحو مفهوم مستحدث للإكراه، كعيب في الإرادة: دراسة تحليليَّة مقارنة في ضوء القانون المدني الفرنسي الجديد"، مرجع سابق، ص ص. 1048-1049.

(501) - تكفَّل القانون المدني بتوسيع مظلَّة الحماية لمركز الطَّرف ضحيَّة الإكراه الاقتصادي حتَّى ولو وقع استغلال ظرف حالة التبعيَّة الاقتصاديَّة الَّتي يتواجد فيها من طرف الغير –أي الطَّرف الأجنبي عن المتعاقدين-.

(502) - **HUYGENS Audrey**, *op.cit.*, p. 62 et s.

(503) - **Cass. Civ**. 1ère, 03 avril 2002, N° 00-12.932, Bull. Civ. N °108, 2002, p. 84. « *(…) Attendu, cependant, que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement (…)* ».

(504) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 147.

(505) - **أبو بكر الصديق محمد حسان منى**، "الإكراه الاقتصادي نحو مفهوم مستحدث للإكراه، كعيب في الإرادة: دراسة تحليليَّة مقارنة في ضوء القانون المدني الفرنسي الجديد"، مرجع سابق، ص ص. 1049-1050.

excessif)، فمثل هذه الشُّروط إذا تحققت في العلاقة العقديَّة أدَّت بها إلى دائرة عدم التَّوازن والاستقرار[506].

ب.تدخُّل القاضي لتسيطر الغطاء الحمائي

أجازت أحكام **المادَّة 1143** –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود، تدخُّل القاضي في العلاقة العقديَّة الَّتي يختلها ظرف حالة التَّبعيَّة الاقتصاديَّة؛ لأجل استصلاح مثل هذا الظَّرف الَّذي يُثير إشكاليَّة اختلال التَّوازن العقدي، مما يُهدِّد معه مركز الطَّرف الضَّعيف الَّذي يدخل ضمن الفئة المستضعفة الَّتي تشاهد –تقريبًا- في كل العقود، وتستلزم تقرير لها نصيب من الحماية والعناية اللَّازمة من طرف القانون[507].

اتَّخذ جزاء إبطال العقد[508]، كإحدى الآليَّات القانونيَّة المكفولة بحماية مركز الطَّرف المتعاقد الواقع تحت وطأة التَّبعيَّة الاقتصاديَّة، حيث يتدخَّل القاضي لتقرير جزاء البطلان كلَّما أُلتمس في العلاقة العقديَّة، تواجد متعاقد رهينة حالة تبعيَّة اقتصاديَّة، وإقدام الطَّرف الَّذي يقابله في العمليَّة التعاقديَّة، باستغلال تلك الوضعيَّة، حتَّى يصل –في الأخير- إلى تحقيق مزيَّة فاحشة.

واجه المشرّع الفرنسي مشكلة تخلل العقد ظرف حالة التَّبعية الاقتصادية، باقتراح جزاء إبطال العقد، دون تقصير الجزاء على إبطال بعض الشُّروط المجحفة في حق الطَّرف الضَّعيف، أو حتَّى اتخاذ تدابير تصحيحية علاجيَّة للحفاظ على العقد، مثل هذا التَّوجه التَّشريعي أكَّد على مدى انحياز المشرّع لمركز الطَّرف الضَّعيف، وحماية استقلاليَّة إرادته في التَّعبير عن حريَّته، وإقراره بإهدار العقد، الَّذي كان إبرامه نتيجة إكراه اقتصادي طغى على حريَّته المستقلَّة، بهذا عكس المشرّع المقترحات القانونيَّة المعتمدة للتخلص من الشُّروط التَّعسُّفية المدرجة ضمن طائفة عقود الإذعان.

---

(506) - **أيمن سعيد سليم**، مرجع سابق، ص. 56.

(507) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 147.

(508) - **Barbier Hugo**, *op.cit.*, p. 248.

الفرع الثّاني

الحفاظ على عدالة العقد

يقتــضي إرساء مظلة العـدالة العقديّة بين المتعـاقدين، تكريسًا فعليًّا لهـذه العـدالة بعيدًا عـن مفـاهيم الفلسـفة التّقليديّة لنظريّة العـقد، لعـلّ من أبرزهـا، المفـهوم الإلزامي للـعلاقة العقـديّة، الضامن لتحجُّرها، فحتى يتمّ التّحرُّر من صـرامة هذه القاعدة، تمّ إخضـاعها لبعض المرونة، تقرَّرت من خلال عرضها لجملة استثناءات اضطراريّة، تفيد –من الوهلة الأولى- تراجع القوّة الملزمة، لكن في الحقيقة هي مقرَّرة لخدمة عدالة الطّرفين[509]، ومن هذه الاستثناءات ما تعلق بتطوُّر الجانب الأحادي للإرادة الظّاهرة في تحديد الالتزامات التعاقديّة **(أوّلاً)** وكذا إمكانيّة طلب إعادة مراجعتها عند الاقتضاء **(ثانيًا)**.

أوّلاً: إمكانيّة تحديد الثّمن بالإرادة المنفردة

صاحب توسُّع مفهوم مبدأ الفرديّة في ظل المعاملة العقديّة، تطوُّر ملحوظ لجانب الأحادية **(l'unilatéralisme)**[510] للإرادة التعاقديّة، وهذا من خلال السّماح لهذه الإرادة بالتّكفل ببعض جوانب العمليّة التعاقديّة تنظيما لها، ضمانا لمفهوم جديد للعدالة العقديّة، الّتي ينبغي أن تجمع بين المتعـاقـدين، وفعـلا هـذا ما يلتمس تطبيقه في التّحديد المنفـرد لأحد المتعـاقدين لثمن الـعقد **(1)**، الّذي يمكن الأخذ بهذه الآليّة بعد طرح عمليّة تقدير فعاليتها على البساط القانوني **(2)**.

1.التّحديد الأحادي للثّمن في العقود الزّمنيّة

بات عامل الزّمن[511] بما يحمله من متغيّرات في بعض العقود، يمثل أحد التحدِّيات الرّاهنة لتقرير مبدأ العدالة العقديّة، مما جعله مصدر تخوف المتعاقدين إزاء تحقيقه أو إعادة تحقيقه في ظلِّ قِيام العلاقة العقديّة؛ لذا كان لزامًا التّخفيف من قُدسيّة القوّة الملزمة، والالتفات إلى ضمان ستار العـدالة قصـد التّغاضي عن بعـض الأفكار التّقليـديّة الّتي كانت تعيش معها فلسـفة إلزاميّة

(509) - **THIBIERGE Louis**, « Les effets du contrat », *A.J. Contrat.*, N° 6, 2018, p. 266.

(510) - Ibid., p. 266.

(511) - **أبو بكر الصديق محمد حسان منى**، "إشكاليّة عدم تحديد الثّمن في عقود التّوزيع الإطارية: دراسة تحليليّة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن"، مجلّة البحوث القانونيّة والاقتصاديّة، مجلّد 12، عدد 79، 2022، ص. 440 وما يليها.

العقد، ونزولاً عند هدف ضمان هذه العدالة، تيقَّن المشرّع الفرنسي بضرورة إظهار مظاهر جديدة لمبدأ التَّحديد المنفرد لثمن العقد **(le principe de la libre fixation des prix)** يعكس بها مفهوم عدالة مؤجلة[512] ضمن مستجدَّات إصلاح قانون العقود لسنة 2016.

تجلَّى الجانب الأحادي للإرادة، كمظهر تعاقدي أوَّل، في ظلِّ العقود الإطاريَّة **(les contrats cadre)**[513]، حيث خولت أحكام **المادَّة 1164** -سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، مكنة اتِّفاق أطراف العقد الإطاري على أن يكون تحديد الثَّمن[514] لاحقًا بشكل أحادي من قِبل أحد المتعاقدين، شريطة تقديم الأسباب[515] وراء تحديد مبلغ معيَّن في حال وجود اعتراض من الطَّرف المتعاقد معه[516]، آخذ بعين الاعتبار المخاطر الَّتي قد تصاحب إعمال الإرادة المنـفردة لطرف واحد، فأجازت **المادَّة 1164** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود للطَّرف المتضرِّر[517] رفع طلب التَّعويض **(indemnisation)** إلى القاضي، وعند الاقتضاء الحكم بفسخ **(résolution)** العقد[518]، وهو ما يتوافق أكثر مع ما توصَّلت إليه السَّوابق القضائيَّة.

يُشخص الجانب الأحادي للإرادة، كمظهر تعاقدي ثان، في ظلِّ عقود الخدمات[519] **(les contrats de prestation de service)**[520]، بحيث منحت أحكام **المادَّة 1165 فقرة 1**[521] من

---

(512) - **THIBIERGE Louis**, *op.cit.*, p. 266.

(513) - Article 1111 de **l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : « *Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures (...)* ».

(514) - يختلف التَّحديد الانفرادي لثمن العقد، عن الإنهاء الانفرادي للعلاقة العقديَّة، كون أن الأخير يجب إظهار الدَّافع المؤدَّى إلى طلب إنهاء العقد، تجنُّبا لأيَّة ممارسة تمييزيَّة وتعسُّفيَّة في حق الطَّرف المقابل في العلاقة العقديَّة، عكس الوضع في تحديد الثمن بشكل انفرادي فلا يكون الدَّافع ضروريZا إلا إذا نشب نزاع حول الثمن لاحقا.

(515) - Article 1164 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : « *(...) à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation (...)* ».

(516) - تتمثل الأسباب الَّتي ينبغي على الطَّرف المتعاقد الَّذي حدَّد الثمن بإرادته المنفردة، الكشف عنها حال وجود نزاع بشأنه مع المتعاقد معه، أن يتطرق إلى شرح كيفيَّة حساب الثمن، والمعايير المعتمدة على ذلك، آخذ بعين الاعتبار التَّوقُّعات الَّتي في حسبان كلا المتعاقدين وقت تكوين العلاقة العقديَّة.

(517) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 11. « *(...) pour le cocontractant de saisir le juge pour obtenir, en cas d'abus, des dommages et intérêts et/ou la résolution du contrat (art. 1164), ce qui correspond à la jurisprudence actuelle* ».

(518) - Article 1164 alinéa 2 de **l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : « *(...) En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ».

(519) - لم تحظ عقود الخدمات في ظل إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016، بتعريف تشريعي، إنَّما اكتفى فقط المشرّع بتنظيمها، وتحديد القواعد الَّتي تطبق عليها لاسيَّما في حال التَّحديد الانفرادي للثمن.=

إصلاح قانون العقود، للطَّرف الدَّائن في عقود الخدمات في حال عدم وجود اتِّفاق بين الطَّرفين وقبل تنفيذ العقد، إمكانيَّة تحديد الثَّمن بإرادته المنفردة، على أن يقوم بتبرير المبلغ في حال نشوب نزاع بشأنه[522]، آخذًا بعين الاعتبار حال إساءة استخدام أحقِّيَّة تحديد الثَّمن بالجانب الأحادي للدَّائن، بأن كان تحديدا تعسُّفي[523] **(l'abus dans la fixation du prix)** أو ملحق لضرر في حق الطَّرف المدين، جاز له طبقا **للمادَّة 1165 فقرة 2** –السَّالفة الذِّكر- رفع طلب الحصول على تعويض دون أن يكون للقاضي سلطة مراجعة أو تحديد الثَّمن[524] (**Le principe de non-immixtion du juge dans la détermination du prix)**، وعند الاقتضاء إنهاء **(résiliation)** العقد[525].

يُستقرئ من آليَّة تحديد الثَّمن بالإرادة المنفردة لأحد أطراف العقد، تطوُّر الجانب الأحادي للإرادة[526] ضمن المفاهيم الحديثة المتبنَّاة في إصلاح قانون العقود؛ ليكون المشرِّع قد خالف – بذلك- الثَّوابت الَّتي لطالما تعايشت معها الفلسفة التَّقليديَّة لنظريَّة العقد، لا سيَّما ما تعلق بقدسيَّة حرمة العقد، وعدم المساس بها إلَّا بعد الحصول على موافقة الإرادة التعاقديَّة المشتركة، غير أنَّه بالتَّأمُّل في التَّطوُّرات اللاحقة بالعقد، لا يوجد ما يحول دون تدخُّل الإرادة منفردة لمعالجة بعض الجوانب التعاقديَّة، ضمانًا لعدالة عقديَّة، وتقديسًا لروح الإرادة الفرديَّة في العقد.

= [520] - يقتصر الحكم الإصلاحي لهيكل النَّظريَّة العامَّة للعقد، المتضمن في **المادَّة 1165** من إصلاح قانون العقود والمتعلق بإعمال الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين على طائفة عقود الخدمات، نظرا لأن هذه الطَّائفة من العقود، لا يتطلَّب فيها القانون **ثمنًا ثابتًا أو قابل للتَّحديد وقت إبرام العقد**.

[521] - Article 1165 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose 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, (...)* **»**.

[522] - Article 1165 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : **«** *(...) à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation (...)* **»**.

[523] - **أبو بكر الصديق محمد حسان منى**، **"**إشكاليَّة عدم تحديد الثَّمن في عقود التَّوزيع الإطارية: دراسة تحليليَّة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن**"**، مرجع سابق، ص. 427 وما يليها.

[524] - المرجع نفسه، ص. 327 وما يليها.

[525] - Article 1165 alinéa 2 de **l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : **«** *(...) En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat.* **»**.

[526] - أصبح للإرادة المنفردة في ظل المفاهيم الإصلاحية لنظريَّة العقد، دورًا بارزًا في دعم المفهوم الليبرالي للعقد، وهذا يعد وجه بديل مقترح من المشرِّع الفرنسي؛ لغاية الحفاظ على قُدسية استقلاليَّة الإرادة التعاقديَّة.

2.تقدير فعالية تحديد الثّمن بالإرادة المنفردة

أفادت القراءة الاستقرائيّة لنص **المادّتين 1164-1165** –سبق ذكرهما- من إصلاح قانون العقود عن احتوائهما لجملة ثغرات يشكل ظهورها أثناء إعمال الجانب الأحادي للإرادة في تحديد الثّمن، أنّ تؤثّر سلبا على استقرار العلاقة العقديّة؛ لذا فرضت الممارسة التعاقديّة حتميّة الإلمام بكل هذه الثغرات وترجمتها بتساؤلات، قصد الإجابة عليها بمعالجة قانونيّة تفضي إلى إحاطة هذه الآليّة بفعّاليّة ضامنة للعقد، دون جعلها تتواجه على نحو سلبي ومفاهيم الفلسفة التّقليديّة لنظريّة العقد.

أُعتبر عدم تعرُّض المشرّع في نص **المادّتين 1164-1165** –المذكورتين سلفًا- من إصلاح قانون العقود إلى تحديد الأساس الّذي تقوم عليه دعوى الفسخ المقرّرة حال نشوب خلاف بين المتعاقدين على تقدير الأحادي للثّمن، من بين أولى الثغرات الّتي تستوجب تسليط الضّوء القانوني عليها، حيث بالعودة إلى ما جرت عليه القواعد العامّة عند إعمال آليّة فسخ العقد، فإنّها تقتضي إلزاما أن يصدر خطأ عن أحد المتعاقدين يتمثل في الامتناع عن تنفيذ التزاماته التعاقديّة[527]، لكن بإسقاط هذه القاعدة العامّة في تقرير فسخ العقد بدافع التّعسُّف أو تجاوز الطّرف الّذي حدّد الثّمن بإرادته المنفردة، لا يتطابق مع ما هو منصوص عليه في القواعد العامة[528]؛ لذلك يجب على المشرّع العمل على تحديد الأساس الّذي ينبني عليه طلب إنهاء العقد، حتّى يتم إزالة الغموض، تجنُّبا لحدوث تضارب مع القواعد العامة لنظريّة العقد، وكذا تفاديا لتناقض الأحكام القضائيّة.

أشار المشرّع الفرنسي في نص **المادّتين 1164-1165**–المذكورتين أعلاه- من إصلاح قانون العقود إلى إمكانيّة تدخل القاضي لتقرير التّعويض أو إنهاء العقد عند الضّرورة، دون تمكِينه من مراجعة قيمة الثّمن، بمثابة الثغرة الثّانية الّتي تستلزم إعادة النّظر فيها، خاصّة إذا لُوحظ في تقدير الثّمن تجاوز أو تعسُّف الطّرف المحدّد له، وكان عرض الأسباب المقدّمة لا تتضمّن ما يبرّرها، ففي هذه الحالة حبّذا تمكِين القاضي تكريسا لمبدأ العدالة العقديّة، ووفقا لضوابط مقيّدة لعدم تجاوز سلطته إزاء المضمون العقدي، وكأخر الحلول الممكنة لإسعاف مركز الطرف الضّعيف المتضرّر من

---

(527) - **فيلالي علي**، مرجع سابق، ص. 429.

(528) - **محمد عرفان الخطيب**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص ص. 221-222.

تقدير الثّمن، من آليّة مراجعة القاضي للثّمن المحدّد بالإرادة المنفردة، حتّى لا يتم إهدار العقد، وتقرير حماية لمركز المتعاقد الّذي يكون ضحيّة الثّمن المحدّد على نحو تعسُّفي.

ثانيا: طلب إعادة التّفاوض بالإرادة المنفردة

تستجيب آلية طلب إعادة التفاوض لتطوُّر الجانب الأحادي للإرادة التعاقديّة، حيث اعترفت للطّرف ضحية أثر تغير الظّرف الطّارئ الّذي نال من توازن الأداءات التعاقديّة، مكنة طلب إعادة مراجعة[529] تلك الشُّروط المضطربة بسبب أنّ تنفيذها أصبح مرهقا **(1)** غير أن نجاعة هذه الآلية تظهر من خلال طرح معطياتها على البساط القانوني؛ لتكشف عن العديد من الثغرات المترجمة في شكل جوانب خلافيّة **(2)**.

1.الحق في طلب إعادة التّفاوض

عانت النظريّة العامّة للعقد في ظل قانون نابليون لعام 1804، من افتقار لأحكام تُسير بها الآثار المترتّبة عن وقوع ظروف طارئة تنال من عمليّة تنفيذ الالتزامات التعاقديّة، بسبب إصابتها بإرهاق يهدد الطّرف المدين –المطالب بالتّنفيذ- بخسارة فادحة، إلّا أن الممارسة التعاقديّة دفعت بالقضاء الفرنسي إلى تهيئة المقترحات العلاجيّة الواردة في نظريّة الظُّروف الطّارئة تحقيقًا للتوازن العقدي[530]، حتّى أصبحت هذه النظريّة حقيقة يطلب العقد العمل على تبنيها، فلقيت –بعد تردُّد طويل- استجابة المشرّع الفرنسي بتكريسها[531] ضمن خطوته الإصلاحيّة لقانون العقود سنة 2016.

أفرجت **المادّة 1195** من إصلاح قانون العقود، عن صرامة القاعدة التاريخيّة القضائيّة المتشدّدة عن مراجعة اضطراب تنفيذ العقد بسبب الظّرف الطّارئ، سواء وقعت المراجعة بالإرادة التعاقديّة المشتركة أو الأحادية للطّرف المتعاقد على الأقل[532]، مع العلم أن هذا الحظر مَثَلَ أحد

---

(529) - **طارق جمعه السيد راشد**، مرجع سابق، ص. 80.

(530) - **شغاتي عبد المحسن كريم**، "التّفاوض كوسيلة للوقاية من اختلال التوازن العقدي"، مجلّة البحوث القانونيّة والاقتصاديّة، مجلّد 12، عدد 81، 2022، ص. 15.

(531) - Voir article 1195 de **l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**.

(532) - **محمد عرفان الخطيب**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 223.

القيود الواردة على سلطة القاضي لتدخله في العقد قصد مراجعة أثر تغيُّر الظرف، وإن كانت الظُّروف تستدعي وجوده كطرف[533] معالج ضامن لسير شؤون العلاقة العقديَّة.

أعادت **المادَّة 1195** -المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود، بعدما تضمَّنت القواعد العلاجيَّة لأثر تغير الظَّرف على مسار العقد، الروح الانفراديَّة للعلاقة العقديَّة، حيث مكَّنت الطَّرف المتضرّر من أثر تغير الظَّرف الطَّارئ، مكنة المطالبة[534] بإرادته المنفردة بمراجعة شروط العقد مع الطرف المتعاقد معه؛ ليكون أيضا للطرف المتضرّر أن يطلب حتَّى تدخل القاضي لمراجعة العقد، في حالة رفض المتعاقد إعادة التَّفاوض[535] معه أو فشل المفاوضات.

تجاوز المشرّع الفرنسي بخطوته الإصلاحية المتجهة نحو تبني قواعد نظريَّة الظُّروف الطَّارئة، الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد، لاسيَّما ما تعلق بجانب التَّخفيف من قُدسية القوَّة الملزمة للعقد[536]، بالمقابل من ذلك، تجاهل المشرَّع الجزائري تضمِين **المادَّة 107 فقرة 3**[537] من القانون المدني آلية طلب إعادة التَّفاوض[538]، أي امتنع عن الاعتراف للطَّرف المتضرّر مكنة إعادة تفاوض مع نظيره المتعاقد معه، أو حتَّى إعطاء أولوية للإرادة التعاقديَّة المشتركة بإعادة مراجعة الشُّروط الَّتي أصابها تغيير ناتج عن الظَّرف الطَّارئ، مما يُفهم من الموقف التَّشريعي المتبنَّى في **المادَّة 107 فقرة 3** –المذكورة أعلاه- من القانون المدني أنَّها لا تقدس من الإرادة التعاقديَّة، إنَّما يميل المشرّع فيها إلى تعزيز العدالة العقديَّة –بالدرجة الأولى- عن طريق تشجيع تدخل القاضي لمراجعة أثر تغير الظَّرف الطَّارئ على مسار العقد.

2.الجوانب الخلافيَّة لآلية طلب إعادة التَّفاوض

خالفت نظريَّة الظُّروف الطَّارئة الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد وجعلت من الإرادة تأخذ بعدًا حداثيا في تسيير شؤون العقد، إذا ما اعترضها ما ينال من توازنها العقدي[539]، غير أن التَّمعن في

(533) - **FIN-LANGER Laurence**, *op.cit.*, p. 44.

(534) - **خالد مصطفى فهمي**، التَّنظيم القانوني للالتزام بإعادة التَّفاوض في العقود المدنيَّة: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندريَّة، 2020، ص. 35.

(535) - **شغاتي عبد المحسن كريم**، مرجع سابق، ص. 4.

(536) - **خالد مصطفى فهمي**، مرجع سابق، ص. 123 وما يليها.

(537) - أنظر المادة 107 فقرة 3 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني.

(538) - سيتمّ التَّطرق إلى المزيد من التَّفصيل في آلية طلب إعادة التَّفاوض ضمن معطيات الموالية من هذه الدراسة.

(539) - **خالد مصطفى فهمي**، مرجع سابق، ص. 106.

التَّرتيبات التعاقديَّة المتضمنة بها القواعد العلاجيَّة في نظريَّة الظُّروف الطَّارئة، تستدعي فحصها بالتَّنقيب في محتواها، نظرًا لما تحمله من جوانب خلافيَّة[540] تعكس على كيفية تنظيم فلسفة هذه النظريَّة للقواعد العلاجيَّة، الَّتي يتطلَّب النَّظر فيها.

تضمَّنت نظرية الظُّروف الطَّارئة تراتبية ثلاثية للقواعد العلاجيَّة المقاومة لأثر تغير الظَّرف الطَّارئ على مسار تنفيذ أداءات العقد، غير أن إلزاميَّة احترام هذه التراتبيَّة الثلاثية للقواعد العلاجيَّة، تُؤخذ كوجه خلافي أول[541]، بسبب أن المشرّع الفرنسي لم يفرض في **المادَّة 1195** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، إلزامية احترام المتعاقدين لتراتبية الثلاثية للقواعد العلاجيَّة، بأن يبدأ الطرف المتضرر طلب إعادة التَّفاوض على البنود التعاقديَّة الَّتي اختل تنفيذها، أو اللجوء إلى القاضي لإعادة النَّظر فيها، وفي حال فشل المحاولتين، يُسمح –عندها- للطَّرف المتضرّر طلب من القاضي الحكم بإنهاء العقد.

اعترفت قواعد نظريَّة الظُّروف الطَّارئة للطَّرف المتضرّر من أثر تغير الظَّرف الطَّارئ على العقد، مكنة اللجوء إلى القاضي لطلب الحكم بإنهاء العقد، لتثير عبارة **"إنهاء العقد"** الوجه الخلافي الثاني[542]، بسبب عدم توضيح المشرّع الفرنسي في **المادَّة 1195** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود التكييف القانوني الَّذي يتأسس عليه حكم إنهاء القاضي للعقد، إذا كان فسخ أم انفساخ، ليخالف هذا المقترح العلاجي القواعد العامَّة في نظريَّة العقد، الَّتي تأخذ بفسخ[543] العقد بمجرد صدور خطأ تعاقدي من طرف أحد المتعاقدين، وتعتمد على الانفساخ[544] بوقوع سبب أجنبي حال دون تنفيذ الالتزامات التعاقديَّة.

(540) - **طارق جمعه السيد راشد**، مرجع سابق، ص. 82 وما يليها.

(541) - **محمد عرفان الخطيب**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 223.

(542) - **محمد عرفان الخطيب**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. ص. 223-224.

(543) - **فيلالي علي**، مرجع سابق، ص. 429 وما يليها.

(544) - المرجع نفسه، ص. 440 وما يليها.

الباب الثَّاني
مواءمة مبدأ حسن النيَّة لميكانزمات مبدأ سلطان الإرادة: التَّعايش والتَّعميم

ورثت النظريّة العامّة للعقد روحًا تنبعث أساسًا من تكريس مبدأ حسن النيّة ضمن قاعدة انضباط مصاغة في مفاهيم نظريّة العقد، بصفته أحد ركائز العمليّة التعاقديّة، والحارس الدائم للأمانة التعاقديّة من ثقة وصدق وإخلاص الواجب على المتعاقدين التّحلي بهم في أثناء التّعبير عن الرغبة في التّعاقد؛ لذا حاز هذا المبدأ الأخلاقي في التّعامل التّعاقدي مكانة محورية ضمن عرش نظريّة العقد، حتّى يضمن علاقة عقديّة عادلة تجمع بين طرفيها، ورغم المفهوم الكلاسيكي للمبدأ، إلّا أنّه يشع بنور التجديد والتّفتح على أحكام حداثية تهتم بتطوير هيكل العقد، والنهوض بمعادلة تعاقديّة مثالية، تحقيقًا لأهداف مختلفة.

صمم مبدأ حسن النيّة في العمليّة التعاقديّة على ترجمة مفهوم العدالة العقديّة الّذي يضمن تكافؤ مراكز المتعاقدين، تقريبا في كل مراحل العقد؛ لأجل منع الممارسة التعسُّفيّة للحريّة التعاقديّة، وضمانًا لمقياس التّوازن العادل في العلاقة العقديّة، وهذا من خلال فرض تعامل تعاقدي مؤدب يعكس على واجهة العقد مظاهر الصدق، الأمانة والثقة وغيرها من الأدبيات الّتي يجب أن تسود محيط العمليّة التعاقديّة. حتّى تضمن إحياء العلاقة العقديّة في بيئة متشبعة بروح التّضامن والتشارك في المصالح بين المتعاقدين، بهذا أصبح لمبدأ حسن النيّة طابع أخلاقي تضفيه للروابط العقديّة، تمهيدًا لاستعادة روح العقد.

بمجرد تقابل مبدأ سلطان الإرادة مع التّوجهات الحديثة لمبدأ حسن النيّة، حدث تصادم بين كلا المبدأين، بسبب اختلاف ميكانزمات كل منهما، حيث يظهر مبدأ سلطان الإرادة بهيبته المترجمة لهدف تقديس الفرد وإشباع مصلحته الشّخصيّة تحت غطاء استقلاليّة الإرادة، بينما أثبت التّطوُّرات الحديثة لنظريّة العقد، ضرورة اعتناق مبدأ يتجرد عن هذا التّعبد المطلق، ويبحث عن سُبل رعاية المصلحة العامّة للعقد، فوُجد في مبدأ حسن النيّة ترجمة فعلية بفضل مقوماته المتجهة نحو إدخال فكرة أخلقة العقد تنبؤ بتعامل مؤدب بين المتعاقدين تمهيدا لعدالة عقديّة.

استعد مبدأ سلطان الإرادة على حد تعابير حسن النيّة في محاولته الدائمة في ترويض العلاقات العقديّة، حتّى لا تطرح اضطراب بمعادلة التّوازن والمساواة بين مراكز المتعاقدين، بضرورة إحداثه لنقلة نوعية، متجهة نحو التّصالح مع فكرة أخلقة العقد، والتّعايش الدائم مع هذا المبدأ، في ظلِّ تجسيد منفعة العقد، فأصبح مبدأ سلطان الإرادة بتقمصه –رغم طابعه الانفرادي- لفكرة المصلحة العامّة، يتجرد –بشكل خفيف- من قوقعته المقدسة من الإرادة الحرّة، فعرف مبدأ سلطان

الإرادة بفضل هذا التّحول وبالنظر إلى ما يتصف به من ميكانزمات انفراديّة، حقيقة تعايشه السلمي مع مبدأ حسن النيّة، حتّى وجدت –هذه الأخيرة- مكانة محورية لها ضمن العرش المتبلور للنظريّة العامّة للعقد.

عممت مظلة مبدأ حسن النيّة مقتضياتها على نطاق تعاقدي واسع؛ لتشمل –تقريبًا- كافة مراحل العمليّة التعاقديّة، بحيث كانت البداية بتقرير المبدأ في حدود تكوين العقد، نظرا لما تحمله هذه المرحلة من أهميّة تتوقف عليها نجاعة باقي المراحل اللّاحقة على العمليّة التعاقديّة، ويظهر الغرض من توسيع الدائرة التعاقديّة الّتي ترسو فيها قاعدة انضباط حسن النيّة، في ضمان تهذيب سلوكات المتعاقدين على نحو تتوافق مع المقتضيات الّتي يمليها مبدأ حسن النيّة في العلاقات العقديّة **(الفصل الأوّل)**.

استمرت مظلة حسن النيّة بالتّعميم لتمتد إلى كافة المراحل اللّاحقة على تكوين العمليّة التعاقديّة، ضمانًا لميزان التّوازن العقدي، الّذي بات يهدّد باختلال مظاهر العدالة العقديّة وفقًا للتّوجهات الحديثة لنظريّة العقد، مع مشاهدة بعض الإخفاقات في استكمال هدف حسن النيّة ليلقي بظلاله على بعض المراحل، فكانت النتيجة، أن سُمح للمبدأ بمرافقة مسار العقد بكل مراحله، حتى يرد كقيد يضبط سلوكات المتعاقدين، ويسهر على حصول كل طرف لمصلحته الشّخصيّة تحت شعار مراعاة كل طرف لمصلحة الطّرف المتعاقد معه **(الفصل الثّاني)**.

الفصل الأوَّل
ملازمة مبدأ حسن النيَّة لتكوين العمليَّة التعاقديَّة:
الحريَّة والتَّهذيب

يعمل مبدأ حسن النيَّة ضمن مفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد، في تقوية الرَّوابط الأخلاقيَّة إذ يجب أن يُلازم البعد الأخلاقي في التَّعامل كل تصرفات المتعاقدين مهما كانت المرحلة الَّتي وصلوا إليها من مراحل العمليَّة التعاقديَّة، وهذا من أجل ضمان مساهمة مبدأ حسن النيَّة في فرض التَّعامل المؤدب بين المتعاقدين، نزولًا عند الرغبة في الحد من التَّجاوزات التَّعسُّفية الظَّاهرة في أثناء ممارسة الحريَّة التعاقديَّة.

يضحى تجسيد مبدأ حسن النيَّة لمعادلة التَّوازن بين التَّعامل الأخلاقي المؤدب والإرادة الحرَّة المستقلَّة، تأدية المبدأ لدوره في ضوء التَّجاوزات الَّتي تمارسها الحريَّة التعاقديَّة، حيث يأتي مبدأ حسن النيَّة لتهذيبها، ومنعها من التَّعسُّف، أخذًا بعين الاعتبار ضرورة مناصرة مركز الطَّرف الضَّعيف الَّذي يكون ضحيَّة هذا التَّجاوز والتَّعسُّف باسم استقلاليَّة الإرادة الحرَّة في التَّعامل التَّعاقدي.

يُوصي مبدأ حسن النيَّة الأطراف المتفاوضة في أثناء دخولهم مرحلة المفاوضات، بتعامل مؤدب خالي من سوء نيَّة، حتَّى تضمن نجاعة العمليَّة التعاقديَّة، تمهيدًا لاسيَّما لتقرير معادلة التَّوازن بين استقلاليَّة الإرادة في التَّعبير الحر، وعدم التَّعسُّف فيها باسم الحريَّة التعاقديَّة، وبين الحفاظ على المصلحة المشتركة تحت واقع تقييد هذه الحريَّة إذا ألتمس إساءة بمبدأ حسن النيَّة بوصفها قاعدة انضباط **(الفصل الأوَّل)**.

يحث مبدأ حسن النيَّة الأطراف المتعاقدة في أثناء وصولهم إلى مرحلة التَّعاقد، بالتَّشارك والتَّعاون بين المتعاقدين، في سبيل ضمان التَّعاقد، والمضي قدومًا نحو تحقيق المصلحة المشتركة الَّتي وجد أساسًا العقد لتحقيقها، في ضوء معادلة تقرير المساواة وتكافؤ المراكز، حتَّى لا يتمَّ التَّعدي على مصلحة أي من الطرفين، وبالتَّالي إحداث اضطراب بالعلاقة العقديَّة **(المبحث الثَّاني)**.

المبحث الأوّل

حسن النيّة والتّفاوض: تمهيد لحريّة التّفاوض

تستعين قواعد النظريّة العامّة للعقد بمبدأ حسن النيّة كقاعدة انضباط[545]، بهدف ضمان تفاوض الأطراف بكل حريّة استنادًا لمبدأ الحريّة التعاقديّة الّتي تتحكم في كل جوانب العمليّة التعاقديّة بدء بالتّفاوض، وبذات الوقت محاولة منه في تهذيب أي سلوك يصدر من الطّرف المتفاوض يتجاوز حدّ التّعدي على مصلحة الطّرف المتفاوض معه؛ ليظهر -بهذا- التّكامل الوظيفي بين كلا المبدأين تجسيدًا لمبدأ العدالة العقديّة بين طرفي العمليّة التفاوضية.

تعزيزًا لدور مبدأ حسن النيّة[546] في ضمان إرساء مفهوم العدالة العقديّة، وقدرته على بناء علاقة تصالح بين حسن النيّة واستقلاليّة سلطان الإرادة المتحرر من كل القيود الخارجيّة، ما عدا رضوخه لتلك الإرادة الّتي يفرضها المتعاقدين، تيقنت كل التّشريعات الدول –تقريبًا- على ضرورة احتضان مبدأ حسن النيّة ضمن قاعدة قانونيّة مدرجة في عرش النظريّة العامّة للعقد **(المطلب الأوّل)**.

أنيط لمبدأ حسن النيّة إثر تكريسه كقاعدة قانونيّة احتوتها مفاهيم النظريّة العامّة للعقد، مهمة الإشراف على كافة جوانب العمليّة التعاقديّة؛ لتكون الانطلاقة من مرحلة التّفاوض[547]، حيث تظهر مهمة الإشراف في ضبط تصرفات الأطراف المتفاوضة وحثهم على التّحلي بسلوك يتوافق مع النيّة الحسنة، بعيدًا عن سوء النيّة الراغبة في إلحاق أضرار وعدم الصدق والأمانة، مرفقًا بصرامة الجزاء المتمثل في ترتيب المسؤوليّة على كل طرف مخالف لمقتضيات مبدأ حسن النيّة **(المطلب الثّاني)**.

---

(545) - **GREGOIRE Marie-Annick**, L'impact de l'obligation de bonne foi: étude sur ses rôles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat, mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maître en droit, université de Montréal, 2001, p. 13.

(546) - **JALUZOT Béatrice**, *op.cit.*, p. 129.

(547) - **CORNU Gérard**, *op.cit.*, p. 681. « *Action de traiter une affaire, de passer un marché et, par ext. (sens principal aujourd'hui), opérations préalables diverses (entretiens, démarche, échanges de vues, consultations) tendant à la recherche d'un accord comp. Concertation ; désigne aussi bien la discussion d'un contrat en vue d'arriver à sa conclusion (pourparlers précontractuels impliquant une discussion sur les conditions du contrat spécialement sur le prix) que les efforts déployés en vue du règlement d'un différend (conflit collectif ou international) (...)* ».

المطلب الأوّل

إدخال الالتزام بحسن النيّة في قواعد العقد: خلق قاعدة انضباط

استقبلت مفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد مبدأ حسن النيَّة، واحتوته بقالب قانوني، تجسَّد في تقنّينه كقاعدة انضباط، تولي الانتباه لما يصدر من طرفي العمليَّة التعاقديَّة بدء بمرحلة التَّفاوض[548] مرورًا بالتَّعاقد وصولاً حتَّى التَّنفيذ، من تصرُّفات قد تخالف المقتضيات الَّتي يمليها مبدأ حسن النيَّة من نزاهة، صدق وإخلاص وغير ذلك من الضَّوابط الأخلاقيَّة، الَّتي تُضفي على التَّعامل التَّعاقدي سلوك مؤدّب يوحي بتشارك المصالح والحرص على تحقيقها.

تَجسَّد دور مبدأ حسن النيَّة في تغطية العمليَّة التعاقديَّة بمظلَّة أخلاقيَّة، فضلاً عن ضبط كل التَّجاوزات التَّعسُّفية في أثناء ممارسة الحريَّة التعاقديَّة، علما أنَّ هذا الدور المنوط للمبدأ عرف تبلورًا ترسَّخ بتطبيق تعاقدي واسع شمل كل مراحل العقد **(الفرع الأوّل)** مع إقامته على جملة مرتكزات تستجيب للهدف المسطر من قِبل المبدأ (**الفرع الثَّاني**).

الفرع الأوّل

حريَّة التَّفاوض وحسن النيَّة: تصالح في خدمة العقد

يهدف مبدأ حسن النيَّة[549] في المرحلة السَّابقة على التَّعاقد إلى ضمان ممارسة عقلانيَّة للحريَّة التعاقديَّة على النَّحو الَّذي لا يتعارض مع توجُّهات المبدأ، الَّذي يخول لكل طرف حريَّة التَّعبير عن رغبته في المبادرة بالتَّفاوض والسَّير، وحتَّى قطعها، لكن دون أن يسيء للمبدأ[550]؛ ليظهر –بهذا- التَّصالح الوظيفي بين كلا المبدأين البارز لا سيَّما في دور[551] مبدأ حسن النيَّة في تهذيب حريَّة التَّفاوض **(أوّلاً)** بعدما عرف تكريسًا كقاعدة انضباط ضمن قواعد النظريَّة العامَّة للعقد **(ثانيًا)**.

---

(548) - **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 346.

(549) - Ibid., p. 346.

(550) - **GREGOIRE Marie-Annick**, *op.cit.*, p. 36.

(551) - **وصال علي راغب أبو سعد**، مرجع سابق، ص. 89 وما يليها.

أوّلاً: دور حسن النيّة في تهذيب حريّة التّفاوض

أُقترح لمبدأ حسن النيّة[552] مهمّة تأديب حريّة التّفاوض، منعًا إيّاها من التعسُّف والتّجاوز في استقلاليّتها إضرارًا بحقوق الطّرف المتفاوض معه، الّذي يكون غالبًا في مركز الطّرف الضّعيف، وهذا كله ضمانًا لإرساء مظهر العدالة بين المتفاوضين؛ لذا بدا لزامًا على حريّة التّفاوض أن تستجيب لهذا الهدف المنشود، عن طريق امتثالها بعدم الإساءة لمبدأ حسن النيّة **(1)** والموقف ذاته أُيد من قِبل السّوابق القضائيّة في فرنسا **(2)**.

1.امتثال حريّة التفاوض لتعليمات حسن النيّة

يخول مبدأ حريّة التّعاقد لكل طرف الحق في اختيار الدخول في عملية تفاوضيّة من عدمه[553]؛ ليكون له في حال اختياره التّفاوض مع طرف مقابل له، إلزاميّة التّقيد بالتّعليمات الأخلاقيّة[554] الّتي تمليها قاعدة التّعامل بحسن النيّة، الّتي تقتضي –في كل مرّة- أن يتحلّى المتفاوضان بسلوك منضبط خالي من سوء النيّة في التّعامل بينهما[555]، هذا ما جعل من إقحام مقتضيات حسن النيّة في مرحلة المفاوضات[556]، يُؤخذ بها كمعيار ضابط لسلوكات الأطراف المتفاوضة، وفي الوقت ذاته يُمثل سياج حمائي ضد كل إساءة استخدام الحريّة خلال الدخول في مجريات هذه المرحلة السّابقة على التّعاقد.

تعمل حريّة التّعاقد على التّحكم بكل جوانب المرحلة التفاوضيّة، بدءً بالسهر على منح الطّرف المتفاوض الحريّة في البدء، السّير وحتّى قطع المفاوضات[557]، دون أن يخضع لأيّة مسؤوليّة، إذا ما تمت تلك التّصرفات في الحدود الّتي تمليها قاعدة التّعامل بحسن النيّة، بينما إذا شكّلت تلك التّصرفات الّتي أقدم عليها أحد المتفاوضين باسم حريّته التعاقديّة خطأ، وتعدي على مركز المتفاوض

---

(552) - **ROMAIN Jean-François**, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 106.

(553) - **SIGUOIRT Laurent**, **«** À la recherche de la négociation... **»**, *A.J. Contrat.*, N° 6, 2016, p. 270.

(554) - **ROMAIN Jean-François**, *op.cit.*, p. 106 et s.

(555) - **TISSEYRE Sandrine**, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière de droit anglais et du droit européen*, P.U.A.M., Paris, 2012, p. 43 et s.

(556) - **العطافي شريف علاء الدين**، "الالتزامات القانونيّة والأدبيّة الواقعة على أطراف التّفاوض"، مجلّة الدراسات القانونيّة والاقتصاديّة، مجلّد 8، عدد 2، 2022، ص. 721.

(557) - Article 1112 alinéa 1 **de l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : **«** *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi (...)* **»**.

معه، بأنّ كان سلوكه لا يستقيم مع مبدأ حسن النيَّة، فإنّها تُعرض من خالفها إلى مساءلة مدنية[558] في حق الطَّرف المتضرّر.

يظل مبدأ حريَّة التَّعاقد **"المبدأ الأصلي"**[559] الَّذي يحكم جوانب المرحلة التفاوضيَّة، أما مبدأ حسن النيَّة فيبقى **"قيدا ضابطا"**[560] يُهذّب من سلوكات الأطراف المتفاوضة منعًا للتَّعسف، وإساءة ممارسة الحريَّة وفقًا لمَّا تتماشى مع منطق العقد القائم على تحقيق مصالح الأطراف دون حصول تضارب بينها، وضمانًا لعدالة تجمع بين مراكزهما التَّفاوضية، لأن نجاح عمليَّة التَّفاوض، يستتبعه بالضَّرورة نجاح العمليَّة التعاقديَّة، وبلوغ كل طرف لمصلحته المعبر عنها، دون التَّعدي على مصلحة الطَّرف المقابل له في العمليَّة.

2.تأكيد القضاء على ترجمة حريَّة التَّفاوض لتعليمات حسن النيَّة

أُيدت علاقة التَّكامل الوظيفي بين حريَّة التَّفاوض الَّتي ينبغي أن تترجم في أثناء ممارستها للأدبيَّات[561] الَّتي تمليها قاعدة انضباط حسن النيَّة، من قِبل القضاء الفرنسي، وهذا ما جاء في إحدى قراراته القضائيَّة، بأن أكَّد على إرساء الجوانب المتصلة بمرحلة المفاوضات على قاعدة مفادها أنَّ حريَّة التَّعاقد تخول لكل طرف متفاوض الحريَّة في الدُّخول، السير وحتَّى قطع عمليَّة التفاوض، ولا يحدُ من هذه الحريَّة إلا إساءة الاستخدام الَّتي تأتي في شكل ممارسة تعسُّفية[562]، ممَّا ينتج عنها خطأ، يوجب إقامة المسؤوليَّة المدنيَّة[563].

سهر الاجتهاد القضائي في فرنسا على دعم العلاقة التصالحيَّة الَّتي تجمع بين مبدأي حريَّة التَّعاقد وحسن النيَّة، من منطلق تحقيق العدالة العقديَّة بين الأطراف المتفاوضة، وهذا من خلال

---

(558) - **محمد عبد الظاهر حسين**، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 89.

(559) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 450.

(560) - المرجع نفسه، ص. 450.

(561) - **ROMAIN Jean-François**, *op.cit.*, p. 106 et s.

(562) - **Cass. Com.** 26 novembre 2003, N° 00-10.243 00-10.949, Bull. Civ. N° 4, 2003, p. 206. « *(...) que la liberté contractuelle implique celle de rompre les pourparlers, liberté qui n'est limitée que par l'abus du droit de rompre qui est une faute caractérisée par le fait de tromper la confiance du partenaire ; que la cour d'appel, qui n'a relevé aucun élément à la charge du cédant de nature à caractériser un tel comportement, contraire à la bonne foi contractuelle, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 1382 et 1383 du Code civil ; (...)* ».

(563) - **محمد عبد الظاهر حسين**، مرجع سابق، ص. 89.

السماح لمبدأ حريَّة التَّعاقد بتقرير ممارسة عقلانيَّة ظاهرة في أثناء الدُّخول في العمليَّة التَّفاوضية[564]، والسير وحتَّى القطع، متوافقة مع قاعدة انضباط حسن النيَّة.

ثانيًا: تكريس مبدأ حسن النيَّة في ظلّ القانون المدني

أُعترف بمبدأ حسن النيَّة ضمن القواعد المنظمة للنَّظريّة العامّة للعقد، كأحد أبرز المبادئ الموجهة للعمليَّة التعاقديَّة، والضَّامنة لتعامل مؤدب بين طرفيها؛ لذا سعت كل تشريعات الدُّول إلى النَّص على القيمة القانونيَّة للمبدأ، وفعلاً هذا ما أُلتمس سواء على الصَّعيد الوطني كحال القانون المدني الجزائري **(1)** أو على المستوى الدَّولي كحال القانون المدني الفرنسي **(2)**.

1.مبدأ حسن النيَّة في ظلِّ القانون المدني الجزائري

تعرضت قواعد النَّظريَّة العامَّة للعقد، للعديد من النقائص القانونيَّة، ممَّا جعل أغلب مسائلها تتخللها فراغات تشريعيَّة بخصوص تنظيم بعض جوانبها، منها ما تعلَّق بمسألة انعدام أثر حسن النيَّة في مرحلة المفاوضات، حيث شهدت هذه المرحلة قصور تشريعي إزاء توسيع مظلَّة حسن النيَّة، الَّتي تكون أسبابها عائدة لجملة ثغرات، يجب العمل على كشفها، قصد تداركها، تحقيقًا لمبدأ العدالة بين طرفي العمليَّة التَّفاوضية.

يَخُص تقصير المشرّع مظلَّة حسن النيَّة في نطاق تعاقدي محدّد بمرحلة التَّنفيذ[565]، عن أبرز الثَّغرات الَّتي كشفت عن عدم تنظيم المشرع لكافة المراحل الَّتي تمر بها العمليَّة التعاقديَّة ومنها مرحلة التَّفاوض؛ ليصبح لمبدأ حسن النيَّة أثر محدود يتوقف سريانه عند مرحلة التَّنفيذ[566]، وهذا كلُّه راجع أساسًا إلى موقف المشرّع الَّذي لا يزال متمسكًا بالفلسفة التَّقليديَّة لنظريَّة العقد، وبأفكارها الكلاسيكيَّة، بدليل أنَّه لم يتمّ اقتراح تعديل للقواعد المنظمة للعقد؛ لذا يبدو –من وجهة نظرنا- أن متطلَّبات الممارسة التعاقديَّة، لاسيَّما تزامن مع التطوُّرات الحديثة، تلزم المشرّع –دائمًا- بضرورة النُّهوض بثوب جديد للعقد.

---

(564) - **العطافي شريف علاء الدين**، مرجع سابق، ص. 721.

(565) - **BOULMERKA Amina**, « Good faith in contracts: an evident principle in algerian law », *Critical Journal of Law and Political Sciences*, Vol 19, N° 2, 2024, p. 335.

(566) - Ibid., p. 335.

2.مبدأ حسن النيَّة في ظلِّ القانون المدني الفرنسي

عاش مبدأ حسن النيَّة بين مفاهيم الفلسفة التقليديَّة لنظريَّة العقد الواردة في ظلّ قانون نابليون لعام 1804، تحجب عن توسيع مظلته لتشمل كافة جوانب العمليَّة التعاقديَّة **(أ)**؛ ليعرف المبدأ بعد التنويهات القضائية المتجهة نحو إبراز أهمية احتضانه كمبدأ موجه لجوانب العقد، تيقن المشرع بضرورة تكريسه كقاعدة قانونية احتوتها نصوص إصلاح قانون العقود لسنة 2016 **(ب)**.

أ. قانون نابليون لعام 1804: تضيق مظلَّة حسن النيَّة

عانى مبدأ حسن النيَّة في ظل الفلسفة التَّقليديَّة لنظريَّة العقد، من فراغ تشريعي تستر عن توسيع الدَّائرة العقديَّة الَّتي ينبغي أن يرسو عليها محتوى المبدأ[567]، كحال إغفال إدخال معطيات حسن النيَّة في المرحلة التفاوضية وسائر المراحل الَّتي تمرُّ عبرها العمليَّة التعاقديَّة، وهذا ما كشفت عن توجُّه واضعو قانون نابليون لعام 1804 في إبقاء مبدأ حسن النيَّة يحكُّم آثار العقد من حيث عمليَّة التَّنفيذ[568]؛ لتتم في ضوء مقتضيات الَّتي تمليها قاعدة التَّعامل بحسن النيَّة.

يرجع سبب الفراغ التَّشريعي الَّذي صاحب تقنين مبدأ حسن النيَّة على نحو تعاقدي واسع، إلى عدم تعرُّض واضعو قانون نابليون لعام 1804 –آنذاك- إلى تنظيم مرحلة التَّفاوض بوصفها أحد المراحل الَّتي يجب أن تسبق عمليَّة التَّعاقد، ناهيك عن عدم إدراج حسن النيَّة كمبدأ توجيهي لجوانب العمليَّة التعاقديَّة، لكن يمكن –من وجهة نظرنا- التحجج **بالمادَّة 1134 فقرة 3**[569] –سبق ذكرها- من هذا القانون، الَّتي اعتبرته مجرَّد أثر يترتَّب عند وصول المتعاقدين إلى عمليَّة التَّنفيذ العقدي، بحيث تحثُّهما على ضرورة التَّقيد بمبدأ حسن النيَّة[570]، ضمانًا لتقرير العدالة العقديَّة.

---

(567) - **القوني عبد الحليم عبد اللطيف**، حسن النيَّة وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعيَّة، الإسكندريَّة، 2010، ص. 27 وما يليها.

(568) - **DÉFOSSEZ Michel**, **«** La bonne foi au cœur de la négociation **»**, *AJ contrat.*, N° 7, 2016, p. 327.

(569) - Article 1134 alinéa 3 de la **loi n° 1804-02-07**, code civil, dispose que : **«** *(…) Elles doivent être exécutées de bonne foi* **»**.

(570) - **JALUZOT Béatrice**, *op.cit.*, p. 130.

ب.إصلاح قانون العقود لسنة 2016: توسيع مظلّة حسن النيّة

عمدت **المادّة 1104**[571] من إصلاح قانون العقود، إلى تبنّي القيمة القانونيّة لمبدأ حسن النيّة، والتّطلع إلى ضمان شمولية مظلّة المبدأ لتصل إلى كافة جوانب العمليّة التعاقديّة؛ لذا من أجل التّمعن في قيمة المبدأ والتّعرف على محتـــواه الضّابط لتصرُّفات طرفي العقد لاسيّما في مرحلة التّفاوض، وجب تحديد التموضع التّشريع لها **(ب-1)** فضلاً عن التّنقيب في دور مبدأ حسن النيّة **(ب-2)**.

ب-1. تحديد التّموضع التّشريعي للمادّة 1104

حافظ المشرّع الفرنسي على الصبغة الأخلاقيّة للعلاقة العقديّة، وأقر بوجوب تحلّي أطرافها بسلوكات تستقيم مع حسن النيّة[572]، من صدق وإخلاص وأمانة، إلّا أن التّموضع التّشريعي للمكانة الّتي يحتلها المبدأ ضمن أحكام إصلاح قانون العقود، أصابها تغيير، مقارنة بمكانتها التّقليديّة – قبل الإصلاح-، بحيث اختار المشرع اعتمادها كمبدأ موجّه للعقد، يضمن نجاعته، فأعاد النّص عليها في القسم المتعلّق بـ **"الأحكام التمهيديّة"(dispositions liminaires)**.

تأمُّلا في التّصميم التّشريعي لإعادة توقع مكانة مبدأ حسن النيّة ضمن أقسام النّظريّة العامّة للعقد، مدى توفيق المشرّع في اختياره لهذه المكانة، بعدما أعاد تجميع المبادئ تحت مظلّة توجيه العقد، فعلى الرّغم من دور استقلاليّة الإرادة في ضمان المصلحة الشّخصيّة، إلّا أنّه يجب التّركيز من جهة أخرى على قاعدة التّعامل الأخلاقي المبنية على حسن النيّة، حتّى لا يتم تغليب مصلحة أي من الطّرفين على حساب الطّرف الأخر، إنّما يجب البحث في ضوء قِيام العمليّة التعاقديّة على تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدين.

---

(571) - Article 1104 alinéa 1 **de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *Les contrats doivent être négociés (...) de bonne foi (...)* ».

(572) - يلاحظ أن المشرّع الفرنسي لم يقدم لمبدأ حسن النيّة تعريفًا قانونيًا، يبيّن أهم معطياته التّشريعية، إنّما اكتفى ببيان المراحل التعاقديّة الّتي يجب أن يرسو عليها، حتّى يحط قاعدة انضباط تسفر عن أخلاق في التّعامل بين المتعاقدين، مما يسمح لنا بالقول، أن المشرّع لا يزال متمسّكا بالفلسفة التقليديّة لنظريّة العقد، الّتي لم تشر لأي تعريف للمبدأ، وهذا الوضع –من وجهة نظرنا- منطقي جدا، بحكم أنّ المألوف أن المشرّع لا يختص بعمليّة تقديم التعاريف للمبادئ القانونيّة، إنّما هي من مهام جمهور الفقهاء.

ب-2. قراءة في محتوى المادّة 1104

أسّس المشرّع الفرنسي العمليّة التعاقديّة في ظلِّ إصلاح قانون العقود، على قاعدة الانضباط في التّعامل، والّتي عبر عنها مبدأ حسن النيّة المتبنّى في **المادّة 1104** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، بعدما عرف تكريسه –في ظلِّ قانون نابليون لعام 1804- على نطاق تعاقدي ضيق شمل مرحلة التّنفيذ؛ لتثبت **المادّة 1104** – السّالفة الذِّكر- (النّص الجديد) تدارك المشرّع لهذه الثغرة في التكريس المحتشم للمبدأ، فأعاد تضمِينه بطابع العمومية، حتّى يمتد ليشمل كافة مراحل العمليّة التعاقديّة(573)، بداية بمرحلة المفاوضات(574)، الّتي عرفت اهتمام تشريعي منظم لكافة جوانبها التّفاوضية(575).

أضفى ترتيب مبدأ حسن النيّة كأحد أهم الركائز الّتي تقوم عليها العمليّة التعاقديّة، عن إبراز طابع التّعامل الأخلاقي المؤدب بين المتعاقدين، الواجب التّقيد به، مهما كانت المرحلة التعاقديّة الّتي وصلوا إليها؛ وعدم تقصير مظلتها على نطاق تعاقدي ضيق، ممّا ينتقص معه من فعاليّة المبدأ، ليدل هذا الموقف التّشريعي، مدى ميل المشرّع إلى الاهتمام بتحقيق عدالة عقديّة تجمع بين طرفي العلاقة العقديّة.

ورود مبدأ حسن النيّة في المرتبة الثالثة إلى جانب كل من مبدأ حريّة التّعاقد ومبدأ القوّة الملزمة الواردة الذكر في ثنايا القسم المتعلق بـ **"الأحكام التمهيديّة"**(576)، إنّما جاءت -هذه المرتبة- لجعل المبدأ كجهة رقابة لكافّة التّجاوزات الّتي قد تحدث عند ممارسة الحريّة التعاقديّة، والتّمسك الزائد بتحجر العلاقة العقديّة، فيكون عندها لمبدأ حسن النيّة مساهمة فعالة في تهذيب جرأة استقلاليّة الحريّة التعاقديّة، وحتّى السّماح بالتّدخل في شؤون العقد باسم حسن النيّة، قصد إضافة لها أسمى مظاهر العدالة العقديّة.

(573) - **BALAT Nicolas**, « Le juge contrôlera- t- il d'office la bonne foi des contractants ? », *D*, N° 38, 2018, p. 2099.

(574) - **CHENEDE François**, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, Paris, 2016, p. 32.

(575) - سيتم التّفصيل في جوانب المرحلة التّفاوضية ضمن الأجزاء الموالية من هذه الدراسة.

(576) - **GROSSER Paul**, « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJ contrat.*, N° 6, 2016, p. 270.

الفرع الثّاني

مرتكزات الالتزام بحسن النيّة

تستند قاعدة انضباط حسن النيَّة على مرتكزات، تعزز من دور الالتزام بالمبدأ في أثناء قِيام العمليَّة التعاقديَّة، وتؤكّد على صرامة التَّقيد بضـوابطها، حتَّى يتم ضمان فعـاليَّة المبدأ العائدة على العقد؛ لذا أُلحقت قاعدة الانضباط حسن النيَّة بركيزة النِّظام العام، لتبين صرامة القواعد الَّتي تمليها على المتعاقدين **(أوّلاً)** فضلاً على ركيزة توسيع من نطاق تطبيق قاعدة حسن النيَّة لتشمل نطاق تعاقدي واسع **(ثانيًا)**.

أوّلاً: التفاف النِّظام العام حول حسن النيَّة

يكتسي مبدأ حسن النيَّة[577] في العقد طابع النِّظام العام، ممَّا جعل كافة القواعد الَّتي تمليها قاعدة انضباط حسن النيَّة على المتعاقدين، تدور في فلك تأطير النِّظام العام **(1)** الَّتي ترتب جملة آثار عائدة على التزام المتعاقدين بحسن النيَّة **(2)**.

1.اكتساء حسن النيَّة بطابع النِّظام العام

أُدمجت مقتضيات حسن النيَّة بطابع النِّظام العام[578]، ضمانًا لالتزام طرفي العلاقة العقديَّة بالضَّوابط الَّتي يمليها هذا المبدأ، حتَّى تصل بالعقد إلى أداء وظائفه، وتحقيقًا لعدالة عقديَّة تبادليَّة بين كلا الطَّرفين، وبذات الوقت يظهر أن المشرّع الفرنسي عزَّز من مظلّة حسن النيَّة في ظلّ رؤيته الإصلاحيَّة لقانون العقود، بحيث أقر جزاء مدني صارم يُطبق عند مخالفة قاعدة الانضباط حسن النيَّة، باعتبار أنَّ كافة قواعدها تدور في فلك فكرة النِّظام العام[579].

---

(577) - **LEFEBVRE Brigitte**, La bonne foi dans la formation du contrat, Éditions Yvons BLAIS INC, Québec, 1988, p 58.

(578) - Article 1104 alinéa 2 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(…) Cette disposition est d'ordre public* ».

(579) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 5. : « *(…) le deuxième alinéa précise que le devoir de bonne foi est une disposition d'ordre public (…)* ».

أثير تغطية مبدأ حسن النيَّة بمظلَّة النِّظام العام على البساط القانوني تساؤلات حول دلالة مصطلح النِّظام العام[580]، فيمكن استنادًا إلى دور المبدأ في تأمين غطاء حمائي يلتف حول مركز الطَّرف الضَّعيف في العلاقة العقديَّة[581]، فضلاً على أنَّ العمليَّة التعاقديَّة ترتب حقوقًا خاصَّة بالمتعاقدين، التَّوصل إلى القول أن المقصود بالنِّظام العام هو النِّظام ذو البعد الحمائي[582].

2.آثر النِّظام العام على دائرة حسن النيَّة

يَحجب طابع النِّظام العام لمبدأ حسن النيَّة على طرفي العلاقة العقديَّة إمكانيَّة مخالفة مقتضياته[583]، مما يكشف عن صرامة التمسك بالمبدأ في أية مرحلة من مراحل العمليَّة التعاقديَّة، سواء تمَّت المخالفة بمحاولة تجاهل الطَّرفين تطبيق قواعده أو التَّنصل منه، بإجراء تخفيض أو مساومة بشأنه[584]، أو حتَّى الاتّفاق المسبق بمقتضى شرط في العقد يقضي بالتَّنازل عن فكرة التّفاوض بحسن النيَّة.

تقتضي رغبة المشرّع الفرنسي –سواء قبل أو بعد إصلاح قانون العقود- ضرورة سعيه إلى تقييد إرادة الأطراف المتعاقدة بالتّحلّي بحسن النيَّة في التّفاوض[585]، وفي أثناء صياغة العقد وتنفيذه؛ ليصبح مبدأ حسن النيَّة كنظام غير قابل للطّعن فيه، قصد المساس بالفعالية المقررة له في المجال العقدي[586]، وإلّا أُنتهِكت حرمة وفعليّة **المادَّة 1104** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، الَّتي أُعدت قواعدها من النِّظام العام.

تخول طبيعة النِّظام العام لمبدأ حسن النيَّة للقاضي[587] إمكانيَّة إثارة تجاوز الأطراف المتعاقدة -مهما كانت المرحلة الَّتي وصلا إليها- لمقتضيات المبدأ، علمًا أنّ هذه السُّلطة الممنوحة للقاضي يتقرَّر إعمالها حتَّى حال عدم إثارة المتعاقد (الَّذي تقرَّر الدّفع لمصلحته) الدَّفع بخرق مقتضيات حسن النيَّة

---

(580) - **SIGUOIRT Laurent**, *op.cit.*, p. 270.

(581) - **الخطيب محمد عرفان**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص 205.

(582) - سبق وأن تطرقنا في هذه الدراسة، إلى تبيان دور النِّظام العام الحمائي، في أنَّه يسعى إلى تقييد نطاق الحريَّة التعاقديَّة، نزولاً عند الرغبة في توفير قدر معيَّن من العدالة العقديَّة بين طرفي العلاقة العقديَّة.

(583) - **BALAT Nicolas**, *op.cit.*, p. 2099.

(584) - Ibid., p. 2099.

(585) - **العطافي شريف علاء الدين**، مرجع سابق، ص. 799 وما يليها.

(586) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 144.

(587) - **BALAT Nicolas**, *op.cit.*, p. 2100.

من قِبـل الطّرف المتعاقد[588] معه، ممّا يدلُّ هذا المـوقف التّشريعي، أنّ نيّة المشرّع كفـالة فعّاليّة المبدأ، من خـلال جعله في قبضة القاضي الّذي أنيط له مهمة السّهر على النُّطق بعبارات النّظام العامّ، إذا ما أرادا المتعاقدين التّحايل عليه.

ثانيًا: توسيع مظلّة حسن النيّة

ساير المشرّع الفرنسي ضمن سياسته الإصلاحيّة لمفاهيم النظريّة العامّة للعقد، الإبداعات القضائيّة في مجال تطوير نظريّة العقد، فكانت البداية أن احتضن مبدأ حسن النيّة كمظلّة تعلو كافّة أصناف العقود[589]، بعدما أقر إدخال مقتضياته في قاعدة قانونيّة منصوص عليها ضمن القسم المتعلق بـ **"الأحكام التمهيديّة"**، وعدم اقتصار تطبيقها على نطاق تعاقدي ضيق، تعدم معه فعاليّته المنتظرة في توجيه مرشد لجوانب العمليّة التعاقديّة.

شجع الاجتهاد القضائي في فرنسا ولفترة زمنيّة طويلة، العمل التّشريعي على اتخاذ خطوة تُندد بتوسيع دائرة سريان قاعدة حسن النيّة وما لها من دور في ضبط العمليّة التعاقديّة، وتوجيهها نحو تحقيق المصالح المنتظرة من قِبل المتعاقدين، على نطاق تعاقدي[590] شامل لكافّة مراحل العمليّة التعاقديّة[591]، انطلاقًا من مرحلة التّفاوض وصولًا حتى إلى خارج العمليّة أي ما بعد العقد، كرؤية إصلاحيّة استشرافية[592] يؤمّل من المشرّع الفرنسي تداركها في المستقبل القريب.

---

(588) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 144.

(589) - **الخطيب محمد عرفان**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 204.

(590) - **ROMAIN Jean-François**, *op.cit.*, p. 118 et s.

(591) - **الخطيب محمد عرفان**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 205.

(592) - تم التعرض إلى مسألة تكريس مبدأ حسن النيّة في مرحلة بعد العقد، ضمن الأجزاء الموالية من هذه الدراسة، كرؤية استشرافية لمفاهيم النظريّة العامّة للعقد.

المطلب الثّاني

ملامح إشراف حُسن النيّة على عمليّة التّفاوض: الالتزام بعدم الإساءة

وُكل لمبدأ حسن النيّة حال تكريسه كمبدأ توجيهي ضمن قواعد النظرية العامّة للعقد، مهمة الإشراف على جوانب عمليّة التّفاوض[593]، والتّركيز لا سيّما على ضبط سلوك[594] الأطراف المتفاوضة في كل مرحلة من مراحل هذه العمليّة التّفاوضية، للتّأكد من عدم التّعسُّف في استخدام الحريّة المعترف بها لكل طرف، على النّحو الّذي يُشكل إساءة صارخة بالمقتضيات الّتي باتت تمليها حسن النيّة بوصفها قاعدة انضباط تضمّن استقامة تصرفات أطراف العمليّة التّفاوضية.

تسترشد مراحل العمليّة التّفاوضية لهدف تحقيق نجاعتها المأمولة من قِبل أطرافها، بالتزام بحسن النيّة، وهذا بثبوت محتوى الالتزام في كافّة مراحل الّتي تشملها العمليّة التّفاوضية، بدء بمرحلة المبادرة التّفاوضية **(الفرع الأوّل)** مرورًا بمرحلة استمراريته في أثناء السير في عمليّة التّفاوض **(الفرع الثّاني)** انتهاء بمرحلة وضع خط النّهاية لعمليّة التّفاوض بنتائج تُضفي إلى نجاح أو فشل التّفاوض[595] **(الفرع الثّالث)**.

الفرع الأوّل

حُسن النيّة والمُبادرة التفاوضيّة

تُمهد عمليّة التّفاوض لأهم مرحلة يبدأ بها التّشاور والتّحاور والاتّفاق[596] على جوانب العمليّة التعاقديّة[597]، الّتي تتوقف على إثر نجاح عمليّة التّفاوض نجاعة باقي مراحل التّعاقد؛ لذا فُضل ضمانًا لهذا الهدف المنشود، تأطير جوانب عمليّة التّفاوض بمبدأ حسن النيّة، بدء بتقديم أحد الأطراف المبادرة بالدخول في مفاوضات، على أنّ يقيد سلوكه بالتّحلي بنيّة جدية **(أوّلاً)** مع ضرورة الاتّصاف بالحذر عند التّفاوض **(ثانيًا)**.

---

(593) - **BALAT Nicolas**, *op.cit.*, p. 2099 et s.

(594) - **TISSEYRE Sandrine**, *op.cit.*, p. 43 et s.

(595) - **رجب كريم عبد اللاه**، التّفاوض على العقد: دراسة تأصيلية تحليليّة مقارنة، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 2000، ص. 69.

(596) - **العطافي شريف علاء الدين**، مرجع سابق، ص ص. 755-756.

(597) - المرجع نفسه، ص. 71.

أوّلاً: التّحلي بالجديّة عند الدُّخول في المفاوضات

ينعكس تحلِّي الطَّرف المتفاوض بنية تكشف عن عدم جديَّته في التوصل إلى نتيجة تفاوض تُفضي إلى إبرام العقد على نجاعة العمليَّة التفاوضيَّة، بحيث لا تؤدِّي إلى نشوء علاقة عقديَّة، ولا إلى تحقيق الأهداف المرجوَّة من قِيامها؛ لذا حبَّذا أن تتقيَّد الأطراف المتفاوضة بروح الجديَّة **(1)** وألا تتصف بسوء النيَّة **(2)**.

1.دخول طرف في التّفاوض دون نيّة جديّة

تُلزم عمليَّة الدُّخول في المرحلة السَّابقة على التَّعاقد، ضرورة إرساء مقتضيات مبدأ حسن النيَّة على طاولة النِّقاش التَّفاوضي، الَّذي يفرض تحقيقا لنجاعة نتائج التَّفاوض الممهِّدة[598] لِقيام علاقة عقديَّة، إتيان الأطراف المتفاوضة بسلوك يتجرد كليَّة من التَّعامل بسوء نيَّة[599]، على النَّحو الَّذي يتوافق هذا السُّلوك الصَّائب مع تقرير مبدأ الأمانة التعاقديَّة[600].

يفرض مبدأ الأمانة التعاقديَّة[601] على المتفاوضين، الحرص على عدم مخالفة مضمونه عن طريق إتيان سلوك يُشكِّل إساءة صارخة بمبدأ حسن النيَّة[602]، كحال مبادرة أحد الأطراف المتفاوضة في الدُّخول في عمليَّة تفاوضيَّة دون التَّحلِّي بنية جديَّة[603] تُفضي إلى إبرام العقد مع

---

(598) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص. 71.

(599) - **DÉFOSSEZ Michel**, *op.cit.*, p. 329.

(600) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, « Bonne foi », *Rép. Civ.*, Janvier 2017, (actualisation: Juillet 2023), p. 34.

(601) - **KLEIN Julie**, « La loyauté en droit des contrats », *Justice et Cassation.*, N° 1, 2014, p. 77.

(602) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 34.

(603) - أشارت مبادئ **(UNIDROIT)** ومبادئ **(PDEC)** إلى أن عدم تحلي الطَّرف المتفاوض بنيّة جدية تتجلى في نيته بعدم التوصُّل إلى اتّفاق بأول لحظة يبادر فيها بالدُّخول أو يواصل عمليَّة التَّفاوض، أنظر في ذلك:

Article 2.15 alinéa 3 de **l'institut international pour l'unification du droit privé**, Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international, Rome, 2010, p. 52, dispose que : « *(...) (3) Est notamment de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord* ».

Article 301 :2 alinéa 3 de de **Principes de droit européen des contrats**, in : https://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/pecl_part1e2_francese.pdf , consulté le : 08/03/2024. dispose que : « *(...) (3) Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre* ».

الطَّرف المتفاوض معه، ذلك أنَّ مثل هذا السُّلوك يلتمس منه سوء نيَّة، وخطأ مَنْ قِبل من بادر به، مما يعرض الطَّرف الَّذي صدر منه إلى مسؤوليَّة[604].

يُستعلم من هذا الموقف الَّذي تبنَّاه القضاء الفرنسي، مدى مناصرته لسلوك الطَّرف المتفاوض الّذي يستجيب لمقتضيات حسن النيَّة[605]، رغم أنَّ الدُّخول في هذه المرحلة يستند –من حيث الأصل- إلى مبدأ الحريَّة[606] التَّفاوضيَّة، لكن أيَّ سلوك يخالف به الأطراف المتفاوضة قاعدة الانضباط[607] الأخلاقيَّة الَّتي تقضي بها مبدأ حسن النيَّة، فإنَّ من بادر به يتعرَّض إلى مسؤوليَّة[608] تُقام في حقِّه، وهذا كلُّه حتَّى يتمَّ ضمان تقرير مبدأ التَّوازن بين حريَّة الفرد في المبادرة التَّفاوضيَّة دون التَّعدِّي على مبدأ العدالة، الَّذي يسهر مبدأ حسن النيَّة على صبغه في كافَّة المراحل الَّتي تمرُّ بها العمليَّة التعاقديَّة.

2.دخول طرف في التَّفاوض بسوء نيَّة

يتماثل التَّعامل بسوء النيَّة في مرحلة المفاوضات، في حال مبادرة أحد الأطراف إلى التَّفاوض بنية إجراء محادثات ومناقشات حول العمليَّة التفاوضية، بنية الحصول على معلومات معينة، فمثل هذا السُّلوك يُشكِّل انتهاكًا صارخًا بمبدأ حسن النيَّة، ومخالفة لقاعدة الانضباط[609] عند الدُّخول في المفاوضات، على الرَّغم أنَّ الأصل في بدء المفاوضات يحكمها مبدأ حريَّة التَّفاوض[610]، لكن يجب أن تمارس هذه الحريَّة دون تجاوز، ممَّا يعرض الطَّرف الَّذي تعامل بسوء نيَّة[611]، للمساءلة مدنيَّة بسبب الخطأ الَّذي ارتكبه في حق المتفاوض معه.

---

(604) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 35.

(605) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص. 71.

(606) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 450.

(607) - المرجع نفسه، ص. 450.

(608) - **محمد حسام محمد لطفي**، المسؤوليَّة المدنيَّة في مرحلة التَّفاوض: دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النَّشر الذَّهبي للطّباعة، القاهرة، 1995، ص. 29.

(609) - المرجع نفسه، ص. 450.

(610) - **برهامى فايزة**، التزامات الأطراف في المرحلة السَّابقة للتَّعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريَّة، (د.س.ن)، ص. 47.

(611) - لم تبيّن مبادئ **(PDEC)** حدود المسؤوليَّة الَّتي تُقام في مواجهة الطَّرف الَّذي يدخل في مفاوضات، دون أن يتحلى بنية عازمة على إبرام العقد، أنظر في ذلك:

Article 301 :2 alinéa 2 de **Principes de droit européen des contrats**, dispose que : « *(...) Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. (...)* ».

أكد القضاء الفرنسي في إحدى قراراته القضائية، أنَّه على الرغم من أن الدُّخول أو المبادرة التفاوضية يحكمها مبدأ حريَّة التفاوض، تبقى مرحلة المفاوضات حرَّة تستجيب لاستقلاليَّة الإرادة، وفي ذات الوقت ترضخ للالتزام الصارم بمبدأ حسن النيَّة، الَّذي يترتَّب عنه أنَّ الطَّرف الَّذي ينتهك قيمة هذا المبدأ[612]، من خلال الدُّخول في المفاوضات بسلوك طفيلي –على سبيل المثال-[613] قصد الاطلاع على أسرار العقد المراد إبرامه، يعرض هذا الطَّرف إلى مساءلة مدنيَّة تقوم على أساس تعويض الضرر الَّذي يلحق بالمتفاوض معه، جراء هذا السُّلوك المنافي لطابع حسن النيَّة في التَّعامل.

ثانيا: الالتزام بالحذر عند الدُّخول في المفاوضات

يُؤخذ بشرط التَّفرد[614] أثناء الدُّخول في المفاوضات، على أنَّه ليس من مستلزمات إجراء مفاوضات موازية مع عدّة أطراف، وهذا استنادا لمبدأ حريَّة التَّفاوض، غير أن هذا الشَّرط قد يخضع لرقابة قضائيَّة **(1)**، إذا أُلتمس منه توجُّه نيَّة الطَّرف المتفاوض إلى التَّعدي على مصلحة أحد المتفاوضين، إثر دخوله في مفاوضات موازية مع عدة أطراف[615]؛ ليقع –بذلك- عليه التزام بالإفضاء **(2)** حتَّى تكون كل الأطراف على علم ودراية بوجود مفاوضات موازية، فتستعيد حريَّتها في التَّفاوض، فضلاً عن قِيامها بتقدير مصلحتها من عدمها نتيجة دخولها في مثل هذه المفاوضات.

1.الرقابة القضائيَّة على الإساءة لمبدأ حسن النيَّة

رعى القضاء الفرنسي مرحلة المفاوضات أهميَّة بالغة، نظرًا لدورها في ضمان نجاعة باقي مراحل العمليَّة التعاقديَّة، ولأجل بلوغ هذا الهدف المنشود، حرص القضاء بفضل رقابته[616] الدَّائمة على ضمان استقامة[617] سلوك الأطراف المتفاوضة وفقا لتعليمات الَّتي تمليها قاعدة حسن النيَّة، بما لا

---

(612) - **GREGOIRE Marie-Annick**, *op.cit.*, p. 36.

(613) - **Cass. Civ**. 3ème, 16 mars 2023, N° 22-11.048, in : https://www.courdecassation.fr/decision/6412c9e1314ae0a62152cf7a , Consulté le : 08/03/2024. « *(...) 1. ALORS QUE, si, d'une part, chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, et si, d'autre part, l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations contractuelles sont libres, il demeure que les pourparlers contractuels doivent être conduits dans le strict respect du principe de bonne foi ; qu'il s'ensuit que la partie qui manque à ce principe de bonne foi, en se comportant comme un parasite par exemple, doit réparer le préjudice qu'elle cause à l'autre partie, (...)* ».

(614) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 36.

(615) - Ibid., p. 36.

(616) - **BALAT Nicolas**, *op.cit.*, p. 2101.

(617) - **محمد حسام محمد لطفي**، مرجع سابق، ص. 26.

يشكل إساءة[618] في ممارسة حريّة التّفاوض على نحو يخالف ضوابط هذه القاعدة، حفاظًا على تقرير مبدأ التّوازن بين كل من مبدأ حسن النيّة وضبط حرية التّفاوض.

بسط القضاء الفرنسي رقابته على إساءة استخدام حريّة التّفاوض على النحو الّذي يشكل إساءة صارخة بمبدأ حسن النيّة، وقد جاء ذلك في إحدى قراراته في قضيّة تتلخّص وقائعها أن بلديّة أعلنت عن نيّتها في بيع قطعة أرضية في قسم صناعي بمبلغ قدره 250 فرنك للمتر المربع فدخلت في مفاوضات مع شركة **(Y)** لشراء تلك القطعة، غير أن الثّمن المشروط من قِبل البلديّة كان مرتفعًا، ما أدى بالشركة **(Y)** إلى طلب التّفاوض على الثّمن قصد التّخفيض منه، إلّا أن البلديّة بقيت متمسكة بمبلغ 250 فرنك للمتر المربع، الوضع الّذي تسبّب في فشل المفاوضات.

لوحظ بعد مدّة زمنيّة أن البلديّة قد أبرمت صفقة بيع مع طرف ثالث وبمبلغ قدره 120 فرنك، فدفع الوضع شركة **(Y)** إلى رفع دعوى قضائيّة ضدّ البلديّة متذرعة بإنهاء غير مشروع لهذه المفاوضات والّتي تنطوي –منذ البداية- على **نيّة البلديّة غير الجديّة** في التّوصل مع الشركة **(Y)** إلى إبرام عقد شراء القطعة الأرضيّة، طالبت التّعويض عن الضّرر النّاتج عن السلوك التّعسُّفي للبلديّة.

قبلت محكمة النّقض الفرنسيّة طلبات الشركة **(Y)**، بحكم أنّه كان يتعيّن على محكمة الاستئناف فتح تحقيق لفحص نيّة البلديّة عما إذا كانت جديّة، لا سيّما بعد تسببها في فشل المفاوضات من عدمها، وقطعها بصورة تعسُّفيّة، بعدما واصلت السير في إجراء المفاوضات لأجل بيع قطعة أرضيّة بمبلغ قدره 250 فرنك للمتر المربع مع شركة **(Y)**، بينما دخلت في عمليّة تفاوض مع طرف ثالث بمبلغ قدره 120 فرنك[619].

2.الالتزام بالإفضاء عن مفاوضات موازية

تخضع مرحلة التّفاوض –مبدئيا- لمبدأ حريّة التّعاقد، الّذي يخول لكل شخص الحريّة في المبادرة بالدُّخول في مفاوضات مع طرف مقابل له، أو حتّى عدة أطراف في وقت واحد، ذلك

---

[618] - **GREGOIRE Marie-Annick**, *op.cit.*, p. 36.

[619] - **Cass. Civ**. 2ème, 04 juin 1997, N° 95-10.574, in https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007338911, consulté le : 10/03/2024. « *(...) Qu'en s déterminant ainsi, sans répondre aux conclusions de la SCI qui demandait de rechercher si la commune, en continuant de mener ces pourparlers sur la base d'un prix manifestement surévalué, tout en proposant dans le même temps à un tiers un prix de 120 francs, n'avait pas agi dans le seul but de faire échouer les négociations menées avec la SCI, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés ; (...)* ».

أنَّ شرط التَّفرد[620] لا يُعد من قبيل الشُّروط الَّتي أوجبها المشرّع عند الدُّخول في المفاوضات، إنَّما أوجب أن تكون ممارسة حريَّة التَّفاوض متآتية مع المعطيات الأدبية الَّتي تمليها مبدأ حسن النيَّة، أي يجب على الأطراف المتعاقدة تفادي الإساءة إلى حسن النيَّة قصد إلحاق أضرار بحقوق ومصالح الطَّرف أو الأطراف المقابلة له في العمليَّة التَّفاوضية.

فرض القضاء الفرنسي[621] إلزاميَّة الإفضاء عن وجود مفاوضات موازيَّة، حال دخول طرف مع عدة أطراف متفاوضة في وقت واحد، ممَّا قد ينتج عنه أضرار تلحق بمصالح الأطراف المقابلة، وهذا ما جاء تأكيده في قضيَّة تتلخَّص وقائعها أن رئيس شركة **(Etablissements X... et fils)** اقترح على المساهمين في هذه الشركة تنازلهم عن الأسهم لصالح شركة **(Financière X..)** والَّتي يُعرف فيها بأن المدير يترأس مجلس الإدارة، وقد تمَّ الاستجابة لطلبه، وقام الشركاء ببيع أسهمهم بقيمة 1800 فرنك لتلك الشركة **(Financière X..)**، غير أنَّهم تفاجؤ بتصرف المدير –بعد ذلك- ببيع تلك الأسهم بقيمة 4022 فرنك لصالح شركة **(Y)** –باعتبارها طرف ثالث-.

عول الشركاء –المساهمين- إثر سلوك مدير شركة **(Financière X..)** الَّذي سبق أن دخل في مفاوضات موازية مع طرف ثالث، والَّذي عُد سلوكه مخل بالأدبيات الَّتي تمليها قاعدة التَّفاوض بحسن النيَّة، إلى رفع دعوى قضائيَّة مطالبين كل من المدير والشركة **(Financière X..)** بالتَّعويض عن الأضرار اللَّاحقة بهم، نتيجة إقامة المدير لمفاوضات مع عدّة أطراف، لم يكونو على علم بها وقت إبرام اتفاقية بيع الأسهم مع شركة **(Y)**، حيث بيعت بسعر بخص مقارنة بالسعر المقترح من قِبل مدير شركة **(Financière X..)**.

وضحت محكمة النَّقض الفرنسيَّة، أنَّ المدير ومساهم كلا الشركتين، قد أخفى وجود مفاوضات موازية مع طرف ثالث، سبق أن دخل معه في مفاوضات بهدف إعادة بيع تلك الأسهم الَّتي تنازل عنها الشركاء لصالح شركة ثانية، فإنَّه بسلوكه الخاطئ فشل في تقيده بالالتزام بحسن النيَّة

---

(620) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 36.

(621) - **Cass. Com.**, 12 mai 2004, N° 00-15.618, Bull. Civ. N° 5, 2004, p. 97. **«** *(...) Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle constatait que M. Samuel X..., dirigeant et actionnaire des sociétés X... et Financière X..., avait été à l'initiative de la cession des actions de la première au bénéfice de la seconde et sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé,* ***s'il n'avait pas caché l'existence des négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport de ces mêmes actions, et ainsi manqué à l'obligation de loyauté*** *qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé en dissimulant aux cédants une information de nature à influer sur leur consentement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; (...)* **»**.

المفروض أن يلتزم به كل طرف تجاه الطّرف المقابل له في العمليّة التّفاوضية، وهذا ما تأكّد من خلال إخفاء معلومات عن المتنازلين من شأنها التّأثير على مصالحهم الشّخصيّة.

الفرع الثّاني

حُسن النيّة والسّير في المفاوضات

يستكمل مسار العمليّة التّفاوضية بإرساء مظلّة حسن النيّة[622] حتّى تحتوي كافة إجراءات السّير في المفاوضات، وتفرض على الأطراف المتفاوضة إلزاميّة التّقيد بجملة ضوابط أخلاقيّة[623] تكشف عن وجود نيّة جديّة[624] تتجلى في الاستمرار في المفاوضات، بُغية التوصل إلى إبرام العقد وتحقيق المصلحة الشّخصيّة المراد بلوغها من نجاح العمليّة التعاقديّة؛ لأجل ضمان هذه النهاية الموفقة للمفاوضات، ينبغي أن تتحلى الأطراف المتفاوضة –مبدئيا- بواجب التّعامل بالصدق **(أوّلًا)** والاتّصاف الأمانة[625] **(ثانيًا)**.

أوّلاً: التّعامل بصدق عند الاستمرار في التّفاوض

يُوحي الالتزام بحسن النيّة عند الاستمرار في المفاوضات، بأن تلتزم الأطراف المتفاوضة بسلوك يتكون من حُزمة مظاهر أخلاقيّة تتجلى في النزاهة[626] والصدق وغير ذلك؛ لتترجم مجمل هذه المظاهر عن أسمى معاني حسن النيّة في التّفاوض، ذلك أنّ مخالفة إجراء التّفاوض بحسن النيّة يؤدي بكل متفاوض إلى تحمل المسؤوليّة المدنيّة؛ لذا تفاديًا لخرق مقتضيات قاعدة انضباط حسن النيّة، يتوجب الرضوخ لها، تحقيقًا لنيّة جديّة ترجو الوصول إلى مرحلة إبرام العقد.

عزم القضاء الفرنسي على تأكيد موقفه الصارم حِيال كل سلوك يرمي بموجبه الطّرف المتفاوض إلى ارتكاب خطأ يشكل بحدّ ذاته مخالفة لمقتضيات حسن النيّة عند السّير في المفاوضات، ضمن العديد من القرارات القضائيّة؛ لتتلخص إحداها في وقائع قضيّة قام فيها السيد **(Y)** رئيس مجلس

(622) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص. 447.

(623) - **العطافي شريف علاء الدين**، مرجع سابق، ص. 790.

(624) - **محمد حسام محمد لطفي**، مرجع سابق، ص. 29.

(625) - **KLEIN Julie**, *op.cit.*, p. 77.

(626) - **Cass. Civ**. 1ère, 31 octobre 2012, N° 11-15529, Bull. Civ. N° 8, 2012, p. 212.

إدارة شركة **(MMG)** بالدخُّول في مفاوضات مع السيد **(Z)** مدير شركة **(Alizée)**، قصد التّعبير عن رغبته في الاستحواذ على فرع نشاط (الشبكات والاتصالات) التّابع لشركة **(Alizée).**

توصل السيد **(Y)** رئيس مجلس إدارة شركة **(MMG)** إلى إعداد تقرير يتضمن عرض الاستحواذ على هذا الفرع من النشاط معلقًا على شروط معيَّنة الّتي لم تحظى بموافقة السيد **(Z)** مدير شركة **(Alizée)**، والّذي اقترح بدوره بيع شركة **(Alizée)**، ليؤكد مدير شركة **(MMG)** الإنهاء النهائي لمشروع الاستحواذ على شركة **(Alizée)** وبالتّبعية الإنهاء التّعسُّفي للسير في المفاوضات.

تسبب سلوك إنهاء شركة **(MMG)** للمفاوضات، في رفع دعوى قضائيَّة من قِبل شركة **(Alizée)**، والّتي لقيت طلباتها الرفض، مما عرض هذا الحكم إلى الإلغاء من قِبل محكمة الاستئناف وأمرت شركة **(MMG)** بدفع مبلغ قدره بـ 500000 فرنك كتعويض للشركة عن الإنهاء التّعسُّفي للمفاوضات[627]، بسبب تستر مدير الشركة **(MMG)** عن الوضعية العسيرة الّتي وجدت فيها شركة **(Alizée)**، ممَّا يظهر أن السيد **(Y)** مدير شركة **(MMG)** لم يلتزم بالصدق في أثناء السَّير في العمليَّة التّفاوضية.

ثانيًا: الاتِّصاف بالأمانة عند السَّير في التّفاوض

حظي الالتزام بالسَّرية[628] بأهميَّة بالغة في نطاق المعاملات العقديَّة، نظرًا لدوره الفعَّال في ضمان حماية لكافة المعلومات والبيانات الواجبة على الطَّرف المتفاوض تقديمها تنفيذًا منه لالتزامه بالإعلام[629]؛ لذا التمس القضاء الفرنسي في مثل هذا الالتزام احتوائه على طابع حمائي، فتمّ اعتماده كآلية حمائية ظاهرة في العديدة من القرارات القضائيَّة **(1)**؛ لتليها الخطوة الإصلاحيَّة لقانون العقود

---

(627) - **Cass. Com.**, 18 juin 2002, N° 99-16.488; in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007462723/ , consulté le : 12/03/2024. « *(...) Mais attendu que l'arrêt retient qu'à partir du 8 avril 1998, M. Y... connaissait l'état alarmant dans lequel se trouvait la société Alizée ; que, le 17 avril 1998, il a été informé par ses conseils juridiques que la reprise de la société était aléatoire et que la société risquait de faire l'objet d'une procédure collective ; qu'il savait que la comptabilité n'était plus tenue et que la société n'était pas à jour de ses règlements auprès des différents organismes sociaux ; qu'ainsi, tout en n'ignorant pas que la situation de la société était désespérée et ne pouvait conduire qu'à la déclaration de son état de cessation des paiements, M. Y... a cependant poursuivi des négociations de reprise jusqu'au 29 mai 1998, après le prononcé du redressement judiciaire, entretenant de manière illusoire l'espoir d'une cession , alors que les motifs invoqués dans la lettre de rupture lui étaient connus depuis la mi-avril et auraient dû être portés beaucoup plus tôt à la connaissance de la société qui a perdu de ce fait une chance, fût-elle ténue, de trouver un autre repreneur ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, (...)* ».

(628) - **أبو بكر صالح عبد العاطي بوكيله**، الالتزام التّعاقدي بالسَّرية، مذكرة مقدَّمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كليَّة الحقوق، جامعة الإسكندريَّة، 2017، ص. 7 وما يليها.

(629) - **SIGUOIRT Laurent**, *op.cit.*, pp. 269-270.

سنة 2016، بعدما تيقن المشرّع الفرنسي بقيمة الالتزام بالسَّرية وعمد إلى تقنينه ضمن قاعدة قانونيَّة صريحة **(2)**.

1.تكريس قضائي للالتزام بالسّرية

يَدعي الالتزام بالإعلام على كل طرف متفاوض تقديم كافة المعلومات والبيانات السّرية المتَّصلة بمحل العقد، قصد تنوير رضا المتفاوض معه، على أنَّ يضبط مبدأ حسن النيَّة بتكريسه للالتزام بالسّرية أي تصرف استغلالي غير مشروع لهذه المعلومات يصدر عن سوء نيَّة من قِبل أحد المتفاوضين، حال التَّوصل على حد السَّواء إلى فشل أو نجاح المفاوضات(630)، باعتبار أن عمليَّة التَّفاوض يحكمها مبدأ احتماليَّة النَّتيجة(631).

يُرهن لدور مبدأ حسن النيَّة في ضمان حماية للطَّرف المتفاوض الَّذي يدلي بمعلومات وبيانات سرية تنفيذًا لالتزامه بالإعلام، عندما يعمد الطرف المتفاوض معه إلى استغلالها سواء لهدف شخصي أو مجرد التَّصريح عنها للجمهور(632)، من الجانب القضائي في فرنسا، الَّذي تعرَّض له في العديد من القرارات القضائيَّة؛ لتتلخص إحداها في قضيَّة قام مهندس معماري بإجراء دراسة بناء منزل مع شركة مقاولة **(Cuny)** وأثناء السَّير في المفاوضات، تمَّ تقديم اقتراحات عديدة من قِبل شركة مقاولة **(Cuny)** للمهندس من أجل تصميم نموذج منزل محل تسويقه من قِبل الشركة **(Cuny)** غير أنَّ المفاوضات لم تستمر بينهما، ما أدى إلى قطعها(633).

أقدم المهندس المعماري بعد فشل المفاوضات على استغلال تلك المخططات الَّتي تحصل عليها كجزء من الدراسة المقامة مع شركة **(Cuny)**، واعتمد عليها مع شركة **(Karelis)** لبناء منزل مطابق لنموذج التَّصميم، ما أدى الوضع بشركة **(Cuny)** إلى رفع دعوى قضائيَّة ضدَّ كل من المهندس

(630) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 474.

(631) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص. 69.

(632) - **الخطيب محمد عرفان**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 208.

(633) - **Cass. Civ**. 1ère, 05 juillet 2006, N° 05-12.193, Bull. Civ. N° 7, 2006, p. 309. « *(...) Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la société Karelis avait utilisé le projet et les plans de la société Cuny, remis par M. Y... pour réaliser, au profit de ce dernier, la construction d'un bâtiment identique, ce qui faisait nécessairement ressortir qu'en s'appropriant le travail d'autrui elle avait réalisé une économie et détourné, par des procédés déloyaux, le client de sa concurrente, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ; (...)* ».

وشركة **(Karelis)** بتهمة التزييف والمنافسة غير مشروعة، فضلاً عن امتلاك وبناء نفس نموذج تصميم المنزل المدروس.

قضت محكمة النّقض الفرنسيّة، أن شركة **(Karelis)** قد استخدمت ذات المشروع والتّصميم المقترح من طرف شركة **(Cuny)**، وتمّ تشييد منزل لصالح هذا الأخير، وبهذا التّصرف يكون المهندس المعماري قد ارتكب تصرف غير مشروع مخالف لمبدأ حسن النيّة باستغلاله تلك المخططات المتحصل عليها من فشل المفاوضات السّابقة، واستخدمها في تحقيق أغراض شخصيّة يكون قد خالف التزامه بالسّرية، وبالتبعيّة لم يتحلى بحسن النيّة.

2.تكريس تشريعي للالتزام بالسّرية

يعد الالتزام بالسّرية [634] **(obligation de confidentialité)** من أبرز تطبيقات مبدأ حسن النيّة[635]، يوجب على المتفاوضين عدم الكشف عن معلومات سرية، سبق الحصول عليها إثر مواصلة السير في عملية التّفاوض[636]، تنفيذًا للالتزام بالإعلام[637] الّذي يلزم كل طرف متفاوض بتقديم المعلومات والبيانات ولو كانت سريّة متّصلة بمحل العقد، حتّى يتم تنوير رضا المتفاوض؛ لذلك وجد في الالتزام بالسرية[638] مرآة عاكسة للالتزام بالإعلام الّذي يلزم بضرورة المحافظة على سرية المعلومات المتبادلة بين طرفي العمليّة التّفاوضية[639] ضمانًا للحفاظ على قداسة الصّدق والأمانة[640]، واستجابة للأدبيات الّتي تفرضها قاعدة انضباط حسن النيّة.

لمح المشرّع الفرنسي في الالتزام بالسّرية في **المادّة 1112-2**[641] من إصلاح قانون العقود أهمية بالغة، تجلّت في الحفاظ على قيمة المعلومات والبيانات السّرية المقدّمة في مرحلة

---

(634) - **JAOUEN Magali**, « Négociations et obligation de confidentialité », *A.J. Contrat.*, N° 6, 2016, p. 275 et s.

(635) - **الخطيب محمد عرفان**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 208.

(636) - **أبو بكر صالح عبد العاطي بوكيله**، مرجع سابق، ص. 63 وما يليها.

(637) - **برهامى فايزة**، مرجع سابق، ص. 140.

(638) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص.449.

(639) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 474.

(640) - **برهامى فايزة**، مرجع سابق، ص. 169.

(641) - Article 1112-2 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ».

المفاوضات، وحماية لمركز المتفاوض الّذي ألزمه القانون بتقديم مثل هذه المعلومات ولو كانت سرية تنفيذًا منه لالتزامه بالإعلام[642] قبل التّعاقد، بعكس الحال، فإن المشرّع الجزائري أغفل تنظيمه لمثل هذا الالتزام بالموازة مع تجاهله تنظيم مرحلة المفاوضات.

استلهم المشرّع الفرنسي حداثة حكم **المادّة 1112-2** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، من مشاريع التّنسيق الأوروبيّة، وكذا السوابق القضائيّة التي اعترفت بذلك الالتزام في ظروف معيّنة[643]، لما لهذا الالتزام من أهميّة، تظهر حال تقيد المتفاوضين بمحتواه الهادف إلى إقامة ميزان التّوازن بين المعلومة السّرية وكتمان سريتها، حتّى بعد انتهاء مرحلة المفاوضات في جميع حالاتها، أي بغض النّظر عن نتيجة العمليّة التّفاوضية[644] إذا ما أفضت إلى فشل أو نجاح.

الفرع الثّالث

حُسن النيّة والإنهاء التّفاوضي

تتوقف نهاية المفاوضات على مبدأ احتمالية النتيجة[645]، ممّا يجعل العمليّة التّفاوضية قد تتعرض إلى القطع **(rupture des négociations)** وطلب الإنهاء من قِبل أحد المتفاوضين؛ ليفرض عليه مبدأ حسن النيّة ألّا يتعسّف الطّرف المتفاوض في استخدام حريّته في طلب الإنهاء، وأن يرد تصرفه على حدّ توافقه مع ما تمليه قاعدة انضباط حسن النيّة **(أوّلا)** تحت طائلة توقيع المسؤوليّة[646] حال الإساءة إلى مبدأ التّعامل بحسن النيّة **(ثانيا)**.

---

(642) - **برهامي فايزة**، مرجع سابق، ص. 140.

(643) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 7. « Il est enfin apparu important, dans le cadre d'un droit commun des contrats rénové, de poser une obligation de confidentialité pesant sur les parties négociatrices (art. 1112-2), en s'inspirant des projets d'harmonisation européens. La jurisprudence l'admet d'ailleurs dans certaines circonstances, (…) ».

(644) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص. 69.

(645) - المرجع نفسه، ص. 69.

(646) - **MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes**, La responsabilité précontractuelle : étude comparative des régimes colombien et français, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat en droit, université Paris II, 2013, p. 43 et s.

أوّلاً: توافق إنهاء المفاوضات مع مبدأ حسن النيّة

تتأتى النيّة الحسنة في طلب الطرف المتفاوض إنهاء العمليّة التّفاوضية في توافق تصرف الإنهاء مع تعليمات قاعدة انضباط حسن النيّة **(1)** أما إذا كانت النيّة سيئة يُراد بها إلحاق أضرار بمركز الطرف المتفاوض معه، فيكون -عندئذ- تصرف الإنهاء غير مشروع، ومسيئ[647] لمبدأ التّعامل بحسن النيّة **(2)**.

1.اتّساق سلوك الإنهاء مع مبدأ حسن النيّة

تعتكف مرحلة الدُّخول في المفاوضات على مبدأ حريّة التّعاقد، كما تستند في طلب إنهاء هذه المفاوضات على ذات المبدأ، مما يدل أنَّ قطع المفاوضات بحد ذاته[648]، لا يُعد من قبيل التصرفات المخالفة للتعليمات الّتي تمليها قاعدة انضباط حسن النيّة، إنّما تعتبر تصرفات متوافقة معها، لكن بشرط أن يكون مبرر الإنهاء المعتمد عليه مشروعًا ومبررًا، فيعتد به قانونًا، ولا يتحمل الطّرف المتفاوض أية مسؤوليّة مقامة في حقه.

ساند القضاء الفرنسي حريّة قطع المفاوضات دون ترتيب مسؤوليّة مدنيّة، لأن القطع لم يرد بشكل تعسُّفي، ضمن العديد من القرارات القضائيّة؛ لنتلخص إحداها في وقائع قضيّة، أنَّ رفعت شركة **(Travaux hydrauliques du bâtiment)** دعوى قضائيّة ضدَّ شركة **(France Auto)** طالبت التّعويض عن الضرر الناجم عن إنهاء عقد شراكة بينهما، فضلاً عن طلب التّعويض عن الأضرار النّاجمة عن القطع التّعسُّفي للمفاوضات، بهدف إتمام هذا العقد، غير أنَّ طلب الشركة **(Travaux hydrauliques du bâtiment)** بالتّعويض لقي الرّفض من قِبل المحكمة الفرنسية[649].

عارضت شركة **(Travaux hydrauliques du bâtiment)** الحكم الرّافض لطلب التّعويض عن الأضرار الناتجة عن القطع التّعسُّفي للمفاوضات، إلّا أنَّ محكمة الاستئناف برّرت أنَّ الاتّفاق

---

(647) - **BARBIER Hugo**, **«** Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du code civil **»**, *RTD Civ.*, N° 2, 2021, p. 394.

(648) - **FABRE-MAGNAN Muriel**, *op.cit.*, p. 81.

(649) - **Cass. Com**. 20 juin 2000, 96-16.497, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007410527 ., consulté le : 15/03/2024. **«** *(...) Attendu, enfin, que, dès lors qu'elle avait retenu que les pourparlers n'étaient pas suffisamment avancés pour que la société THB puisse croire qu'un contrat allait être signé, la cour d'appel n'a pas violé l'article 1382 du Code civil en retenant que le fait d'autoriser l'installation sur le chantier dans le but de le préparer était une faute d'imprudence,* ***distincte d'une rupture abusive des pourparlers ;*** *(...)* **»**.

المسبق على المبلغ المحدَّد للأجر لا يشكل عنصرًا أساسيًا في العقد، فضلاً على أنَّ الاتّفاق الشَّفهي لا يمنع من اعتبار أن الطَّرفين يسيران في مرحلة المفاوضات.

علاوة على ذلك، فإن محكمة الاستئناف الفرنسيَّة أسست قرارها القضائي، بعد فحصها لكافة المستندات المقدمة من طرف شركة **(Travaux hydrauliques du bâtiment)** الَّتي تحملت عبء الإثبات، أنَّ الاتّفاق الشفوي الَّذي تمَّ الاحتجاج به، لم يتم إثباته بأيَّة طريقة قانونيَّة، ناهيك على أنَّ الاتّفاق النهائي لم يتمّ التوصل إليه بعد، ممَّا يجعل من إنهاء المفاوضات، وبالتبعية إنهاء العقد، لم يرد بطريقة تعسُّفيَّة، إنما جاء ممارسة لحريَّة القطع دون الإساءة لمبدأ حسن النيَّة.

2.إساءة الإنهاء لمبدأ حسن النيَّة

تنوعت ملامح الإنهاء التعسُّفي للمرحلة السَّابقة على التعاقد[650]، تبعا للنيَّة السيئة الَّتي يمكن أن يتحلى بها الطَّرف المتفاوض انتهاكا منه للتعليمات الأدبية الَّتي تمليها قاعدة انضباط حسن النيَّة، هذا ما يؤدي إلى إلحاق أضرار بمركز الطرف المتفاوض معه ضحيَّة القطع التَّعسُّفي، وبالتَّالي تقام المسؤوليَّة المدنيَّة في حق الطَّرف المتفاوض الذي أساء إلى مبدأ حسن النيَّة، وضمن حالات أخرى، قد لا يعتدُّ بالنيَّة السيئة، إنَّما يتم تقدير حجم الأضرار اللاحقة بالطَّرف ضحيَّة القطع التَّعسُّفي، واعتبار ذلك تعدي صارخ على قاعدة حسن النيَّة، وبالتَّالي ترتيب المسؤولية المدنيَّة[651].

أسعف الطَّرف المتفاوض ضحيَّة القطع التَّعسُّفي غير المبرر من قِبل القضاء الفرنسي؛ ليتقرَّر موقفها الحمائي، في قضيَّة تتلخَّص وقائعها أن مهندس **(x)** تعاون مع مهندس ثاني **(z)** لتشكيل شركة تختص بالهندسة المعماريَّة، فدخلا الطَّرفين في مفاوضات، بهدف تنظيم الهيكل القانوني لهذه الشركة وبعد تقدَّم المفاوضات، توصُّلاً الطَّرفين إلى وضع وعد بالشّراكة، غير أنَّ المهندس **(z)** انتقل بعدها إلى مدينة ليون –الفرنسيَّة-، ولم يستكمل إجراءات السير في المفاوضات.

---

(650) - **Cass. Com.**, 20 mars 1972, N° 70-14.154, Bull. Civ. N°4, p. 90; in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006986985/ , consulté le : 18/03/2024.
Cass. Com. 25 février 2003, N° 01-12.660, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007456088 consulté le : 18/03/2024.

(651) - **MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes**, *op.cit.*, p. 43 et s.

نتج عن قطع المفاوضات بين الطَّرفين، رفع دعوى قضائيَّة من قِبل المهندس **(x)** طالبًا التَّعويض عن عدم الوفاء به، مؤكَّدا بذات الوقت أن قطع المفاوضات بينهما حدث بسبب تنقل المهندس **(z)** إلى مدينة ليون، الَّذي جاء بشكل تعسُّفي، غير أن محكمة الاستئناف الفرنسيَّة رفضت طلب حصول المهندس **(x)** على تعويض، تأسيسًا على تكييفها أن الإنهاء لمرحلة المفاوضات لم يكن تعسُّفيا.

ألغت محكمة النَّقض الفرنسيَّة هذا القرار القضائي، معتبرة أن إنهاء المفاوضات المتقدمة بين المهندسين مبنيَّة بطريقة تعسُّفية، أي وقعت بدون مبرر شرعي، حتَّى وإن كانت نيَّة المهندس **(z)** لا يراد بها إلحاق ضرر بالطَّرف المقابل له في العمليَّة التَّفاوضية، ومع ذلك يتوجب عليه تحمل المسؤوليَّة عن القطع التَّعسُّفي[652].

ثانيا: تحديد مسؤوليَّة الإنهاء غير مشروع للمفاوضات

يتقابل كل حق معترف به قانونًا بقاعدة **"عدم التَّعسُّف في استعمال الحق"**[653] وهي ذات القاعدة الَّتي تسري على ممارسة الطَّرف المتعاقد لحريته في التَّفاوض، الَّتي يتمتَّع بموجبها بأحقيَّة الدُّخول في المرحلة التفاوضيَّة، وحتَّى التَّوصُّل إلى قطعها دون إلزاميَّة إعطاء مبرر، لكن بشرط ألا يتم القطع لها تعسُّفيا[654] مضرا بحقوق الطَّرف المتفاوض معه، لأنَّه إذا بدا عليها تجاوز أو تعسُّف في ممارسة الحريَّة، كُيِّفَ السلوك على أنَّه خطأ مرتب للمسؤوليَّة، ممَّا يتوجب عندئذ تحديد نوع المسؤوليَّة المدنيَّة المقامة في حقه **(1)** لتأسيس عليها طلب الحصول على تعويض عن الضَّرر **(2)**.

---

(652) - **Cass, Com,** 11 juillet 2000, N° 97-18.275, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007414404 , consulté le : 18/03/2024. « *(...) Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle retenait que les pourparlers avaient été très avancés, que M. X... n'avait pas hésité à présenter M. Y... comme son associé et que celui-ci était considéré comme tel par les tiers, qu'il avait entretenu son confrère dans l'espoir d'une association à laquelle il avait finalement renoncé sans pour autant démontrer des manquements professionnels de celui-ci, mais guidé seulement par un "excès de prudence", la cour d'appel, qui avait fait ainsi ressortir que la rupture se trouvait dépourvue de motifs légitimes, (...)* ».

(653) - أنظر المادَّة 125 مكرر من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني.

(654) - **بيضون فاديا**، "المسؤوليَّة السَّابقة للتَّعاقد"، مجلَّة الحقوق والعلوم السّياسية، عدد 41، 2023، ص. 206

1.ضبط المسؤوليّة المدنيّة عن الإنهاء غير المشروع للمفاوضات

سار القضاء الفرنسي[655] ولفترة زمنيّة طويلة، على اتّجاه موحد يقضي بأنّ تكون المسؤوليّة المترتّبة عن الإنهاء غير المشروع للمفاوضات، مبنيّة على أساس المسؤوليّة التّقصيريّة **(responsabilité délictuelle)**[656] وبتحقق شروطها[657]، بحكم أنّ العمليّة التفاوضيّة تجمع بين أطراف لا تزال في مرحلة سابقة على التّعاقد، أي سابقة على عمليّة إبرام العقد، ممّا يجعل هذا الأخير منعدم الوجود[658]، ومن ثمّ يستند في اعتبار المسؤوليّة تقصيريّة، على إتيان الطّرف المتفاوض لسلوك يخالف مقتضيات التزامه القانوني[659] المتوافق مع ما يمليه مبدأ حسن النيّة[660] وهذا من خلال مبادرته بالقطع غير المشروع للمفاوضات.

وجدت المسؤولية التقصيرية الناشئة عن القطع التعسفي للمفاوضات، تأكيد لها من جانب القضاء الفرنسي الذي عبر عنه في إحدى قراراته، حيث قضى، أنه يحق لضحية سوء السلوك المرتكب خلال المرحلة السابقة على التعاقد، المطالبة بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية[661]، مما يفهم أن الجانب القضائي فصل في تحديد نوع المسؤولية محل المطالبة القضائية بالتعويض عن الضرر اللاحق بالطرف المتفاوض ضحيّة القطع التّعسُّفي[662].

---

[655] - يقابله القضاء الجزائري الّذي اعتبر المسؤوليّة المترتبة عن قطع المفاوضات بشكل تعسُّفي، على أنّها مسؤوليّة تقصيرية، راجع في ذلك: **قرار المحكمة العليا، الغرفة العقاريّة**، رقم 1167075، صادر بتاريخ 2019/03/14، مجلّة المحكمة العليا، عدد 1، 2019، ص. 56. "المبدأ: التّصرفات المتبادلة بين الأطراف الّتي تسبق التّعاقد الرسمي في العقار هي عبارة عن مفاوضات لا يترتب عنها أي مسؤوليّة عقديّة، باعتبارها عملًا ماديا وليس قانونيًا، غير أنّها قد ترتب المسؤوليّة التقصيرية إذا ثبت خطأ من عدل عن إتمام التّصرف بالتّعاقد النهائي الرسمي".

[656] - **GHESTIN Jacques**, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *J.C.P.G.*, N° 20-21, 16 mai 2007, p 15.

[657] - **برهامي فايزة**، مرجع سابق، ص. 192 وما يليها.

[658] - **GHESTIN Jacques**, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *op.cit.*, p. 15.

[659] - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 452.

[660] - **MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes**, *op.cit.*, p. 159 et s.

[661] - **Cass. Com**. 11 janvier 1984, N° 82-13.259, Bull. Civ. N°4, 1984, p. 16. « *(...) attendu qu'en se déterminant par ces motifs alors que la victime d'une faute commise au cours de la période qui a précède la conclusion d'un contrat est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi sur le fondement de la responsabilité delictuelle, la cour d'appel a viole le texte susvisé ; (...)* ».

[662] - **بيضون فاديا**، مرجع سابق، ص. 206 وما يليها.

أضاف القضاء الفرنسي، أنَّ المسؤوليَّة المدنيَّة النَّاشئة عن القطع التَّعسُّفي، تكون من حيث الأصل مسؤوليَّة تقصيريَّة[663]، واستثناء إذا نص القانون في حالات معيَّنة، فيمكن أنَّ تكون المسؤوليَّة عقديَّة[664]، مع أنَّ الأطراف لا تزال في المرحلة السَّابقة على التَّعاقد[665]، لكن إذا تمَّ الاتِّفاق على وجود اتِّفاقات أو اشتراطات، كحال وجود عقد التَّفاوض أو شرط السريَّة[666] يؤدي انتهاكها إلى ترتيب المسؤوليَّة العقديَّة.

2.تقدير التَّعويض عن الأضرار النَّاتجة عن الإنهاء غير المشروع للمفاوضات

تتأرجح مسألة التَّعويض[667] عن الضَّرر النَّاتج عن قِيام المسؤوليَّة التقصيريَّة[668] للمتفاوض الَّذي أخل بمستلزمات إقامة العمليَّة التفاوضيَّة على قاعد انضباط حسن النيَّة، بين عدة اعتبارات منها ما تعلق بالكسب الفعلي **(أ)** ومنها ما ينجر عن تسبُّب الغير في قطع المفاوضات **(ب)**.

أ. التَّعويض عن الكسب الفعلي

استقرت نص **المادَّة 1112 فقرة 2**[669] –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود الفرنسي، على قاعدة جبر الضَّرر الناجم عن القطع التَّعسُّفي للمفاوضات، من خلال تقرير حكم إعادة الأطراف المتفاوضة إلى الحالة الَّتي كانا عليها قبل الدخول في المفاوضات[670]، بتخصيص مقدار مالي لجبر الضَّرر اللَّاحق بضحيَّة القطع التَّعسُّفي، إلَّا أنَّ **المادَّة 1112 فقرة 2** –السَّالفة الذِّكر- من إصلاح قانون العقود طَرحت على البساط القانوني إشكاليَّة تحديد طبيعة المنافع الَّتي تدخل ضمن دائرة التَّعويض الَّتي يلتفت لها القاضي عند الحكم بالقيمة المتوافقة مع الضَّرر اللَّاحق بالضحيَّة.

---

(663) - **محمد حسام محمد لطفي**، مرجع سابق، ص. 59.

(664) - **ROMAIN Jean-François**, *op.cit.*, p. 129 et s.

(665) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص. 303.

(666) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 592 وما يليها.

(667) - **محمد حسام محمد لطفي**، مرجع سابق، ص. 87.

(668) - **بيضون فاديا**، مرجع سابق، ص. 229.

(669) - Article 1112 alinéa 1 **de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(...) En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.* ».

(670) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 457.

تخضع الأضرار الفعلية الّتي لحقت ضحيّة القطع التّعسُّفي في المرحلة السّابقة على التّعاقد للتّعويض[671] عنها جبرًا لضرر الضحيّة -الطّرف المتفاوض-، ما لم يكن لهذا الأخير مساهمة في وقوع الخطأ المقيم للمسؤوليّة المتعسّف في استعمال حريّة قطع المفاوضات، عندها يخفض مقدار قيمة التّعويض، حتّى يتناصف مع الطّرف المقابل له في العمليّة التّفاوضية.

يُلاحظ من استقراء محتوى **المادّة 1112 فقرة 2** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، أنّها تُخرج من دائرة الأضرار الواجب التّعويض عنها جبرًا للضّرر ضحيّة القطع التّعسُّفي تلك الأضرار الّتي كان يتوقع أن يحصل عليها الطّرف المتفاوض (الضحيّة) لو أتمّ إبرام العقد، والّتي يصطلح عليها بالكسب الفائت، وهذا ما أكّدت عليه محكمة النّقض الفرنسيّة[672] وأضافت أنّه لا يجوز أيضا التّعويض عن تفويت فرصة[673] إبرام العقد[674].

ب.التّعويض عن فشل المفاوضات بسبب الغير

تتصادف العمليّة التّفاوضية –في بعض الأحيان- بظروف وعوامل خارجة عن الأطراف[675] تتسبب في فشل النتائج الشبه النّاجحة المترتبة عن المفاوضات، ممّا ينجر عن مثل هذا السلوك غير المشروع الصّادر من طرف الغير[676] الأجنبي عن المفاوضات وأطرافها، أن يؤدي إلى قطع تعسُّفي للمفاوضات[677]، وتسبب أضرار لاحقة بمركز أحد الأطراف المتفاوضة، مما يتعيّن تقدير تعويض يتناسب مع قيمة الضرر.

---

(671) - **محمد عبد الظاهر حسين**، مرجع سابق، ص. 103 وما يليها.

(672) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 459.

(673) - **محمد شاكر محمود محمد**، المسؤوليّة عن قطع المفاوضات: دراسة مقارنة، مذكرة مُقدَّمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كليّة الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص. 250 وما يليها.

(674) - لخّص أحد الباحثين أسباب عدم التّعويض عن تفويت فرصة الناتج عن القطع التّعسُّفي للمفاوضات، في عدم وجود رابطة السّببية بين القطع التّعسُّفي للمفاوضات والضرّر اللّاحق بالضحية، واستنادًا لمبدأ الحريّة التعاقديّة الّذي يحكم المفاوضات، أضف لذلك أن التّسليم بتعويض عن تفويت فرصة يعني بمفهوم ضمني ترتيب أثر على العقد الّذي لم يبرم وبالتّالي التّعويض عن الكسب الفائت، نقلاً عن: **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص 457.

(675) - **ROMAIN Jean-François**, *op.cit.*, p. 514 et s.

(676) - **محمد شاكر محمود محمد**، مرجع سابق، ص. 255.

(677) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص. 649 وما يليها.

فُصِلَ حكم التّعويض الناتج عن القطع التّعسُّفي للمفاوضات من قِبل الغير، من طرف القضاء الأمريكي، ضمن قضية تتلخَّص وقائعها في قِيام شركة بنزويل **(Pennzoil)** بعرض شراء أسهم شركة جيتي **(Getty oil)** بقيمة قدرها 100 دولار أمريكي للسهم الواحد، فوافقت مبدئيا شركة جيتي **(Getty oil)** على الصفقة، وبعد المفاوضات بينهما، توصُّلا إلى رفع مبلغ السهم إلى 115 دولار أمريكي، وتم تحرير اتِّفاق بذلك والتّوقيع عليه، على أن يتمّ التّصديق عليه من طرف مجلس إدارة جيتي **(Getty oil)**.

أثارت الصفقة اعتراض أحد أعضاء مجلس الإدارة على السعر المقدم من طرف شركة بنزويل **(Pennzoil)** بصفتها المشتري، وتم رفع المبلغ إلى 115 دولار أمريكي، وفي اليوم التّالي تمّ الإعلان في الصحف عن توصل الطّرفين إلى اتِّفاق مبدئي حول الصفقة، وفي محاولة تحرير العقد النهائي، تدخَّلت شركة تكساكو **(Texaco)**، وأجَّرت مفاوضات سريَّة سريعة مع شركة جيتي **(Getty oil)** من أجل شراء أسهمها بدلًا من شركة بنزويل **(Pennzoil)** بمبلغ قدره 127 دولار أمريكي للسهم الواحد، وتمّ الاتّفاق بإجماع أعضاء مجلس الإدارة على إتمام صفقة الشراء والبيع مع شركة تكساكو **(Texaco)**.

أدَّى تدخل شركة تكساكو **(Texaco)** في سير المفاوضات بسلوك غير مشروع إلى فشل نتائجها بين الطَّرفين، ما جعل شركة بنزويل **(Pennzoil)** تطلب أمام محكمة هوستن الإبتدائيَّة بالتّعويض عن الضَّرر الّذي لحق بها جراء التدخُّل غير المشروع لشركة تكساكو **(Texaco)** في المفاوضات شبه النّاجحة.

حالف طلب شركة بنزويل **(Pennzoil)** قبول قضاة محكمة هوستن الإبتدائية، حيث تمَّ إصدار حكمًا بالتّعويض قدره 11 مليار دولار أمريكي على شركة تكساكو **(Texaco)** تعويضًا عن الأضرار اللّاحقة بها جراء تدخلها في سير المفاوضات شبة الناجحة، والّذي أفسد صفقة شراء شركة بنزويل **(Pennzoil)** لأسهم شركة جيتي ويل **(Getty oil)**[678].

(678) - **Pennzoil Co. v.** Texaco, Inc., 481 U.S. 1 (1987), (p 481), in : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/1/ , consulté le : 25/03/2024.

المبحث الثّاني

حسن النيّة والتّعاقد: تحقيق المساواة العقديّة

يترجم مبدأ حسن النيَّة السلوك المؤدب الَّذي ينبغي أن يتحلى به المتعاقدين في أثناء وصولهما مرحلة التَّعاقد[679]، نظرًا لما تشهده هذه المرحلة من انتهاكات، تؤدي إلى المساس بمركز الطَّرف الضَّعيف، والَّتي ترجع –في غالب الحال- إلى الممارسة التَّعسُّفية لمبدأ حريَّة التَّعاقد؛ لذا كان لسيطرة مبدأ حسن النيَّة على كافة جوانب هذه المرحلة، أهمية يحسب لها، خاصة وأنها تضمن تقرير مبدأ المساواة العقديَّة.

يستهدف الطَّرف المتعاقد القوي في أثناء وصوله إلى مرحلة التَّعاقد، النّيل من رضا الطَّرف المتعاقد معه –الطَّرف الضَّعيف-، حتَّى يفرض عليه الرَّضوخ لما تمليه إرادته التعاقديَّة؛ لذلك فرض مبدأ حسن النيَّة على المتعاقدين في هذه المرحلة، التقيُّد وجوبًا بالالتزام بالإعلام، الَّذي يمثل من أبرز تطبيقات حسن النيَّة، ويسهر على حصول الطَّرف الضَّعيف على إرادة حرَّة مستنيرة إزاء العقد **(المطلب الأوَّل)**.

يضمن –بهذا- الالتزام بالإعلام تقرير مبدأ المساواة العقديَّة بين المتعاقدين في أثناء وصولها مرحلة التَّعاقد، بحيث يضمن حصول المتعاقد –الطَّرف الضَّعيف تعاقديًا- على رضا حُرّ مستنير إزاء الجوانب المتَّصلة بالعمليَّة التعاقديَّة، وهذا بعد إلزام المتعاقد معه –الطَّرف القوي- الَّذي بجعبته كافَّة المعلومات والبيانات بتقديمها، تنفيذًا لالتزامه بالإعلام **(المطلب الثَّاني)**.

المطلب الأوَّل

التَّقيد بالالتزام بالإعلام لحماية رضا المتعاقد: تنوير الإرادة الحرَّة

وظف الالتزام بالإعلام ضمن قواعد النظريَّة العامَّة للعقد، كآلية حمائية تضمن للمتعاقد إرادة حرَّة ومستنيرة إزاء جوانب العمليَّة التعاقديَّة؛ ليتبيَّن من الدور المنوط للالتزام بالإعلام أهميَّة التَّنصيص على قيمة هذا الالتزام، الَّذي بفضل التَّقيد به يؤدي إلى إقامة العلاقة العقديَّة على

(679) - **SIGUOIRT Laurent**, *op.cit.*, p. 270.

مساواة تظهر منذ تكوين التّعاقد، وهذا احتسابا لتعرُّض أحد المتعاقدين إلى محاولة من نظيره المتعاقد معه النّيل من إرادته الحرَّة.

يزيد التّقيد بالالتزام بالإعلام من حظوظ تمتع المتعاقد –الطّرف الضّعيف- بإرادة حرَّة مستنيرة عالمة بكل المعلومات والبيانات المتّصلة بمحل العمليّة التعاقديّة **(الفرع الأوّل)** كون أن مخالفة هذا الالتزام، ينجرُّ عنه إدخال الطّرف المتعاقد في متاهة، خاصَّة إذا كان الطّرف المقابل له مهني متحكم بجوانب التّعاقد، لذا يُشترط عدم مخالفة الالتزام بالإعلام ضمانًا لحماية رضا المتعاقد، نظرًا لطبيعته الّتي تقوم على مزيج من القواعد الصّارمة **(الفرع الثّاني)**.

الفرع الأوّل

الالتزام بالإعلام والإرادة الحرَّة للمتعاقد: تناسق واتّساق

يتسق الالتزام بالإعلام مع هدف استخدامه كآلية حمائية لمجابهة أنانيّة الطّرف القوّي في العلاقة العقديّة، الّذي يعمد –في كل مرَّة- إلى إدخال الطّرف الضّعيف في متاهة، يعجز عن التحكُّم الكلي في محل العقد، وبالتّالي تعدم إرادته الحرَّة في تحديد رغبته في التّعاقد من عدمها؛ لذا سعت أغلب التّشريعات إلى توظيف هذا الالتزام في العقد، ليكون التّكريس التّشريعي لمضمونه مختلفًا بينهما، كحال القانون المدني الجزائري **(أوّلاً)** وحال القانون المدني الفرنسي **(ثانيًا)**.

أوّلاً: التّصريح بالالتزام بالإعلام في ظلّ القانون المدني الجزائري

تحسست النظريّة العامَّة للعقد بتـواجد المتعاقد –الطّرف الضّعيف- رهينة لأثر عيوب الرّضا[680]، الّتي من شأن ظهورها في العقد، دفع المتعاقد إلى دائرة التّهديد بالضعف التّعاقدي؛ لذا أُدخل التزام عام بالإعلام ضمن مفاهيم النظريّة العامَّة للعقد، وإن كان تكريسه ضمنيًّا **(1)** لتستكمل عمليّة التّكريس في مختلف النُّصوص التّشريعية الخاصَّة **(2)**.

(680) - **إبراهيم سيد أحمد**، فكرة حسن النيّة في المعاملات المدنيّة فقها وقضاءا: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 2015، ص. 49 وما يليها.

1. الإفراج الضمني عن الالتزام بالإعلام

أشادت القراءة الاستقرائيّة لنصوص القانون المدني، أنّ المشرّع الجزائري لم يعترف بصفة صريحة بوجود التزام عام بالإعلام ضمن قواعد النّظريّة العامة للعقد، إنما اعتمد على طريقة النّص الضِّمني لمحتوى الالتزام، ما جعله يسير على نفس نهج المشرّع الفرنسي –قبل خطوته الإصلاحيّة لمفاهيم قانون العقود سنة 2016- الّذي كرس مثل هذا الالتزام على نحو ضمني، دون النّص الصّريح الكاشف عن دور الالتزام في ضمان المساواة لمراكز العلاقة العقديّة.

عهدت **المادّة 86 فقرة 2** الواردة الذكر ضمن القسم الثاني المعنون بـ **"أحكام تمهيدية"** من الفصل الثاني المتعلق بـ **"العقد"** من الباب الأول الخاص بـ **"مصادر الالتزام"** من القانون المدني بالنّص الضمني[681] على وجود التزام عام بالإعلام، من خلال ربطه بواقعة الكتمان التّدليسي[682] التي تُلتمس عند سكوت المتعاقد عن واقعة أو ملابسة، من شأن التّستُّر عليها التّأثير على سلامة رضا المتعاقد معه، الّذي لو كان يعلم بها وقت إبرام العقد، لما قَبل بالتّعاقد، ممّا يُستخلص أنّ المشرع وتحديدًا حماية لرضا المتعاقد من إصابته بعيب التّدليس، ألزم المتعاقد معه بتقديم كلِّ المعلومات المتعلِّقة بالواقعة أو الملابسة، وعدم السُّكوت عنها، ضمانًا لتكافؤ مراكز المتعاقدين منذ تكوين العلاقة العقديّة.

نوهت **المادّة 352**[683] الواردة الذِّكر ضمن القسم الأوّل المنظم لـ **"أحكام عامة"** الواقعة تحت الفصل الأوّل المتعلِّق بـ **"عقد البيع"**[684] المدرجة تحت الباب السّابع الخاص بـ **"العقود المتعلقة**

---

(681) - **حامق ذهبية**، الالتزام بالإعلام في العقود، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009، ص 3.

(682) - يختلف الالتزام بالإعلام عن الكتمان التدليسي من عدّة جوانب، لعل من أبرزها، يظهر فيها أن الكتمان التدليسي يقترن وجوبًا بظرف العمد، أي يعمد الطّرف المدلس إلى إخفاء معلومات وبيانات، ويلتزم بعدم الإفضاء عنها لمصلحة الطّرف المقابل له في العقد، وينجر عن مثل هذا السُّلوك إضرار بالمصلحة الشّخصيّة؛ لذلك قرر المشرّع جزاء إبطال العقد نتيجة أنّ الكتمان التدليسي يُؤخذ به كعيب يلحق رضا المتعاقد، بينما يقل صرامة هذا الجزاء لينتقل إلى مجرد تعويض عن الضرر مع الإبقاء على العقد، عند مخالفة المدين بالإعلام لالتزامه بتقديم المعلومات والبيانات لمصلحة الدائن بالإعلام، بسبب أنّ تقصيره لا يتستّر بالضرورة وراء ظرف العمد، إنّما قد يكون عائدًا إلى أسباب مختلفة، لكن إذا اقترن بظرف العمد فإنّه يرتقي إلى مرتبة الكتمان التدليسي (أي سكوت مصاحب لمناورات واحتيالات قصد تضييع المصلحة الشّخصيّة للطّرف المتعاقد ضحيّة هذا العيب(ويطالب بالتّالي بإبطال العقد عوض الاكتفاء بتقدير القاضي لتعويض يتناسب مع الضرر، راجع في ذلك:

CHAUVEL Patrick, « Dol », *Rép. Civ.*, juin 2014, (actualisation: juin 2017), p. 12.

(683) - أنظر المادة 352 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمن القانون المدني. =

بالملكيّة" من القانون المدني، إلى تكريس ضمني[685] للالتزام بالإعلام في العقود الخاصّة[686] حيث ألقى المشرّع على عاتق البائع التزامًا ببيان المبيع وأوصافه الأساسيَّة[687]، على النَّحو الَّذي يصبح المشتري عالما بمحل العقد علمًا كافيًا، غير أنَّه إذا تحقَّقت واقعة العلم عن طريق استعلام المشتري بأن ذُكر ذلك في عقد البيع، يسقط حقُّه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به، إلَّا إذا أثبت غش البائع، بأن تعمد إخفاء بيانات ومعلومات عنه.

2. تضمِين الالتزام بالإعلام في ظلِّ تشريعات خاصَّة

تدارك المشرّع الجزائري الإغفال التَّشريعي الَّذي شاب الالتزام بالإعلام، بعدما أغفل تضمِينه صراحة ضمن مفاهيم النَّظريَّة العامة للعقد، وهذا عن طريق الاستعانة بالنَّص الصَّريح أو الضِّمني على وجوبيَّة الالتزام بالإعلام ضمن سلسلة تشريعات خاصَّة، حتَّى لا يتم تفويت فرصة سريان هذا الالتزام في المجال العقدي، وتقرير مبدأ المساواة العقديَّة مناصرة لا سيّما لمركز الطَّرف الضَّعيف.

أ. الالتزام بالإعلام في ظلِّ قانون حماية المستهلك

يحتل المستهلك في العلاقة العقديَّة الاستهلاكيَّة مركز الطَّرف الضعيف[688]، نظرًا لما يصاحبه من مشكلة عدم التَّكافؤ المعرفي مقارنة بالطَّرف المقابل له في العلاقة؛ لذا كان لزاما الاهتمام بهذه الثغرة الَّتي ستحدث -دون شكّ- خدشًا في مبدأ المساواة العقديَّة، ومن أجل التَّحكُّم فيها تدخل المشرّع بموجب نصوص **القانون رقم 09-03**[689]؛ لتقرير مبدأ المساواة بين كل من المتدخل والمستهلك، من خلال فرضه على المتدخِّل التزام بالإعلام، الَّذي من شأن التَّقيُّد به أن يؤدِّي إلى تنوير المستهلك في عالمه الاستهلاكي، وتقرير له حماية قانونية[690].

= [684] - **COLLART DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe**, *Contrats civils et commerciaux*, 5ème éd., Dalloz, Paris, 2015, p. 41.

[685] - **حامق ذهبية**، مرجع سابق، ص. 4.

[686] - Article 1602 **de l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : **«** *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige (...)* **»**.

[687] - **عميرات عادل**، **"**التزام العون الاقتصادي بالإعلام**"**، مجلَّة العلوم القانونيَّة والسياسيَّة، مجلَّد 7، عدد 2، 2016، ص. 230.

[688] - **سي يوسف زاهية حورية**، **"**إلتزام المنتج بإعلام المستهلك**"**، مجلَّة البحوث والدراسات القانونيَّة والسياسيَّة، مجلَّد 1، عدد 2، 2012، ص. 82.

[689] - **قانون رقم 09-03** مؤرَّخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

[690] - **FILLALI Ali**, *op.cit.*, p. 10 et s.

ألزمت **المادة 17**[691] من **القانون رقم 09-03**، المتدخل في العمليّة الاستهلاكيّة، بالإعلام عن كل البيانات والمعلومات المتحكّمة في تنوير رضا المستهلك، حتّى تجعله يتعاقد على دراية في بيئة استهلاكيّة قد يتخلّلها العديد من التّفاوتات المركزيّة، فمن أجل إحياء المستهلك في بيئة آمنة مستقرّة، أثقل المشرّع كاهل المتدخل بالالتزام بالإعلام[692]، حتّى يجعل المستهلك يواجهه بمساواة في أثناء تكوين العقد.

ب.الالتزام بالإعلام في ظلّ القانون المتعلّق بالممارسات التجاريّة

ارتأى المشرّع الجزائري في ظلّ **القانون رقم 04-02** إلى ضرورة ضبط توازن التّعاملات التجارية، بسبب ما تطرحه هذه العلاقات من مشكلة التّفاوت المركزي بين أطرافها، حيث يحتل المتعامل الاقتصادي مركزًا قويًا يستحوذ بموجبه على شؤون العقد في مواجهة نظيره المستهلك الّذي يعاني من الضعف وعدم الاستقرار المركزي؛ لذا اهتمّ المشرّع بحماية هذا الأخير، من خلال ضمان له رضا حُرّ ومستنير، الّذي بات يتحقّق بفرضه للالتزام بالإعلام[693] على عاتق المتعامل الاقتصادي، مع التّنبيه أنّ هذا التّوجُّه الحمائي إنما جاء اقتداء بتوجهات النّظام العام الاقتصادي[694].

تعليقا على معطيات **المادّة 08** من **القانون رقم 04-02**، فإنها تطرح على البساط القانوني العديد من الثغرات الّتي تستدعي تداركها، حيث ظهرت أوّل ثغرة في إيراد المشرّع عبارة **"إخبار"** علما أنّ النّص باللُّغة الفرنسيّة استعمل عبارة **(apporter)** مما يجب على المشرع وتفاديا لخلط المصطلحات، إعادة صياغة **المادة 08** –السّالفة الذِّكر- واستعمال عبارة **"إعلام"**، حتى تؤدي المعنى المقصود من دور هذا الالتزام في تنوير رضا المتعاقد.

أضف لذلك الثغرة الثّانية الّتي تجلت في استعمال المشرّع عبارة **" قبل عمليّة إختام البيع"**، فكان الأجدر إثقال كاهل البائع بالإعلام قبل عمليّة إبرام العقد، حتّى يتسنّى للمتعاقد

(691) - أنظر المادة 17 من **القانون رقم 09-03**، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(692) - للمزيد من التّفصيل في مضمون الالتزام بالإعلام، راجع: **سي يوسف زاهية حورية**، مرجع سابق، ص. 84 وما يليها.

(693) - أنظر المادة 08 من **القانون رقم 04-02**، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

(694) - سبق وأن تطرقنا في هذه الدراسة، إلى تبيان دور النّظام العام الاقتصادي، في أنّه يسعى إلى تقييد نطاق الحريّة التعاقديّة، نزولاً عند الرغبة في توفير قدر معيّن من العدالة العقديّة بين طرفي العلاقة العقديّة.

المشتري العلم بكل المعلومات الجوهريّة[695] المتّصلة بمحل البيع، فيكون رضاؤه على هذا النحو حُرّ ومستنير، يُمكِنه من التّعاقد بكل درايّة بجوانب العمليّة التعاقديّة.

ج. الالتزام بالإعلام في ظلّ قانون الصّحة

تنفرد العلاقة الطبيّة الّتي تربط بين الطبيب والمريض بتفاوت معرفي كبير، ممّا أضفت مشكّلة عدم التّكافؤ على مراكز طرفي العلاقة، ومسّ بالتّالي بمبدأ المساواة العقديّة؛ لذا ظهرت الحاجة إلى حتميّة التّكفل التّشريعي بضمان مساواة عادلة في مثل هذه العلاقات القائمة في مجال الصّحة، حتّى يتم تحقيق الغاية من هذه العلاقة، والتّركيز خاصّة على عدم تفويت المصلحة العلاجيّة المنتظرة من قِبل المريض.

تقريرًا لمبدأ مساواة مراكز العلاقة الطبيّة، فقد فرض المشرّع على عاتق الطّبيب التزامًا بالإعلام، توجبه أخلاقيات المهنة والنُّصوص القانونيّة المنظمة لها، بأن يُدلي لمريضه بكل المعلومات[696] المحدّدة لطبيعة مرضه وطريقة علاجه، وكذا ضرورة حرص الطبيب بالإفصاح عن كل المعلومات والبيانات الّتي تنور رضاءه، حتّى يتم ضمان موافقة حُرّة ومستنيرة صادرة عن قِبل المريض.

ضمانًا لميزان التّوازن المعرفي للمريض بصفته مستهلكا للمواد الصيدلانيّة، امتد فرض الالتزام بالإعلام على عاتق كل منتج أو متعامل[697] في مجال بيع المواد الصيدلانيّة[698]، الّذي يلتزم بإعلام المريض –المستهلك- قصد تنوير رضائه بخصوص تناوله لهذه المواد، لا سيّما أن بعضها تتضمّن بيانات تقنيّة، يصعب على المستهلك فهمها، فتظهر الحاجة الاضطراريّة إلى تدخل الصيدلي، وحتّى الطبيب[699] إن اقتضى الأمر ذلك؛ لتقديم الإعلام المناسب للمستهلك المريض.

---

(695) - **عميرات عادل**، مرجع سابق، ص. 232.

(696) - أنظر المادة 43 من **المرسوم التنفيذي رقم 92-276** مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 8 يوليو 1992.

(697) - أنظر المادة 194 من **القانون رقم 85-05** مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج عدد 8، صادر بتاريخ 17 أبريل 1985. (مُلغى).

(698) - **HAMADI Saliha**, La responsabilité du fait des médicaments, mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme de magister en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques, université de Tlemcen, 2012, p. 10 et s.

(699) - Ibid., p. 67 et s.

د. الالتزام بالإعلام في ظلِّ قانون النقد والقرض

تقترن العمليات المصرفية –في غالب الحال- بحالة اضطراب من ميزان التوازن المعرفي بين المتعاملين، بسبب تمتع البنوك بتفوق معرفي مكنها من السيطرة والتحكم في شؤون العملية المصرفية، ومن أجل تدارك هذه الثغرة المعرفية، وإعادة توازنها في مثل هذه العلاقات، أقدم المشرع سنة 2010 بتعديل قانون النقد والقرض[700]، واشترط على البنوك ضرورة التقيد بمقتضيات الالتزام بالإعلام، من خلال الإدلاء عن كل المعلومات والبيانات المتعلقة بالعملية المصرفية، حتى تضمن للزبون رضا حر مستنير إزاء تعاملاته المصرفية[701].

أُستعين بجوهر الالتزام بالإعلام في العملية المصرفية، بعد أن كرسته **المادة 119 مكرر 1** من قانون النقد والقرض، هذا وجاء تأكيد على قيمته ودوره في ضمان ميزان المساواة العقدية بين المتعاملين، من خلال إقدام بنك الجزائر بإصدار **نظام رقم 13-01** والذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

هـ.الالتزام بالإعلام في ظلِّ قانون التّجارة الإلكترونية

يُعاني المتعاقد إلكترونيا من ضعف تعاقدي[702] ينال من سلامة رضاه، كما قد يكون عُرضة لمشكلة عدم تكافؤ مركزه التّعاقدي مقارنة بنظيره المتعاقد معه[703]، مما يؤدي ظهور هذه الثغرات، إلى المساس بمعادلة المساواة بين مراكز العلاقة العقديَّة الإلكترونية، والَّتي ترجع –في غالب الحال- لعدة أسباب، نذكر منها، خبايا البيئة الافتراضية الَّتي تجمع بين المتعاقدين في مجلس عقد افتراضي[704]، ناهيك عن عدم قدرة المستهلك من معاينة السلعة أو الخدمة محل العقد[705]

---

[700] - **أمر رقم 03-11** مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 27 أوت2003.

[701] - **HUET Jérôme, «** L'existence d'un devoir de conseil du banquier », *D*, N° 44, 2013, p. 2921 et s.

[702] - **بن قويدر زبيرى**، مرجع سابق، ص. 7 وما يليها.

[703] - **أبو بكر حسان منى**، الشُّروط العقديّة التّعسُّفيّة، ماهيتها، وحماية المستهلك في مواجهتها في ضوء التّوجُّهات الحديثة لحماية المستهلك: دراسة تحليليّة مقارنة، مرجع سابق، ص. 41.

[704] - **بهلولي فاتح**، مرجع سابق، ص. 91.

[705] - **عبد الباسط جاسم محمد**، مرجع سابق، ص. 45.

كل هذا وذاك، ألزم المشرّع الجزائري بضرورة التدخُّل قصد مناصرة مركز المتعاقد إلكترونيا، من خلال فرضه للالتزام بالإعلام على عاتق المتعاملين بالتّجارة الإلكترونية.

أوجبت **المادّة 11**[706] من **القانون رقم 18-05** على كل متدخل في نطاق معاملات التّجارة الإلكترونية، المقترنة بإبرام عقد إلكتروني، أن يتقيّد بالالتزام بالإعلام؛ لهدف وضع المستهلك المتعاقد إلكترونيا، في دائرة معرفية تشمل مختلف المعلومات والبيانات المتّصلة بجوانب المعاملة العقديّة الإلكترونية، حتى يتسنَّى له التّعاقد عن علم ودراية بكل المعلومات المهمة، دون أن يتعرض لاحتيال الطّرف المتعاقد معه، الّذي –يكون في غالب الحال- متمكن من التحكُّم في مختلف تقنيات البيئة الرقميّة[707].

ثانيا: تقنين الالتزام بالإعلام في ظلِّ القانون المدني الفرنسي

لطالما عــرف تقنـين الالتزام بالإعـلام ضمن قاعـدة قانونيّة صــريحة في عرش النظريّة العامّة للعقد، تحجب عن الاعتراف بتلك المكانة في ظل قانون نابليون لعام 1804 **(1)**؛ لتعرف في ظل إصلاح قانون العقود لسنة 2016 تدارك المشرّع لمثل هذه الثغرة، الّتي يجب العمل على سدها تقريرًا لغطاء حمائي يلتف حول مركز الطّرف الضّعيف في العلاقة العقديّة **(2)**.

1.الالتزام بالإعلام في ظلّ قانون نابليون لعام 1804: فراغ تشريعي

افتقد قانون نابليون لعام 1804 النّص على التزام عام بالإعلام، الّذي يُعد من أبرز النتائج المترتّبة عن إعمال مبدأ حسن النيّة[708] في المادة التعاقديّة، لذا تميَّز هذا القانون –في ظلّ فترة ما قبل الإصلاح لسنة 2016- بفراغ تشريعي واضح صاحبه ضرورة الاستعانة بكافة النُّصوص

(706) - أنظر المادة 11 من **القانون رقم 18-05** مؤرخ في 10 مايو2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج عدد 28، صادر بتاريخ 16 مايو 2018.

(707) - **عبيدات إبراهيم خصاونة**، مرجع سابق، ص. 221.

(708) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 57.

التّشريعيّة الخاصّة[709] لتقرير قيمة هذا الالتزام القانوني، وعدم تضييع فرصة الاستفادة من دوره في قياس ميزان توازن العلاقات العقديّة.

فُهم من القراءة الاستقرائيّة للقواعد القانونيّة المذكورة في قانون نابليون لعام 1804، أنّها لم تتضمّن ولا إشارة صريحة لمقتضيات الالتزام بالإعلام ضمن النُّصوص المؤطرة للنظريّة العامّة للعقد؛ ليصبح بهذا الالتزام متحجب عن الاعتراف بمكانته في هذا القانون، ما جعله يفقد فعاليّته في المجال العقدي، وفي ذات الوقت الّذي كانت الاجتهادات القضائيّة تندّد بضرورة تكريسه القانوني[710]، لما يحمله من إيجابيّات تظهر من ناحية الممارسة التعاقديّة.

برز في مرحلة الفراغ التّشريعي المتمثلة في غياب التّنصيص على الالتزام بالإعلام، كأحد الالتزامات المستقلّة في قانون نابليون لعام 1804، أن طرح إشكاليّة نقص المعلومات الّتي يتحصّل عليها الطّرف المتعاقد، ممّا أثر –بشكل مباشر- على رضا الطّرف المتعاقد ضحيّة الضعف التّعاقدي خاصّة في أثناء تكوين العقد، فسعت السوابق القضائيّة في فرنسا –آنذاك- إلى معالجة هذه المسألة، بربط مقتضيات الالتزام بالإعلام من خلال المبادئ الّتي تحكم فكرة الاحتيال، فتمّ ربطه بحالة الكتمان التّدليسي[711].

2.إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016: تجديد تشريعي

استحدث إصلاح قانون العقود الفرنسي سنة 2016، التزامًا عامًا بالإعلام ضمن المفاهيم الجديدة الّتي احتوتها نظريّة العقد، وهذا استجابة للتّنويهات القضائيّة الّتي تعد السّباقة في تنظيمه والّتي استغرقت وقتًا كبيرًا في إرساء قاعدة التّعامل بحسن النيّة، فكان الالتزام بالإعلام أحد أبرز تطبيقاته[712]، فعُرف بمرجعيّته القضائيّة في تكريسه كقاعدة قانونيّة.

---

(709) - أغفل المشرع الفرنسي تقنين الالتزام بالإعلام ضمن قواعد قانونية، ما جعل من هذا الالتزام لا يؤخذ به على نطاق تعاقدي واسع، يشمل كافة العقود، الوضع الذي دفع إلى ضرورة الاعتراف بوجوده حتى لا تضييع أهميته، على مستوى باقي التشريعات الخاصة، التي سنتعرض إلى تبيانها –على سبيل المثال- على النحو الآتي.

Voir articles L111-1 à L111-8 du **code de la consommation**, in : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/ , consulté le : 02/04/2024.

Voir articles L3171-1 du **code du travail**, in : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/ , consulté le : 02/04/2024.

(710) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 57.

(711) - Ibid., p. 12 et s.

(712) - Ibid., p. 57.

انفردت **المادّة 1112-1**[713] -سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، بالنّص على وجود التزام عام بالإعلام قبل التّعاقدي، ما جعل من هذا الأخير يحجز مكانة له ضمن مفاهيم النظريّة العامّة للعقد، ويعلن عن استقلاليّته عن الأسس التقليديّة الّتي كان يرتبط بها[714]، لأجل تبرير إلزاميّة التّقيد به عند التّعاقد، ليصبح منذ تكريسه الصّريح سنة 2016 ضمن سلسلة إصلاحات المدخلة في قانون العقود، مبدأ أساسي فيه.

ظاهر الحال أنه من المناسب كثيرًا، جعل الالتزام العام بالإعلام مبدأ مستقل يستجيب لمتطلبات قاعدة انضباط حسن النيّة في التّعامل بين المتعاقدين، كما أنّه يجسد أهم مرتكزات تقرير مبدأ توازن العلاقات العقديّة؛ لذا اعتمدت عليه العديد من المشاريع الأوروبيّة في خطوتها الإصلاحيّة لقانون العقود[715]، وتمّ تضمينه في المرحلة السّابقة على التّعاقد، كأحد الالتزامات الواجبة على المتفاوضين ما قبل التّعاقد[716].

الفرع الثّاني

طبيعة الالتزام بالإعلام

تلعب طبيعة الالتزام بالإعلام، أهميّة بالغة في تحديد القواعد الّتي تسري على الالتزام في ظل مفاهيم النظريّة العامّة للعقد، واعتبارًا لما جاء في السّوابق القضائيّة بأنّ الالتزام بالإعلام بات يمثّل أهم تطبيقات مبدأ حسن النيّة[717]، يمكن إلحاقه بقواعد هذا المبدأ، ممّا يجعله يكتسي طابع النّظام العام **(أوّلا)** ويعرف نظرًا لدوره إزاء العقد توسيع من نطاقه التّعاقدي ليشمل كافة جوانب العمليّة التعاقديّة **(ثانيا)**.

(713) - Voir article 1112-1 **de l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
(714) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 12 et s.
(715) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 6.
(716) - **CHENEDE François**, *op.cit.*, p 34.
(717) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 57.

أوّلاً: تعلق الالتزام بالإعلام بمقتضيات النِّظام العام

طُور الالتزام بالإعلام في السَّوابق القضائيَّة على أساس مبدأ حسن النيَّة[718]؛ ليعد -بذلك- من أبرز التَّطبيقات التعاقديَّة[719] لوجوب احترام الأدبيَّات الَّتي تفرضها قاعدة انضباط[720] حسن النيَّة في المعاملة العقديَّة، هذا التَّناغم بينهما، والتعلُّق الضّمني بالمبدأ، جعل من الالتزام بالإعلام يخضع لذات القواعد الَّتي تسري على مبدأ حسن النيَّة، والَّتي يظهر من بينها إسقاط فكرة النِّظام العام على جوانب الالتزام بالإعلام.

أُصطبغ الالتزام بالإعلام بطابع النِّظام العام بمقتضى **المادَّة 1112-1** -سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود الفرنسي، الَّتي جعلت من الالتزام بتقديم المعلومات، يرتقي إلى مصف الالتزامات المدرجة في دائرة النظام العام، وكل هذا اقتداء بما أشار إليه تقرير إصلاح قانون العقود[721]، الَّذي طرح بدوره الالتزام الإعلام واعتبره من النِّظام العام[722].

يسفر عن تعليق الالتزام بالإعلام بفكرة النِّظام العام، أنَّه يستحيل على طرفي العقد الاتّفاق على مخالفته، سواء وقع ذلك بموجب اتّفاق سابق على تقييده أو استبعاده، أو كان التّنازل لاحق، لأن طبيعة النظام العام تحظر مهما كان الدَّافع لدى المتعاقدين، من الالتفاف حول الالتزام، قصد تجريده من قيمته، والتَّنصل منه، ممَّا ينتقص من فعاليَّته في ظلِّ نظريَّة العقد[723].

---

(718) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 57.

(719) - **الخطيب محمد عرفان**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 208.

(720) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 450.

(721) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p 6, « *Est ensuite introduite l'existence d'un devoir général d'information (art. 1112-1),* ***d'ordre public*** *(…)* ».

(722) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p 6, « *(…) Le cinquième alinéa précise que le devoir d'information* ***est une règle d'ordre public*** *(…)* ».

(723) - Article 1112-1 alinéa 5 **du l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(…) Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir (…)* ».

ثانيا: شموليّة الالتزام بالإعلام

يُدرج الالتزام بالإعلام ضمن محاور قاعدة التعامل بحسن النيَّة[724]، لما لهذا الالتزام من أهمية تضمن رضا حر مستنير للطَّرف المتعاقد –أي الطَّرف الضَّعيف- في العلاقة العقديَّة، بعد إلزام المتعاقد معه على تقديم مختلف المعلومات المتصلة بمحل العقد؛ حتَّى يتمكن من التَّعاقد على دراية وعلم؛ لهذا صنف الالتزام بالإعلام تحت غطاء حسن النيَّة، لأنَّه يسفر عن مظاهر حرص واهتمام المتعاقد بمصلحة نظيره المتعاقد معه.

يشمل الالتزام بالإعلام نطاق تعاقدي واسع، يظهر تطبيقه كإلتزام يسبق مرحلة ما قبل التَّعاقد، فضلاً عن مرحلتي التكوين وحتَّى التَّنفيذ، وكل هذا ضمانًا لإرساء غطاء حمائي لمركز الطَّرف الضَّعيف الَّذي يكون عرضة للمناورات الاحتيالية الَّتي قد يعتكف عليها الطَّرف القوي من أجل النَّيل من سلامة رضاه تُجاه جوانب العمليَّة التعاقديَّة، وإخضاعه لتَّعسُّف الإرادة التعاقديَّة.

يسري أثر الالتزام بالإعلام على كافَّة العقود[725]، بحيث يهدف إلى الحرص على تقديم المعلومات؛ لأجل ضمان رضا حر مستنير لكل طرف متعاقد -لاسيّما الطرف الضعيف-، مهما كانت طبيعة العقد محل الإبرام؛ ليظهر أنَّ تكريس الالتزام بالإعلام ضمن مفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد، له من الفعاليَّة العائدة على جوانب العقد.

المطلب الثَّاني

تنفـــيذ الالـتزام بالإعـــلام

يُنتظر من توظيف الالتزام بالإعلام[726] المستنبط من الواجب العام بالنَّزاهة والأمانة التعاقديَّة[727]، كآلية حمائية في مفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد، أن يكشف عن أهميته العلاجيَّة لمشكلة اضطراب ميزان المساواة العقديَّة في أثناء تكوين العقد؛ لذلك حرص القانون على إلزام الطَّرف المدين بالإعلام بتقديمه لكل المعلومات والبيانات المتَّصلة بمحل العقد، حتَّى يضمن

[724] - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 57.
[725] - Ibid., p. 57.
[726] - **البكباشي سحر**، دور القاضي في تكميل العقد: دراسة تأصيلية تحليليَّة لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندريَّة، 2008، ص. 339 وما يليها.
[727] - **برهامي فايزة**، مرجع سابق، ص. 138 وما يليها.

شفافية[728] في العقد، فضلاً عن تمكِين الطَّرف المقابل له من التعاقد عن دراية[729] واسعة محاطًا علما بمختلف جوانب العمليَّة التعاقديَّة.

يقترن تنفيذ الطرف المدين بالإعلام الملزم بتقديم المعلومات المتَّصلة بمحل العقد، بتوافر جملة شروط **(الفرع الأوّل)**، ينتج عن تحققها تنفيذ الالتزام على نحو يُمكِن الطَّرف المتعاقد معه من الحصول على رضا حرّ مستنير إزاء التَّعبير عن رغبته في التَّعاقد أو العزوف عنه؛ ليتمّ حال مخالفة المدين بالإعلام لالتزامه ترتيب مسؤولية مدنيَّة **(الفرع الثَّاني)**.

الفرع الأوّل

شـــروط تنفيـــذ الالـتزام بالإعـــلام

قُيد تنفيذ المدين بالإعلام لالتزامه تحت طائلة تحقق جملة شروط، الَّتي في انعدامها، أو عدم استيفائها مجتمعة، يخفف التزام المدين بالإعلام، وينقل حدّة التَّمسك به من عاتقه إلى عاتق الدائن بالإعلام، ومن هذه الشُّروط، ما تعلقت بطبيعة المعلومات محل الإعلام **(أوّلًا)** وقوة تأثيرها على سلامة رضا الدائن بالإعلام **(ثانيًا)**.

أوّلاً: المعلومات محل الالتزام بالإعلام جوهريّة

يُستلزم لتنفيذ المدين بالإعلام[730] لالتزامه أن تكون المعلومات الواجب الإفضاء عنها لمصلحة الدائن بالإعلام تتَّصف بالطابع الجوهري، ومتَّصلة بمحل العقد، غير أنَّ تقديم المدين بالإعلام لمثل هذه المعلومات، يتطلب القانون تحقق شرطين، تعلق الأول بعلم المدين بهذه المعلومات **(1)** وتمثَّل الثاني في جهل الدائن لها **(2)**.

---

(728) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص. 426 وما يليها.

(729) - **مصطفى أبو مندور موسى**، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقديّة، أطروحة مقدَّمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كليَّة الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص. 15 وما يليها.

(730) - **بلحاج لعربي**، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقديّة في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن: دراسة فقهية قضائيَّة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، درا هومه، الجزائر، 2019، ص. 186.

1. علم المدين بالإعلام بالمعلومات

تضمـنَّت **المادَّة 1112-1 فقرة 1**[731] –سبق ذكرها- من إصلاح قـانون الـعـقود الفـرنسي لسـنة 2016، التزاما عاما بالإعلام[732]، وفرضت معطياته على الطَّرف المدين به، بأنّ ألزمته بتنفيذه حال حيازته لمعلومات تهم الطَّرف الدّائن بالإعلام، وقد عالجت فحوى **المادَّة 1112-1** –السَّالفة الذِّكر- الالتزام بالإعلام من ثلاثة جوانب تعاقديَّة، أوَّلها تعلق بقرينة علم المدين بالمعلومة محل الإعلام **(أ)** والثَّانية أخصَّت بإعفائه من واجب الاستعلام من أجل الإعلام **(ب)** وثالثًا أكَّدت على طابع الشُّموليَّة الّذي حظي به الالتزام **(ج)**.

أ. المادَّة 1112-1: تعبير عن قرينة العلم الكافي

يقتصر التزام المدين بالإعلام[733] على ضرورة الإفضاء عن المعلومات الّتي يعلمها[734]، بغض النَّظر عن المعلومات الَّتي كان يجهلها أو كان من الواجب العلم بها، ممَّا يفهم أنَّ **المادَّة 1112-1 فقرة 1** –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود عبَّرت عن **قرينة العلم الفعلي** للمدين بالإعلام بكافَّة المعلومات الجوهريَّة الَّتي تكون ذات تأثير في رضا الطَّرف المقابل له **(l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre)**؛ ليكون بهذا المدين بالإعلام معفى قانونًا من بذل جهد للحصول على كافَّة المعلومات الَّتي يجهلها أو من المفروض العلم بها حتَّى لو كانت ذات تأثير في رضا المتعاقد معه.

تعارضت قرينة العلم الفعلي للمعلومات مع الحكم المتبنَّى في **المادَّة 1129 فقرة 1** من مشروع القانون الصَّادر في مارس 2015، بحيث يتضح من فحوى **المادَّة 1129 فقرة 1**[735] –السَّالفة الذِّكر- أنها قد تضمَّنت **قرينة وجوب العلم**، يظهر تطبيقها في إلزام المدين بالإعلام بالإدلاء عن كل

---

(731) - Article 1112-1 alinéa 1 **de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant (...)* ».

(732) - **برهامي فايزة**، مرجع سابق، ص. 138.

(733) - **محمد حسام محمد لطفي**، مرجع سابق، ص. 18.

(734) - **GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 1110.

(735) - Article 1129 alinéa 1 du **projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, dispose que : « *Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information (...)* », in : https://www.tendancedroit.fr/projet-dordonnance-portant-reforme-droit-contrats-regime-general-de-preuve-obligations/ consulté le : 10/06/2024.

المعلومات الّتي كان يعلمها أو كان من الواجب العلم بها، وإلّا أنتهك التزام المدين بالإعلام[736] وانتقصت فعّاليّته في تنوير رضا الدائن بالإعلام إزاء محل العقد.

استمر تعارض قرينة العلم الفعلي مع اتّجاه القضاء الفرنسي، الّذي كان يُلقي على عاتق البائع المحترف قرينة العلم القاطع بكل المعلومات المتّصلة بمحل العقد، وهذا ما انتهى إليه قرار محكمة الاستئناف الفرنسيّة عندما ألزمت البائع الّذي يعلم بوجود عيوب في الشيء المبيع بتحمُّل مسؤوليّته تجاه المشتري عن جميع الأضرار، بهذا أثقل القضاء عاتق البائع المهني بقرينة علم غير قابلة للدّحض بنقيضها، حتّى ينفي عنه المسؤوليّة[737].

يكون -بهذا- المشرّع الفرنسي لم يساير ما أشار إليه مشروع القانون الصّادر في مارس 2015 ولا حتّى السّوابق القضائيّة، إنّما تبنّى قرينة العلم الفعلي في **المادّة 1112-1 فقرة 1** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، الّتي تعتد بالعلم بالمعلومات حقيقة[738]، حتّى لا يتم إثقال عاتق المدين بالإعلام بمعلومات قد تكون –على سبيل المثال- متداولة في المجتمع، نزولا عند الرّغبة في إقامة العلاقة العقديّة على ميزان المساواة.

ب.المادّة 1112-1: الإعفاء من واجب الاستعلام

أطرت **المادّة 1112-1** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود الحدود الّتي يتوقف عندها سريان تنفيذ المدين بالإعلام لالتزامه، حيث ألزمه المشرّع بتقديم المعلومات الجوهريّة الّتي تكون بحوزته، أي تلك الّتي يعلم بها وقت التّعاقد، دون أن يضطر إلى بذل عناية للاستعلام[739] عن معلومات لم تكن له دراية فيها من أجل تقديم التزامه بالشكل المطلوب قانونًا، وضمانًا لاكتمال الدّائرة المعرفيّة للدّائن بالإعلام.

عكست **المادّة 1112-1** –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود ما انتهجته المحاكم القضائيّة في فرنسا –كما سبق بيانه-، الّتي كانت تُلزم المدين بالإعلام، لأجل تنفيذ التزامه، أنّ يبذل جهده

---

(736) - **BARBIER Hugo**, « Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du code civil », *op.cit.*, p. 396.

(737) - **Cass. Civ.** 1ère, 1 juillet 2010, N° 09-16114, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022428112, consulté le : 10/06/2024.« *(...) Attendu qu'il résulte de ce texte une présomption irréfragable de connaissance par le vendeur professionnel du vice de la chose vendue qui l'oblige à réparer l'intégralité de tous les dommages en resultant (...)* ».

(738) - **رجب كريم عبد اللاه**، مرجع سابق، ص. 440.

(739) - **محمد حسام محمد لطفي**، مرجع سابق، ص. 22.

في إحاطته بكل المعلومات والبيانات الّتي يعلمها أو الّتي لا يعلمها، من خلال التزامه بالاستعلام عنها؛ لغرض تقديم كل المعلومات الّتي تهمُّ مصلحة الدائن بالإعلام.

رغم تضارب أحكام **المادّة 1112-1** –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود مع التزام المدين بالاستعلام، إلا أنّه يمكن فرضه على المدين ضمنيًا، بحكم أنّ هناك حالات تعاقديّة، تتطلب مثل هذا الالتزام حماية للمتعاقد[740]، لا سيّما إذا وصلت درجة الإعلام إلى تبصير[741] الطّرف المتعاقد معه، وليس مجرد الاكتفاء بتقديم المعلومات[742]؛ لذا يجب التّنبيه إلى هذه المسألة، والعمل على تداركها من خلال العودة إلى ما كرسه القضاء الفرنسي، والعمل به تحت طائلة حماية الطّرف الضّعيف، ضمانًا لمبدأ المساواة العقديّة.

ج. المادّة 1112-1: تعميم الالتزام بالإعلام

يُقال أن في تبني الالتزام بالإعلام[743] ضمن المفاهيم الإصلاحية للنّظريّة العامّة للعقد، رغبة في اعتماده كالتزام عام يُفرض واجب تطبيقه على كافة العقود[744]، مهما كان تصنيفها وطبيعتها؛ ليكون المشرّع الفرنسي بخطوته الإصلاحيّة قد وسع من الدائرة التعاقديّة الّتي يشملها الالتزام بالإعلام، كما جعل أثر هذا الالتزام يسري على كل مرحلة من مراحل العمليّة التعاقديّة.

ناهيك عن اتساع الدائرة التعاقديّة لتطبيق الالتزام بالإعلام، أنّه لم تتوقف على هامش العقود إنما امتد آثاره لتمس طائفة الأشخاص من الأطراف المتعاقدة، بأن ألزم المشرّع الطرف المدين بالإعلام، بتنفيذ التزامه، بغض النظر عن كونه طرف عادي أو غير مهني أو حتى مهني، وهذا كلُّه ضمانًا لمبدأ المساواة بين مراكز المتعاقدين.

2. جهل الدائن بالإعلام للمعلومات الجوهريّة

تُعفي **المادّة 1112-1 فقرة 1** – المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، الدائن بالإعلام من واجب الاستعلام عن مختلف المعلومات الجوهريّة، وذلك ضمن حالات تعاقديّة معينة، إذا ما

---

(740) - **منتصر سهير**، الالتزام بالتّبصير، دار النّهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن)، ص. 28.

(741) - **القوني عبد الحليم عبد اللطيف**، مرجع سابق، ص. 344 وما يليها.

(742) - **COLLART DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe**, *op.cit.*, pp. 184-185.

(743) - **بلحاج لعربي**، مرجع سابق، ص. 186.

(744) - **يوسف شندي**، مرجع سابق، ص. 463.

اقترنت بسبب جهل مشروع للدائن بالإعلام **(أ)** بينما تفرض عليه ضمن حالات مغايرة واجب الاستعلام[745] إذا بُني على سبب جهل غير مشروع **(ب)**.

أ. الجهل المشروع للدائن بالإعلام

يقع على المدين بالإعلام[746] تنفيذ التزامه وتمكِين الدائن بكل المعلومات والبيانات المتَّصلة بمحل العقد، إلَّا أنَّه لا يوجد مانع من سعي الدائن بالإعلام –بحد ذاته- إلى العلم أو الاستعلام عنها، أمَّا إذا اعترضت عمليَّة تنفيذ الدائن لالتزامه أسباب تحول حال تواجدها، من العلم بتلك المعلومات، فإنّها تجعله في مركز يستفيد من الإعفاء الكلي من تنفيذ التزامه بالاستعلام، بسبب استحالة حصوله على تلك المعلومات، فيصبح –بالتَّالي- سبب جهل الدائن مبررًا، غير مقيم لمسؤوليَّته من إخفاقه لتنفيذ التزامه بالاستعلام.

تتنوع أسباب الجهل المشروع للدائن عند تنفيذ التزامه، حيث قد تتعلق –من جهة أولى- **بطبيعة الشيء محل العقد**، كحال أن يكون المحل بحيازة[747] البائع، بصورة لا تمكن المشتري من معاينته والتَّدقيق[748] في جوانبه الأساسيَّة؛ لذا فإنّ مصدر العلم المشتري بتلك المعلومات هي حصريَّة لدى البائع، كما تتحقق ذات الاستحالة، عندما يكون محل التَّعاقد شيء خطرا كما في بيوع المنتجات الصناعية الخطرة كالمواد الكيميائية والأدوية[749]، حيث يستحيل على الدائن أن يعلم كيفيَّة استعمال مثل هذا الشيء أو الحدّ من خطورته، لأن هذه المعلومات تكون حصريَّة عند البائع (المهني) الَّذي يلزم بإعلامها للمشتري الَّذي لا يفقه فيها.

يُلمس سبب جهل الدائن المشروع –من جهة ثانية- من **الشخص المتعاقد بحد ذاته** بحيث قد يتواجد الدائن في طبقة أقل من نظيره المتعاقد معه، ممَّا يؤدي إلى الكشف عن ضعفه المعرفي وقلَّة خبرته بمحل العقد المراد إبرامه[750]، فتجعله مثل هذه الوضعية لا يتمكن من الإلمام بكل

(745) - **عبد المنعم موسى إبراهيم**، حسن النيَّة في العقود: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص. 19.
(746) - **بلحاج لعربي**، مرجع سابق، ص. 186.
(747) - **مصطفى أبو مندور موسى**، مرجع سابق، ص. 123.
(748) - **حامق ذهبية**، مرجع سابق، ص. 87.
(749) - **بوشوال جمال محمد محمد**، مرجع سابق، ص. 93.
(750) - المرجع نفسه، ص. 94.

المعلومات والبيانات بمفرده، لاسيَّما إذا كان العقد مرتبط بما ينتج عن التقدم التكنولوجي[751] في مجال إنتاج السلع وتقديم الخدمات، إنَّما يتوجب –دائمًا- تدخل المدين لتنوير رضائه والعمل على توجيهه الصحيح نحو إبرام العقد من عدمه.

يرتبط –من جهة ثالثة- جهل الدائن بالإعلام **بعامل الثِّقة**[752] **المشروعة** (**fait confiance à son cocontractant**) الَّتي يوليها في المتعاقد معه، فإذا قامت اعتبارات خاصة في هذا الأخير جعلت الدائن يولي ثقة تُصْرفُه[753] عن البحث والتَّحري عن المعلومات والبيانات المتصلة بمحل العقد، وبمثل هذا السبب يجعل جهل الدائن مشروعًا، ويمكن أن تستند هذه الثقة إلى **طبيعة العقد المراد إبرامه** كحال عقد الشركة الَّذي يقوم على هدف المصلحة المشتركة للشركاء، كما قد يستند إلى **طبيعة العلاقة الرَّابطة بين الأطراف المتعاقدة** كحال علاقة قرابة، كما يمكن أن تستند إلى **صفة الطَّرف المتعاقد** كحال أن يكون مهنيا[754] كعلاقة الطبيب بمريضه[755]، فلا يكون لطرف المستهلك إلَّا أن يرضخ لتوجهات المهني له[756].

ب.الجهل غير المشروع للدائن بالإعلام

رأت أحكام **المادَّة 1-1112** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، أن يسعى الدائن بالإعلام إلى الاستعلام حال توافر معلومات وبيانات، يُلتمس فيها تأثير على سلامة رضاه[757]، وكان جهله لها مبني على مبرّرات غير مشروعة، في هذه الحالة، يجب على الدائن بالإعلام ألا يتخذ موقفًا سلبيًا ينتظر إعلامه من طرف المدين بالإعلام، إنّما يتوجب عليه أن يستعلم عن تلك المعلومات **(ب-1)** بعد إتباعه لجملة ضوابط يسهل عليه تنفيذ التزامه بالاستعلام **(ب-2)**.

---

(751) - **بوشوال جمال محمد محمد**، مرجع سابق، ص ص. 94-95.

(752) - **مصطفى أبو مندور موسى**، مرجع سابق، ص. 131.

(753) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 466.

(754) - **GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 1428.

(755) - **فيلالي علي**، "ملاحظات حول المسؤوليّة الطبية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونيّة والاقتصاديّة، عدد 7، 2015، ص. 19 وما يليها.

(756) - **بوشوال جمال محمد محمد**، مرجع سابق، ص ص. 95-96.

(757) - **JOURDAIN Patrice**, « Le devoir de « se » renseigner », *D., Chro.*, N° 1, 1983, p. 139.

ب-1. التزام الدّائن بالإعلام بالاستعلام

تُوحى العلّة من إدخال الالتزام بالإعلام ضمن مفاهيم النّظريّة العامّة للعقد، في إقامة العلاقة العقديّة على ميزان عادل يرجح بين المستوى المعرفي لكلا الطّرفين، لا سيّما عندما يكون أحدهما في طبقة أدنى تجعله يجهل المعلومات والبيانات المتّصلة بمحل العقد المراد إبرامه، مما يؤدي إلى ظهور مشكلة عدم التّكافؤ المراكز بين المتعاقدين، وبالتّالي تردّد الضّعف التّعاقدي لدى الطّرف الضّعيف في العلاقة العقديّة.

تنتفي علّة تقرير منطق العدالة الّتي تقوم عليها العلاقة العقديّة، عندما يختل ميزان التّوازن المعرفي بينهما، في حالة إذا كان بمقدور الطّرف الدائن بالإعلام أن يعلم أو يستعلم[758] بوسائله الخاصّة عن المعلومات والبيانات[759] الّتي يُرى فيها تأثير على سلامة رضائه، وهذا ما يُستشف من **المادّة 1112-1** –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود، الّتي تلزم الدائن بالإعلام ألا يتخذ موقف سلبي ينتظر إعلامه من طرف المدين بالإعلام، بل يجب أن يسعى –حتّى ولو كان مستهلكا- إلى التّحري عن المعلومات المتّصلة بمحل العقد والمؤثرة على رضائه.

ب-2. ضوابط تقيّد الدائن بالاستعلام

أخف القضاء الفرنسي وفقًا لما جاء تكريسه في السّوابق القضائيّة من حدّة التزام المدين بالإعلام ضمن العديد من الحالات التعاقديّة، الّتي يكون بإمكان الدائن بالإعلام أن يحصل على المعلومات المؤثرة على رضائه، وبكلّ سهولة، نظرا لتداول المعلومة[760] لدى عامة المجتمع؛ لذلك يجب على الدائن بالإعلام التّقيد بواجب الاستعلام، الظّاهر في مراعاته لجملة ضوابط تحث على التّحلي بواجب الفضول **(ب-2-1)** والزاميّة التّحري عن المعلومة[761] **(ب-2-2)** مع ضرورة توخي الحذر **(ب-2-3)**.

---

(758) - **عبد المنعم موسى إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 19.

(759) - **سهير منتصر**، مرجع سابق، ص. 53.

(760) - **LE TOURNEAU Philippe**, « De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D., Chro., cahier*, N° 14, 1987, p. 102.

(761) - **عبد المنعم موسى إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 19.

ب-2-1. التّحلي بواجب الفضول

أوقع القضاء الفرنسي على عاتق الدائن بالإعلام ضرورة التّحلي بواجب الفضول، الّذي يفرض عليه أن يبحث عن كل المعلومات المتّصلة بمحل العقد، وعدم الاكتفاء بما يُدلي به المدين بالإعلام وهذا ما تأكّد في مجمل قراراته؛ لتتلخص احدها في قضيّة قام فيها السيد **(x)** بإبرام عقد بناء شرفة في منزله مع شركة مختصة في البناء **(Scarna et fils)**، وأثناء نقل هذه الأخيرة لمجموعة مواد بناء مستوردة من شركة **(Boyenval Van Peer)**، والّتي تمّ تسليمها في مكان أخر غير منزله الشخصي اضطر السيد **(x)** بغية التأكد من جودة هذه المواد، بالتّنقل لتفقدها شخصيًا، إلّا أنّه أصيب إثر ملامسته للمواد بأضرار على مستوى ساقيه وقدميه.

رفع السيد **(x)** إثر إصابته دعوى قضائية ضد شركة بناء **(Scarna et fils)**، طالبًا إيّاها بالتّعويض عن الأضرار اللّاحقة به، إلّا أن القرار الصّادر عن محكمة الاستئناف، قضى أن شركة بناء **(Scarna et fils)** هي شركة متخصصة في مشاريع البناء وليست ببائع مواد بناء محترفة، ممّا يجعلها غير مسؤولة عن نقص المعلومات حول هذه المواد الأساسية للبناء، بهذا لا يمكن اتهام شركة بناء **(Scarna et fils)** بتقصيرها في تنفيذ التزامها بالإعلام[762].

قابلة محكمة الاستئناف وضعية البائع المحترف، بقضائها بإلزامية أي بائع محترف للسلع أو مقدم الخدمة، قبل إبرام العقد، أن يضع المستهلك في وضعيّة تسمح له بمعرفة الخصائص الأساسيّة للسّلعة أو الخدمة؛ لتكون شركة بناء **(Scarna et fils)** غير مسؤولة، ويتعيّن بالتّالي على السيد **(x)** أيضا أن يتحلّى بالفضول تجاه معرفة جميع الخصائص ومميّزات هذه المواد المراد استعمالها في بناء شرفة منزله.

---

[762] **- Cass. Civ**. 1ère, 1 mars 2005, N° 04-10.063, Bull. Civ. N° 109, 2005, p. 94. **«** *(...) Attendu que pour dénier à M. X... le droit de rechercher la responsabilité de la société Scarna et fils en raison d'une méconnaissance des dispositions du texte précité, l'arrêt se borne à énoncer que cette société est une entreprise de bâtiment et non un vendeur professionnel de béton, de sorte qu'il ne peut lui être reproché un quelconque manquement sur le fondement de ces dispositions ; (...)* **»**.

ب-2-2. التّقيد بواجب الاستعلام

أقر القضاء الفرنسي بالتزام الدائن بالإعلام في حالات تعاقدية معيَّنة، بضرورة التّقيد بواجب الاستعلام[763]، حتَّى يتمكن من الحصول على كافَّة المعلومات الضَّامنة لرضا حر مستنير إزاء العمليَّة التعاقديَّة، وهذا ما تأكد في مجمل قراراته القضائيَّة؛ لتتلخص إحداها في قضيَّة استخدم فيها مزارع **(x)** مختص بزارعة أشجار البرقوق، منتجات وقاية النباتات الَّتي تمَّ شراؤها من شركة **(Etablissements Vias et fils)** لمعالجة 50 هكتار من البساتين، غير أن المزراع **(x)** لاحظ بعد 10 أيام من العلاج سقوط الثمار على الأرض، ممَّا عُدَّت بسبب تلك المواد العلاجية غير صالحة للاستهلاك، ما تسبب الوضع في خسارة تضرَّر منها المزراع **(x)**.

تحصل المزارع **(x)** إثر وقوع حادثة فساد كل ثمار أشجار البرقوق، على إجراءات موجزة على تعيين خبير، وتقدَّم برفع دعوى قضائيَّة ضدَّ شركة **(Etablissements Vias et fils)** مستند في دعواه على أنَّ الشركة **(Etablissements Vias et fils)** لم تلتزم بواجب تقديم المعلومات اللَّازمة حول الأثار الفرعيَّة النَّاتجة عن استخدام مثل هذه المواد العلاجيَّة، إلَّا أن محكمة الاستئناف أقرت أنَّ شركة **(Etablissements Vias et fils)** لم تكن ملزمة بتقديم المعلومات بحكم أن المشتري –المزارع **(X)** كان مزارعا محترفًا.

استخلص القضاء الفرنسي بعد تقدير الأسباب الخاصة والمعتمدة في القضيَّة، أنَّ المزارع **(x)** بصفته محترفًا في زراعة أشجار البرقوق، سبق له أن ذكر أن المنتوج عبارة عن مبيد فطري للحبوب، فإن استخدامه يتوقع منه حدوث آثار ضارة تلحق بأشجار البرقوق، مما يتوجب عليه أن يستعلم عن تلك الأثار الجانبية عند شراء المواد العلاجية بصفته مزارعا محترفا[764].

---

(763) - **عبد المنعم موسى إبراهيم**، مرجع سابق، ص. 19.

(764) - **Cass. Civ**. 1ère, 30 novembre 2004, N° 01-14.314, Bull. Civ. N° 298, 2004, p. 249. « *(...) Mais attendu qu'après avoir relevé, par motifs propres et adoptés, qu'en sa qualité de professionnel de la culture des pruniers, M. X... était tenu d'une obligation de prudence et de précaution élémentaire, et que les étiquettes du produit vendu, à l'origine du sinistre, mentionnaient qu'il s'agissait d'un fongicide pour céréales, dont l'utilisation pouvait avoir des effets irréversibles, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a estimé que M. X... ne pouvait ignorer les risques qu'il encourait en utilisant ce produit contrairement aux prescriptions du fabricant et en le mélangeant à deux autres produits sans essai préalable, de sorte qu'il ne pouvait reprocher au vendeur un manquement à son obligation d'information et de conseil ; que le moyen, non fondé dans sa première branche, est inopérant en sa seconde branche ; (...)* ».

ب-2-3. توخ واجب الحذر

ألزم القضاء الفرنسي الدائن بالإعلام بضرورة توخي الحذر، الّذي يحثه على التّحلي باليقظة والانتباه لكل الظُّروف والعوامل المحيطة بالعمليَّة التعاقديَّة، قصد ضمان حصوله على كل المعلومات والبيانات، لتنوير رضائه إزاء محل العقد، وهذا ما تأكَّد في مجمل قراراته القضائيَّة؛ لتتلخص إحداها في قضيَّة قام فيها زوجين **(x)** ببيع مسكن لهما للزوجين **(Y)**، علما أنّ موقع المسكن –ظاهريا- يقع في منطقة قريبة من مصنع للحجر، والّذي كان من المترقب حدوث انفجارات قد تهدّد سلامة سكان هذا المسكن، إلّا أن الزوجين **(Y)** رغم خطورة الوضع، لم يعلما الزوجين **(Y)** بهذا الوضع الخطير.

يُؤسس على تقصير الزوجين **(x)** في تنفيذ التزامهما بالإعلام عن مثل هذا الوضع الخطير المتوقع الحدوث، رفع دعوى قضائيَّة من قِبل الزوجين **(Y)** للمطالبة بإلغاء البيع والحصول على حقهما في التعويضات المالية، إلّا أنَّ طلب الزوجين **(Y)** لقي الرفض من قِبل المحكمة الفرنسيَّة، مما جعل من هذا الحكم محل استئناف تأسيسًا على عدة أسباب.

بررت محكمة الاستئناف تصرف الزوجين **(x)** بأنهما غير ملزمين بتقديم معلومات حول مخاطر قرب مصنع الحجر من مسكنهما المعروض لعمليَّة البيع، وأنَّه لا يمكن إلقاء التزام بالإعلام على عاتق الزوجين **(x)** بصفتهما بائعين، باعتبار أن الزوجين **(Y)** المشتريين قاما بعدة زيارات للمسكن قبل إجراء عمليَّة الشراء، فضلاً على أنَّ مصنع الحجر كان مرئيًا من موقع المسكن، الوضع الّذي يمكِن الزوجين **(Y)** المشترين من توقع تلك المخاطر، إذا التزاما بالحذر عن طريق الاستعلام عن حقائق عمل هذا المصنع، وما الخطورة العائدة على مسكنهما[765].

(765) - **Cass. Civ**. 3ème, 9 octobre 2012, N° 11-23.869, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026489268/ . consulté le : 20/06/2024. « *(...) Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, constaté que les acheteurs avaient effectué à plusieurs reprises des visites de la maison préalablement à l'acquisition et que la carrière était visible de la maison et de la route qui y conduit, et relevé la notoriété de l'existence sur la commune de cette carrière en cours d'exploitation, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, qui n'a pas débouté les acquéreurs au seul motif que les vendeurs étaient des non professionnels, et qui a souverainement retenu que les acheteurs pouvaient avoir connaissance des faits par eux-mêmes et que la présence de la carrière en activité à une distance de 700 mètres environ du bien et les tirs de mines que son exploitation nécessitait ne pouvaient échapper à des acquéreurs normalement vigilants, a pu, par ces seuls motifs, en déduire que les vendeurs n'étaient pas tenus d'une obligation particulière d'information sur ce point et qu'aucune réticence dolosive ne pouvait leur être reprochée ; (...)* ».

ثانيا: تأثير المعلومات على رضا الطّرف المتعاقد معه

يُطلب لتنفيذ المدين بالإعلام لالتزامه الملقى على عاتقه، أن تكون معلومات الّتي بحوزته ذات تأثير في سلامة رضا الدائن بالإعلام **(1)** إلا ما استثنى القانون بصريح نصوص قانونيّة، فإن تلك المعلومة لا تلزم المدين بالإعلام بضرورة تقديمها والإفضاء عنها، ولو كانت جوهرية **(2)**.

1.المعلومات المؤثّرة على رضا الدائن بالإعلام: قاعدة عامة

حصرت **المادّة 1112-1 فقرة 1** -المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، دائرة المعلومات الّتي تلزم المدين بالإعلام بتقديمها للطّرف المتعاقد معه، عند دائرة المعلومات الجوهريّة الّتي من شأن التّستُّر عنها أو إغفالها، أن تنال من رضا الدائن بالإعلام، فلا يكون بمقدوره الاطلاع بكل دراية وشفافية على الجوانب المتّصلة بالعمليّة التعاقديّة، على النّحو الّذي يجعله يتعاقد برضا حرّ ومستنير[766]، ممّا قد يشكل تعدي صارخ على الحريّة التعاقديّة للطّرف الدائن بالإعلام.

حدّدت **المادّة 1112-1 فقرة 1** –المذكورة أعلاه-، المعلومات الجوهريّة المؤثرة في رضا الدائن بالإعلام، بأنّها تلك المعلومات الّتي تكون لها **علاقة مباشرة مع مضمون العقد** كالمواصفات المميزة لمحل الالتزام، مدة الضّمان، أو تتّصل **بصفة الأطراف الّتي على أساسها يتم التّعاقد**، كسنوات الخبرة الدراسات، الخبرة، الاحتراف ... إلخ.

يُنفذ–بهذا- المدين بالإعلام التزامه عن طريق الإفضاء عن كل معلومة جوهريّة من شأنها أن تنال من رضا الدائن بالإعلام، أما المعلومات الثانوية غير المؤثرة[767]، فلا إلزام في تقديمها، بل أن الإفضاء عنها يشكل في بعض الحالات التعاقديّة، تضليل لإرادة المتعاقد معه وتشتت نظرة الدائن بالإعلام حول الجوانب الجوهريّة الواجب العلم بها.

---

(766) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص 467.

(767) - المرجع نفسه، ص ص. 467-468.

2.تأثير معلومة تقدير محل العقد على رضا الدائن بالإعلام: استثناء من القاعدة

تُخرِج **المادّة 1112-1 فقرة 2**[768] –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، من دائرة إلزاميّة المدين بالإعلام، تلك المعلومات المتعلقة بقيمة أو ثمن محل العقد، الوضع الّذي جعل المدين بالإعلام غير ملزم بتقديم مثل هذه المعلومة، حتّى وإن كانت تبدو –من الوهلة الأولى- معلومة مؤثّرة في سلامة رضا الدائن بالإعلام، كما قد يعمد الطّرف المدين بالإعلام نظرًا لعدم إلزاميّتها إلى استغلالها بالتستُّر وعدم الكشف عنها للطّرف الدائن بالإعلام، قصد تحقيق مصلحته الشّخصيّة.

أخذ القضاء الفرنسي هذا الحكم القانوني مبرء المدين بالإعلام من التزامه عندما تتعلّق المعلومة بقيمة المحل، ضمن العديد من القرارات القضائيّة؛ لتتلخص إحداها في وقائع قضيّة، أنه في عام 1986 قامت سيدة **(x)** ببيع 50 صورة فوتوغرافية في المزاد العلني للسيد **(z)** بسعر 1000 فرنك لكل واحدة، وفي عام 1989 التقت السيدة **(x)** بالسيد **(z)** فقامت بإبرام صفقة بيع لـ 35 صورة فوتوغرافية على التّوالي، وبنفس السعر المحدد سابقًا، مع العلم أنّ السيد **(z)** أعاد بيعها بسعر باهض بحكم أنه كان على علم بقيمتها الحقيقيّة في سوق الفن.

أُدين السيد **(z)** بمبلغ قدره بـ 1,915,000 فرنك الّذي يمثل قيمة استرداد الصور الّتي تمّ بيعها عام 1989، وهذا بعد خصم سعر البيع البالغ بـ 85.000 فرنك الّذي سبق أنّ تلقته السيدة **(x)** تأسيسًا على أن السيد **(z)** كان على علم أن شراء تلك الصور الفوتوغرافية بسعر 1000 فرنك بأنه يتعاقد بسعر زهيد مقارنة بقيمة الصور الحقيقيّة في سوق الفن، وبهذا السلوك يكون السيد **(z)** قد انتهك التزامه بحسن النيّة، بسبب عدم إعلام السيدة **(x)** عن القيمة الحقيقيّة لصورها الفوتوغرافية[769].

أبطلت محكمة النّقض الفرنسيّة هذا القرار، تأسيسًا على أنّه لا يقع التزام بالإعلام على عاتق المشتري، بحيث لا يلزم بالإفضاء للسيدة **(x)** عن الثّمن الحقيقي للصورة الفوتوغرافية، بهذا يكون الالتزام بالإعلام عن قيمة محل العقد ليس من المسائل الجوهريّة، ما جعل الحكم الثّاني من **المادّة**

---

(768) - Article 1112-1 alinéa 2 **de l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : **«** *(...) Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation (...)* **».**

(769) - **Cass. Civ**. 1ère, 3 mai 2000, N° 98-11.381, Bull. Civ. N° 131, 2000, p. 88. **«** *(...) Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur (...)* **».**

1-1112 فقرة 2 -المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود، يتعارض مع القاعدة العامَّة الَّتي أوجبت الإعلام عن كل المعلومات الجوهريَّة والَّتي من بينها التصريح بقيمة محل العقد.

يُسأل عن مناقشة حكم **المادَّة 1112-1 فقرة 2** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود عن مختلف الإشكالات، تعلَّقت **الإشكالية الأولى** بتعارض الحكم مع القواعد العامَّة لنظريَّة العقد الخاصة بالكتمان التدليسي، لاعتبار أنَّ أي طـرف متعاقد يعـمد بالسكوت عن التصريح بقيمة المحل، يكون مدلسا للمعلومة، لا سيَّما أن الثمن يعد عنصر أساسي مؤثر في رضا الطَّرف المتعاقد معه، بل هو الحد الفاصل في بعض العلاقات التعاقديَّة، في تحديد إرادة الطرف المتعاقد(770)، بينما تمثَّلت **الإشكالية الثَّانية** الَّتي بررت من طرف جانب من الباحثين، أن تكريس الاستثناء من الالتزام بالإعلام هو رغبة المشرّع في إلزام الدائن بالإعلام بأن يستعلم عن الثَّمن الحقيقي لمحل العقد، ولا يكتفي بالمعلومات الَّتي يقدمها المدين بالإعلام.

الفرع الثَّاني

انتـــــهاك الالتزام بالإعـــــــــلام

ترسيخًا للسوابق القضائيَّة في فرنسا، تمّ التوصل إلى تحديد أهميَّة الالتزام بالإعلام إزاء العمليَّة التعاقديَّة، مع فرض إلزاميَّة التَّقيد به، وعدم مخالفته، بإتيان سلوك يشكل انتهاكا صارخًا بمقتضياته، ممَّا يستتبعه بالضرورة قِيام واقعة الإثبات، الَّتي تلزم كل طرف –بحسب مركزه- في العلاقة العقديَّة بإثبات تقيده بالالتزام بالإعلام **(أوَّلًا)** على أن يتمّ تحديد الطَّرف المخالف، قصد توقيع الجزاء المناسب **(ثانيًا)**.

(770) - يستقرأ من **المادَّة 1137 فقرة 2** من إصلاح قانون العقود، أنَّها تجيز الحكم ببطلان العقد إذا أخفى أحد المتعاقدين معلومة جوهريَّة ذات تأثير في رضا المتعاقد معه، وكذلك أكدت **المادَّة 1139** من إصلاح قانون العقود، أن الثَّمن في العقد يُعد عنصر جوهري يؤثر في قرار المتعاقد، بل ويكون أحيانًا هو الدَّافع إلى التَّعاقد أو العزوف عنه، أنظر في ذلك:

Voir article 1137 alinéa 1 et article 1139 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

أوّلاً: إثبات انتهاك الالتزام بالإعلام

استطاعت السّوابق القضائيّة في فرنسا، إبراز جوهر الالتزام بالإعلام باعتباره المحي لتوازن مراكز العلاقة العقديّة؛ لذا كان لزاما على الطّرف المدين بالإعلام تنفيذ مضمونه حتّى يستفيد الدائن بالإعلام منه، ويضمن رضا حرّ مستنير إزاء العقد، غير أنّ تسجيل مخالفة بشأن عدم الالتزام به يفتح المجال لقيام قاعدة الإثبات الّتي تلقى بظلالها على كل طرف بحسب مركزه في العلاقة العقديّة **(1)** معتمدين على طرق إثبات مختلفة **(2)**.

1.عبء الإثبات

إستتبع واقعة انتهاك قيمة الالتزام بالإعلام، إثارة مسألة الإثبات المزدوج الّذي يسري في مواجهة طرفي العلاقة العقديّة، ويلزمهما بإثبات ما يلقى على عاتقهما، فيلزم الدائن بالإعلام بإقامة دليل على وجود التزام بتقديم المعلومات على عاتق المدين به **(أ)** في حين يعهد هذا الأخير إلى تبرئة ذمته بتقديم دليل يثبت تنفيذه للالتزام بالإعلام لمصلحة الدائن به **(ب)**.

أ. الطّرف الدائن بالإعلام

تعالت أحكام **المادّة 1112-1** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، بأحقيّة الدائن بالإعلام بالحصول على معلومات جوهريّة تتصل بمحل العقد، وهذا لأجل تنوير رضا الدائن حتّى يتعاقد أو يقرّر العزوف عنه بدراية عميقة، غير أن فحوى **المادّة 1112-1** –السّالفة الذِّكر- اشترطت على الدائن بالإعلام حتّى يضمن استفادته، أن يقدم دليل لإثبات واقعة إيجابيّة تمثلت في وجود التزام بالإعلام[771] على عاتق المدين؛ ليكون الدائن معفى من إثبات واقعة سلبيّة وهي عدم علمه[772] نظرا لصعوبتها أعفاه المشرع من عبء إثباتها، وهذا كلُّه تطبيقًا للقاعدة العامة الأصل في الإثبات **"البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"**.

---

[771] - **FABRE-MAGNAN Muriel**, *De l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie*, LGDJ-Lextenso éditions, Paris, 2015, p. 429.

[772] - إن توجه المشرّع الفرنسي في سياسته الإصلاحيّة كان موفق، حيث أقر إدراج آلية الالتزام بالإعلام ضمن سلسلة الإصلاحات لنظريّة العقد، حتّى يضمن به إعادة روح المساواة العقديّة، وكذا تسطير غطاء حمائي للطّرف الضّعيف، فمدام أن أساس وجود الالتزام هو التركيز على الطّرف الضّعيف، فمن غير المعقول إثقال عاتقه بإثبات واقعة سلبيّة.

يركز الطَّرف الدائن بالإعلام لإثبات حقه في تلقي معلومات جوهريَّة، أن يقيم دليل إثبات مزدوج يظهر من جانبين، حيث يتمثل **الجانب الأوّل** في إقامة دليل يثبت أن المدين بالإعلام ملزم قانونًا بالإضفاء عن المعلومات المتَّصلة بمحل العقد لمصلحته، أمَّا **الجانب الثاني** يقضي عليه أن يثبت مدى أهميَّة المعلومات[773]، لأنَّه بفضل تأثيره يكون رضا الدائن حرّ ومستنير ويتمكن من التَّعاقد على دراية أو يقرّر العزوف عنه.

ب.الطَّرف المدين بالإعلام

تُقابل واقعة إثبات الدائن بالإعلام بوجود هذا الالتزام على عاتق المدين، بواقعة نقل عبء الإثبات إلى المدين بالإعلام، فيلزمه القانون بإقامة دليل يثبت بموجبه أنَّه قد أدلى بكل المعلومات المتَّصلة بمحل العقد لمصلحة الدائن بها، فإذا استطاع المدين بالإعلام إثبات تنفيذ مضمون الالتزام تسقط عنه المسؤوليَّة، باعتبار أنَّ التزامه لا يتعدَّى إلى تأكده من استيعاب الدائن للمعلومات محل الالتزام.

عارض هذا الحكم القانوني المكرس في **المادَّة 1112-1** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود، مع منطق هذه الأليَّة الحمائيَّة الَّتي يعمل التزام بالإعلام بإرسائه على العلاقة العقديَّة، لاسيَّما ما تعلق بضمان رضا حرّ ومستنير للطَّرف الضَّعيف، والَّذي تعهد هذه الآلية على تنوير وتوجيه ضامن لدراية واسعة بعمليَّة التَّعاقد، وتحديد رغبته في التَّعاقد من عدمه.

وجب لإثبات المدين بالإعلام أداء التزامه، ضرورة النَّظر إلى الهدف المرجو من آلية الإعلام فإذا كان الهدف هو مجرد إعلام الدائن، فإنَّ المدين يثبت التزامه بمجرد **الإفضاء عن كل المعلومات المتَّصلة بمحل العقد** وهو التزام بتحقيق نتيجة[774]، حتَّى يكون الدائن على دراية بالعقد، كعلاقة البائع بالمشتري، أما إذا كان الهدف فضلاً عن الإعلام، هو **تبصير الدائن**، عندها يجب على المدين أن يحرص على استيعاب المدين للمعلومة، عن طريق الاستعلام منه، كالتزام الطبيب[775] بالإعلام نحو مريضه.

---

(773) - **FABRE-MAGNAN Muriel**, *De l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie*, *op.cit.*, p.429.

(774) - **GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *op.cit.*, p. 1439.

(775) - **القوني عبد الحليم عبد اللطيف**، مرجع سابق، ص. 750 وما يليها.

2.طرق الإثبات

كَيف القضاء الفرنسي واقعة إثبات خرق الالتزام بالإعلام، عن طريق مخالفته من قِبل المدين به باتخاذ سلوك يفضي إلى عدم تقديم المعلومات والبيانات الجوهريَّة لمصلحة الدائن بالإعلام، أنَّها **واقعة ماديّة**، ما جعل من طرق إثباتها مرنة، تخضع من حيث الأصل إلى الإثبات بكل الوسائل المتاحة قانونًا، ما عدا الحالات الَّتي أقر فيها القانون بموجب نصوص استثنائية إلزاميَّة تقديم دليل كتابي.

أيَّد القضاء في فرنسا، هذا التَّوجه الثبوتي -من جهة أولى-، **بالتَّأكيد على الإثبات الحرّ**، ضمن العديد من قرارته القضائيَّة؛ ليكون له في إحداها، أن اعترف للطبيب بعدما ألزمه القانون بتحمل عبء إثبات تقديمه لمريضه كل المعلومات المناسبة عن مخاطر التَّحقيقات أو الرعاية الَّتي يقدمها له قصد تمكِينه من إعطاء موافقة مستنيرة أو العزوف عنه، وإذا كان التزام بالإعلام يؤثر على كل من الطبيب الَّذي وصف الوصفة والشخص الَّذي ينفذ الوصفة الطبية، فيمكن إثبات مثل هذه المعلومات بأي وسيلة(776).

إحتضن القضاء الفرنسي، هذا التَّوجه الثبوتي -من جهة ثانيَّة-، من خلال **السماح بالإثبات بمختلف القرائن** ضمن العديد من قراراته القضائيَّة؛ ليكون له في إحداها، أنَّ البنك استأنف الحكم المطعون فيه، بسبب عدم وجود دليل إثبات كتابي، في حين أنه قدَّم عدة كشوفات –بمثابة قرائن- حساب تبين جميعها أن الدفعة الَّتي تمت في 23 يوليو تتعلق بمبلغ قدره 8.000 فرنك وأن أزواج **(X...Y)** قد التزموا بالصمت في أثناء الاستلام(777).

(776) - **Cass. Civ.** 1ère, 14 octobre 1997, N° 95-19.609, Bull. Civ. N° 1, 1997, p. 188. « *(...) Mais attendu que s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé, et si ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription, la preuve de cette information peut être faite par tous moyens ; (...)* ».

(777) - **Cass. Civ.** 1ère, 6 juillet 2004, N° 01-14.618, Bull. Civ. N° 1, 2004, p. 169. « *(...) Attendu que la banque fait grief à l'arrêt attaqué (Pau, 5 juin 2001) d'avoir décidé qu'elle ne justifiait pas de l'existence d'un commencement de preuve par écrit, alors qu'elle produisait plusieurs relevés de compte faisant tous apparaître que le versement effectué le 23 juillet portait sur la somme de 8 000 francs et que les époux de X... Y... avaient tacitement ratifiés par le silence observé à leur réception, violant ainsi l'article 1347 du Code civil ; (...)* ».

ثانيا: جزاء انتهاك الالتزام بالإعلام

ينجم عن عدم تنفيذ المدين بالإعلام لالتزامه القانوني، أن يتمّ تسجيل حالة انتهاك لمقتضيات هذا الالتزام، وإثارة بالتّالي مسألة الجزاء المترتب عن تلك المخالفة، بدء بإخضاع المدين به لنظام المسؤوليّة التقصيريّة، غير أنّه بالتّمعن في طبيعة الجزاء، يظهر ضرورة التمييز بين موضعين لإعمال الجزاء المتأتي عن المسؤوليّة، وهذا تبعًا لتحديد النتائج المختلفة عن الإخلال بالالتزام؛ لهذا يكون للجزاء بعدين، تعويضي **(1)** وبطلان العقد **(2)**.

1.توقيع جزاء التّعويض

صرح واقع الممارسة التعاقديّة في حالات مخالفة الالتزام بالإعلام، أنّه ليس في كل الحالات يؤدي إخلال المدين بالإعلام بالتزامه، إلى النّيل من سلامة رضا الدائن بالإعلام، ذلك أن هذا الأخير قد يتصادف ضمن حالات معيّنة تكون له القدرة على ضمان سلامة رضائه رغم إخلال المدين بالإعلام بالتزامه، إلّا أنّه قد يؤدي إلى إلحاقه بأضرار، تمهد له الطريق نحو المطالبة قضاء بجبرها، ومن ثم الحصول على تعويض.

يتوافق جزاء التّعويض مع مسألة إخلال المدين بالإعلام بالتزامه، دون أن يلحق الدائن بالإعلام عيب في رضائه، بدليل أنّ مثل هذا الالتزام يبدأ سريان تنفيذه منذ المرحلة السّابقة على التّعاقد، الّتي يمكن أن يتعرض فيها الدائن بالإعلام –بصفته متفاوضا- إلى الكشف عن وجود معلومات غير مصرح بها أو كان ينبغي تقديمها[778]، نظرًا لأهميتها، ودورها الحاسم في تنوير رضا الدائن بالإعلام –المتفاوض- نحو تحديد رغبته في التّعاقد من عدمها.

يخلف عن واقعة فشل المدين بالإعلام في تقديم المعلومات الجوهرية والحاسمة لمصلحة الدائن بالإعلام أضرارًا، تُمكِنه من المطالبة بالتّعويض تأسيسًا على فقدان فرصة إبرام العقد أو التّكاليف، الّتي تكبدها لاسيّما إذا كانت غير ضرورية، نظرًا لأن فترة التّفاوض قد تدوم فترة

(778) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 7. « *(...) En effet, un tel manquement pourra dans certaines hypothèses ne pas provoquer de vice du consentement, par exemple dans celle où le contrat ne serait finalement pas conclu : une partie qui aurait négocié pendant des mois avec une autre, et découvrirait tardivement et fortuitement une information déterminante que celle-ci aurait dû lui fournir, pourrait refuser de conclure le contrat, (...)* ».

زمنية طويلة، في حين تخرج عن دائرة التّعويض المرتبط بالأضرار، ما تعلق بتعويض عن ما فات المتفاوض من كسب[779].

2.تقرير بطلان العقد

يتصادف الدائن بالإعلام ضمن حالات تعاقديّة معينة، بالمساس بسلامة رضائه، بسبب قِيام المدين بالإعلام بالإخلال بالتزامه، ما يجعل من مسألة الإخلال ترتبط بعيوب الرضا[780]، وتضعف من إرادة الدائن بالإعلام وتصيبه بضعف تعاقدي[781]، فيستدعي الوضع لمعالجة مشكلة عدم تكافؤ مراكز العلاقة العقديّة، الاستعانة بآلية بطلان العقد، والّتي بدورها تقتضي لتطبيقها الكشف عن نيّة المدين بالإعلام الّتي دفعته إلى الوقوع في واقعة الإخلال.

يرمي المدين بالإعلام في حالات معينة، إلى الاحتفاظ بالمعلومات، وعدم الإفضاء عنها لمصلحة الدائن بها، على الرغم من علمه بأنها ذات أهميّة حاسمة في ضبط رغبة الدائن بالإعلام في إبرام العقد أو رفضه، في هذه الحالة يقترب تردّد المدين بالإعلام من عيب التدليس[782]، إذ تمّ خرق الالتزام بالإعلام بنيّة العمد لخداع الطّرف الدائن، ممّا يشكل تدليسًا يؤدي إلى بطلان العقد وفقًا لنص **المادة 1137**[783] –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود الفرنسي.

بينما يستشف ضمن حالات تعاقديّة مغايرة، أنّ المدين بالإعلام لم تكن نيّته من وراء إخلاله بالتزامه القانوني، النيل من سلامة رضا الدائن بالإعلام، إنّما يكون سبب عدم تقديمه للمعلومات

---

(779) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 7. « *(...) et réclamer la réparation du préjudice subi du fait du manquement au devoir d'information (ex : frais de négociation inutiles, perte de chance de conclure un contrat avec une autre partie, etc.). (...)* ».

(780) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 7. « *(...) Cet alinéa permet de faire le lien avec les vices du consentement, et en particulier la réticence dolosive consacrée à l'article 1137 du texte (...)* ».

(781) - **بن قويدر زبيرى**، مرجع سابق، ص. 7 وما يليها.

(782) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 7. « *(...) L'exigence que l'information retenue ait été d'une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie, rapproche les conditions du devoir précontractuel d'information de celles du dol par réticence, mais s'en distingue par un élément essentiel : ainsi, ce n'est que si la violation de l'obligation d'information a été faite intentionnellement pour tromper l'autre contractant, qu'elle sera constitutive* ***d'un dol entraînant la nullité du contrat****, (...)* ».

(783) - Voir article 1137 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

يعود إلى إهمال أو إغفال بسيط، في هذه الحالة لا يتمّ الحكم ببطلان العقد(784)، لأن النيَّة لم تكن موجهة لإيقاع الدائن في تدليس، إنما يتم الاكتفاء بمنح تعويض عن الأضرار التي لحقت الدائن بالإعلام(785).

(784) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 7. **«** *(…) Le dernier alinéa précise que le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également* ***entraîner la nullité du contrat*** *s'il a provoqué un vice du consentement – erreur ou dol (…)* **».**

(785) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 7. **«** *(…) comme le prévoit l'article 1137 alinéa 2. En l'absence d'intention de tromper, le défaut d'information, qui peut ne résulter que d'une simple négligence,* ***ne sera sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts****. (…)* **».**

الفصل الثَّاني
مرافقة مبدأ حسن النيَّة لمسار العمليَّة التَّعاقديَّة:
الانفرادية والضّبط

يستمر أثر مبدأ حسن النيَّة بالامتداد إلى كافة المراحل التعاقديَّة اللَّاحقة على مرحلة المفاوضات، وهذا من أجل ضمان توسيع المظلَّة الأخلاقيَّة لمبدأ حسن النيَّة لتشمل كل الجوانب التعاقديَّة لهذه المراحل، وعدم تقصيرها عند حدود مرحلة واحدة، لأنَّ في ذلك انتقاص مفرط بفعاليَّة المبدأ إزاء العلاقة العقديَّة، وما يسعى له المبدأ من تبسيط غطاء حمائي لمراكز المتعاقدين، يضمن به نجاح العمليَّة التعاقديَّة.

يَرسي دور مبدأ حسن النيَّة عند تمديد أثر الالتزام به، إلى فرض قاعدة انضباط تستهدف ضبط أي سلوك غير مشروع قد يرغب أي طرف متعاقد استنادًا إلى مبدأ الحريَّة التعاقديَّة، القيام به بقصد الإضرار بمصلحة المتعاقد معه؛ ليكون لمبدأ حسن النيَّة القدرة في التحكُّم في مشروعيَّة تصرفات المتعاقدين تحت شعار إنقاذ مركز الطَّرف الضَّعيف وإنقاذ العقد -إذا لزم الأمر ذلك- تحقيقا لمظلَّة العدالة العقديَّة.

يزداد التَّقيد بمبدأ حسن النيَّة عند وصول المتعاقدين مرحلة التَّنفيذ، حيث بالنَّظر إلى ما تشهده العلاقة العقديَّة في حدود هذه المرحلة، من انتهاكات عديدة، قد يعمد فيها الطَّرف القوي إلى البحث عن تحقيق مصلحته بعيدًا عن رعاية مصلحة نظيره المتعاقد معه؛ لذا كان مرافقة حسن النيَّة لعمليَّة التَّنفيذ العقدي، ضرورة حتمية لابُدَّ من التكفل بها في إطار تعزيز دورها إزاء هذه المرحلة **(الفصل الأوَّل)**.

يُواصل التمسك بمبدأ حسن النيَّة عند تصادم المتعاقدين بنهاية العقد، الَّتي تتعرض –هي الأخرى- للعديد من الإشكالات بسبب ما يسود هذه المرحلة من ثغرات، تجلَّت في عدم تعرُّض أغلب التَّشريعات –ومنها الوطنيَّة- إلى تقنين مبدأ حسن النيَّة في جوانب هذه المرحلة؛ لذا كان استمرار مرافقة حسن النيَّة لمرحلة نهاية العقد، ضرورة لابُدَّ من عمليَّة التَّقنين لها في دواعي تكريسها ضمن قواعد النظريَّة العامَّة للعقد **(الفصل الثَّاني)**.

المبحث الأوّل

حسن النيّة والتّنفيذ: حفظ توازن العقد

يتقرر عند وصول المتعاقدين مرحلة تنفيذ العقد، حصول كل منهما على المصلحة الّتي تعاقد من أجلها، ممّا يمكن التّعبير عن هذه المرحلة بتحصيل حاصل؛ لذا يجب الحرص دائمًا على تأطير كل الجوانب التعاقديّة لمرحلة التّنفيذ، تفاديًا لحدوث تضارب بين المصالح، والسهر لاسيّما على حفظ توازن الأداءات التعاقديّة، فكان لإدراج مبدأ حسن النيّة في مرحلة التّنفيذ[786]، استجابة لمثل هذه المتطلبات الّتي يُرجى إرساءها ضمن حدود هذه المرحلة.

اتُخذت في ظلِّ مفاهيم النظريّة العامّة للعقد، خطوة تشريعيّة متجهة نحو تبني مبدأ حسن النيّة في توجيه العقد، من أجل ضمان أداء التوقُّعات التعاقديّة وفقًا للصورة المتوقعة من قِبل المتعاقدين وقت التّعاقد، فاتسمت هذه الخطوة بالمحافظة على إرساء محتوى المبدأ ضمن عمليّة التّنفيذ العقدي، ممّا جعلته أحد الأهداف المسطرة من طرف العديد من التّشريعات المدنية –سواء على الصّعيد الوطني أو الدولي- بغية استبقاء قيمة المبدأ ضمن هذه المرحلة **(المطلب الأوّل)**.

تتعرض العلاقة العقديّة –أحيانا- لبعض العوامل والظروف الخارجية الّتي لا تمد بأية صلة بالمتعاقدين ولا بالعقد، إلّا أن وقوعها قد يتسبب في اضطراب توازن العلاقة العقديّة، مما يتوجب حفاظًا على قيمة التوقُّعات التعاقديّة، الاستعانة بالقواعد العلاجيّة لنظريّة الظُّروف الطّارئة، قصد تدارك ميزان توازن العقد **(المطلب الثّاني)**.

المطلب الأوّل

الالتزام بحسن النيّة في أثناء تنفيذ العقد: رؤية مُحافظة

تأقلمت مفاهيم الفلسفة التقليديّة لنظريّة العقد، التّعايش الدائم مع مبدأ حسن النيّة بوصفه أحد المبادئ الموجهة للعمليّة التعاقديّة، فاتخذت من هذا المبدأ قاعدة انضباط، تسهر على تأديب تعامل المتعاقدين –لاسيّما- عند تنفيذ الأداءات التعاقديّة، باعتبار أنّ هذه المرحلة تتحدّد فيها

(786) - **القوني عبد الحليم عبد اللطيف**، مرجع سابق، ص. 409 وما يليها.

المصلحة المنتظرة من قِبل المتعاقدين؛ لذا كان ربط معطياتها بمبدأ حسن النيَّة، حتميَّة فرضت نفسها، فتم الاعتراف لها بمكانة مقدَّسة ضمن مرحلة التَّنفيذ العقدي.

رغم ما تعرضت لها مفاهيم الفلسفة التَّقليديَّة لنظريَّة العقد، خاصّة بعد إرغامها على تجديد هيكلها التَّعاقدي، والعمل –خاصَّة- على توسيع مظلَّة حسن النيَّة، إلَّا أن أغلب التَّشريعات الدول حافظت على رؤيتها التَّشريعية المتجهة نحو استبقاء مظلَّة حسن النيَّة تعلو عمليَّة التَّنفيذ العقدي **(الفرع الأوَّل)** وعملت على ضمان الالتزام به بتوكيل القاضي مهمَّة رقابة تقيد المتعاقدين بهذا الالتزام عن طريق الاسترشاد بمقتضيات حسن النيَّة في أثناء تدخله في العقد **(الفرع الثَّاني)**.

الفرع الأوَّل

تكريس حسن النيَّة في ظلِّ القانون المدني

ظل مبدأ حسن النيَّة يرسو على محيط العمليَّة التعاقديَّة إلى أن وصل إلى مرحلة التَّنفيذ العقدي، الَّتي لطالما تحكم في جوانبها التعاقديَّة، فعُد بذلك أحد المبادئ الضَّامنة لتوازن مراكز المتعاقدين عند تنفيذ الأداءات التعاقديَّة؛ لذا حظي مبدأ حسن النيَّة بخطوة تشريعية مهمة أسفرت عن تقنيه كقاعدة قانونيَّة تضمن التَّنفيذ العادل للعقد، هذا ما يستقرأ من نصوص القانون المدني، سواء على الصعيد الوطني كحال القانون المدني الجزائري **(أوَّلا)** أو على الصعيد الدولي كحال القانون المدني الفرنسي **(ثانيًا)**.

أوَّلاً: حسن النيَّة في ظلِّ القانون المدني الجزائري

أبرزت معطيات **المادَّة 107 فقرة 1** من القانون المدني دور مبدأ حسن النيَّة الَّذي تعكسه معطياته على العلاقة العقديَّة، وللإحاطة علما بكل هذه المعطيات، وجب التَّطرق لتحديد التموضع التَّشريعي **للمادَّة 107 فقرة 1** –السَّالفة الذِّكر- **(1)** قصد الانعراج لاحقًا إلى تحليل القواعد الَّتي تفرضها مقتضيات الالتزام بحسن النِّيَّة في أثناء التَّعامل التَّعاقدي **(2)**.

1.قراءة في التموضع التّشريعي للمادّة 107

اعتنى المشرّع الجزائري بأخلقة الروابط العقديّة من خلال إبراز هذا الجانب الأخلاقي بتكريسه لمبدأ حسن النيّة ضمن قواعد النّظريّة العامّة للعقد منذ صدور القانون المدني سنة 1975، بحيث اختار **المادّة 107 فقرة 1**[787] –المذكورة أعلاه- من هذا القانون، لتنصّ بصيغة تشريعيّة صريحة على تبني مبدأ حسن النيّة، نزولاً عند رغبة المشرّع في ضمان تعامل مُؤدَّب بين المتعاقدين، زيادة في الثِّقة المتبادلة بينهما، وصولاً إلى تحقيق الأهداف المرجُوّة من قِيام العقد.

انتهج المشرّع تصميم تشريعي معزز لمبدأ حسن النيّة في العلاقة العقديّة، ظاهر في تخصيص مكانة **للمادّة 107 فقرة 1** –المذكور سلفًا- من القانون المدني ضمن معطيات القسم الثّالث المعنون بـ **"آثار العقد"**، الّذي جاء ذكره تحت عنوان الكتاب الثّاني المتعلق بـ **"الالتزامات والعقود"**، مما تبين من دراسة هذا التّصميم، أنّ المشرّع قصد استتباع الحلقة الإلزاميّة للعلاقة العقديّة بضرورة تنفيذ التّوقُّعات المتضمَّنة فيها وفقًا لمّا تمليه قاعدة حسن النيّة من صدق، إخلاص وأمانة، حتّى يتم ضمان فعاليّة العملية التعاقديّة.

وفق المشرّع الجزائري –من وجهة نظرنا- في ذكر كلا المبدأين مجتمعين، بحسب استكمال عملية التّنفيذ الإلزامي للالتزامات التّعاقديّة وفقًا لمّا تمليه القاعدة الأخلاقيّة –حسن النيّة- في التّعامل، غير ما يعاب على موقف المشرّع تخصيصه تلك المكانة التّشريعيّة منحصرة في آثار العقد، وكذا عدم اتّساع مظلّة حسن النيّة لتشمل كافة مراحل العمليّة التّعاقديّة، وهذا ما يكشف لنا عن إغفال المشرّع تطلعه على جوانب العمليّة التّفاوضيّة قصد تنظيمها، لمّا لها من دور في نجاعة باقي مراحل العمليّة التّعاقديّة.

2.قراءة في محتوى المادّة 107

عكست معطيات **المادّة 107 في فقرتها 1** –المذكورة سلفًا- من القانون المدني، على البساط القانوني العديد من الثغرات، بدا ظهورها في العمليّة التّعاقديّة، ضرورة التّصدي لها بالتّحليل والمعالجة؛ لأجل التّمكُّن من النُّهوض بمفاهيم جديدة للنّظريّة العامّة للعقد، تستعيد روح

(787) - المادة 107 فقرة 1 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمّن القانون المدني، على أنّه: **"**يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبحسن النيّة (...)**"**.

المعاملات العقديّة، وتعمل على إحيائها في جو أخلاقي يُضفي إلى واقع الأمان والصّدق بين المتعاقدين.

رُبط مبدأ حسن النيّة إثر تكريسه ضمن **المادّة 107 فقرة 1** –المذكورة سلفًا- من القانون المدني بمرحلة واحدة ووحيدة تمثّلت في عمليّة التّنفيذ العقدي، ليعتبر موقف المشرّع الرّامي إلى تقصير غطاء حسن النيّة على تلك العمليّة، بمثابة أولى الثغرات الّتي تجاوزها واقع الممارسة التّعاقديّة، وأصبح يتـطلّب مع مـرور الـوقت التّفطُّن لها والعمـل على إعـادة صـياغة **المادّة 107 فقرة 1** –المذكورة أعلاه- من هـذا القانون، والتّركيز لا سيما على توسيع مظلّة حسن النيّة لتشمل نطاق أوسع من جوانب العمليّة التّعاقديّة.

ثانيًا: حسن النيّة في ظلِّ القانون المدني الفرنسي

تكفلت **المادّة 1134 فقرة 3** –سبق ذكرها- من قانون نابليون لعام 1804، بتضمِين العلاقة العقديّة مبدأ حسن النيّة، الّذي يُمثل العنصر الأخلاقي لسلوك المتعاقدين، حتّى يتم إضفاء الاستقرار للمعاملة العقديّة هذا ما تأكد عليه سواء في ظلّ معطيات قانون نابليون لعام 1804 **(1)** واستبقى عليه إصلاح قانون العقود لسنة 2016 **(2)**.

1.حسن النيّة في ظلِّ قانون نابليون لعام 1804

وجبت **المادّة 1134 فقرة 3** –المذكورة سلفًا- من قانون نابليون لعام 1804، على المتعاقدين إتيان سلوك يستجيب لفكرة التّعامل بحسن النيّة؛ مما تبين أنّ المشرّع قد مزج العلاقة العقديّة بطابع أخلاقي؛ لذا كان لا بد من احتضان **المادّة 1134 فقرة 3** –السّالفة الذِّكر- بدراسة تصميمها التّشريعي **(أ)**؛ ليتحدّد مضمونها في دعم مظاهر إرساء العلاقة العقديّة في بيئة تعاقديّة مليئة بمظاهر أخلاقية تجلت في الأمانة والثّقة **(ب)**.

أ. قراءة في التّموضع التّشريعي للمادّة 1134

جاء تقنين فكرة حسن النيّة –لأوّل مرّة- ضمن قانون نابليون لعام 1804، حيث تكفّلت **المادّة 1134 فقرة 3** –المذكورة سلفًا- من هذا القانون، بالنّص الصّريح لها، واعتمدها كفكرة لضبط سلوك الأطـراف المتعـاقدة، من خلال حثّهم على التقيد بسلوك يستقيم مع مقتضيات مبدأ حسن

النيَّة[788] لأن من شأن التَّحلي بمقتضيات هذا المبدأ، ضمان إحياء العلاقة العقديَّة في جو يسوده مظاهر الثَّقة والنَّزاهة لاسيَّما تقرير مبدأ الأمانة التعاقديَّة.

كشفت النَّظرة التَّأملية **للمادَّة 1134 فقرة 3** –المذكورة سلفًا- أنَّ المشرّع الفرنسي قد أدرج مبدأ حسن النيَّة ضمن أحكام الفصل الثَّالث الَّذي جاء تحت عنوان: **"في أثر الالتزامات"** (**de l'effet des obligations**)، ويعود سبب ذكر المبدأ في ثنايا أقسام هذا القانون، أنَّ المشرّع اختار عمليَّة التَّنفيذ العقدي ليرسو عليها محتوى هذا المبدأ الأخلاقي، فانحصرت المكانة التَّشريعيَّة للمبدأ في حدود آثار العقد.

ب.قراءة في محتوى المادَّة 1134

أرست **المادَّة 1134 في فقرتها 3**[789] –المذكورة أعلاه- من قانون نابليون لعام 1804 القاعدة الأخلاقيَّة في التَّعامل بين الأطراف المتعاقدة، حيث تستشف من ورود عبارة **"يلتزم بحسن النيَّة"**، الَّتي تُلزم أطراف العلاقة العقديَّة، بضرورة التَّحلي بسلوك يستقيم مع الطَّابع الأخلاقي، ذلك من شأن التَّقيد بذات السلوك الأخلاقي، إرساء قاعدة الانضباط في التَّعامل مع بعضها البعض –أي بين المتعاقدين-.

تميزت **المادَّة 1134 في فقرتها 3** -المذكورة سلفًا- من هذا القانون بفراغ تشريعي وانتقاص من الفعالية الأخلاقيَّة، بسبب تقصير واضعو قانون نابليون لعام 1804 من مظلَّة مبدأ حسن النيَّة والسَّماح بأن تلقي بظلالها على مرحلة واحدة ووحيدة المتمثَّلة في مرحلة التَّنفيذ ممَّا يدل على ضيق الدَّائرة الأخلاقيَّة حتَّى تمتد لتشمل –تقريبًا- كافَّة مراحل الَّتي تمرُّ بها العمليَّة التعاقديَّة، لا سيَّما منها ما تعلَّق بمرحلة المفاوضات.

تُبسط المكانة التَّشريعيَّة المقيدة لمبدأ حسن النيَّة، التأثير في فعاليَّته في المجال العقدي، وهذا بسبب تقصير دور هذا المبدأ على مرحلة واحدة ووحيدة: التَّنفيذ العقدي مما يؤدي إلى غياب سلطان هذا المبدأ في باقي المراحل التعاقديَّة، الوضع الَّذي قد يؤدي إلى ظهور العديد من الاضطرابات المؤثرة على مراكز العلاقة العقديَّة.

---

[788] - **BARBIER Hugo**, **«** Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du code civil **»**, *op.cit.*, p. 397.

[789] - Article 1134 alinéa 3 de la **loi n° 1804-02-07**, code civil, dispose que : **«** *(...) Elles doivent être exécutées de bonne foi (...)* **»**.

2.حسن النيّة في ظلّ إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016

واصل المشرّع الفرنسي إجراء المحافظة من خلال خطوته الإصلاحية لمفاهيم النظريّة العامّة للعقد، على مكانة مبدأ حسن النيّة في مرحلة التّنفيذ العقدي، بعدما عرفت في ظلّ قانون نابليون لعام 1804 –كما سبق التعرض لها- تقصير مظلة حسن النيّة عند حدود هذه المرحلة، الّتي كانت تمثل ثغرة في انتقاص فعاليّة إرساء مظاهر حسن النيّة على كافة مراحل العمليّة التعاقديّة.

استكمالا للحلقة الأخلاقية للتعامل التعاقدي، تمّ تكريس مبدأ حسن النيّة في **المادة 1104 فقرة 1**[790] –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، بدء بالتفاوض مرورًا بالتعاقد وصولاً إلى التّنفيذ، غير أن التموضع التّشريعي لمكانة المبدأ ضمن أقسام النظريّة العامّة للعقد، أصابها تغيير طفيف، تمثل في نقل عمليّة تقنين المبدأ إلى القسم المتعلق بـ **"الأحكام التمهيدية"**.

الفرع الثّاني

استرشاد القاضي بحسن النيّة عند التدخُّل في التّنفيذ العقدي

وُلوج مبدأ حسن النيّة إلى مفاهيم النّظريّة العامّة للعقد، جعله يفرض نفسه كمبدأ مهيمن على مختلف جوانب العمليّة التعاقديّة، خول للقاضي التدخُّل كطرف في العقد، مما شكّل هذا التّجاوز انتهاكًا صارخًا بالإرادة التعاقديّة **(أوّلاً)**، كما سمح له بفرض رقابته على سلوك المتعاقدين، إذا ما كان متوافقًا مع المتطلبات الأخلاقيّة الّتي باتت تفرضها قاعدة انضباط حسن النيّة بين المتعاقدين **(ثانيًا)**.

أوّلاً: حسن النيّة والتحكُّم في العقد: تعدي صارخ على الإرادة التعاقديّة

سمح مبدأ حسن النيّة للقاضي بالتدخُّل في شؤون العقد، ممّا يشكل وفقا لمفهوم استقلاليّة الإرادة، تعدي على توقُّعات المتعاقدين، لكن بعد تحديث أحكام النّظريّة العامّة للعقد، مُنحت للقاضي سلطات أوسع إزاء العقد باسم مبدأ حسن النيّة، وهذا قصد تبرير تفسيراته **(1)** وإبداعاته لالتزامات تعاقديّة **(2)** وحتّى تقرير مستقبل العقد إن اقتضى الأمر ذلك **(3)**.

(790) - Article 1104 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *Les contrats doivent être (...) exécutés de bonne foi (...)* ».

1.حسن النيّة أداة القاضي لتفسير بنود العقد

يتقيد القاضي[791] بمبدأ حسن النيَّة عند تدخله في العقد لأجل تفسيره[792]، علما أنَّ هذا المبدأ يشكل أداة فعَّالة للتَّفسير في نطاق العقود الدَّولية[793]، وفي ذات الوقت اعتمدت عليه الممارسة القضائية في فرنسا قصد تبرير تفسيراتها[794] إزاء البنود التعاقديَّة الَّتي يعترضها اللبس والغموض، ومن أجل ضمان استقرار المعاملة العقديَّة، أُنيط للقاضي مهمة تفسير العقد[795]؛ لأجل إعادة العدالة العقديَّة[796] بين المتعاقدين.

ضُبط ممارسة القاضي لسلطته في تفسير بنود العقد، بضرورة الامتثال إلى قاعدتين (ضابطين)[797]، تمثلت الأولى **في عدم الخروج عن الإرادة التعاقديَّة** بالتَّحريف وتشويه مدلولها[798] إذا كانت عبارات العقد واضحة[799]، أما الثَّانية تمثلت **في إزالة الغموض عن العبارات الغامضة**، بتأويلها بحثًا عن النيَّة المشتركة للمتعاقدين[800]، فإذا التزام القاضي بالقاعدتين، يكون تفسيره لعبارات العقد مقترن بحسن النيَّة[801] في إضفاء عدالة عقديَّة.

يُعلم من التَّكريس التَّشريعي لسلطة القاضي في تفسير العقد، إفلات العقد من الإرادة التعاقديَّة المشتركة، ودخوله في قبضة القاضي، ممَّا طُرح على البساط القانوني تضرر مبدأ القوَّة الملزمة للعقد[802] غير أنَّ التَّمحيص في نيَّة المشرّع من وراء خطوته في تعزيز هذه السلطة

---

(791) - **JALUZOT Béatrice**, *op.cit.*, p. 156.

(792) - **CHENEDE François**, *op.cit.*, p 133.

(793) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 13.

(794) - **عامر حسين**، مرجع سابق، ص 114.

(795) - **البكباشي سحر**، مرجع سابق، ص. 215.

(796) - **حوحو يمينة**، مرجع سابق، ص. 75.

(797) - المرجع نفسه، ص. 75.

(798) - **البكباشي سحر**، مرجع سابق، ص. 235 وما يليها.

(799) - **إبراهيم سيد أحمد**، مرجع سابق، ص. 90.

(800) - تنص المادَّة 111 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني، على أنَّه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتَّعرف على إرادة المتعاقدين

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النيَّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، (...)".

(801) - **القوني عبد الحليم عبد اللطيف**، مرجع سابق، ص. 399 وما يليها.

(802) - **رشوان حسن رشوان أحمد**، أثر الظُّروف الاقتصادية على القوَّة الملزمة للعقد: عرض لفكرة ملاءمة العقد للظُّروف الاقتصاديَّة، دار الهاني، القاهرة، 1994، ص. 28 وما يليها.

للقاضي، إنَّما جاءت لتلطيف من تحجر قاعدة **"العقد شريعة المتعاقدين"**، والالتفات إلى مركز الطَّرف الضَّعيف، تحقيقًا لمبدأ العدالة العقديَّة(803).

2.حسن النيَّة فرصة إبداع القاضي في العقد

زاد حسن النيَّة إلى المعاملة العقديَّة نكهة جديدة من العدالة العقديَّة، مكَّنت القاضي باسم تقرير هذه العدالة، سلطة ابتداع التزامات تعاقدية بمنأى عن إرادة المتعاقدين، وعما كان متوقع وقت إبرام العقد، وهذا كله بفضل جعل رقابة مبدأ حسن النيَّة من المهام الجديدة للقاضي، تؤهله في حالات معيَّنة، واحتسابا لعدالة عقديَّة، أن يفرض التزامات، لا أن يتوقف دوره عند النطق بعبارات النصوص القانونية(804)، حتَّى يتمَّ إعادة التوازن العقدي(805)، والسَّهر على إنقاذ العقد.

وجه القضاة في فرنسا كامل تركيزهم على الالتزام بالإعلام الّذي بات يشكل أداة فعَّالة لضمان مساواة عقديَّة بين مراكز المتعاقدين، فإنصبت جهود القضاة عبر سلسلة سوابق قضائيَّة في محاولة إثقال كاهل المتعاقدين بهذا الالتزام الَّذي بات يتستَّر وراء حسن النيَّة(806)، ويعبر عن واجب الأمانة التعاقديَّة؛ لذلك وجد الالتزام بالإعلام ذو المرجعيَّة القضائيَّة –اليوم- بموجب خطوة إصلاح المشرّع الفرنسي لقانون العقود تقنين صريح له ضمن قاعدة قانونيَّة مستقلّة عن باقي المفاهيم التَّقليديَّة الَّتي كان يرتبط بها(807).

عُد الالتزام بالسلامة من قِبل القضاة في فرنسا، من أقدم الإبداعات الممهدة لفرض القاضي لالتزامات جديدة على المتعاقدين، فوجد القضاة في عقد النَّقل(808) تطبيق لهذا الالتزام؛ ليعرف في ظلِّ مراحل لاحقة امتداد أثر الالتزام إلى كافة العقود(809) الَّتي تنطوي على مخاطر تهدّد أحد

---

(803) - **حوحو يمينة**، مرجع سابق، ص. 75.

(804) - « *(...) Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi (...)* », cité par : **MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois, 2ème partie (livre IX a XIII), 1748*, p 52, in : http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_2/esprit_des_lois_Livre_2.pdf, consulté le : 05/07/2024.

(805) - **FAGES Bertrand**, « Même pour respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat », *RTD Civ.*, 2009, p 528.

(806) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p 89.

(807) - Ibid., p. 12 et s.

(808) - **البكباشي سحر**، مرجع سابق، ص. 306.

(809) - **بكر السعيد محمد أبو طالب**، مرجع سابق، ص ص. 66-67.

المتعاقدين بأضرار معيَّنة، كما يُرى[810] في الالتزام بالسلامة واجب سلوكي عام، يتعلق بمسؤوليَّة التَّعويض عن الضرر، إلا أنَّ القضاء الفرنسي إرتأى إلى فرضه كالتزام عقدي يستفيد منه ضحيَّة الضرر للمطالبة بالتعويض تجنُّبًا لإثبات الضرر[811].

3.حسن النيَّة إطار تَحَكُّم القاضي بالعقد

تخلّلت سلطات القـاضي تطوُّرا سريعًا[812] في ظل المفاهيم الإصلاحيَّة لنظريَّة العقد المقترحة بموجـب قانون الـعقود الفرنسي لسـنة 2016، بحيث تحـوَّلت مكانة القـاضي من إقصاء في مقابل تقـديس من مبدأ اسـتقلاليَّة الإرادة، إلى الاستـنجاد به في مقـابل تجـديد روح العـدالة العقديَّة ولتحقيق هذه النَّقلة النوعيَّة لمكانة القاضي في العقد، منحت له وظائف جديدة[813] تحت ستار عدالة العقد، لا يمكن إنكارها ضمانًا لمستقبل العقد، فأصبح القاضي يتحكم في المحتوى العقدي باسم حسن النيَّة.

تولى القاضي[814] في عقود الخدمات[815] تأسيسًا على مبدأ حسن النيَّة، إعادة روح العدالة إلى العلاقة العقديَّة، من خلال تمكِينه بالنظر في طلب التعويض حال إساءة تقدير الثمن بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، دون تعرضه إلى الحكم ببطلان العقد، وهذا من أجل الحفاظ على قيمة العقد في مقابل تقرير عدالة عقديَّة تجمع بين مراكز المتعاقدين.

يتكفل القاضي[816] في طائفة الـعقود المتضمنة لشروط غير عادلة[817] التدخل باسم حسن النيَّة للنظر في مشروعية هذه البنود وأن يقر ببطلانها، واعتبارها كأنما غير مكتوبة ضمن بنود العقد، دون الحكم ببطلان العقد بأكمله، وهذا كله حفاظا على قيمة العقد في مقابل تقرير عدالة عقديَّة تجمع بين مراكز المتعاقدين.

---

(810) - Article 1233-1 alinéa 1 du **projet de réforme de la responsabilité civile**, mars 2017, in : file:///C:/Users/hp/Downloads/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf , consulté le : 05/07/2024. dispose que : « *Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat (…)* ».

(811) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 74 et s.

(812) - **MARCHAND Sylvain**, *op.cit.*, pp. 44-45.

(813) - **ANCEL François**, *op.cit.*, p. 727 et s.

(814) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 78 et s.

(815) - سبق التَّعرض إلى عقود الخدمات ضمن أجراء هذه الدراسة.

(816) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 78 et s.

(817) - سبق التَّعرض إلى دراسة شروط غير عادلة ضمن أجراء هذه الدراسة.

ثانيًا: حسن النيّة وضبط سلوك المتعاقدين: فرصة لتأديب الإرادة التعاقديّة

مكّن مبدأ حسن النيّة القاضي من ضبط سلوك المتعاقدين عند تنفيذ توقُّعاتهما التعاقديّة، ممَّا شكل هذا التدخُّل فرصة أمام القاضي لتأديب الإرادة التعاقديّة، إذا ما ألُتمس عند ممارستها المستقلَّة تعسُّف أو تجاوز، عندها يكون لزامًا على القاضي فرض رقابته على أيّ سلوك يصدر من المتعاقد لا يتوافق مع مقتضيات حسن النيّة من ولاء **(1)** والتّعاون الواجب التقيد بهما من قِبل طرفي العلاقة العقديةّ **(2).**

1.واجب الولاء (Devoir de loyauté)

يحفز واجب الولاء التّعاقدي **(loyauté contractuelle)** طرفي العلاقة العقديّة على إلزاميّة التّقيد بواجب التّعامل الأخلاقي، من خلال الابتعاد عن تغليب المصلحة الشّخصيّة، والاهتمام بالمصالح المشتركة، ممَّا ينجر عنه تكريس فعلي لمفهوم العدالة العقديّة، هذا ما جعل من واجب الولاء –الوفاء- يمثل أحد أهم مرتكزات الالتزام بحسن النيّة ضمن مرحلة التّنفيذ العقدي، والّذي أُعترف له بمظاهر متعدّدة، يظهر تطبيقها في واقع الممارسة التعاقديّة كما سيأتي بيانها على النحو الآتي.

أ. واجب المثابرة

يلتزم طرفي العلاقة العقديّة أثناء تنفيذ[818] التزاماتها التعاقديّة بواجب المثابرة **(devoir de persévérance)**، الّذي يفيد قانونًا متابعة طرفي العقد عمليّة التّنفيذ واستكمالها على أكمل وجه على النّحو الّذي يترجم المصلحة المنتظرة من وراء قِيام العقد، أما واقعيًّا فيتحقق هذا الواجب الأخلاقي من خلال الإصرار على التّمسك بالعقد، وتنفيذه وفقا لما كان متوقع عليه وقت التّعاقد، دون الانتقاص منه، إذا بدا على عمليّة التنفيذ إشعار بإنهاء العلاقة العقديّة، وهذا كله إنما يؤكد على أن واجب المثابرة يتطلب من المتعاقدين البقاء على العقد، وأدائه، مالم يتم الاتّفاق على خلاف ذلك أو التّنازل عنه، إذا كان ذلك ممكنًا[819].

---

(818) - **عامر حسين**، مرجع سابق، ص. 30.

(819) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p 89.

يُعنى بواجب المثابرة **كمظهر تعاقدي أول**، باستقامة المتعاقدين وبقائها على العقد تنفيذًا إياه لكل الالتزامات التعاقديّة، حتّى يتمّ تحقيق المصلحة المنتظرة المرجوّة من قِيام العقد، وهذا ما أكد عليه القضاء الفرنسي في إحدى قرارات محكمة النقض الفرنسيّة[820] بأن ألزمت الطبيب –في مجال العقود المهنيّة- بمتابعة مريضه حتّى شفاءه وبتقديم الرعاية بعد العمليّة الجراحية بما يتوقّع من واجب المثابرة بقاء الطّرف الملزم به على ثبات لإكمال عمليّة تنفيذ العقد.

يُطبق واجب المثابرة، **كمظهر تعاقدي ثانٍ**، حال اعتراض العمليّة التعاقديّة إشعار سابق بفسخ العقد، حيث ألزمت الغرفة التجارية[821] التّابعة لمحكمة النّقض الفرنسيّة أنّه ينبغي على شركة **(Ovalis)** مواصلة تنفيذ التزاماتها[822] وتمكِين مورديها من طالباتهم خلال فترة الإشعار، ولا يمكن التحجج بهذا الظّرف قصد الانتقاص أو التهرب من عمليّة التنفيذ، نزولاً عند مقتضيات تنفيذ العقد بحسن النيّة[823].

ب.واجب اليقظة

يلازم بعض المعاملات التعاقديّة –في الوقت الرّاهن- نظرًا لخصوصيّتها واجب اليقظة **(devoir de vigilance)**، الّذي بات يترجم مقتضيات حسن النيّة عند تنفيذ العقد، بحيث يقتضي واجب اليقظة على كل متعاقد أن يتحلى بالتّفطن وينتبه للكيفيّة الّتي تتمُّ بها تنفيذ التوقُّعات التعاقديّة ويلتزم بالاعتراض على كل تنفيذ من شأنه أن يسيء لمبدأ حسن النيّة، ويُعرضه لتحمل المسؤوليّة المدنيّة نتيجة انتهاكه لواجب اليقظة.

---

(820) - **Cass. Civ**. 1ère, 09 octobre1985, N° 84-10.245, Bull. Civ. N° 251, 1985, p. 225. « *(...) Mais attendu que le contrat conclu en vue de la pose d'une prothese dentaire oblige le chirurgien-dentiste a mener l'operation a son terme ; (...)* ».

(821) - **Cass. Com**, 07 octobre 2014, N° 13-21.086, Bull. Civ. N° 8, 2014, p. 179. « *(...) Mais attendu qu'après avoir rappelé que l'exécution contrat devait se poursuivre pendant la durée du préavis, l'arrêt retient que, qu'ayant relevé que, le préavis ayant commencé le 26 janvier 2011, la société Ovalis avait passé des commandes en février mais non en mars et, pour toute la durée du préavis, avait limité ses commandes sporadiques, les réduisant ainsi, sans motif valable, à 12 % du volume commandé sur une même durée pendant l'année 2010, année la moins productive de toute la période d'exécution du contrat, ...qu'en l'état de ces motifs, abstraction faite de tous autres surabondants, d'où il ressort que la société Ovalis n'a pas exécuté le contrat de bonne foi au cours du préavis, (...)* ».

(822) - يشار في هذا الصدد، أنّ امتناع الشركة عن مواصلة تنفيذ ما عليها من التزامات تأسيسًا على الإشعار السابق عن فسخ العقد، من شأن تعريض هذه الشركة إلى تحمل المسؤوليّة بسبب ارتكابها لخطأ تمثل في مخالفتها لمقتضيات الالتزام بحسن النيّة الّذي يحث دائمًا أطراف العلاقة العقديّة على التّقيد بواجب المثابرة أثناء تنفيذ العقد، راجع في ذلك:

GHESTIN Jacques, « La résiliation unilatérale d'un contrat de fournitures », *J.C.P. G.*, N° 10-11, 2015, p. 506.

(823) - **وليد صلاح مرسى رمضان**، مرجع سابق، ص. 264.

تَعوَدَ القضاء الفرنسي على اعتبار واجب اليقظة أحد ضوابط تنفيذ العمليّات المصرفيّة، وهذا ما تجلّى في إحدى قراراته، ضمن قضية ادعت شركة **(x)** بعدم يقظة البنك رغم واجب ممارسة الرّقابة على تحركات موظفيه لحسابات العملاء، بحيث أنه لم تكشف المخالفات في العمليّات المصرفيّة، الّتي تمّت نيابة عن عمليها، ما جعل هذا البنك وانتهاكًا منه لواجب اليقظة، يتعرض للمسؤوليّة المدنيّة إزاء هذا التّقصير في ضمان حقوق عميله[824].

يحرص واجب اليقظة على ترجمة النيّة الحسنة للمتعاقد أثناء تنفيذ العقد، ويحثه على ضمان الأمانة التعاقديّة، والكشف عن كل المناورات والاحتيال الّذي من شأن حدوثها زعزعة مبدأ حسن النيّة في التّعامل بين المتعاقدين، وبالتّالي التّعدي على المصلحة الشّخصيّة للمتعاقد، بأن تحلقه أضرار معيّنة.

ج. واجب الشّفافية

يلقي واجب الشّفافية **(devoir de transparence)** على طرفي العلاقة العقديّة، الالتزام بالاستقامة[825] في أثناء تنفيذ التوقُّعات التعاقديّة، وعدم الاتّصاف باللبس والغموض، حتّى تتضح الالتزامات التعاقديّة لكل طرف منهما، تبعًا للمصلحة الشّخصيّة المرجوة من وراء العقد، هذا ومَثَلَ واجب الشّفافية آلية لمجابهة البنود التعاقديّة[826] الّتي توضع إحتكامًا للإرادة المنفردة للطّرف المتعاقد بأن يعمد تضمِينها في العقد الضّغط على إرادة الطرف المقابل له وحمله على قبولها.

يأتي واجب الشّفافية لضمان تنفيذ عادي للتوقُّعات التعاقديّة؛ لذا حرص القضاء الفرنسي على إلزام المتعاقدين بالتّقيد بهذا الواجب، الّذي يتطلب –في بعض الأحيان- شفافية مزدوجة متبادلة بين طرفي العلاقة العقديّة، وتأكّد هذا الواجب في إحدى القرارات القضائيّة؛ لتتلخص إحداها في قضيّة تمّ تضمِين عقد وكالة بند يقضي أن على الموكل أن يقوم بإخطار الوكيل فور إجرائه لتعديلات قانونيّة أو ماديّة من شأنها أن تُعدل من الملف محل الوكالة.

---

(824) - **Cass. Com**. 30 octobre 1984, N° 83-12.997, Bull. Civ. N° 4, 1984, p. 285. « *(...) en utilisant le compte personnel qu'elle avait ouvert a la caisse regionale de credit agricole mutuel de la gironde (la banque), que la societe invoquant le manque de vigilance de la banque qui n'avait pas decele es irregularites dans les operations passees au compte de sa cliente, l'a assigne en responsabilite ; (...)* ».

(825) - **محمد حسام محمد لطفي**، مرجع سابق، ص. 26.

(826) - **VIGNAL Nancy**, *La transparence en droit privé des contrats : étude critique de l'exigence*, P.U.A.M., Marseille, 1998, p. 88 et s.

أسفر عن سلوك الموكل في عدم إبلاغ وكيله بتلك التعديلات، فشله في الدُّخول في مفاوضات مع المشترين، مما جعل الموكل يخالف التزامه المذكور في عقد الوكالة، فضلاً عن عدم تقيُّده بالتزامه بحسن النيَّة والشَّفافية في التعامل مع الوكيل، بأن تسبَّب له أضرار، كانت محل تقييم محكمة الاستئناف قصد إلزام الموكل بالتَّعويض عنها[827].

د. واجب التسامح

يظل التمسك بواجب التسامح **(devoir de Tolérance)**[828] في بعض العلاقات العقديَّة التزام مفروض على كلا المتعاقدين باسم حسن النيَّة، نظرًا لما يتخلَّل هذه العلاقات من اختلالات يمكن التغاضي عنها، حفاظًا على العقد، وتقديسًا للمصلحة المنتظر تحقيقها؛ لذا يلزم واجب التسامح بتساهل الدائن مع مدينه في أثناء ارتكابه لخطأ تعاقدي[829]، يؤدي –في غالب الحال- التمسك به إلى المطالبة بفسخ العقد، لكن إذا تسامح الدائن بحسن النيَّة عن خطأ مدينه[830]، آخذا بالحسبان أنه خطأ يمكن التغاضي عنه، في هذه الحالة يتم إنقاذ العقد.

حث القضاء الفرنسي طرفي العلاقة العقديَّة على الالتزام بواجب التسامح في العديد من القرارات القضائية؛ لتتلخَّص إحداها في وقائع قضيَّة تمثَّلت في قِيام شركة **(FDI)** بإبرام عقد تجريبي مدَّته شهر مع شركة **(Cegetel)** تضمَّن تكليف شركة **(FDI)** بتنظيم وإدارة جملة مبيعات لاشتراكات الهاتف **(Cegetel)** في باريس، غير أن شركة **(FDI)** عهدت بعد ذلك إلى وكيل مبيعاتها مهمة بيع اشتراكات الهاتف في منطقة جديدة، وفي سنة 2000 أنهت شركة **(Cegetel)** العلاقة العقديَّة الَّتي كانت تربطها مع شركة **(FDI)**.

مِثل هذا الوضع دفع شركة **(FDI)** إلى رفع دعوى قضائيَّة ضدَّ شركة **(Cegetel)** للحصول على تعويض عن الأضرار النَّاجمة عن خرق العقد، إلَّا أن طلبها لقي الرَّفض، وتمَّ اتّهام شركة **(FDI)**

---

(827) - **Cass. Civ.** 1ère, 12 juin 2012, N° 11-15.620, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026029924, consulté le : 12/07/2024. **«** *(...) qu'elle en a déduit exactement que le mandant avait manqué tant à la clause précitée qu'à son obligation de loyauté et avait causé au mandataire un préjudice dont elle a souverainement évalué le montant ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; (...)* **».**

(828) - ***La tolérance*** se définit comme étant **: «** *introduit de la souplesse « là où le jeu des normes juridiques pourrait conduire à une rigidité malvenue des rapports humains, c'est-à-dire à une juridicisation, voire une juridictionnalisation, excessives* **»**, cité par : **SKRZYPNIAK Helene**, **«** La clause de tolérance **»**, *D., Chro.*, N° 4, 2016, p. 218.

(829) **- LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 91.

(830) - Ibid., p. 91.

بارتكابها خطأ جسيم عندما أبرمت عقد بيع اشتراكات الهاتف مع شركة **(Télécom)** ولم يتمّ الكشف عنه لشركة **(Cegetel)**، ممّا تسبَّب هذا السُّلوك في قطع العلاقة العقديَّة مع شركة **(Cegetel).**

اعترضت شركة **(FDI)** على الحكم القضائي تأسيسًا على أنَّ شركة **(Cegetel)** كانت على علم بالتَّعاون بين الشركتين قبل إنهاء العلاقة العقديَّة، ومع ذلك بقيت شركة **(FDI)** متهمة بارتكابها لخطأ جسيم تمثل في منافستها لمديرها الرئيسي، حتَّى وإن كان البيع قد تمَّ في مناطق مختلفة عن تلك الَّتي تولَّتها شركة **(Cegetel)**، إلَّا أن الشركة **(FDI)** لم تحصل على رخصة للقيام بعمليَّة البيع.

وضحت من مجريات القضيَّة، أن شركة **(FDI)** عندما قامت بنشاط بيع مماثل مع منافس مديرها الرئيسي، دون الحصول على رخصة، تكون قد ارتكبت خطأ جسيم[831]، لكن بالنَّظر إلى أن النشاط تم في مناطق مختلفة، ولم يكن هناك تأثير عليها، ولم تسبَّب أي ضرر، تكون محكمة الاستئناف لم تؤسس قرارها على أساس قانوني، وبالتَّالي يمكن تحلي شركة **(Cegetel)** بالتَّسامح والتغاضي عن خطأ مدينها، وعدم إنهاء العلاقة العقديَّة.

2.واجب التَّعاون

يعبر واجب التَّعاون[832] **(devoir de coopération)** عن أبرز أمثلة الالتزام بحسن النيَّة[833]، يأتي تطبيقه في أشكال مختلفة، بحيث يوصي المتعاقدين[834] بمراعاة مصالح كل طرف متعاقد لشريكه في العمليَّة التعاقديَّة؛ ليظهر -بهذا- الدور المنوط لواجب التَّعاون، الَّذي عرف

---

(831) - **Cass. Com.** 15 mai 2007, N° 06-12.282, Bull. Civ. N° 4, 2007, p. 125. « *(...) la cour d'appel, qui n'était pas tenue de faire la recherche inopérante invoquée par la troisième branche, a justement retenu que le manquement à l'obligation de loyauté, essentielle au mandat d'intérêt commun, caractérisé par le fait d'avoir caché l'activité parallèle, constituait une faute grave; (...)* ».

(832) - **LE BRUN Christine**, Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat, mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, université de Montréal, 2011, p. 9 et s.

(833) - **الخطيب محمد عرفان**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 208.

(834) - **LE BRUN Christine**, *op.cit.*, p. 48 et s.

تبلور من ناحية التّشريع والفقه لحد اعتباره مبدأ توجيهي للعقد[835] لابد على طرفيه التّقيد به في أثناء تنفيذ التوقُّعات التعاقديّة.

رصد واجب التّعاون[836] في تنفيذ العقد[837] اهتمام الجانب القضائي في فرنسا، حيث عرف تكريسًا ضمن سلسلة سوابق قضائيّة على أساس مبدأ حسن النيّة[838]، قبل أن يعرف هذا الواجب تبلوره من ناحية التّشريع والفقه[839]، ولقد تمكّنت الغرفة الاجتماعيّة بمحكمة النّقض أن تفرض على صاحب العمل تنفيذ عقد العمل وفقا لمبدأ حسن النيّة من أجل ضمان تنفيذ واجب تكيف الموظفين مع ظروف العمل[840].

تحتاج بعض الرّوابط العقديّة[841] نظرًا لمميزاتها القائمة –لاسيّما- على عنصر الثّقة[842] والمصلحة المشتركة[843] بين المتعاقدين، إلى تقيّد طرفيها بالالتزام بالتّعاون[844] تحقيقًا للهدف المنشود، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي، ضمن العديد من القرارات القضائيّة؛ لتتلخص إحداها في قضيّة قامت فيها شركة اتصالات **(Rhône)** بإبرام عقد خدمة يتضمّن تقديم جملة برامج في الإعلام والاتصال مع شركة **(Promatec)** المختصّة بالمجال، وبعد تعامل سابق بينهما، أعادة شركة **(Rhône)** الاتصال بها، قصد تطوير إحدى برامجها التّقنية، فتعهدت شركة **(Promatec)** بتلبية احتياجات شركة **(Rhône)** المتعلقة بجملة برامج تكييفًا مع الخصائص الخاصة بالشركة، وتم تثبيتها، غير أن المنتج الّذي قدّمته شركة **(Promatec)** لم يُرضي شركة **(Rhône).**

تقدّمت شركة **(Rhône)** برفع دعوى قضائيّة طالبة بإنهاء عقد الخدمة الّذي يربطها مع شركة **(Promatec)** إثر عدم تلبية احتياجاتها المتوافقة مع البرامج، مع إلزام شركة **(Promatec)** بدفع مبلغ

---

(835) - **DIESSE François**, **«** Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat **»**, *Arch. phil. Droit, Association Française de Philosophie du Droit*, T. 43, 1999, p. 262.

(836) - **البكباشي سحر**، مرجع سابق، ص. 422.

(837) - **LE BRUN Christine**, *op.cit.*, p. 9 et s.

(838) - **TISSEYRE Sandrine**, *op.cit.*, p. 43 et s.

(839) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 95.

(840) - **Cass. Soc**. 23 septembre 1992, N° 90-44.466, Bull. Civ. N° 472, 1993, p. 296. **«** *(...) Mais attendu que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois (...)* **»**.

(841) - **القوني عبد الحليم عبد اللطيف**، مرجع سابق، ص. 736 وما يليها.

(842) - **Cass. Com**. 24 novembre 1998, N° 96-18.357, Bull. Civ. N° 4, 1998, p. 232.

(843) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 95 et s.

(844) - **محمد حسام محمد لطفي**، مرجع سابق، ص. 28.

تعويض قدره بـ 500000 فرنك، إلّا أن طلبها بالتّعويض لقي الرّفض، بصدور حكم قضائي كان محل استئناف من قِبل شركة **(Rhône)**.

صدر عن محكمة الاستئناف قرار قضائي مؤيّد لمنطوق الحكم الرّافض لطلب شركة **(Rhône)**، تأسيسًا على قاعدة أنّ **"العقد شريعة المتعاقدين"**، وبالتّالي لا يمكن للعميل -شركة **(Rhône)**- أن يلوم مورد الخدمة -شركة **(Promatec)**- عن فشله في البحث عن احتياجاته، عندما يكون العميل -شركة **(Rhône)**- بنفسه قد اعترف أن المنتج يتوافق مع احتياجاته(845).

يُفسر منطوق قرار محكمة الاستئناف أن شركة **(Promatec)** لابد أن تتحمّل مسؤوليّتها لارتكابها خطأ في عدم البحث الكافي عن احتياجات شركة **(Rhône)**، ضف لذلك، أنّ شركة **(Promatec)** بصفتها محترفة بشأن تزويد خدمات تكنولوجيا المعلومات، كانت ملزمة بواجب المشورة والاستفسار أكثر عن احتياجات شركة **(Rhône)**، خاصّة أن الأخيرة كان لديها قسم تكنولوجيا معلومات يشغله متخصصين، لم تكن لديهم المهارات اللّازمة فيما يتعلّق بتثبيت برامج معيّنة، فكان لابدّ من الاستعانة بشركة خدمات خارجيّة.

توصّلت محكمة الاستئناف، بعد تقدير معطيات القضيّة، أن شركة **(Rhône)** لها ما يبرر طلب تعويضها عن الضّرر النّاجم عن فشل شركة **(Promatec)** في تنفيذ التزامها بالاستشارة والتّعاون معها، قصد تحديد احتياجاتها، لأنّ الغرض من عقد تقديم خدمة تكنولوجيا المعلومات يقوم على التّعاون، من أجل تعويض النقص الّذي يعاني منه العميل، لاسيّما عندما لا يعبر الأخير عن احتياجاته بشكل صحيح(846).

(845) - **Cass. Com.** 6 mai 2003, N° 00-11.530 , in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007462766/ , consulté le : 20/07/2024. « *(...) Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient qu'en sa qualité de prestataire informatique et de professionnelle avertie, la société Promatec était tenue d'un devoir de conseil, qu'elle se devait notamment, connaissant l'activité de l'UGMR et son environnement particulier, d'envisager les risques de l'absence de définition précise des besoins pour le projet concerné et de s'enquérir des informations nécessaires et qu'elle n'était pas dispensée de cette obligation par le fait que l'UGMR était dotée d'un service informatique interne actif et compétent dès lors que les informaticiens de l'UGMR ne disposaient pas de toutes les compétences nécessaires, s'agissant de l'installation de logiciels spécifiques, ce qui justifiait le recours par l'UGMR à une société prestataire externe ; qu'au vu de ses constatations et énonciations, la cour d'appel a pu décider que la Mutualité du Rhône était fondée à demander réparation du préjudice résultant du manquement de la société Promatec à son obligation de conseil ; (...)* ».

(846) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 95.

المطلب الثّاني

الظّرف الطّارئ ومراجعة العقد: تدارك ميزان توازن العقد

تضطرب العلاقة العقديّة –في بعض الأحيان- بظروف وعوامل لا تبعث من إرادة المتعاقدين، ولم تكن في الحسبان، إمكانيّة التنبؤ بوقوعها وقت التّعاقد[847]، إلّا أنّها تتسبّب إثر وقوعها في زعزعة توازن العقد، وعرقلة التّنفيذ المتوقع للأداءات التعاقديّة، ممّا يفرض عند الرغبة في استعادة توازن العقد، وضمان استقراره، البحث عن مقترح علاجي لأثر تغير الظّرف الطّارئ على مسار العقد.

أُقترحت نظريّة الظُّروف الطّارئة[848] كحل علاجي مقاوم لأثر تغير الظّرف على مسار تنفيذ الأداءات التعاقديّة، استهدفت قواعدها استعادة توازن العقد، غير أن فلسفة هذه النظريّة، لم تعرف إقبالًا تشريعيًّا، وتعرضت للعديد من الرُّدود الرّافضة للاعتراف بمكانة لها ضمن مفاهيم النظريّة العامّة للعقد **(الفرع الأوّل)** ورغم هذا التّحجب، استمرت النظريّة في التطوُّر والانعكاس الفعال على العقد إلى أن وصلت إلى فرض قواعدها كجُرعة علاج تبنّته مختلف تشريعات الدول **(الفرع الثّاني)**.

الفرع الأوّل

تبلور نظريّة الظروف الطارئة

وُفر لنظريّة الظُّروف الطّارئة[849] **(Théorie de l'imprévision)** اهتمام بالغ، تقرر لاسيّما بعد بلورت فلسفة النظريّة، بغية الاستفادة من قواعدها الحمائيّة الّتي تستهدف معالجة الخلل الطارئ الّذي نال من توازن العلاقة العقديّة، لكن في ضوء تقرير معادلة التّوازن بين ضرورة تقديس التوقُّعات التعاقديّة باسم استقلاليّة الإرادة، واستعادة توازن الأداءات التعاقديّة باسم عدالة عقديّة[850]، وهذا كله حتّى يتمّ ضمان استقرار المعاملة العقديّة وعدم إهدار قيمة العقد؛ لتعرف

(847) - **رشوان حسن رشوان أحمد**، مرجع سابق، ص. 429 وما يليها.

(848) - **وصال علي راغب أبو سعد**، مرجع سابق، ص. 156.

(849) - **ديهوم أحمد علي**، "الظُّروف الطّارئة ودورها في تعديل الالتزام العقدي: دراسة تاريخيّة فلسفيّة"، مجلة الدراسات القانونيّة والاقتصادية، مجلّد 7، عدد 2، 2021، ص. 6 وما يليها.

(850) - المرجع نفسه، ص. 22.

تكريس هذه المعادلة جهود متعدَّدة على الساحة الدوليَّة **(أوّلاً)** ومحل تقنين تشريعي معزّز من قواعد الحماية المقترحة ضمن هذه النظريَّة **(ثانيًا)** الَّتي تكون محل تطبيق وفق جملة شروط **(ثالثًا)**.

أوّلاً: الجهود الدوليَّة المبذولة في تفعيل نظريَّة الظُّروف الطَّارئة

صاغت الصياغة الحديثة لنظريَّة الظُّروف الطَّارئة[851]، إثر جملة التَّحديات الاقتصاديَّة الَّتي كانت تطرأ على عقود التجارة الدوليَّة[852]، الَّتي من شأن ظهورها عرقلة عمليَّة تنفيذها، ممَّا ينجر عنها سلبيات أثرت على محيط التجارة الدوليَّة، وفي سبيل مواجهة ذلك، تعدَّدت محاولات تكريس نظام قانوني معالج، مقترح سواء من طرف المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص**(Unidroit) (1)** واستكمالا بمبادئ القانون الأوروبي للعقد **(PDEC) (2)**.

1. المعهد الدَّولي لتوحيد قواعد القانون الخاص

تسربت قاعدة **"حرمة العقد"** إلى الساحة الدوليَّة بهدف تنظيم كافة عقود التّجارة، حيث باتت تترجم هذه القاعدة من طرف مبدأ القوَّة الملزمة للعقد، الَّذي لقي دعمًا كبيرًا من قِبل واضعي مبادئ **(Unidroit)**، بفضل وضع نظام يحرص على التَّشديد من قوَّة العقد، والتَّنبيه إلى ضرورة احترامه[853] **(Respect du contrat)** بفرضها لقاعدة انضباط تقضي بعدم المساس بالتوقُّعات التعاقديَّة.

أوردت مبادئ **(Unidroit)** الظَّرف الطَّارئ[854] كاستثناء ضيق يطرأ على مسار العقد الَّذي اضطرب توازنه العقدي، وهذا اعتبارًا للقاعدة العامَّة الَّتي تقضي باحترام مبدأ القوَّة الملزمة وعدم إمكانيَّة تعديل شروط العقد تحت أي ظرف، حتَّى وإن كان يُعرض أحد المتعاقدين، وهو

---

(851) - **وصال علي راغب أبو سعده**، مرجع سابق، ص. 156.

(852) - **موكه عبد الكريم**، "أثر تغير الظروف الاقتصاديَّة على استقرار عقود التجارة الدولية"، مجلَّة الحقوق والعلوم السياسيَّة، مجلَّد 5، عدد 10، 2018، ص. 404 وما يليها.

(853) - Article 6.2.1 de **l'institut international pour l'unification du droit privé**, Principes d'UNIDROIT, p. 151, dispose que : « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au hardship* ».

(854) - Article 6.2.2 alinéa 1 de **l'institut international pour l'unification du droit privé**, Principes d'UNIDROIT, p. 152, dispose que : « *Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;(...)* ».

بصدد تنفيذه التزامه المرهق إلى خسارة فادحة بعكس عمَّا كان يرجوه من منفعة تعود عليه وقت إبرام العقد.

أُخضع مبدأ القوَّة الملزمة للعقد لبعض المرونة، تحسبًا لحلول الظَّرف الطَّارئ الَّذي يمس بتوازن تنفيذ الالتزامات التعاقديَّة، ويؤدي إلى خلق وضعيَّة اختلال التَّوازن بين أداءات المتعاقدين، ممَّا يفرض معه، ضرورة التَّخفيف من قوَّة العقد، حتَّى تسمح **للمتعاقدين بإعادة التَّفاوض**[855]، **أو حتَّى للمحكمة**[856] في مرحلة لاحقة عند وصول المتعاقدين إلى مرحلة فشل عمليَّة إعادة التَّفاوض، فيكون عندها للقاضي إما إنهاء العقد أو تعديله بما يلائم الظُّروف الجديدة للعلاقة العقديَّة.

2. مبادئ القانون الأوروبي للعقد (PDEC)

ناصرت مبادئ القانون الأوروبي للعقود **(PDEC)** مبدأ قُدسيَّة القوَّة الملزمة للعقد، واعتبرته أحد المبادئ الَّتي تضمن به حرمة العلاقة العقديَّة، غير أنها أولت –بالمقابل- عناية بمشكلة حلول الظرف الطارئ، الَّذي قد يعتري مسار العقد، ويمنع بالتَّالي أطرافه من تحقيق الغاية المرجوة من الدخول في العمليَّة التعاقديَّة؛ لذا كانت مسألة الظَّرف الطَّارئ من المسائل المطروحة من قِبل قواعد القانون الأوروبي للعقود.

اقترحت مبادئ القانون الأوروبي للعقود أسلوب علاجي لمشكلة الظَّرف الطَّارئ، عن طريق السماح **للأطراف المتعاقدة بإعادة التَّفاوض**[857]، ناهيك عن **إمكانية تدخُّل القاضي لتعديل العقد** في حالة عدم توصل الأطراف المتفاوضة إلى حل تفاوضي، أو أفضت نتائج إعادة التَّفاوض إلى

(855) - Article 6.2.3 alinéa 1 de **l'institut international pour l'unification du droit privé**, Principes d'UNIDROIT, p. 157, dispose que : « *1) En cas de hardship, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée* (…) ».

(856) - Article 6.2.3 alinéa 4 de **l'institut international pour l'unification du droit privé**, Principes d'UNIDROIT, p. 157, dispose que : « (…) *4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime raisonnable:*
a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe; ou
b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

(857) - Article 6.111 alinéa 2 de **Principes de droit européen des contrats**, dispose que: « *(...) (2) Cependant, ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elle en raison d'un changement de circonstances (...)* ».

رفض أحدهم الدخُول في تفاوض أو قُطع بسوء نيَّة، فيكون للقاضي عند هذه الحدود الحكم بإنهاء العقد مع التَّعويض[858].

ثانيا: تبني القانون المدني نظريّة الظُّروف الطَّارئة

احتلت نصوص القانون المدني مكانة محورية لاستقبال فلسفة نظريَّة الظُّروف الطَّارئة، الَّتي كانت تتضمن قواعد حمائية تضطلع بها لمناصرة مركز الطَّرف المتضرّر من أثر تغير الظَّرف الطَّارئ الذي ينال من اضطرب توازن العلاقة العقديَّة؛ لذا من أجل مقاومة هذه الآثار، لابد من تكريس نظريَّة الظُّروف الطَّارئة ضمن قالب قانوني، فرحبت نصوص القانون المدني الجزائري بها **(1)** وحتَّى القانون المدني الفرنسي، لكن بعدما شهد موقفه تردّد بين الرَّفض والرضوخ لها **(2)**.

1.النُّطق التَّشريعي المبكر في ظلِّ القانون المدني الجزائري

إستعلى المشرّع الجزائري نظريَّة الظُّروف الطَّارئة بأهميَّة بالغة برَّزت منذ صدور القانون المدني سنة 1975، حيث تلقت هذه النظريَّة تقنين قواعدها الحمائية، قصد تدارك ميزان توازن الالتزامات التعاقديَّة في أثناء اضطرابها بظروف غير متوقعة[859] وقت تكوين العلاقة العقديَّة، وهذا ضمانًا لاستقرار المعاملات العقديَّة، بما أكد هذا الموقف المتبنى من قِبل المشرّع الجزائري على أنّ النظريَّة حظيت بنطق تشريعي مبكر مقارنة بنظيره المشرّع الفرنسي الَّذي تجاهلها لوقت طويل، باسم حرمة العقد[860]، وتقديسًا منه لمبدأ القوَّة الملزمة للعقد[861].

---

(858) - Article 6.111 alinéa 5/ 6/7/8/9 de **Principes de droit européen des contrats**, dispose que: « *(...) (c) et dont la partie lésée n'a pas à supporter le risque en vertu du contrat.*
(3) Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut
(a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe,
(b) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances.
Dans l'un et l'autre cas, il peut ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations ».

(859) - **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظريَّة الظُّروف الطَّارئة: بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. 265.

(860) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 120.

(861) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 14. « *(...) La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. (...)* ».

تنبأت **المادّة 107 فقرة 3**[862] من القانون المدني، عن عدالة عقديّة[863] بين المتعاقدين تحسبًا لأي ظروف قد تطرأ على مسار تنفيذ الالتزامات التعاقديّة، ممّا تكشف القواعد العلاجيّة المذكورة في **المادة 107 فقرة 3** –السّالفة الذِّكر-، أنّ المشرّع تفطن لمعالجة أثر الظّرف الطّارئ آخذًا بالحسبان التّعدي الاضطراري على سلطان الإرادة التعاقديّة، وهذا من أجل إنقاذ عدالة العقد.

2.النّظرة التّفاؤلية في ظلِّ القانون المدني الفرنسي

تنامت لفترة زمنيّة طويلة فكرة رفض واضعو قانون نابليون لعام 1804، تكريس نظريّة الظُّروف الطّارئة **(أ)**، لما لها من خطورة تمثّلت في التّعدي الصّارخ على حرمة العقد، غير أنّ هذه النظرة سرعان ما تغيّرت بفضل المحاولات القضائيّة في تبيان القواعد الحمائية المتضمنة في النظريّة وإبراز دور اعتمادها مناصرة لمركز الطّـرف المتضرّر من آثر تـغير الظّـرف الطّارئ، فأفرج إصلاح قانون العقود سنة 2016، عن خطوة تشريعيّة مقننة للمضمون العلاجي للنظريّة **(ب)**.

أ. قانون نابليون لعام 1804: فراغ تشريعي

تحسس واضعو قانون نابليون لعام 1804 من القواعد الّتي تحملها نظريّة الظُّروف الطّارئة وتداعياتها المؤثرة على العلاقة العقديّة، إذ كان ينظر إليها على أنها تمثل ثغرة يجد القاضي من خلالها طريقًا سلسلة للولوج إلى الرّابطة العقديّة، قصد النّظر في شؤونها، والنّيل من قُدسيّة القوّة الملزمة، لهذا كان قانون نابليون يشهد فراغًا تشريعيًا حِيال تكريس نظريّة الظُّروف الطّارئة[864]، ممّا خوّل لمبدأ سلطان الإرادة –آنذاك- الاستحواذ على حجر أساس الرّوابط العقديّة.

اندثرت –بهذا- نظريّة الظُّروف الطّارئة ضمن قواعد النّظريّة العامّة للعقد، بسبب بقاء واضعو قانون نابليون لعام 1804 متمسكين برويّتهم المتحجبة عن الاعتراف بمكانة لها، معتبرين إيّاها وجهًا معتديًا على مبدأ القوّة الملزمة للعقد، وانتهاكاً صارخًا بحرمة العلاقة العقديّة الّتي تتصادف بإعمال

(862) - تنص المادّة 107 فقرة 3 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمّن القانون المدني، على أنّه: "(...) غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها (...) ".

(863) - **محمد السنارى محمد**، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن)، ص. 27.

(864) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 124.

قواعد هذه النّظريّة بوجود طرف ثالث –القاضي- إلى جانب المتعاقدين، كطرف[865] معيد للنّظر في شؤون العقد.

ينطوي تلقي نظريّة الظّروف الطّارئة مواجهتها ضمن قانون نابليون لعام 1804، بالرّفض الصّريح حِيال التّطرّق إلى احتضان قواعدها المعالجة لأثر تغيُّر الظّرف الطّارئ على مسار التّوقُّعات التعاقديّة، على دعم الفلسفة التّقليديّة للنّظريّة العقد، القائلة بتكريس هيمنة سلطان الإرادة على الرّوابط العقديّة، وتقديس كل النّتائج المتأتية منها من قوّة الملزمة الضّامنة لحرمة العقد، وعدم تقبلها لتدخل طرف أجنبي عن المتعاقدين للتّدبُّر في شؤون علاقتها العقديّة.

ب.إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016: تفطن تشريعي إصلاحي

دام العمل بالقرار القضائي الشّهير (**l'arrêt Canal de Craponne**)[866] العديد من السنوات فكان لهذه السّابقة القضائيّة في فرنسا أن شهد لها التّاريخ على تأكيدها للموقف القضائي المتّشدد برؤيته الرّافضة لأي مساس بالتّوقُّعات التعاقديّة مناصرة لحرمة العقد[867]، وهذا حتّى لو طرأ على التّوقُّعات التعاقديّة تغيير، بسبب الظّرف الطّارئ، تنال من توازنها، ويُخل باضطراب العلاقة العقديّة، بهذا تمكن هذا القرار من تجسيد موقف القضاء الفرنسي بشأن معارضتهم تبني نظريّة الظُّروف الطّارئة على أرض الواقع العقدي، ما عزّز هذا الموقف من قُدسيّة حرمة العقد[868]، وهو الموقف الّذي تلقفه المشرّع الفرنسي، وأيّده من خلال رفضه اعتماد[869] هذه النظريّة ضمن مفاهيم النظريّة العامّة للعقد.

وصل المشرّع الفرنسي مؤخرا وبعد موقف تشريعي متشدّد رافض التّطق بنظريّة الظُّروف الطّارئة في صيغتها التّشريعيّة، بسبب التّخوُّف من معطيات هذه النّظريّة لكونها تسمح للقاضي بالتّعدّي على حرمة العقد، إلّا أنّ المشرّع تخلى عن تلك المخاوف الّتي كانت تُراوده[870]، وجسد

---

(865) - **MAZEAUD Denis**, « La révision du contrat », *L.P.A.*, N° 129, 2005, p. 578.

(866) - للاطلاع على مضمون قرار **(Arrêt de la Cour de Cassation, 6 mars 1876)**، راجع ما سبق بيانه في أجزاء هذه الدراسة.

(867) - **AUBERT Jean-Luc, COLLART DUTILLEUL François**, *op.cit.*, p. 120.

(868) - **ديهوم أحمد علي**، مرجع سابق، ص. 85.

(869) - **محمد عرفان الخطيب**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 223.

(870) - **ديهوم أحمد علي**، مرجع سابق، ص. 87.

رؤية إصلاحيَّة ظاهرة في ظل قانون العقود لسنة 2016، أفرجت بموجبها عن تقنين نظريَّة الظُّروف الطَّارئة[871] كإحدى الآليَّات المعزّزة من التَّوازن العقدي[872]، وهذا ما أكَّد عن وفاة السَّابقة القضائيَّة المعروفة بقرار(**l'arrêt Canal de Craponne**)، لتعرف النَّظريَّة تتويجًا تشريعيّا هادفًا لتحقيق توازن العقد.

زامن نظريَّة الظّرُوف الطَّارئة الحظ الوافر، فوجدت بعد اهتمام الكثير من التَّشريعات بها، نظرًا لما تحمله من قواعد تسهم في الحفاظ على الرَّابطة العقديَّة إذا ما طرأ تغيير عليها بسبب ظروف طارئة، فكان من شأن اعتماد هذه النَّظريَّة إضافة مفهوم مطوّر لهيكل العقد فإستبشر المشرّع الفرنسي بتقنين نظريَّة الظُّروف الطَّارئة ضمن معطيات **المادَّة 1195 فقرة 1**[873] من إصلاح قانون العقود لسنة 2016؛ لتكون هذه الخطوة دافعت بالمشرَع إلى التَّجرُّد الكلي من الرُّؤية القضائيَّة المتشدَّدة، والتَّخفيف منها، بغية ضمان تسيير العلاقة العقديَّة، الَّتي يطرأ على التزامات ما قد يؤدي بها إلى زعزعة توازنها العقدي[874].

ثالثًا: شروط تطبيق نظريَّة الظُّروف الطَّارئة

إستولت عملية إنقاذ العلاقة العقديَّة من خطر الاضطراب الَّذي قد يمس ميزان التَّوازن العقدي بسبب حلول ظرف طارئ، على ضرورة الاستنجاد بالقواعد العلاجيَّة الَّتي تضمنها نظريَّة الظُّروف الطَّارئة، غير أنَّ تطبيق هذه النَّظريَّة، يتطلَّب تحقق جملة شروط، الَّتي في انعدامها، يستحيل استفادة المتعاقد ضحيَّة أثر الظَّرف، من المركز الحمائي الَّذي تكفله النَّظريَّة، ومن هذه الشُّروط ما تعلق بكيفيَّة وقوع الظَّرف الطَّارئ **(1)** ودرجة الأثر النَّاتج عن وقوعه **(2)** إلى جانب إبعاد الإرادة عن التَّدخُّل في تقرير تحمُّل المخاطر **(3)**.

---

(871) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 14. « *L'article 1195 constitue quant à lui l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en juris- prudence administrative (…)* ».

(872) - **محمد السناري محمد**، مرجع سابق، ص. 25.

(873) - Article 1195 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie (…)* ».

(874) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 14. « (*…) Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance. (…)* ».

1.حدوث تغير غير متوقع في أثناء التّنفيذ

تُصادف العلاقة العقديّة –في بعض الأحيان- ظروف غير متوقعة **(un changement de circonstances imprévisible)**[875] تُغير إثر وقوعها من توجه الإرادة الحرَّة، وتعاكس –بذلك- مجمل التوقُّعات التعاقديَّة الَّتي ارتضاها المتعاقدين وقت إبرام العقد، فينجر عن هذا الظَّرف الطَّارئ آثار تمس الالتزامات التعاقديَّة، وتُحدث بالتَّالي اضطراب في توازن العقد[876]، بسبب أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقًا[877] بالنسبة للطَّرف الملتزم به.

تتضح أن عدم قُدرة المتعاقدين على توقُّع حدوث الظَّرف الطَّارئ وقت التَّعاقد[878] شرط أولي للاعتكاف على القواعد العلاجيَّة الَّتي تتضمَّنها نظريَّة الظُّروف الطَّارئة، ذلك أن توقُّع[879] حدوث الظَّرف الطَّارئ يكون سببًا في تنحية القواعد الحمائيَّة، لأنَّ عدم التَّوازن العقدي كان واقعًا وقت التَّعاقد، ولوحظ من قِبل المتعاقدين، ممَّا يُفترض إرتضائهما بهذا التَّغيير وقت إبرام العقد، لذلك يشترط القانون أن يُعتد بأثر الظَّرف الطَّارئ وقت التَّنفيذ[880]، لا وقت تكوين العلاقة العقديَّة.

2.أن يصبح التّنفيذ مرهقًا بدرجة كبيرة لأحد المتعاقدين

ينشأ عن تغيُّر الظَّرف الطَّارئ تنفيذ التزام تعاقدي مرهق **(l'exécution excessivement)**[881] بحيث يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة حال تنفيذه، وتقديرًا لحجم الخسارة المهدَّدة بمركز الطَّرف الملتزم بالتَّنفيذ المرهق، أُسعف بالقواعد العلاجية المتضمَّنة في نظريَّة الظُّروف الطَّارئة، مع أنَّ هذه الأخيرة لا تعتدُّ إلَّا إذا أصبح تنفيذ الالتزام بلغ درجة

(875) - **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظرية الظروف الطارئة: بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. 265.

(876) - **خالد مصطفى فهمي**، مرجع سابق، ص. 106.

(877) - **محمد السنارى محمد**، مرجع سابق، ص. 72.

(878) - المرجع نفسه، ص. 102.

(879) - **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، "التزام إعادة التّفاوض في العقود المدنيّة: دراسة تحليليّة مقارنة"، مجلّة الدراسات القانونيّة والاقتصاديّة، مجلّد 7، عدد 2، 2021، ص. 40 وما يليها.

(880) - **محمد السنارى محمد**، مرجع سابق، ص. 70.

(881) - **فيلالي علي**، الالتزامات: النّظريّة العامّة للعقد، مرجع سابق، ص. 376.

الإرهاق[882]، أمَّا إذا كان مستحيلا، فيتم تنحية الوجه الحمائي للنَّظريَّة، الَّذي يضطلع –دائمًا- إلى إنقاذ العقد وضمان استقراره في ظلّ اضطراب توازنه العقدي، ومن ثمَّ يُفضي هذا التَّنفيذ المستحيل للالتزام إلى نهاية العقد[883] وفقدان أثره.

يُؤثر التَّنفيذ المرهق[884] للالتزام التعاقدي على توازن[885] العلاقة العقديَّة، مما يستتبعه أداءات غير متساوية لطرفي العلاقة، علما أنَّ عدم التَّقابل العقدي، يكون راجعًا إما إلى زيادة تكلفة تنفيذ الالتزام، أو إلى أن قيمة المقابل قد نقص[886] بطريقة تصعب على الطرف الملزم به أدائه بالشكل المتوقع وقت تكوين العقد.

3. عدم قبول تحمل خطر تغيُّر الظَّرف الطَّارئ

تتصف الصّيغة التَّشريعيَّة **للمادَّة 1195** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود الفرنسي بالطَّبيعة المكملة[887] للقواعد القانونيَّة المسيرة لأثر تغيُّر الظَّرف الطَّارئ، ممَّا تخول هذه الطَّبيعة للمتعاقدين إمكانيَّة الاتّفاق على تحمل أحدهما –الطَّرف الملتزم بالتَّنفيذ- مخاطر هذا التَّغيير، وهذا كله تطبيقًا لإرادتهما التعاقديَّة المشتركة، وهو ما يُصطلح على تسميته بشرط قبول تحمل خطر تغيير الظَّرف الطَّارئ[888] **(ne pas avoir accepté de prendre en charge ce risque).**

تواجه مثل هذا الشَّرط مع توجهات نظريَّة الظُّروف الطَّارئة، الَّتي وجدت أساسًا من أجل إنقاذ العلاقة العقديَّة، واستعادة توازنها العادل نزولاً عند الرغبة في تقرير إحياء العلاقة العقديَّة في بيئة مستقرَّة، غير أنَّ إدراج شرط تحمُّل المخاطر سيؤدي إلى كسر عدالة العقد، الَّتي تقضي

---

(882) - **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظريَّة الظُّروف الطَّارئة: بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. 282.

(883) - **أبو بكر حسان منى**، الإتّجاهات القانونيَّة الحديثة لنظريَّة الظُّروف الطَّارئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022، ص. 92.

(884) - المرجع نفسه، ص. 91.

(885) - **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، مرجع سابق، ص. 43 وما يليها.

(886) - **أبو بكر حسان منى**، الإتّجاهات القانونيَّة الحديثة لنظريَّة الظُّروف الطَّارئة، مرجع سابق، ص. 91.

(887) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 14. « *(...) Comme l'implique la rédaction rete-nue, ce texte revêt* ***un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter*** *pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat (...)* ».

(888) - **أبو بكر حسان منى**، الإتّجاهات القانونيَّة الحديثة لنظريَّة الظُّروف الطَّارئة، مرجع سابق، ص. 92.

بمناصرة الطَّرف ضحيَّة هذا التَّغيير، فضلاً على أنَّ تطبيق هذا الشَّرط من ناحية الممارسة التعاقديَّة يحظر على القاضي –لاحقًا- تدخله لمراجعة الالتزام التعاقدي المرهق حماية للطَّرف الضَّعيف، الَّذي مع العلم أنَّه سبق موافقته على هذا الشَّرط بمحض إرادته الحرَّة.

يُستحسن تبعًا لذلك عدم إدراج مثل هذا الشَّرط ضمن الشُّروط التعاقديَّة، تحسبًا لأي ظروف قد تطرأ على مسار العلاقة العقديَّة، فتؤدي إلى تفويت على طرف الضَّحية فرصة الاستنجاد بالقواعد العلاجيَّة وفقا لتطلعات نظريَّة الظُّروف الطَّارئة، وهذا كُلّه تدعيمًا لمظهر العدالة العقديَّة.

الفرع الثَّاني

مراجعة العقد بسبب الظَّرف الطَّارئ: تدرج في الأدوار

أقر المشرّع الفرنسي **في المادَّة 1195** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، آليَّة مرحليَّة لمجابهة آثار الظَّرف الطَّارئ على مسار العلاقة العقديَّة، لا سيَّما التَّركيز على استعادة التَّوازن العقدي الَّذي فُقد سبب حلول الظَّرف الطَّارئ، فكان على المشرّع وتقديسا لمبدأ حريَّة الأطراف في تحديد مضمونه العقدي وفي سبيل منح فرصة لتدارك كيفية التعامل مع أثر الظَّرف، الَّذي لم يكن متوقع حدوثه وقت التَّعاقد قرَّر المشرّع إعطاء أولويَّة للأطراف[889] في التدبر بمعالجة أثر تغيَّر الظَّرف الطَّارئ من خلال الاتِّفاق على حلّ ودي **(أوَّلاً)** مع الاستبقاء على مكانة القاضي كدور علاجي مرحلي ثاني الَّذي فضل المشرّع اللجوء إليه ضمن حالات معيَّنة **(ثانيًا)**.

أوَّلاً: تمكين أطراف العقد من المراجعة الاتفاقيَّة

يستنجد المتعاقدين[890] في أثناء تصادف العلاقة العقديَّة بظروف طارئة كأزمة كوفيد 19[891] تنال من توازن الأداءات التعاقديَّة، بمكنة مراجعة[892] أثر تغير الظَّرف على مسار تنفيذ العقد

---

[889] - **طارق جمعه السيد راشد**، مرجع سابق، ص. 80.

[890] - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 151.

[891] - **بكر عبد السعيد محمد أبو طالب**، **"**أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة فيروس كورونا المستجد **COVID-19"**، مجلَّة الدراسات القانونيَّة والاقتصاديَّة، مجلَّد 6، عدد خاص، 2020، ص. 8 وما يليها.

[892] - **CARBONNIER Jean**, *op.cit.*, p. 280 et s.

بفضل تمكين الطَّرف المتضرر ضحيَّة اضطراب توازن العلاقة العقديَّة، طلب من المتعاقد معه إعادة التَّفاوض[893] **(1)** وفقا لإرادتهما التعاقديَّة المشتركة، قصد إعادة التَّوازن العادل للعلاقة، بحيث يعتد بهذه الآلية العلاجيَّة لأثر تغير الظَّرف الطَّارئ، من خلال التَّنقيب في مختلف جوانبها، بغية تقييم فعاليَّتها العائدة على العقد **(2)**.

1.طلب إعادة التَّفاوض: تعزيز للإرادة التعاقديَّة

يتوقف علاج اضطراب العلاقة العقديَّة بسبب حلول ظرف طارئ نال[894] من توازن الالتزامات التعاقديَّة المراد تنفيذها، على إعمال **آلية طلب إعادة فتح التَّفاوض**[895] **(demander l'ouverture de renégociations)**، الَّتي تخول للطرف المتعاقد ضحيَّة الظَّرف الطَّارئ، أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التَّفاوض[896] على وضعية اللَّاتوازن للشُّروط الَّتي تضرَّر تنفيذها من تغير أثر الظَّرف الطَّارئ، قصد معالجتها عن طريق إزالة الاضطراب عنها[897]، حتَّى يستقيم مسار العلاقة العقديَّة، تمهيدًا لإعادة تنفيذ التوقُّعات التعاقديَّة، وحفاظًا على استقرار المعاملة العقديَّة[898].

أُدرج طلب إعادة التَّفاوض ضمن أحكام **المادَّة 1195 فقرة 1**[899] –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود الفرنسي، الَّتي عبَّرت معطياتها عن نيَّة المشرّع في تفضيله لإرادة المتعاقدين في مراجعة أثر تغيَّر الظَّرف الطَّارئ، ممَّا يُلتمس من هذا الموقف التَّشريعي أنَّ **المراجعة الاتّفاقية**[900] باتت تمثل الحل الأمثل الَّذي تستجيب لتوقُّعات المتعاقدين بعيدًا عن إمكانيَّة فرض إرادة خارجيَّة.

---

(893) - **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، مرجع سابق، ص. 5 وما يليها.

(894) - **بكر عبد السعيد محمد أبو طالب**، "أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة فيروس كورونا المستجد **COVID-19**"، مرجع سابق، ص. 8 وما يليها.

(895) - **وصال علي راغب أبو سعده**، مرجع سابق، ص. 167.

(896) - **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، مرجع سابق، ص. 47 وما يليها

(897) - **وصال علي راغب أبو سعد**، مرجع سابق، ص. 127.

(898) - **MAZEAUD Denis**, « La révision du contrat », *op.cit.*, p. 577.

(899) - Article 1195 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(...) celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant (...)* ».

(900) - **محمد حسن قاسم**، "المادَّة 1195 (الجديدة) من القانون المدني الفرنسي ومتلازمة كرابون"، مجلَّة الحقوق والعلوم السياسيَّة، عدد 39، 2023، ص. 29.

حث تقنين المشرّع الفرنسي لآلية إعادة التّفاوض في ظل إصلاح قانون العقود، على إعادة الروح الفرديّة للمعاملة العقديّة، وهذا من خلال تقرير الحل التّفاوضي المعالج لأثر تغيّر الظّرف الطّارئ، وإزالة الاضطراب عن العلاقة العقديّة؛ لثبت هذه الخطوة التّشريعية ميل المشرّع إلى المراجعة الاتفاقية[901]، لما في ذلك من تجاوب مع التوجهات الدولية بشأن العلاج الاتفاقي الوارد الذِّكر في كل من مبادئ القانون الأوروبي للعقود **(PDEC)** بموجب **المادّة 6: 111 فقرة 2** –سبق ذكرها- و**المادّة 3.2.6 فقرة 1** –سبق ذكرها- من مبادئ اليونيدروا **(Unidroit)**.

أغفل المشرّع الجزائري تضمين **المادّة 107 فقرة 3** –سبق ذكرها- من القانون المدني، حكم علاجي اتّفاقي يقضي بطلب إعادة التّفاوض[902] على الشُّروط التعاقديّة الّتي مسها أثر تغيّر الظّرف الطّارئ، إنّما اكتفى بالإشارة إلى إمكانيّة المراجعة القضائيّة، مما يدل هذا الموقف التّشريعي على مدى تشجيع المشرّع لمكنة تدخل القاضي كطرف معالج في العقد، نزولاً عند مطلب تحقيق العدالة العقديّة[903]، وتجنب بقاء العقد حبيس الإرادة التعاقديّة المشتركة.

2.تقييم فعالية آليّة طلب إعادة التّفاوض

يبقى العلاج الاتّفاقي لأثر تغيّر الظّرف الطّارئ المضطرب لتوازن العلاقة العقديّة، الحل الأمثل[904]؛ لكون أن المتعاقدين يخضعان -مبدئيا- لتوقعاتهما التعاقديّة لمعالجة آثر التغير، الّتي تمليها إرادتهما المستقلّة، بعيدًا عن تدخل إرادة خارجيّة لفرض سلطانها على العلاقة العقديّة، قصد استعادة التّوازن، غير أن تقرير نجاعة المراجعة الاتّفاقية في غالب الحال- تكون مرهونة بدراسة جوانب الفعاليّة الّتي تضمنها لإعادة روح التّوازن للمعاملة العقديّة.

يُفضل على المشرّع الفرنسي إلزام المتعاقدين عند تصادف علاقتهما العقديّة بظروف طارئة تنال من توازن العقد، بإلزامية إجراء التّفاوض بشأن الشُّروط والبنود الّتي تضررت من آثار تغير الظرف، وليس مجرد الاكتفاء بالنص في **المادّة 1195 فقرة 1** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون

(901) - **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص. 29 وما يليها.

(902) - **وصال علي راغب أبو سعده**، مرجع سابق، ص. 167.

(903) - **فاضل خديجة**، تعديل العقد أثناء التّنفيذ، مذكرة مُقدّمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤوليّة، كلّيّة الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص. 93.

(904) - **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص. 29.

العقود الفرنسي على أن آلية التّفاوض هي **كخيار**[905] يمكن للمتعاقد ضحيَّة تغير الظرف المطالبة به بمعنى أن المشرّع قد ترك التعامل بآلية إعادة التّفاوض للإرادة المستقلَّة والحرَّة للمتعاقدين دون إلزامهما قانونًا بها، وبهذا الاقتراح عكس المشرّع ما تقدمت به التوجهات الواردة في مبادئ القانون الأوروبي للعقود بموجب **المادة 6: 111 فقرة 2** -المذكورة أعلاه-.

تُجسد **المادَّة 1195 فقرة 1**[906] –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود الفرنسي، العلاج القانوني لآثر تغيُّر الظَّرف الطَّارئ غير أنَّ ما يعاب على قواعدها الحمائية، أن المشرّع على الرَّغم من منح الضحيَّة أحقيَّة طلب إعادة التّفاوض، إلا أنَّه ألزمه خلال فترة إجراء التفاوض **بالاستمرار**[907] **في عمليَّة التّنفيذ دون قطعها**[908]، وإلا عرضت الطَّرف الضحيَّة لعقوبة الحرمان قضاء من طلب إعادة التّفاوض[909]، وهذا كلُّه حفاظًا على قوَّة العقد.

يُعاكس مثل هذا الموقف التّشريعي المقدس من قوَّة العقد، منطق نظريَّة الظُّروف الطَّارئة الَّتي تقوم على مظهر العدالة العقديَّة، فكان الأجدر تحقيقًا للهدف المنشود، تقرير مدَّة زمنيَّة محدَّدة لإجراء التّفاوض مع الأمر بوقف تنفيذ الالتزام المرهق[910]، إلى غاية الكشف عن نتائج التّفاوض، وهذا كلُّه ضمانًا لتقرير العدالة بين المتعاقدين، في مقابل التّخفيف من حدّة القوَّة الإلزاميَّة العقديَّة[911].

توقَّعت **المادَّة 1195 فقرة 2**[912] –المذكورة سلفًا- من إصلاح قانون العقود الفرنسي إمكانيَّة أن يلقى طلب ضحيَّة أثر تغير الظَّرف الطَّارئ، رفض أو حتَّى فشل[913] إجراء التّفاوض فتضمنت

---

(905) - **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص. 29 وما يليها.

(906) - Article 1195 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(...) Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation (...)* ».

(907) - **موكه عبد الكريم**، مرجع سابق، ص. 408.

(908) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 14. « *(...) Par ailleurs, si la partie lésée demande une renégociation à son cocontractant, elle doit continuer à exécuter ses obligations pour éviter que ce mécanisme n'encourage les contestations dilatoires, et préserver la force obligatoire du contrat. (...)* ».

(909) - **BARBIER Hugo**, « L'article 1195 du code civil menacé », *RTD Civ.*, N° 2, 2024, p. 392.

(910) - **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص. 30.

(911) - **خالد مصطفى فهمي**، مرجع سابق، ص. 123 وما يليها.

(912) - Article 1195 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(...) En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, (...)* ».

(913) - **فاضل خديجة**، تعديل العقد أثناء التّنفيذ، مرجع سابق، ص. ص. 62-63.

إجراء اتّفاق المتعاقدين على فسخ العقد وفقا لمعايير معيَّنة، علما أنَّ مثل هذا الحل، لا يتلاءم – مبدئيا- مع نظريَّة الظُّروف الطَّارئة؛ لكون أنَّ حدوث هذه الظُّروف لا ترجع إلى إرادة أحد المتعاقدين[914]، إنما سببها عوامل خارجيَّة، وبالتَّالي يتناقض حل فسخ[915] العقد مع القواعد العامَّة لنظريَّة العقد، الَّتي تأخذ بالفسخ من أجل زوال الرَّابطة العقديَّة عند قِيام أحد المتعاقدين بعدم تنفيذ التزامه طواعية.

يستنتج من استقراء قواعد النظريَّة العامَّة للظُّروف الطَّارئة، أنَّها لم تتضمَّن فعاليَّة كافية لعلاج أثر تغير الظَّرف على مسار العقد؛ لكونها جعلت **الحل التّفاوضي غير إلزامي**، ما جعله مدخل لمتاهة أخرى، تجلت في تفاقم الضَّرر الَّذي يتعرَّض له ضحيَّة تغير الظَّرف، دون التفطن التَّشريعي لهذه المسألة، ولا حتَّى لضرورة إعطاء ضمانات تحمي مركز الطَّرف الضَّعيف من النتائج السلبية الَّتي يمكن أن يتعرض لها.

ثانيا: تشجيع تدخل القاضي بتفعيل المراجعة القضائيَّة

تتحرر سلطة القاضي[916] في أثناء اختلال العلاقة العقديَّة بظروف طارئة كأزمة كوفيد 19[917] تنال من تـوازن الأداءات التعـاقديَّة، بموجب **مكنة المراجـعة**[918] **القضائيَّة** للشُّروط التعـاقديَّة المضطربة، وهذا بعد تحرّر سلطته بفضل الاتّفاق المشترك للمتعاقدين؛ ليتمَّ السماح بحلول إرادة القاضي[919] في تقدير اضطراب العلاقة العقديَّة **(1)**، هذا ويتمّ الاعتداد بهذه الآلية العلاجيَّة لأثر تغير الظَّرف الطَّارئ من خلال التنقيب في مختلف جوانبها، بغية تقييم فعاليَّتها العائدة على العقد **(2)**.

---

(914) - **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص. 31.

(915) - **فيلالي علي**، الالتزامات: النَّظريَّة العامَّة للعقد، مرجع سابق، ص. 429 وما يليها.

(916) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 151.

(917) - **بكر عبد السعيد محمد أبو طالب**، "أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة فيروس كورونا المستجد **COVID-19**"، مرجع سابق، ص. 8 وما يليها.

(918) - **CARBONNIER Jean**, *op.cit.*, p. 280 et s.

(919) - **LAFAURIE Karl**, *op.cit.*, p. 7.

1.تعديل القاضي للعقد: استبدال الإرادة التعاقديّة

تأهل دور القاضي[920] في ظلّ قواعد نظريّة الظُّروف الطَّارئة إلى دور مسير شؤون العلاقة العقديّة، عندما يعترض مسار تنفيذ التزاماتها أثر تغير الظَّرف الطَّارئ[921]، على نحو تتغيَّر كيفيَّة التَّنفيذ المتوقع من قِبل إرادة المتعاقدين وقت التَّعاقد، عندها مُكن طرفي العقد -عند الاقتضاء- الاستعانة بتدخل القاضي قصد إعادة النّظر في اضطراب توازن العقد؛ لأجل استعادة المسار العادل لعمليَّة التَّنفيذ، ضمانًا لاستقرار العلاقة العقديّة.

جعلت **المادَّة 107 فقرة 3** –سبق ذكرها- من القانون المدني، للقاضي تقيُّدًا بمبدأ حسن النيَّة[922] **سلطة مراجعة العقد** الَّذي اختل توازنه بسبب آثر تغير ظروف طارئة، بأن يعيد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول[923]، وهذا بعد تقدير القاضي مختلف الظُّروف المحيطة بالعمليَّة التعاقديّة والأخذ في الحسبان مصلحة الطَّرفين، ممَّا يفهم أن العلاج التَّشريعي جاء معززًا ومشجعًا من تدخل القاضي في العلاقة العقديّة باسم تحقيق العدالة العقديّة.

أجازت **المادَّة 1195 فقرة 2**[924] –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود الفرنسي، للقاضي كحل علاجي مرحلي ثانٍ، يتم الاستنجاد به، لتدخله في العقد الَّذي اختلت بنوده التعاقديّة، بسبب حلول ظروف طارئة زعزعة من توازن تنفيذها في حق المتعاقدين، علمًا أنَّ هذا **التدخُّل من طرف القاضي يأتي –عمومًا- بعد فشل أو رفض إعادة التَّفاوض** -كحل علاجي مرحلي أوَّل- يتَّفق فيه المتعاقدين وفقا لإرادتهما المشتركة، على حل ودي لاستعادة توازن العقد من طرف القاضي، هذا ما لم يتمّ اللجوء كحل قضائي إلى إنهاء العقد.

يُستنبط من الحل العلاجي القضائي المقترح تشريعيًّا لمجابهة أثر تغير الظَّرف الطَّارئ، أنَّه يسمح لإرادة القاضي بتسيير الالتزام الَّذي أصبح تنفيذه مرهقًا قصد استعادة توازن العقد ضمانًا

---

(920) - **خالد مصطفى فهمي**، مرجع سابق، ص. 164.

(921) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص ص. 151-152.

(922) - **ديهوم أحمد علي**، مرجع سابق، ص. 27 وما يليها.

(923) - **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، نظريَّة الظُّروف الطَّارئة: بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. 441 وما يليها.

(924) - Article 1195 alinéa 2 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(...) ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

لاستمراريّة المعاملة العقديّة، تماشيا مع غاية التكريس التشريعي لنظريّة الظُّروف الطّارئة، وهذا ما يسمح لنا –من وجهة نظرنا- **بالقول بحلول إرادة القاضي محل الإرادة التعاقديّة المشتركة**، وتسميتها بالتّالي **بالإرادة القضائيّة** في العقد، لكن بشرط أن تتأسس هذه الإرادة على مبدأ حسن النيّة(925).

2.تقييم فعاليّة آلية تعديل القاضي لآثر تغير الظّرف الطّارئ

صُنف العلاج القضائي لأثر تغيّر الظّرف الطّارئ المثير لمشكلة اختلال توازن الأداءات التعاقديّة، كحل علاجي مرحلي ثانٍ، يتمّ اللُّجوء إليه بموجب الاتّفاق المشترك للمتعاقدين، فتتحرّر على إثره سلطة القاضي إزاء العقد، ويتدخل في تسيير شؤونه وفقًا لإرادته على أنَّ يعيد روح العلاقة العقديّة المتوازنة، في ضوء عدالة تجمع بين مراكز المتعاقدين، إلّا أن نجاعة المراجعة القضائيّة تكون متوقفة على تقدير فعاليّتها من خلال طرح معطياتها على البساط القانوني؛ لغرض التّنقيب فيها، ضمانًا لثبات العدالة العقديّة.

عُلق **تفعيل المراجعة القضائيّة** للشُّروط المضطربة على الإرادة التعاقديّة المشتركة لطرفي العلاقة العقديّة، هذا ما طرح على البساط القانوني **إشكاليّة تعنُّت المتعاقد المستفيد** من أثر الظَّرف الطّارئ برفضه اللُّجوء إلى القاضي قصد مراجعة أثر التّغيير، مما قد يعرقل استفادة الطّرف المتضرّر من طلب إسعافه بعدالة تدخل القاضي، وإن كان مبدأ حسن النيّة يشترط في عمليّة التّنفيذ العقدي أن يتعاون المتعاقدين معًا ضمانًا لتنفيذ عادل؛ لذا حبّذا على المشرّع تدارك هذه الثغرة التعاقديّة، الّتي تقدس من مبدأ استقلاليّة الإرادة مقابل إهمال شق تقرير العدالة بين طرفي العلاقة العقديّة.

حسم الاجتهاد القضائي(926) في فرنسا مسألة تعليق **المادّة 1195** -المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود **لجوء الطّرف المتضرّر إلى القاضي على تحقق شرط طلب إعادة التّفاوض** بغض النّظر عن نتائج التّفاوض إذا أفضت إلى رفض أو فشل، حيث أقرت الممارسة القضائيّة أن هذا الشرط يعد إلزامي يجب أن يسبق دخول المتعاقدين في مجريات العلاج المرحلي الثّاني وبالتّالي يُستحسن –من وجهة نظرنا- أن يعيد المشرّع صياغة ترتيب المراحل العلاجيّة، ويجعلها

(925) - **ديهوم أحمد علي**، مرجع سابق، ص. 27 وما يليها.

(926) - **BARBIER Hugo**, **«** L'article 1195 du code civil menacé **»**, *op.cit.*, p. 392.

اختياريَّة تخضع لإرادة المتعاقدين، منعًا من التَّعسُّف والإجحاف في حق الطَّرف ضحيَّة تغيُّر أثر الظَّرف الطَّارئ.

أثيرت عبارة **"إنهاء العقد"**[927] الواردة الذِّكر **في المادَّة 1195** –المذكورة أعلاه- من إصلاح قانون العقود على البساط القانوني، **غموض في مدلول تكييفها** المتوافق مع طلب الطَّرف المتضرّر التَّنصل من التَّنفيذ المرهق، باعتبار أنَّ التَّوصل إلى إنهاء العقد يُغاير التوجُّهات الحمائية الَّتي تتَّصف بها نظريَّة الظُّروف الطَّارئة[928]، بأنّها تسعى إلى الحفاظ على قيمة العقد، فضلاً عن ضمان استقراره من خلال إعادة التَّوازن للالتزامات التعاقديَّة، هذا ما يجعل من القواعد الحمائية لهاتي النظريَّة تستهدف إنقاذ العقد **(Sauve le contrat)** وليس إهداره، وبالتَّالي تضييع المصلحة المشتركة للمتعاقدين، بعدما تم تسليط الضَّوء على تحقيقها منذ الدخول في العمليَّة التعاقديَّة.

(927) - **فيلالي علي**، الالتزامات: النَّظريَّة العامَّة للعقد، مرجع سابق، ص. 429 وما يليها.

(928) - **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص. 31.

المبحث الثّاني

حسن النيّة ونهاية العقد: رؤية جديدة

تضفي قاعدة انضباط حسن النيّة أهمية بالغة على جوانب مرحلة نهاية العمليّة التعاقديّة، نظرًا لما قد تتصادف به هذه المرحلة من انتهاكات عديدة، تطرح إشكالات تستوجب وضعها تحت مجهر حسن النيّة، لأجل ضبطها، تمهيدا لاستقامة سلوك المتعاقدين مع متطلبات التّعامل الأخلاقي، فضلاً عن ضمان استمرارية مبدأ العدالة العقديّة، حتّى يسود جو قِيام العلاقات العقديّة.

يُثار مبدأ حسن النيّة في مرحلة إنهاء العمليّة التعاقديّة؛ لأجل تأديب الإرادة المنفردة في أثناء مطالبتها بإنهاء العقد، حيث يلزمها مبدأ حسن النيّة بحتمية أن يصدر الطلب عن نيّة حسنة تنبعث من صدق ونزاهة في وضع حد للعلاقة العقديّة، دون محاولة التحايل بقصد إلحاق أضرار بمركز الطّرف ضحية تصرف الإنهاء الانفرادي غير مشروع **(المطلب الأوّل)**.

يُطالب بإلحاق مبدأ حسن النيّة بمرحلة بعد العمليّة التعاقديّة، رغم أن هذه المرحلة شهدت في أغلب التّشريعات –دولية ووطنية- تجاهل تكريسه، رغم الانتهاكات، الّتي قد تتعرض لها هذه المرحلة، بحيث يضمن مبدأ حسن النيّة نجاح العمليّة التعاقديّة، والحفاظ على قيمة المصلحة الشّخصيّة المحققة، من خلال ضبط أي سلوك يصدر عن نيّة سيئة تبتغي التعدي على ثمار العقد بعد العلاقة العقديّة **(المطلب الثّاني)**.

المطلب الأوّل

حسن النيّة والإنهاء: رؤية تجاهل

يعتري مفاهيم النظريّة العامّة للعقد، العديد من الثغرات، منها ما تعلق بإيصال مبدأ حسن النيّة عند مرحلة إنهاء العقد، حيث لم تعرف هذه المرحلة بجوانبها التعاقديّة اهتمام تشريعي، لا سيّما من جانب ضبط الإرادة المنفردة للمتعاقد عند طلبه إنهاء العقد، فقد يكون تصرفه تعسُّفيا قاصدًا الإضرار بمصلحة الطّرف المتعاقد معه؛ لذا فإن في تكريس مبدأ حسن النيّة ضمانة قانونيّة فعالة لتأطير هذه المرحلة بسياج حمائي، تضمن استقامة سلوك الطّرف المتعاقد عند طلبه لإنهاء العقد.

موازة لأهميَّة دور حسن النيَّة عند طلب إنهاء العقد، إذ تسعى إلى ضبط كل سلوك غير مشروع يُشكل انتهاكًا صارخًا بمصلحة الطَّرف المتعاقد ضحيَّة هذا السلوك، وجب التَّفطن التَّشريعي لهذه المسألة، والعمل على تضمِين المبدأ في مرحلة الإنهاء ضمن النصوص المؤطرة للنظريَّة العامة للعقد **(الفرع الأوَّل)** حتَّى يتمَّ التَّقيد بإعماله كلما وصل المتعاقدين إلى جوانب تعاقديَّة تحكم مرحلة إنهاء العقد تفاديًا لطرح أي إشكالات، قد تهدد نجاح العمليَّة التعاقديَّة **(الفرع الثَّاني)**.

الفرع الأوَّل

إدراج حسن النيَّة عند إنهاء العقد

لخص مبدأ حسن النيَّة التَّعامل الأخلاقي الواجب أن يسود مرحلة إنهاء العلاقة العقديَّة إذ يتحكم في توجه الإرادة المنفردة للطَّرف المتعاقد الَّذي يرغب في إنهاء العقد، ويمنع تعسُّفها إضرارًا بمصلحة الطَّرف المتعاقد معه، هذا ما يكشف عن الأهميَّة الَّتي بات إدراج حسن النيَّة يعكسه على الجوانب التعاقديَّة في أثناء الوصول إلى مرحلة الإنهاء **(أوَّلاً)**؛ لتطرح على البساط القانوني ضرورة تقنينه ضمن قاعدة قانونيَّة تحتويه **(ثانيًا)**.

أوَّلاً: أهميَّة حسن النيَّة عند إنهاء العقد

يُثمر إلحاق مبدأ حسن النيَّة بمرحلة إنهاء العمليَّة التعاقديَّة، أهمية بالغة، تُلتمس في أثناء تقييد الجوانب التعاقديَّة لهذه المرحلة، وما يتخللها من إشكالات بحسن النيَّة في التعامل، خاصة عندما يعمد أحد المتعاقدين إلى طلب إنهاء العلاقة العقديَّة، في هذه الحالة، تلزم قاعدة انضباط حسن النيَّة أن يستقيم سلوكه بأن يكون مشروعا[929]، حفاظا على عدالة العقد؛ لذا فمثل هذه الأهمية الَّتي كشفت عنها الممارسة التعاقديَّة، يؤمل تكريسها ضمن قاعدة قانونيَّة.

يُعتمد على مبدأ حسن النيَّة عند إنهاء العقد، بغية ضبط تصرفات المتعاقدين، خاصة إذا عمد أحدهما إلى طلب الإنهاء الانفرادي للعلاقة العقديَّة باسم حريَّته التعاقديَّة، وجب في هذه الحالة

(929) - **جليل عبد الله حسن**، الإنهاء التَّعسُّفي للعقد، مطبعة منارة، أربيل، 2012، ص. 6.

مراقبة مشروعية سلوك الإنهاء إذا كان متوافقا مع قاعدة انضباط حسن النيَّة، ولم يرد في دائرة التعسُّف[930] والتجاوز في ممارسة حريَّته التعاقديَّة.

يحرص مبدأ حسن النيَّة عند إنهاء العقد على كفالة مركز الطَّرف المتعاقد ضحيَّة الإنهاء الانفرادي غير مشروع، بالسماح له بالمطالبة بالتَّعويض عن الأضرار اللاحقة بمركزه جراء سوء نيَّة الطرف المتعاقد طالب الإنهاء، وهذا بعد تأسيس دعواه على قواعد مبدأ حسن النيَّة[931]، فضلاً على أن للمبدأ دور في ضمان نجاح العمليَّة التعاقديَّة وحماية مصلحته الشَّخصيَّة.

ثانيًا: مكانة حسن النيَّة عند إنهاء العقد في ظلّ القانون المدني

أيقنت الدراسة الاستقرائية للنصوص المؤطرة للنظريَّة العامَّة للعقد، بتجاهل تنظيم بعض المسائل التعاقديَّة، حال تقنين مبدأ حسن النيَّة بصفة صريحة عند مرحلة إنهاء العقد، وهذا ما أُلتمس على حد السَّواء في القانون المدني الجزائري **(1)** والقانون المدني الفرنسي **(2)**.

1.القانون المدني الجزائري لسنة 1975: دعوة إلى تعديل سريع

بقيت مفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد متمسكة بفلسفتها التقليديَّة وبقواعدها الكلاسيكيَّة، رغم مرور العديد من السّنوات على صدور القانون المدني سنة 1975، حيث بقي المشرّع مكرسًا لمبدأ حسن النيَّة في حدود مرحلة واحدة: مرحلة التَّنفيذ، مكتفيًا بربط التَّعامل العقدي القائم في هذه المرحلة بما تمليه مقتضيات حسن النيَّة؛ لتشهد باقي مراحل العمليَّة التعاقديَّة منها ما تعلَّق بمرحلة الإنهاء، تجاهل تشريعي بشأن إلحاق جوانبها بقاعدة الانضباط حسن النيَّة.

حبذا على المشرّع الجزائري الاقتداء بالتَّوجهات الحديثة لأغلبية تجارب التَّشريعات الأجنبيَّة، قصد اتّخاذ خطوة إصلاحيَّة لمفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد، والإسراع في تغيير قواعده المتقهقرة والمعرقلة لتطوُّر هيكل العقد، والاهتمام لا سيَّما بعمليَّة إرساء مبدأ حسن النيَّة عند حدود مرحلة الإنهاء، قصد الاستفادة من دور المبدأ في ضمان تعامل عقدي قائم على مقتضيات حسن النيَّة، والعمل خاصة على تقرير مظلة العدالة العقديَّة.

---

(930) - **جليل عبد الله حسن**، مرجع سابق، ص. 6.

(931) - **شندي يوسف**، مرجع سابق، ص. 452.

2.إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016: تفويت فرصة التّقنين

استقرّ إصلاح قانون العقود الفرنسي على تمديد مظلّة حسن النيّة لتلقى بظلالها على كافة مراحل العمليّة التعاقديّة حتّى تضمن –بذلك- فعاليّة متكاملة للتّعامل التّعاقدي الأخلاقي بين طرفي العقد، إلّا أن هذه الرؤية الإصلاحيّة لم تشهد شموليّة مظلة مبدأ حسن النيّة إلى مرحلة إنهاء العقد مما يعتبر ذلك بمثابة إغفال تشريعي، وانتقاص من العدالة العقديّة الّتي يجب ضمان استمراريتها بين طرفي العقد.

صاغ تقنين مبدأ حسن النيّة في مرحلة إنهاء العقد، كأحد المقترحات الّتي يجب على المشرّع العمل على تداركها، حتّى يتمّ ربط سلوك إنهاء العقد ولو تمّ بالإرادة المنفردة بمقتضيات مبدأ حسن النيّة، لما لهذا المبدأ من أهميّة تضمن تحلي طرفي العمليّة التعاقديّة بسلوك أخلاقي يجسد معنى العدالة العقديّة، ويبتعد عن التّعدي لا سيّما على مصلحة الطّرف الضّعيف.

بالعودة إلى سائر التّشريعات الأجنبيّة تظهر عمليّة تقنين مبدأ حسن النيّة في مرحلة إنهاء العمليّة التعاقديّة، ضمن خطوة تشريعيّة سباقة، تنصب نحو تحقيق هدف عدم تفويت فرصة الاستفادة من العناية الّتي يوليها هذا المبدأ للجوانب التعاقديّة المرتبطة بمرحلة الإنهاء، فكان من بين هذه التّشريعات حال القانون المدني الكيبك[932]، حيث أكد المشرّع على أنّ مبدأ حسن النيّة بات يحكم سلوك الأطراف المتعاقدة في كل مرحلة من مراحل العقد.

الفرع الثّاني

إعمال حسن النيّة عند إنهاء العقد

يضطلع مبدأ حسن النيّة خلال مرحلة طلب إنهاء العلاقة العقديّة بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، إلى أن تتوافق نيّته مع المقتضيات الّتي يبسطها مبدأ حسن النيّة، وألا يسبق طلب الإنهاء سوء نيّة المتعاقد من غش وخداع في حق الطّرف المتعاقد معه، رغبه منه في تغليب مصلحته الشّخصيّة، وإلحاق أضرارًا بمركزه التّعاقدي؛ لذا تلتمس مثل هذه التّجاوزات في طلب إنهاء العقد حال استفادة المتعاقد من التّعويض المقدر بموجب تضمِين العقد شرطًا جزائيا، لذلك

(932) - Article 1375 du **code civil du québec**, dispose que : « *La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.* ».

عُلق تنفيذ هذا الشَّرط على مبدأ حسن النيَّة **(أوّلاً)** فضلاً عن رغبة المتعاقد في التَّنصل من عقد العمل باسم الحريَّة التعاقديَّة، والَّذي سبق ربط ممارسته بمبدأ حسن النيَّة **(ثانيًا)**.

أوّلاً: تعلق حسن النيَّة عند تطبيق الشَّرط الجزائي

يُثير تطبيق الشَّرط الجزائي مشكلة استباق الطَّرف المتعاقد –الَّذي له مصلحة في إعمال الشَّرط الجزائي- سوء نيَّة، يبتغي منها إلحاق أضرار بمركز الطَّرف المتعاقد ضحيَّة هذا التَّصرف غير المشروع؛ لذا وجب الإلمام بجوانب تضمِين العقد شرطا جزائيا **(1)** قصد فحص مشروعيَّة النيَّة في أثناء تمسك الطَّرف المتعاقد بإعمال الشَّرط الجزائي **(2)**.

1.حسن النيَّة والشرط الجزائي

يحدث –أحيَّانا- أنَّ يتَّفق المتعاقدين وقت إبرام العقد، على تضمِينه عقدهما شرطا يعبر عن إرادتهما التعاقديَّة في تقدير التَّعويض الَّذي يستحق لأحدهما، إذا صدر إخلال في عمليَّة التَّنفيذ، ممَّا ينجر عنه ضرر يمس بمصلحة الطَّرف المقابل له في العمليَّة التعاقديَّة؛ لهذا أصطلح على تسمية مثل هذا الشَّرط بـ **"الشرط الجزائي" (clause pénale)** لأنَّه يضمن التَّعويض للطَّرف ضحيَّة الضَّرر.

نُظِّم الشَّرط الجزائي في ظل القانون المدني الجزائري، كآليَّة يستعين بها الطَّرف المتعاقد للمطالبة بالتَّعويض الاتفاقي المحدَّد بموجب هذا الشَّرط الجزائي جبرا للضَّرر اللاحق به، بداية من **المادَّة 183**[933] من هذا القانون، بينما تطرق المشرِّع الفرنسي في **المادَّة 1231-5 فقرة 1**[934] من إصلاح قانون العقود لتأطير هذا الشَّرط بجملة قواعد يعهد بتطبيقها عند إثارة إعمال التَّعويض المقدَّر بموجب هذا الشَّرط.

يُقارن إعمال الشَّرط الجزائي بمعطيات مبدأ حسن النيَّة، عندما يعمد أحد المتعاقدين بالتَّحلل الكلي من الالتزامات التعاقديَّة –كما سبق الإشارة إليه- على النَّحو يكيِّف هذا السُّلوك الصَّادر

---

(933) - تنص المادَّة 183 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمَّن القانون المدني، على أنَّه: **"**يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدَّما قيمة التَّعويض بالنَّص عليها في العقد أو في اتّفاق لاحق (...)**"**.

(934) - Article 1231-5 alinéa 1 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : **«** *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. (...)* **»**.

من المتعاقد كمخالفة لمقتضيات الّتي يمليها مبدأ حسن النيّة في أثناء تنفيذ العقد[935]، الّذي يلزم كلا المتعاقدين بالوفاء والتّعاون من أجل ضمان أداء التّوقّعات التعاقديّة، وليس استغلال ما يحتويه هذا الشّرط الجزائي من تعويض كفرصة للتّحلل وإهدار المصلحة الشّخصيّة للطّرف الضحيّة لأنّ قيمة التّعويض المقدرة بموجب هذا الشّرط قد لا تكون العلاج الأمثل لقيمة الضرر اللّاحق بطرف الضّحية ضمن حالات تعاقديّة معيّنة.

2.التّقيد بحسن النيّة في أثناء تنفيذ الشّرط الجزائي

يُصال مبدأ حسن النيّة بإعمال الشّرط الجزائي، عندما يعمد أحد المتعاقدين –غالبًا- يكون الطّرف المدين بإرادته المنفردة بالتّحلل الكلي من تنفيذ التزاماته ومن ثم إعلان رغبته في إنهاء العقد من جانبه[936]، فيشترط عندئذ التقيد بمقتضيات حسن النيّة بأن ألا ينوي المدين من طلب إنهاء العقد إلحاق أضرار بمصلحة الدائن، قاصدًا التّعويض عنها بالقيمة المقدّرة بموجب الشّرط الجزائي[937]، في هذه الحالة تكون إرادة المدين الراغبة في إعمال الشّرط الجزائي مسبوقة بسوء نيّة.

يُعتد بسوء نيّة المدين، إذا كان يهدف من وراء الإنهاء الانفرادي للعقد، التّعدي على مصلحة الطّرف الدائن، في هذا الحال يُكيف سلوكه على أنّه خطأ، يعكس به المقتضيات الّتي يمليها مبدأ حسن النيّة في التّعامل التّعاقدي، ممّا يسمح للطّرف الدائن المتضرر من هذا السلوك غير المشروع المطالبة قضاء برفع قيمة التّعويض المحدّد جزافيا بمقتضى الشّرط الجزائي، دون أخذ القاضي بعين الاعتبار حسن أو سوء نيّة الطّرف الدائن، لأن القانون لا يعتد بنيّة الأخير، إنّما يضطلع إلى مناصرة مركزه المتضرر من سوء نيّة المدين.

تعرض المشرّع الجزائري في محتوى **المادّة 184 فقرة 2**[938] من القانون المدني، إلى سلطة القاضي في تخفيض قيمة الشّرط الجزائي، المقرّرة في حالة إذا سبق تنفيذ جزء من الالتزام

---

(935) - **محمد ربيع أنور فتح الباب**، "أثر مبدأ حسن النيّة في إنهاء عقود المدة: دراسة تحليلية مقارنة"، المجلّة القانونيّة، مجلّد 11، عدد 1، 2022، ص. 221.

(936) - المرجع نفسه، ص. 221.

(937) - **PIMONT Sébastien**, « Clause pénale », *Rép. Civ.*, avril 2010, (actualisation: Mai 2022), p. 55 et s.

(938) - تنص المادّة 184 فقرة 2 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمّن القانون المدني، على أنّه: "(...) ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التّعويض إذا أثبت المدين أن التّقدير كان مفرطًا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه (...)".

الأصلي[939] أو كان تقدير التّعويض مبالغًا فيه، كما أخذ المشرّع بعين الاعتبار بسوء نيّة المدين في طلب إنهاء المنفرد للعقد وتطبيق الشّرط الجزائي كتعويض عن الأضرار الّتي تفوق بكثير هذه القيمة، عن طريق الاعتراف للدائن بإمكانيّة المطالبة بزيادة في قيمة التّعويض تناسبًا مع مقدار الضّرر الّذي مسّ مصالحه غير أن **المادّة 185**[940] من هذا القانون قيّدت هذه الزيادة بضرورة إثبات الدائن لواقعة سلبيّة تمثلت في صدور غش أو خطأ جسيم[941] من المدين، حتّى يتمكّن القاضي بدوره من إعمال سلطته التقديريّة من أجل رفع قيمة التّعويض المستحق للطّرف الدائن تناسبا مع الضّرر اللّاحق بمصالحه.

تحجر أحكام **المادّة 185** –المذكورة سلفًا- من القانون المدني سلطة القاضي في زيادة قيمة التّعويض بواقعة إثبات الدائن أن الأضرار الّتي حلّت به كانت ناتجة عن غش أو خطأ جسيم اللذين يندرجا –عموما- تحت مظلة سوء نيّة، الوضع الّذي جعل من محتوى **المادّة 185** –السّالفة الذّكر- مقارنة بواقع الممارسة التعاقديّة يطرح على البساط القانوني إشكاليّة أنّ ليس كل سوء نيّة تتستّر وراء غش أو خطأ جسيم[942]، بل في كثير من الحالات قد ترجع سوء نيّة إلى خلفيات متعدّدة، تخرج عن دائرة الغش والخطأ الجسيم، ومع ذلك يلحق الدائن أضرار تفوق بكثير قيمة التّعويض المقدر بموجب الشّرط الجزائي.

يُتوصل –بهذا- أنّ التزام القاضي بحرفيّة **المادّة 185** –المذكورة سلفًا- من القانون المدني وبدقة شروطها تسقط الوجه الحمائي عن الطّرف الدائن بحيث تجعله لا يستحق التّعويض الإضافي، إذا عجز عن إثبات تلك الواقعة السّلبية، مما يفتح المجال –بالمقابل- أمام الطّرف المدين باستغلال هذه الثغرة، قصد التّحلل من الرّابطة العقديّة وإلحاق أضرار بالدائن، والّتي تنتج عن سوء نيّة، دون أن تتستّر وراء غش أو خطأ جسيم، وفي ذلك انتقاص من كفالة عدالة الدائن.

---

(939) - Article 1231-5 alinéa 3 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(...) Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent (...)* ».

(940) - تنص المادّة 185 من **الأمر رقم 75-58**، يتضمّن القانون المدني، على أنّه: **"** إذا جاوز الضرر قيمة التّعويض المحدّد في الاتّفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أنّ المدين قد ارتكب غشًا، أو خطأ جسيماً **"**.

(941) - لا يعتد بالخطأ اليسير في **المادّة 185** –المذكورة سلفًا- سلطة القاضي في زيادة قيمة التّعويض وجبرًا للأضرار اللّاحقة به، حتّى وإن كان هذا الخطأ ناجم عن سوء نيّة المدين.

(942) - **محمد ربيع أنور فتح الباب**، مرجع سابق، ص. 223 وما يليها.

التقت الممارسة التعاقديّة نموذج عن هذا الطّرح - ليس كل سوء نية تتستَّر وراء غش أو خطأ جسيم- المتداول في أوساط الساحة القانونيّة، حيث لوحظ في كثير من الحالات التعاقديّة أن بعض اللّاعبين المحترفين يبرمون عقدًا مع النادي الرياضي، ويتم الاتِّفاق وفقا لإرادتهما التعاقديّة على كافة الشُّروط، ومن بينها تضمِين العقد شرطا جزائيا، فيستغل اللّاعب فترات حساسة في مواسم رياضيّة بما يكشف عن سوء نيَّته، لطلب الإنهاء الانفرادي للعقد، بما يعرض صاحب النادي الرياضي لخسارة مجحفة[943].

أجمع –بهذا- الفقه على أن الغش أو الخطأ الجسيم يندرج تحت مظلّة سوء نيّة[944] بخلاف الحالة العكسيّة، فإن سوء نيّة لا يفهم منها دائمًا أن المدين أقدم على إنهاء العقد استنادًا إلى غش أو خطأ جسيم[945]، بهذا يكون التّقيد بموقف المشرّع الجزائري المعلن عنه في **المادّة 185** - المذكورة أعلاه- من القانون المدني، من شأنه أن يعرض الدائن لأضرار جسيمة، وتفويت فرصة تحقيق العدالة العقديّة.

عاكس موقف المشرّع الفرنسي –نظيره المشرّع الجزائري- الظّاهر في **المادّة 1231-5 فقرة 2**– سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، عندما اعترف بسلطة القاضي في زيادة مبلغ التّعويض المقدر في الشَّرط الجزائي[946]، دون تقييد الدائن بضرورة إثبات غش أو خطا جسيم، ممَّا أكد موقف المشرّع على مناصرته لمركز الطَّرف الضَّعيف الَّذي يكون ضحيَّة سوء نيّة الطَّرف الَّذي أنهى العقد بإرادته المنفردة، بغض النَّظر إذا وقع طلب الإنهاء عن غش أو خطأ جسيم من المدين.

ثانيًا: تطبيق حسن النيّة عند إنهاء عقد العمل

يَنصب طلب إنهاء عقد العمل على مشكلة أن تكون للطرف المتعاقد طالب الإنهاء نيّة سيئة يبتغي من خلالها الإضرار بمركز الطَّرف المتعاقد ضحيَّة هذا التَّصرف غير المشروع؛ لذا لابد

(943) - **محمد ربيع أنور فتح الباب**، مرجع سابق، ص. 222.

(944) - المرجع نفسه، ص. 223 وما يليها.

(945) - المرجع نفسه، ص. 223 وما يليها.

(946) - Article 1231-5 alinéa 2 de **l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dispose que : « *(...) Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. (...)* ».

من التّحكم في الإرادة التعاقديّة في أثناء طلب الإنهاء لعقد العمل خاصة غير محدّد المدّة **(1)** فضلاً عن تشخيص مشروعيّة النيّة في أثناء طلب المتعاقد إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة **(2)**.

1.ضبط عنصر المدّة في عقد العمل

يُتخذ عنصر المدّة (عامل الزمن) كعنصر جوهري يتخلّل شروط عقد العمل[947]، ويخضع إلزامًا لتحكم الإرادة التعاقديّة المشتركة، حتى لا يسع لأيّ من طرفي العلاقة العقديّة[948] إذا كانت مدة العقد محدّدة، بطلب الإنهاء الأحادي له، لكن قد تثار هذه المشكلة –في غالب الأحيان- عندما تكون مدة العقد غير محدّدة، ممّا يستتبع معه، إمكانية استخدام الطّرف المتعاقد لحريّته في طلب إنهاء العقد بإرادته المنفردة[949]، والّتي نتساءل فيها –من وجهة نظرنا- في مدى تحلي سلوك الطّرف بمقتضيات حسن النيّة لطلب الإنهاء الانفرادي لعقد العمل.

تضمِين مبدأ حسن النيّة عند مرحلة إنهاء عقد عمل غير محدّدة المدة، يُفيد في ضبط سلوك الطرف المتعاقد الّذي بادر بالإنهاء الأحادي للعقد، وفحص مدى مشروعيّة نيّته، فضلاً على ضمان مركز الطّرف الضّعيف –سواء كان العامل أو صاحب العمل[950] - في مواجهة أثر هذا الإنهاء المفاجئ، الممكن أن يكون غير مشروع[951]، ممّا قد يمسُّ بالمصلحة الشّخصيّة الّذي تعاقد من أجلها وتنتظر تحقيقها من وراء نجاح علاقة العمل؛ لذا ضمانًا لمصلحة المتعاقد ضحيّة هذا الإنهاء الانفرادي يجب إلحاق مبدأ حسن النيّة بالمعطيات الّتي قد تتصادف معها عمليّة إنهاء عقد العمل.

رُبطت مجريات إنهاء علاقة العمل بمبدأ حسن النيّة كقاعدة عامة تسود مرحلة الإنهاء ضمن نصوص قانون العمل الفرنسي، حيث تعهد المشرّع بتكريسها بصريح عبارات **المادّة L1222-1**[952]

---

[947] - **COUTURIER Gérard**, *Les relations entre employeurs et salariés en droit français*, in *la protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 143 et s.

[948] - **رشوان حسن رشوان أحمد**، مرجع سابق، ص. 531.

[949] - **محمد عبد الظاهر حسين**، الدور القضائي إزاء الرّغبة في إنهاء الرّابطة العقديّة، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 2000، ص. 55.

[950] - **VIGNEAU Christophe**, « L'impérative de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *R.D.S.*, N° 7, 2004, p. 711.

[951] - **جليل عبد الله حسن**، مرجع سابق، ص. 10.

[952] - Article L1222-1 du **code du travail français**, dispose que : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

من هذا القانون؛ لتشهد غيابًا طال نصوص قانون العمل الجزائري الّذي لم يحط رحاله بمبدأ حسن النيّة في هذه المرحلة[953]، قصد ضبط سلوك المتعاقدين، تحقيقًا لمظلة العدالة العقديّة[954].

2.الالتزام بحسن النيّة عند إنهاء عقد العمل غير محدّد المدّة

يُستعان بمبدأ حسن النيّة عند إنهاء عقد العمل غير محدّد المدة، عندما يعمد أحد المتعاقدين إلى طلب الإنهاء الانفرادي للعقد، قاصدًا –ربما- التعدي[955] على المصلحة الشّخصيّة للطّرف المتعاقد معه، فحافظا على قدسيّة التوقُّعات التعاقديّة، وضمانًا لمركز الطّرف الضّعيف ضحيّة الإنهاء المفاجئ للعقد، فإن مبدأ حسن النيّة يضمن إتزان العلاقة العقديّة، ويحثُّ على احترام كل طرف لمصلحة الطّرف المقابل له، مع العلم أنّ التّقيد بالمبدأ يتّضح –في غالب الحال- بعد مراعاة جملة ضوابط[956] تمثلت في الإخطار **(أ)** والإقرار بسبب مشروع **(ب)** وتقديم طلب الإنهاء في وقت مناسب تقديرًا لمصلحة الطّرفين **(ج)**.

أ. الإخطار بالإنهاء الانفرادي لعقد العمل

يُحتِم التّمسك بحسن النيّة لـطلب الإنهاء الانفرادي لعقد العمل، **ضرورة التّقيد بإجراء الإخطار**، الّذي يمثل أوّل ضوابط طلب الإنهاء تقيدًا بمقتضيات حسن النّيّة، من شأنه أنّ يُثبت –مبدئيًا- عدم تحلي الطّرف المبادر بالإنهاء بنية سيئة، قاصدة الإضرار بمصلحة الطرف المتعاقد معه، وهذا ما اعتمد عليه المشرّع الفرنسي ونص عليه صراحةً ضمن **المادّتين L1232-6**[957] و **L1232-7**[958] من قانون العمل.

---

(953) - يشار في هذا الصّدد أن المشرّع الجزائري لم يقنن مبدأ حسن النيّة في كافة العقود، من بينها عقود العمل.

(954) - **محمد عبد الظاهر حسين**، الدور القضائي إزاء الرّغبة في إنهاء الرّابطة العقديّة، مرجع سابق، ص. 183.

(955) - المرجع نفسه، ص. 55.

(956) - عدّد المشرّع الجزائري في قانون العمل الأسباب الّتي تؤدي إلى إنهاء علاقة العمل، دون تبيان ضوابط الإنهاء وفقا للإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد.

(957) - Article L1232-6 alinéa 1/2/3 du **code du travail français**, dispose que : **«** *Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception.*
Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur.
Elle ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été convoqué (...) **»**.

(958) - Article L1232-7 alinéa 1 du **code du travail français**, dispose que : **«** *Le conseiller du salarié est chargé d'assister le salarié lors de l'entretien préalable au licenciement dans les entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel.* **»**.

يلزم ضابط الإخطار الطَّرف الرَّاغب في طلب الإنهاء الانفرادي لعقد العمل، بتوجيه إعلان صريح يتضمن الإنهاء للطَّرف المتعاقد معه، فإذا تمَّ التَّقيد بهذا الضَّابط، كيفت نيَّة الطَّرف –مبدئيا- بأنها حسنة، غير أن تأكيد فعاليَّة هذا الضَّابط، تتطلَّب العودة –دائمًا- إلى واقع الممارسة التعاقديَّة، إذ كثيرًا ما تثبت حالات الإنهاء الانفرادي أن التَّمسك بهذا الضَّابط، لا يعني بالضرورة أن الطَّرف نيَّته حسنة، حيث يمكن لأحد الطَّرفين إجراء الإخطار، ومع ذلك، تكون نيَّته قاصدة الإضرار بمصلحة الطَّرف المتعاقد معه(959)، وعكس الحالة صائب، إذ يمكن للمتعاقد عدم إجراء الإخطار لظروف معيَّنة لكن دون أن تكون نيَّته سيئة، فقط يمكن تكييف تصرُّفه على أنَّه تعسُّف في استعمال حقه(960).

ب.السَّبب المشروع للإنهاء الانفرادي لعقد العمل

حتم التَّمسك بحسن النيَّة لطلب الإنهاء الانفرادي لعقد العمل غير محدَّد المدة، **ضرورة الاستناد على مبرر مشروع**، الَّذي يعد ثان ضوابط الإنهاء تقيُّدًا بمقتضيات حسن النيَّة، سواء حدث طلب الإنهاء من قِبل العامل أو صاحب العمل(961)، فلهما أن يستندا في طلب الإنهاء على أسباب تجسد –فعلاً- الرغبة الفعليَّة في إنهاء عقد العمل غير محدَّدة المدة، وتفضي إلى نيَّة خالية من القصد بالإضرار والتهرب(962) من مواصلة علاقة العمل.

يُراد بسوء نيَّة الطَّرف الَّذي يطلب الانهاء الانفرادي لعقد العمل، عندما يتأسس الطَّرف – سواء كان العامل أو صاحب العمل- على سبب يفهم عند تطبيقه أنَّه يرمي من خلاله إلى إنهاء عقد العمل والتَّنصل من التزاماته التعاقديَّة، قصد الإضرار، بأن كان تصرفه –بذلك- تعسُّفيا(963) وتجاوزا للمتطلبات القانونيَّة لإعمال حق الإنهاء، ومخالفة لمبدأ حسن النيَّة في التعامل.

يعود تقدير مشروعيَّة سبب الإنهاء الانفرادي لعقد العمل، للسلطة الرقابية للقاضي(964) بحكم أنَّ تشخيص سبب الإنهاء، هي مسألة موضوعيَّة محضة، يبت فيها القاضي

(959) - **محمد ربيع أنور فتح الباب**، مرجع سابق، ص. 265.

(960) - المرجع نفسه، ص. 264.

(961) - **VIGNEAU Christophe**, *op.cit.*, p. 711.

(962) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 155.

(963) - **جليل عبد الله حسن**، مرجع سابق، ص. 6.

(964) - **محمد عبد الظاهر حسين**، الدور القضائي إزاء الرَّغبة في إنهاء الرَّابطة العقديَّة، مرجع سابق، ص. 17.

بحسب الظُّروف والعوامل المحيطة بطلب الإنهاء الانفرادي لعقد العمل، الَّذي لابد أن يُساغ على أسباب لها من الجديَّة[965] اللَّازمة للإنهاء، دون أن تكون مستندة على ما يضر بمصلحة الطَّرف ضحيَّة هذا الإنهاء.

ج. عدم إنهاء عقد عمل في وقت غير مناسب

يحكم مبدأ حريَّة التَّعاقد مرحلة إنهاء العقد، بحيث يمنح الطَّرف المتعاقد الحريَّة في اختيار الدخول في عمليَّة تعاقديَّة، وله بالمثل حريَّة اختيار الخروج منها[966]، وطلب الإنهاء، لكن بشرط أن تتوافق حريَّة الانهاء مع المقتضيات الَّتي تمليها قاعدة انضباط حسن النيَّة، الَّتي تشترط –في هذا المقام- ألا يحدث الإنهاء تعسُّفيا بأن يرد في وقت غير مناسب، ممَّا يعد هذا السلوك غير مشروع مخالفًا للمبدأ حسن النيَّة.

يقدَّر التوقيت غير مناسب لطلب إنهاء عقد العمل، بحسب تصرفات الطَّرف المبادر بالإنهاء[967] كأن ينهي صاحب العمل العقد في وقت لا يتمكَّن فيه العامل من إيجاد وظيفة أخرى، أو أن يكون العامل يشغل منصب مصمّم في شركة فيطلب الإنهاء في وقت على وشك أن يسلم صاحب العمل مشروعه بشكل نهائي، فمثل هذه التَّصرفات سبقتها نيَّة سيئة على طلب الإنهاء لا تتوافق مع مقتضيات حسن النيَّة، لأنها **تمت في وقت غير مناسب** لمصلحة الطرف ضحيَّة هذا التصرف.

تدور مسألة تقدير طلب إنهاء عقد العمل في وقت غير مناسب، في دائرة المسائل الموضوعيَّة الَّتي تخضع –مبدئيا- لسلطة رقابة الطَّرف[968] ضحيَّة هذا الإنهاء، فضلاً عن رقابة القاضي[969] بالاستعانة بالعوامل والظروف المحيطة بالعلاقة العقديَّة، حتَّى يستشف مدى مشروعيَّة التَّصرف بالإرادة المنفردة في طلب إنهاء عقد العمل غير محدّد المدَّة.

---

(965) - **عمرون سيلية، عثماني بلال**، مرجع سابق، ص. 155.

(966) - **محمد ربيع أنور فتح الباب**، مرجع سابق، ص. 270.

(967) - المرجع نفسه، ص. 270.

(968) - المرجع نفسه، ص. 270.

(969) - **محمد عبد الظاهر حسين**، الدور القضائي إزاء الرَّغبة في إنهاء الرَّابطة العقديَّة، مرجع سابق، ص. 17.

المطلب الثّاني

حسن النيّة وبعد العقد: رؤية استشرافيّة

يُمدد مبدأ حسن النيّة باختفاء أثره في المرحلة الّتي يفقد فيه العقد وجود روابطه العقديّة[970]، باعتبار أن حسن النيّة يفترض وجود العقد حتّى يُبقي أثره[971]؛ لهذا إذا وصل العقد إلى مرحلة فقد فيها كيانه التّعاقدي، يصبح لأحد طرفا العلاقة في فترة بعد العقد، إمكانيّة أن يستغل غياب واجب حسن النيّة، الّذي لا يبقى أثره بعد انقضاء العقد[972]، قصد الإتيان بسلوك غير أخلاقي، من شأن القيام به، إلحاق أضرار بمركز الطّرف الّذي سبق التّعاقد معه، بحيث يمنعه هذا السُّلوك من الاستفادة من نجاح العمليّة التعاقديّة.

يتوجب –بهذا- من أجل مناصرة مركز الطّرف الضّعيف حتّى في مرحلة بعد العقد، ضرورة إلحاق مقتضيات الالتزام بحسن النيّة بالفترة الزمنيّة الواقعة خارج عن العمليّة التعاقديّة **(la bonne foi en-dehors de la durée du contrat)** ؛ لغرض الاستفادة من الأهميّة الّتي يضيفها المبدأ لجوانب هذه المرحلة، لا سيّما في جانب محاربة سلوك الطّرف المتعاقد غير أخلاقي **(الفرع الأوّل)**، فضلاً على أنّ الاعتراف بحسن النيّة في مرحلة بعد العقد، له تأثير في مختلف الجوانب اللّاحقة على التّعاقد؛ لهذا يستحسن تطبيق هذا المبدأ عند إثارة بعض المسائل في فترة بعد العقد باسم العلاقة العقديّة **(الفرع الثّاني)**.

الفرع الأوّل

أهميّة حسن النيّة بعد العقد

رُهِنى الالتزام بحسن النّيّة في مرحلة بعد العقد **(La bonne foi post-contractuelle)** بأهميّة بالغة، لدرجة أنّه لا يمكن تجاهلها، أو حتّى إنكارها؛ لذا وبالنظر إلى ما يحمله المبدأ من منافع تظهر في مرحلة بعد العقد، دفع مثل هذا الوضع إلى إقامة دراسة تحليليّة لدور حسن النيّة

(970) - **Cass. Civ**. 3éme, 14 septembre 2005, N° 04-10.856, Bull. Civ. N° 166, 2005, p. 154. « *(...) alors que* ***l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels*** *et que ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive auxquels ils étaient soumis a défailli, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; (...)* ».

(971) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 138.

(972) - Ibid., p. 138.

وانعكاساته على مسار العقد خارج نطاقه التّعاقدي **(أوّلاً)** قصد معرفة مدى إقبال التّشريعات على تقنين هذا الالتزام، كبداية لإحياء الروح الأخلاقيّة حتّى في حدود المرحلة الواقعة خارج العمليّة التعاقديّة **(ثانيًا)**.

أوّلاً: دور حسن النيّة بعد العقد

تلحق مرحلة بعد العقد انتهاكات عديدة[973]، تنجر –عمومًا- عن إساءة ممارسة الحريّة التعاقديّة، الّتي نشأت عنها العلاقة العقديّة، فيقع باسم هذه العلاقة في الفترة الزمنيّة بعد العقد، تصرُّفات تندرج وراء سوء نيّة الطّرف المتعاقد[974]، يبتغي من خلالها الإضرار بالطّرف المقابل له بعد العمليّة التعاقديّة؛ لذا تتطلب هذه المرحلة، ضرورة التّنظر في إشكالاتها، قصد معالجتها، والتّكفل بحماية الطّرف الّذي قد يكون ضحيّة مناورات يتصادف بها في أثناء وصوله إلى هذه المرحلة.

يُسعف الطّرف المتعاقد ضحيّة المناورات الاحتيالية النّاجمة عن التّعسُّف في التّصرفات الواقعة خارج العمليّة التعاقديّة، بجعل مركزه تحت مظلّة مبدأ حسن النيّة، نظرًا للأهميّة الّتي يضفيها هذا المبدأ في ضمان عدالة العقد حتّى ولو وقعت بعد العقد، إذ أنّ هذه الفترة الزمنيّة يمكن أن تشهد على أضرار جسيمة تلحق بمركز الطّرف الّذي سبق أنّ دخل في عمليّة تعاقديّة؛ لهذا ينبغي التّكفل بجوانب هذه المرحلة، وعدم إفلاتها من قاعدة انضباط حسن النيّة.

يعوض إدراج مبدأ حسن النيّة في المرحلة بعد العقد، بعض المسائل التعاقديّة، الّتي يمكن للمتعاقدين تضمِينها في العقد كبنود تعاقديّة، كبند السّرية[975]، والّذي في إغفاله قد يخوّل أحد المتعاقدين بعد العقد، مكنة إفشاء أسرار العلاقة العقديّة؛ لذا استنادا إلى أن الالتزام بالسرية يعد من أبرز تطبيقات حسن النيّة[976]، فيمكن اعتبار سلوك المتعاقد بإفشاء الأسرار، على الرغم من عدم وجود بند تعاقدي[977] يحظر مثل هذا السلوك، بمثابة سلوك غير مشروع يخالف مقتضيات

---

(973) - **KASSOUL Hania**, L'après-contrat, thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur, école doctorale N° 513 : ED DESPEG, l'Université Côte d'Azur, 2017, p. 339.

(974) - Ibid., p. 330.

(975) - Ibid., p. 339.

(976) - **الخطيب محمد عرفان**، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مرجع سابق، ص. 208.

(977) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 138.

التّعامل بحسن النيّة، وهذا كله من أجل حماية مركز الطّرف الضّعيف، وتقرير مظلّة العدالة العقديّة حتى بعد العقد.

يبسط مبدأ حسن النيّة رقابته[978] في مرحلة بعد العقد، لأجل ضمان حصول الطرف على المصلحة الشّخصيّة، والتّصدي لأي ممارسة غير عادلة وتعسُّفيّة تصدر من جانب أحد طرفي العلاقة العقديّة، ينوي بها حجب الضوء عن المصلحة الّتي تمّ الحصول عليها من نجاح العمليّة التعاقديّة، ناهيك عن تمكِين الطّرف ضحيّة سلوك غير مشروع يترتّب بإسم العلاقة العقديّة بعد العقد من المطالبة بالتّعويض تأسيسًا على قواعد الإخلال بمبدأ حسن النيّة[979].

أجمعت القراءة التّأمليّة لدور مبدأ حسن النيّة في الفترة الزمنية خارج عن العقد، على أن الالتزام بحسن النيّة هي حلقة وصل بين بداية العقد وخارج العقد[980]، ما يعني أنّه مبدأ أخلاقي لا يتوقف أثره عند بداية العقد، إنّما يمتد إلى خارج العقد، بحيث لا يمكن لأي من طرفي العلاقة العقديّة خارج إطارها التّعاقدي، الإضرار بمصلحة الطّرف الّذي سبق التّعاقد معه.

ثانيًا: إحياء حسن النيّة بعد العقد

يتقوى دور الالتزام بحسن النيّة[981] بفضل دعم تكريسه التّشريعي في جميع مراحل العمليّة التعاقديّة لا سيّما مرحلة بعد العقد، حتّى تتوسع المروحة الحمائيّة لمركز الطّرف الضّعيف، إلّا أن هذه الحقيقة، الّتي أصبحت الممارسة التعاقديّة تتطلّب –دائمًا- وجودها، باتت من المسائل الّتي تتجاهلها بعض التّشريعات، مما جعل الالتزام بحسن النيّة في مرحلة بعد العقد، يعيش فراغ تشريعي، ومطالبة واقع مستمرة للعمل على احتضانه ضمن قالب قانوني **(1)**، بينما كان لها في بعض التّشريعات الأخرى، اهتمام تشريعي، برز في إقحامها ضمن النصوص القانونيّة كآلية تحكُّم جوانب مرحلة بعد العقد **(2)**.

(978) - **KASSOUL Hania**, *op.cit.*, p. 339.
(979) - Ibid., p. 339.
(980) - Ibid., p. 339.
(981) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 34.

1.إهدار قيمة حسن النيّة بعد العقد

استكثرت بعض التّشريعات[982] –على الصعيد الوطني والدولي- الاستفادة من أهميَّة إرساء مظلة حسن النيَّة في حدود مرحلة بعد العقد، علمًا أن مثل هذه المواقف التَّشريعية تؤدي إلى إهدار صارخ بقيمة المبدأ في تقرير العدالة العقديَّة، ومن ثمَّ إضعاف من قـوة الغطاء الحمائي للطَّرف الضَّعيف، الَّذي يبقى من دون حماية في فترة بعد العقد، وهذا هو حال القانون المدني الجزائري الَّذي لا يزال يعيش –لحد اليوم- في نفق مظلم **(أ)**، وحال القانون المدني الفرنسي الَّذي على الرغم من التحرُّر من هيبة نصوص قانون نابليون لعام 1804، إلَّا أنَّه لا يزال محتشمًا في توسيع مظلَّة حسن النيَّة **(ب)**.

أ. القانون المدني الجزائري لسنة 1975: دعوة إلى خطوة تعديل

تفتقر مفاهيم النظرية العامَّة للعقد إلى العديد من المسائل التعاقديَّة الَّتي يكون واقع العقد بحاجة ماسَّة إلى التطلع لها، ومن بينها ما تعلق بإدراج مبدأ حسن النيَّة ضمن مرحلة خارج عن العقد، الَّتي يكون تجاهلها –في غالب الحال- راجع إلى سبب إغفال المشرّع –بصفة عامة- تعرُّضه بالتَّنظيم القانوني لجميع المراحل الَّتي تمر بها العمليَّة التعاقديَّة، بدء بمرحلة التَّفاوض وانتهاء بخارج العقد، وكذا بسبب عدم توسيع مظلَّة حسن النيَّة لتشمل كافة جوانب العمليَّة[983]، وما ينجر عنها من تبعات من شأنها أن تلحق أضرار بالطَّرف ضحيَّة هذه المرحلة.

نضيف أيضًا أن ميلاد العقد يتطلب التَّكفل بكافَّة جوانبه التعاقديَّة؛ لذا بدا أن إلحاق مبدأ حسن النيَّة –الَّذي يظهر من الوهـلة الأولى- أحد المبـادئ المنافسة لكلاسـيكية مبدأ سلطان الإرادة، رغم ذلك، لابدَّ أن يرافق المبدأ العقد بأدبيات الَّتي يميلها في التَّعامل طيلة مراحل عمره

(982) - يهدف تكريس مبدأ حسن النيَّة في مرحلة بعد العقد، إلى التَّنويه بضرورة محاربة السلوك غير المشروع، الَّذي قد يلجأ إليه أحد الطرفين في أثناء وصوله إلى هذه المرحلة؛ لذا يتوجَّب على التَّشريعات المتأخرة التفطن لأثر هذه التَّجاوزات على مراكز العلاقات العقديَّة، والإسراع في تقرير حماية فعالة لمركز الطَّرف الضَّعيف.

(983) - شهدت نصوص القانون المدني الجزائري، تنظيم مظلة حسن النيَّة في حدود مرحلة واحدة ووحيدة هي: مرحلة التَّنفيذ، والَّتي سبق التَّعمق في تفاصيل هذا التَّكريس اليتيم في ظلِّ مفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد المنظمة في القانون المدني، والظاهرة ضمن أجزاء هذه الدراسة.

بداية من ميلاده إلى غاية نهايته وما يسفر عن تلك النّهاية من نتائج تهدّد بإفساد نجاح العمليّة التعاقديّة.

ينبغي على المشرّع الجزائري تدارك هذا الإغفال الّذي طغى على مفاهيم النظريّة التقليديّة للعقد، والالتفات السريعة إلى تكريس مظلّة حسن النيّة لتلقى بظلالها على كافة جوانب العمليّة التعاقديّة، طبعا بعد تنظيمه لكافة مراحلها المختلفة، بغية عدم إهدار قيمتها، ولو وقعت في فترة خارج عن العقد، حتّى يتم ضمان اكتمال دور حسن النيّة إزاء فترة بعد العمليّة التعاقديّة.

ب.إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016: تفويت فرصة التّقنين

تكلّل طريق الإصلاح الفرنسي لقانون العقود الصادر سنة 2016، بجملة اجتهادات قضائيّة (الّتي سيأتي بيانها)؛ الّتي لطالما كانت تنوه بضرورة توحيد عمليّة التّكريس التّشريعي للالتزام بمبدأ حسن النيّة؛ لتشمل جميع الجوانب التعاقديّة الّتي تمر بها العمليّة التعاقديّة، حتّى تتوسع بذلك المروحة الحمائيّة للطّرف الضّعيف خاصة، وتسطير مبدأ العدالة العقديّة –دائمًا- بين المتعاقدين حتّى ولو وقع السلوك التّعسُّفي من أحدهما بعد العمليّة التعاقديّة.

تجاهل المشرّع الفرنسي بموجب الصّياغة التّشريعية **للمادّة 1104** –سبق ذكرها- من إصلاح قانون العقود، تقرير التزام عام بحسن النيّة يشمل جميع جوانب العمليّة التعاقديّة –بداية بفترة ما قبل التّعاقد مرورًا بالتّكوين وصولاً إلى التّنفيذ انتهاء بنهاية العقد وإلحاقه بفترة بعد العقد، إنّما شهد الإصلاح على توقيف أثر مبدأ حسن النيّة عند حدود ثلاثة مراحل تمثّلت في التّفاوض، التّكوين والتّنفيذ، مما يعاب على المشرّع عدم اهتمامه بمرحلة الإنهاء –الّتي سبق التّعرض لها-[984] وبعد العقد.

يُنتبه من موقف المشرّع الفرنسي إغفاله تكريس مبدأ حسن النيّة في مرحلة بعد العقد، الانتقاص من فعاليّة هذا المبدأ في المجال العقدي، والتّقليل من هيبة القانون المدني الفرنسي –مقابلة بالقوانين المدنيّة الأوروبيّة المكرسة في محيطه الأوروبي-، خاصّة وأن من بين الأهداف

(984) - سبق أنّ تمّ التعرض بالدراسة التّحليلية لدور مبدأ حسن النّيّة في التحكم بجوانب إنهاء العمليّة التعاقديّة ضمن أجزاء هذه الدراسة.

المعلن عنها في ديباجة مشروع الإصلاح التّشريعي لسنة 2016، هو جاذبيّة القانون الفرنسي في محيطه الأوروبي[985].

2.تثمين حسن النيّة بعد العقد

إقتداءً ببعض التّشريعات الأجنبيّة[986]، الّتي تيقنت بأنّ إلحاق مظلة حسن النيّة إلى مرحلة بعد العقد، فيه ضمان لمركز الطّرف الضّعيف، حماية لمصلحته الشّخصيّة، وتقريرًا لمبدأ العدالة العقديّة –بعديّة- أي بعد العقد، وهذا حال القانون المدني الإيطالي رغم عدم صراحته في التقنين، إلّا أنّه يؤمل منه تقنين المبدأ في مرحلة بعد العقد **(أ)** وحال القانون المدني الكيبك الّذي بات يمهد لمثل هذا التتويج **(ب)**.

أ. القانون المدني الإيطالي: تقنين منفتح على مبدأ حسن النيّة

تُنبه العلاقة العقديّة طرفيها بالبقاء على صلة تواصل[987] في مرحلة بعد العمليّة التعاقديّة، حتّى يضمن استيفاء الدائن من الالتزامات التعاقديّة الّتي سبق التّعاقد لأجلها؛ لذلك أعتبر إلحاق مبدأ حسن النيّة بهذه المرحلة خارج عن العقد، آلية كفيلة بالحفاظ على نجاح العقد من خلال حظر اتخاذ المدين سلوك غير مشروع يحرم الدائن من حصوله على ثمار العقد[988]؛ لهذا صنف التزام بحسن النيّة من بين الواجبات الأخلاقيّة الّتي يأتي تطبيقها بعد العقد.

تَسمح القراءة التأمليّة لنص **المادّتين 1337**[989] **و1375**[990] الواردة الذِّكر في القانون المدني الإيطالي، من فهم أن مضمونها بات يستبشر –حسب جانب من الفقه الإيطالي- على إمكانية تمديد أثر التزام المتعاقدين بحسن النيّة بعد العقد، وذلك حال تنفيذ كل التوقُّعات

---

(985) - **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131**, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *op.cit.*, p. 3. « *(...) Le deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance est de renforcer l'attractivité du droit français, (...)* ».

(986) - سبق وأنّ تمّ تكريس مبدأ حسن النيّة في فترة بعد العقد من قِبل العديد من التّشريعات المدنية الأجنبيّة، وهذا بغية عدم التّقليص من الفعاليّة الّتي يحظى بها تطبيق هذا المبدأ ضمن هذه المرحلة بعد العقد، وتمثلت هذه التّشريعات على سبيل المثال لا الحصر في التّشريع الإيطالي والتّشريع الكيبك.

(987) - **KASSOUL Hania**, *op.cit.*, p. 335.

(988) - Ibid., p. 335.

(989) - Voir article 1375 du **Code civil italien**, in : https://www.wipo.int/wipolex/fr/legislation/details/16608, consulté le : 02/10/2024

(990) - Voir article 1337 du **Code civil italien**.

التعاقديّة[991]، فحفاظًا على نجاح العقد، يجب عدم الاكتفاء بتقصير مظلّة حسن النيّة على جوانب العمليّة التعاقديّة.

قدر جانب من الفقه الإيطالي تعزيز قيمة مبدأ حسن النيّة بعد العقد، نظرًا للأهميّة الّتي يكتسيها إزاء ضمان نجاح العقد، وتجاه الحفاظ على مصلحة المتعاقدين –لاسيّما- المتولدة عن تنفيذ التوقُّعات التعاقديّة، الّتي من الممكن أن تتعرض في أثناء وصلها إلى مرحلة بعد العقد، إلى سلوك غير مشروع[992] يهدّد بتجريد قيمتها الموضوعيّة.

ب.القانون المدني الكيبك: تقنين مستبشر لمبدأ حسن النيّة

استأثر مبدأ حسن النيّة على مكانة محوريّة ضمن مراحل العمليّة التعاقديّة، وهذا ما كرسه القانون المدني الكيبك بعد تيقن المشرّع أن الالتزام بقاعدة أخلاقيّة تقضي بالتّعامل بحسن النيّة، لا يتوقف أثرها عند إنهاء العمليّة التعاقديّة، بل يمكن أن يمتدّ هذا التّعامل الأخلاقي، ويستمر محتواه بين المتعاقدين حتّى خارج العقد، تحسبًا لأي تجاوزات قد تلحق أضرار بمركز المتعاقد باسم العلاقة العقديّة.

إكتست أحكام **المادّة 1375** –سبق ذكرها- من القانون المدني الكيبك العقد بغطاء مبدأ حسن النيّة، حيث بات المبدأ يتحكم في كافة جوانب العمليّة التعاقديّة بدء تكوينها وصولاً إلى الانقضاء؛ ليتبين أن تقنين المدني الكيبك أولى عناية بالغة بتصرفات المتعاقدين، ونزولاً عند الرغبة في تقرير مبدأ العدالة العقديّة بصفة مكتملة، يدعو هذا القانون باستمرارية مظلّة حسن النيّة بعد العقد، قصد ضبط سلوك المتعاقد –على سبيل المثال- إذا قرّر إنهاء العقد على نحو يؤدي إلى أضرار جسيمة تعود على المتعاقد معه بعد العقد.

أفرز واقع المناورات والاحتيالات الّتي قد تتعرض لها مرحلة بعد العقد، على مبادرة المشرّع في القانون المدني الكيبك على إعلان التّوصية بمواصلة تكريس مبدأ حسن النيّة ضمن هذه المرحلة، قصد ضبط جوانب هذه المرحلة، ومحاربة السُّلوك غير المشروع، وتمكين الطّرف الضحيّة من المطالبة بالتّعويض جبرًا للضرر، على أساس قواعد الإخلال بمبدأ حسن

(991) - **KASSOUL Hania**, *op.cit.*, p. 335.
(992) - Ibid., p. 335.

النيَّة[993]، وهذا –من وجهة نظرنا- موقف تشريعي يُحسب له، ويرجى من كافة التَّشريعات الاقتداء به، حفاظًا على فعاليَّة العقد.

الفرع الثَّاني

أثر حسن النيَّة بعد العقد

تفطن الاجتهاد القضائي في فرنسا، إلى الأهميَّة البالغة الَّتي بات الالتزام بحسن النيَّة يعكسه على جوانب مرحلة بعد العقد، فتضاعفت الجهود والتَّنويهات القضائيَّة على ضرورة تكريس المبدأ[994] كآلية تحكم تصرفات المتعاقدين باسم العلاقة العقديَّة، الواقعة في الفترة الزمنية بعد العقد وهذا ما تجلَّى ظاهرًا في العديد من السَّوابق القضائيَّة، والَّتي كانت من أبرزها القرارات القضائيَّة الصادرة لمعالجة قضيَّة **(la société Laboratoires pharmaceutiques Dentoria)** **(أوَّلاً)**، وقضية **(la société Madex)** **(ثانيًا)**.

أوَّلاً: قضيَّة (la société Laboratoires pharmaceutiques Dentoria)

رسو مبدأ حسن النيَّة خارج الإطار الزمني لعلاقة العمل، تأكد من قِبل الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث كان له في قضيَّة تتلَّخص وقائعها أن موظفة **(x)** كانت تشغل منصب ممثلة مبيعات في شركة **(Laboratoires pharmaceutiques Dentoria)** وبينما كانت الموظفة في عطلة مرضيَّة أمرها مدير الشركة **(Laboratoires pharmaceutiques Dentoria)** بإعادة ملفات العملاء لأمر يضمن حسن سير العمل، إلَّا أن الموظفة **(x)** رفضت الامتثال لهذا الطلب، مما عرضها الوضع إلى اتخاذ رب العمل قرار التَّسريح في حقها، نتيجة سوء سلوكها في رفضها المتكرّر لإعادة الملفات.

بُني التأسيس على مبرر عدم مشروعيَّة قرار التسريح المتخذ من قِبل رب العمل، بعدما أحالت الموظفة **(x)** طلبها إلى المحكمة، فتم النَّظر في طلبها والفصل بالقبول، وقضت بحكم يلزم رب العمل بأداء مبلغ معيَّن كتعويض عن قرار التَّسريح التَّعسُّفي، ناهيك على إدخال الموظفة **(x)** 06 أشهر في بطالة دون أيّ مبرّر مشروع في ظلِّ قانون العمل.

---

(993) - **KASSOUL Hania**, *op.cit.*, p. 339.
(994) - Ibid., p. 339.

سجلت هذه القضيَّة أن تعليق علاقة عمل بسبب مرض الموظفة، تبقى الأخيرة مع هذا التعليق مقيَّدة بالتزامها بحسن النيَّة تجاه صاحب العمل، ممَّا يفهم أن الموظفة **(x)** عند رفضها المتكرّر بتسليم ملفات العملاء لأمر يضمن السّير الحسن لشركة **(Laboratoires pharmaceutiques Dentoria)**، يكـون سـلـوكها متنافيًا مع مبدأ حسـن النيَّة، وبالتَّالي لا يمكن اعتباره خطأ جسيم أو مبرّرا مشروعًا لتسريح الموظف من عمله(995).

تطرح مجريات قضيَّة **(la société Laboratoires pharmaceutiques Dentoria)** على طاولة النّقاش القضائي، أن مبدأ حسن النيَّة يمتد أثره إلى بعد العقد، حتَّى في ضوء تعليق علاقة العمل(996)، حيث أكَّدت الغرفة الاجـتماعيَّة على استمرارية الالتزام بحسن النيَّة(997) بعد تعليق علاقة العمل، بفحص مدى التزام المتعاقدين بمقتضيات هذا المبدأ.

ثانيًا: قضيَّة (la société Madex)

ازداد مناصرة الجانب القضائي في فرنسا لفكرة تكريس أثر حسن النيَّة بعد العقد، بحيث يفرض حتميَّة إتيـان المتعـاقدين لسلوكات تسـتقيم مع المبدأ، حتّى ولو وقـعت في فترة تعـليق عـلاقة العمل، وهذا ما جاء تأكيده في إحدى قراراتها القضائيَّة في قضيَّة تتلخص وقائعها أن موظفة في شركة **(la société Madex)** أجرت دورة تدريبيَّة في شركة مـنافسة **(la société Poirson)**، في أثناء استفادتها من عطلة عمل، غير أن سلوكها أُتخذ من وجهة نظر رب العمل، على أنَّه انتهاك لالتزام الموظفة بحسن النيَّة، ممَّا عرضها لقرار التسريح من عملها.

أُتخذ قرار تسريح الموظفة **(x)** تبعًا لأسباب غير مؤسسة قانونًا، ونظرًا لعدم وجود ما يثبت الضَّرر التجاري الَّذي لحق بصاحب العمل، بحجة أن التَّدريب قد تمَّ كجزء من إجازة تدريب قصيرة اقتصرت خلالها الموظفة على دراسة عامة، لا علاقة لها بإفشـاء الأسـرار المهنيَّة للشـركة **(la société Madex)**، بهذا لم تنتهك الموظفة التزامها بحسن النيَّة والتَّفرد وعدم المنافسة.

(995) - **Cass. Soc.**, 6 février 2001, N° 98-46.345, Bull. Civ. N° 43, 2001, p 32. **«** *(...) Attendu, cependant, que la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident, si elle dispense le salarié de son obligation de fournir sa prestation de travail, de sorte qu'il ne* ***saurait être tenu durant cette période de poursuivre une collaboration avec l'employeur, ne dispense pas le salarié, tenu d'une obligation de loyauté,*** *de restituer à l'employeur qui en fait la demande, les éléments matériels qui sont détenus par lui et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise ; (...)* **»**.

(996) - **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, *op.cit.*, p. 138.

(997) - **KASSOUL Hania**, *op.cit.*, p. 339.

قضت محكمة النّقض الفرنسيّة، أن بعد قِيام الموظفة بإجراء تدريب داخل شركة منافسة لصاحب العمل يشكل انتهاكًا لالتزام الولاء ومبدأ حسن النيّة الّذي يلتزم به الموظف تجاه صاحب العمل، حتّى خلال فترات تعليق عقد عمله ويعدُّ ذلك خطأ[998]، تستوجب تحمل الموظفة مسؤوليّتها تجاه رب العمل.

تروي مجريات قضيّة **(la société Madex)** المطروحة على طاولة النّقاش القضائي، أن مبدأ حسن النيّة لا يتوقف سريانه آثره عند انعدام الرّابطة العقديّة، بل يمتدُّ حتّى في فترات تعليق علاقة العمل، هذا ما أكّدت علية الغرفة الاجتماعيّة لمحكمة النّقض الفرنسيّة، عندما أقرت أن الموظفة قد أُنتهكت التزامها بحسن النيّة[999] عند مشاركتها في دورة تدريبيّة خلال فترة عطلتها.

[998] - **Cass. Soc.**, 10 mai 2001, N° 99-40.584, Bull. Civ. N° 159, 2001, p 126. « *(...)* ***Attendu cependant que le fait pour un salarié d'effectuer une formation au sein d'une société concurrente de son employeur constitue un manquement à l'obligation de loyauté auquel le salarié est tenu envers son employeur, même pendant les périodes de suspension de son contrat de travail et caractérise une faute*** *; (...)* ».

[999] - **KASSOUL Hania**, *op.cit.*, p. 339.

خاتمة

نتوصل إلى الاستخلاص في آخر هذه الدراسة، أن من بين أهداف التَّقنين التَّشريعي للمبادئ التوجيهية لنظريَّة العقد، هو ضرورة البحث عن إقامة موازنة وظيفيَّة بين ركائز العقد حتَّى تسمح له بتأدية وظائفه المختلفة، الَّتي وجد أساسًا من أجلها، ولغاية تسطير هذا الهدف المنشود، طُرحت على البساط القانوني **معادلة تحقيق ثبات استقلاليَّة الإرادة في مقابل تقرير عدالة عقديَّة**، وهذا كلَّه تحقيقًا لمظلة تعاقديَّة فعَّالة في تأطير جوانب العمليَّة التعاقديَّة، لا سيَّما منها التَّركيز على كفالة مصلحة المتعاقدين.

استقطبت هذه المعادلة الوظيفيَّة اهتمام الفقه، فطرح بشأن تشفير هذه المعادلة، قصد التَّنقيب في جوانبها، العديد من الدراسات والمشاريع الفقهيَّة، تؤكّد –في كل مرة- دور مبدأ استقلاليَّة الإرادة إزاء العلاقات العقديَّة، الَّذي لا يمكن إنكار مثل هذا الدور المستهدف تعزيز الحريَّة التعاقديَّة، في مقابل التَّطلع بالمعالجة إلى ما قد تتعرض له العلاقة العقديَّة من اضطراب بسبب التعبد المطلق للحريَّة الفرديَّة، والعمل على ضرورة الانعراج إلى إضفاء عدالة للعلاقة العقديَّة.

مشى الاجتهاد القضائي على خطوات اجتهاديَّة بغية تفكيك هذه المعادلة الوظيفيَّة، فتعدّدت السَّوابق القضائيَّة، وتضاربت بينها، غير أنَّها توصلت –في نهاية المطاف- إلى التَّنويه على ضرورة إدخال العديد من القواعد والمفاهيم الحداثية قصد تطوير العلاقة العقديَّة، نظرًا لما تشهده –مؤخرًا- من ظهور طرف ضعيف يكون ضحيَّة الممارسة غير العقلانيَّة لمبدأ استقلاليَّة الإرادة، حتَّى أصبح العقد –بحد ذاته- يتخبط في فلسفة هذا المبدأ المتحجر؛ لذا نوهت السَّوابق القضائيَّة على تحقيق عدالة بين مراكز العلاقة العقديَّة.

توصل التَّشريع بعد العديد من التنويهات الإصلاحيَّة لهيكل النظريَّة العامَّة للعقد، إلى حقيقة حتميَّة تعزيز معادلة التَّوازن الوظيفي بين مبدأ استقلاليَّة الإرادة والعدالة العقديَّة، لأنه يُرى في تناقض المبدأين مخرج لطرح اضطراب بنظريَّة العقد؛ لذا يجب الجمع بينهما تحت مظلة معادلة تصالحية في ضوء التطورات الراهنة الَّتي واجهتها النظريَّة العامَّة للعقد، فأصبح ينظر إلى سلطان الإرادة وحسن النيَّة كمبدأين أساسين لقيام العمليَّة التعاقديَّة، لا يمكن الفصل بينهما تحقيقًا للتوازن الوظيفي بينهما.

يُعهد لهذا التَّوازن الوظيفي بين مبادئ العقد، أن يُتَرجم من خلال السَّماح –مبدئيا- لمبدأ استقلاليَّة الإرادة، بتوجُّهاتها المختلفة، بتوجيه العمليَّة التعاقديَّة بكل حريَّة واستقلاليَّة، وصولًا بالمتعاقد إلى تحقيق هدف المصلحة الشَّخصيَّة، بحيث لا يمكن تصور بناء علاقة عقديَّة بين طرفين دون أن تمنح لهما قدرًا معين من الاستقلاليَّة في أثناء التَّعبير عن إرادتهم الحرَّة، وهذا كله ضمانًا لسعي كل منهما لبلوغ مصلحته الشَّخصيَّة.

يستكمل هذا التَّوازن الوظيفي بين مبادئ العقد، عن طريق تقديم مبدأ العدالة العقديَّة كركيزة أساسية تستند على مبدأ حسن النيَّة لترجمتها في كافة جوانب العمليَّة التعاقديَّة، ضمانًا لتقرير عدالة تجمع بين مراكز المتعاقدين، دون التَّعدي أي منهما على مصلحة الطَّرف المتعاقد معه، وهذا إذا أُلتمس تجاوز في الممارسة العقلانيَّة لمبدأ استقلاليَّة على نحو يتعسَّف الطَّرف المتعاقد في استخدام حريَّته التعاقديَّة، لدرجة إعدام حريَّة الطَّرف المتعاقد معه.

يُسمح –بهذا- لمبدأ استقلاليَّة بفرض سلطانه على العلاقات العقديَّة، إذ لا يمكن الاستغناء عنه، وإلَّا تمَّ التَّعدي على الحريَّة الفرديَّة بوجه عام، بهذه الصورة يتمّ ضمان ثبات المبدأ من خلال تقرير نصوص قانونيَّة مدعَّمة له، لكن إذ أُلتمس منه إساءة في الاستخدام، بأن تعدى الطَّرف المتعاقد حدّ حريَّته ليمس بمصالح الطَّرف المتعاقد معه، جاز منافسته بمبدأ حسن النيَّة، حتَّى يضفي تعامل أخلاقي، يقضي باحترام مصالح العقد، تقريرًا لعدالة عقديَّة بين مراكز المتعاقدين، **بهذه الصورة يتمّ تحقيق الموازنة الوظيفيَّة بين استقلاليَّة الإرادة والعدالة العقديَّة، بصفتهما أهم ركائز ومبادئ النظريَّة العامَّة للعقد.**

توصلت دراسة موضوع **"المبادئ التوجيهية لنظريّة العقد"** إلى استخلاص جملة نتائج، تمخضت عن الدراسة الاستقرائيَّة التَّحليلية لمختلف النصوص القانونيَّة المنظمة لهذه المبادئ المؤطرة لجوانب العمليَّة التعاقديَّة، وكذا مختلف الدراسات الفقهيَّة وما أسفر عنه الاجتهاد القضائي وعليه تمثلت هذه النتائج في ظلِّ تقرير موازنة بين ثبات استقلاليَّة الإرادة وتحقيق عدالة العقد فيما يأتي بيانه:

- أغفل المشرّع الجزائري تضمِين النظريَّة العامَّة للعقد، مبادئ توجيهيَّة بصفة مباشرة وصريحة إنّما فَضل الاكتفاء بالإشارة –في كلّ مرة- إلى أهم النَّتائج المترتبة عن هيمنة سلطان الإرادة بصفة مبعثرة متفرقة في نصوص القانون المدني، تؤدي وظيفة مغايرة، على

حدّ القول بأنّها مبادئ، بعكس الحال فإن نظيره المشرّع الفرنسي، تأمل في واقع التطوّرات الّتي طرأت على نظريّة العقد، وبادر بخطوة إصلاحيّة استهدفت تقنين صريح لمبادئ العقد كركائز تقوم عليها العمليّة التعاقديّة؛

- تُمثل حريّة التّعاقد ضمانة كفيلة بحماية الأمن القانوني للعقد؛ لذلك ساد تكريس مثل هذا المبدأ في مختلف جوانب العمليّة التعاقديّة، بدء بتكوين العقد وصولاً إلى التّنفيذ، وحتّى الإنهاء؛
- واجه مبدأ سلطان الإرادة العديد من التّطوّرات الحديثة، الّتي حاولت تجريد مكانته الرياديّة إزاء العلاقة العقديّة، لكن على الرغم من عدم النّيل منه، إلّا أنّه تضرّر على نحو إصابته بتقهقر، أثبت تراجعه الاضطراري لصالح أهداف مستعجلة، فتمّ اتخذ شكله المضطرب كأحد المبررات لمظاهر الحداثة على مستوى النظريّة العامّة للعقد؛
- تنطوي حريّة التّعاقد على أوجه ممارسة تعاقديّة قد تتعدّى بها على المصلحة الشّخصيّة للمتعاقد -الطّرف الضّعيف-، لاسيّما ما تعلق بالتعسُّف في ممارسة الحريّة بالإرادة المنفردة لما يحمله من تشكيك في استقلاليّة الإرادة؛ فضلًا عن ممارسة حريّة تحديد الطّرف المقابل له في العمليّة التعاقديّة، الّذي يؤدي إلى إدخال الدائرة التعاقديّة في تعاملات مبنيّة على أساس مبدأ التمييز؛
- التّفكير البديل في إيجاد سُبل قانونية تعزّز من مبدأ سلطان الإرادة بصورة خلفيّة، فكانت النّتيجة أنّ وجد المشرّع الفرنسي في تطوُّر قوّة الإرادة الأحاديّة تعبير واضح عن الصورة الرّمزية الجديدة للمفهوم الليبرالي للعقد، تقديسًا منه لمبدأ استقلاليّة الإرادة؛
- تقييد حريّة التّعاقد تحت واقع تبلور النّظام العام، يُؤمل منه تحقيق منفعة للعقد؛ لذا ورد هذا التّقييد لتسطير أهداف متنوعة، تخدم العمليّة التعاقديّة من حيث:
  - ✓ دعم المصلحة العامّة كتوجه حديث تقوم عليه العمليّة التعاقديّة؛
  - ✓ استعادة حريّة الطّرف الضّعيف الّذي سُلبت منه حريّته المستقلّة تحت ضغط الضعف التّعاقدي والوهم؛
  - ✓ إيراد جملة استثناءات على ممارسة الحريّة التعاقديّة قصد خدمتها وليس إعاقتها، إنّما جاءت لتقرير المصلحة العامّة.

- التَّعدي على مبدأ الرضائيَّة دال على بروز ظاهرة تضخُّم المحتوى العقدي، بسبب زيادة التدخُّلات المستمرة في تنظيم شؤون العلاقة العقديَّة، سواء عبر ما تفرضه الإرادة التشريعيَّة أو ما تكمله الإرادة القضائيَّة عند الاقتضاء؛
- تجريد مبدأ الأثر النسبي للعقد من مفهومه الكلاسيكي، بحيث أصبحت آثار العقد تتجاوز شأن المتعاقدين؛ لتصل إلى طرف أجنبي –القاضي- بالسَّماح له بالتدخُّل قصد إعادة النَّظر في شؤون العلاقة العقديَّة خدمة لمبدأ العدالة العقديَّة؛
- بدا جليا أن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد يشكل الواجهة الأساسيَّة لركائز العمليَّة التعاقديَّة إنّما أصبح يتقابل مع مبادئ منافسة لمكانته ضمن عرش النظريَّة العامَّة للعقد، وتستلزم عليه التَّعايش السلمي معها، تحقيقًا لمظلة تعاقديَّة متكاملة؛
- استفادة مكانة القاضي من الحركية الحديثة لدائرة مبادئ العقد، فتمّ الاعتراف له بوظائف جديدة إزاء العقد، ترتقي به إلى درجة طرف متدخل في شؤون العلاقة العقديَّة، بهدف خدمته لمبدأ عدالة العقد، وهذا بفضل:

✓ الطبيعة التعسُّفيَّة لشروط العقد؛
✓ فحص تقيُّد الأطراف بحسن النيَّة؛
✓ تأكيد على تنفيذ التزام عام بالإعلام؛
✓ مراقبة اختلال مبدأ التَّوازن العقدي؛
✓ تقرير مبدأ المساواة بين مراكز العلاقة العقديَّة؛
✓ مراقبة إساءة حالة التَّبعية الاقتصاديَّة؛
✓ مراجعة بنود العقد عند تغيُّر الظَّرف الطَّارئ؛
✓ تعديل ثمن العقد المحدّد بالإرادة المنفردة.

- تستشعر تجديد قواعد النظريَّة العامَّة للعقد بالتعاطف التَّشريعي مع مركز الطَّرف الضَّعيف في العلاقة العقديَّة، وهذا من خلال استحداث جملة آليات:

✓ مكافحة كل البنود التعاقديَّة الَّتي تثير مشكلة اختلال توازن العقد سواء تعلق بالشرط التَّعسُّفي أو الشرط غير العادل؛
✓ وضع آليات وقائيَّة يتمّ التنبؤ بها بكل مساس بمساواة العقد، وبالتَّالي التدخُّل بطريقة علاجيَّة؛

✓ ترصد آليات وقائيّة تنبؤ بعدالة عقديّة.

- يظهر أن التَّعبد الزائد من القوة الإلزاميَّة للعقد، من شأنه إحداث اضطراب بالعمليَّة التعاقديَّة؛ لذا تمّ التَّخفيف منها، من منطلق انتهاك حرمة العقد، لغرض إيجاد مبررات تحقيق أهداف مختلفة، منها ما تعلق بتقرير مبدأ توازن العلاقة العقديّة؛
- الحرص على إقامة جوانب العمليَّة التعاقديَّة على عادلة تستجيب لمتطلبات حماية الطَّرف الضَّعيف في العقد، وهذا بفضل ضمان شفافيَّة العلاقة العقديَّة، الَّذي بات يجسده الالتزام بالإعلام كوجه تطبيقي لمبدأ حسن النيَّة في التَّعامل التَّعاقدي.

سمحت دراسة موضوع **"المبادئ التوجيهية لنظريّة العقد"**، بتقديم جملة اقتراحات مطوَّرة من هيكل العقد، ومجدّدة من الفلسفة التقليديَّة لمبادئها، باعتبارها أهم ركائز التَّي تقوم عليها العمليَّة التعاقديَّة، ولأجل دعم رؤية هذه الأخيرة في التَّطلع إلى بلوغ ذروة الأهداف التعاقديَّة الَّتي وجدت أساسًا من أجلها، في ظل تقرير موازنة بين ثبات استقلاليَّة الإرادة وتفعيل عدالة العقد نقترح ما يلي:

- **إعادة التَّصميم التَّشريعي لمبادئ العقد: دليل على عصرنة شكل النظريّة العامة للعقد**

يجب على المشرّع الجزائري العمل على ابتكار تصميم تشريعي حديث يجزأ قواعد العقد كل بحسب دوره إزاء جوانب العمليَّة التعاقديَّة، حتَّى يتم ضمان عصرنة شكل النظريَّة العامَّة للعقد والتمكين من مقابلة كل التَّحديات المعاصرة الظاهرة في محيط العلاقات العقديَّة، وهذا انطلاقًا من إعادة ترتيب المسائل التَّالية:

- تحديث التَّصميم الكلاسيكي للترتيبات التعاقديَّة المنظمة للعقد، عن طريق استحداث عنوان يتعلق بمدخل إلى **"الأحكام التمهيدية"** ويدرج تحته عنوان فرعي يتمثل في **"مبادئ العقد"** لتليها بعدها القواعد المتفرعة عن تنظيم العقد؛
- اقتراح تصميم تشريعي يبرز أهم ركائز ومبادئ العمليَّة التعاقديَّة؛
- إبراز وظيفة كل مبدأ توجيهي إزاء جوانب العمليَّة التعاقديَّة؛ لأجل ضمان أداء مرشد للعقد قصد دفعه نحو تحقيق المصلحة المرجوة من طرف كل متعاقد؛
- احترام التَّدرج الوظيفي لمبادئ العقد.

- إثراء النظريّة العامة للعقد بنصوص قانونية تخدم مبدأ العدالة العقديّة، الذي بات يجسد الركيزة الأساسية في توجيه العملية التعاقديّة

- **إعادة الترتيب الموضوعي لمبادئ العقد: قصد التحسُّس بعافية النظريّة العامّة للعقد**

يتوجب على المشرّع الجزائري إعادة دراسة دور كل مبدأ توجيهي إزاء جوانب العمليّة التعاقديّة بهدف تحقيق الموازنة لاسيّما بين سلطان الإرادة التعاقديّة ومنطق حسن النيّة الضامن لعدالة العقد وهذا من خلال التّركيز على ما يلي:

- دعم الجوانب التعاقديّة المعبرة عن الممارسة المستقلّة لإرادة الطّرف المتعاقد، حفاظًا على المفهوم الليبرالي للعقد، الّذي لا يمكن تصوُّر الاستغناء عنه، في ظلِّ تجسيد مطلب بقاء الفرد حرّ، يرضخ لسلطان إرادته، إلّا فيما استثناه القانون بنصوص صريحة، تخدم المصلحة العامّة؛
- مناصرة التّوجه الحديث القائل بتكريس عدالة العقد، إذ أنّ هذا المفهوم، على الرغم من حقيقته أنّه جاء بنية منافسة مكانة مبدأ سلطان الإرادة ضمن عرش النظريّة العامّة للعقد، إلّا أنّه يتستّر وراء خلفيّة تقرير مصلحة العقد؛ لذا يرجى تبنيه قصد الحفاظ على القيمة الموضوعيّة لمصالح المتعاقدين؛
- يظهر بمقابلة كلا المبدأين –استقلاليّة الإرادة وعدالة العقد-، ضرورة تفعيل آليات قانونيّة تحث على ضرورة التّصالح والتّعايش السلمي غير المتضارب بين مبدأ سلطان الإرادة وحسن النيّة؛
- إحاطة جوانب العمليّة التعاقديّة بسياج إلزامي ثابت بمبدأ القوّة الملزمة، لكن يجب أن يوفق بين متطلبات تحقيق الأمن التّعاقدي، وحماية الطّرف الضّعيف في العلاقة العقديّة؛
- ينبغي العمل على توسيع مظلّة مبدأ حسن النيّة لتشمل كافة مراحل العمليّة التعاقديّة بدء بالتّفاوض، فضلًا عن التّعاقد، مرورًا بالتّنفيذ، وانتهاء بمرحلة الإنهاء والتّركيز على مرحلة بعد العقد، هذا كلُّه ضمانا لنجاح العمليّة التعاقديّة، ناهيك عن ضمان مظلّة حمائية مكتملة؛
- تنظيم جوانب مرحلة المفاوضات، كأهم مرحلة تسبق عمليّة التّعاقد، وتتوقف على إثر نجاحها نجاعة باقي مراحل العمليّة التعاقديّة؛

- التنبؤ المبكر بخطورة تنظيم العقد مستقبلا من طرف القاضي، ممَّا يحمله من تهديد بزعزعة ثبات القوَّة الملزمة في مقابل تحقيق الأمن العقدي؛ لذا يجب أن يقيد تدخُّل القاضي كطرف في شؤون العقد بشرط اكتساء العلاقة العقديَّة بغطاء العدالة دون أدنى تجاوزات على التوقُّعات التعاقديَّة، حتَّى يتمّ تحقيق معادلة التَّوفيق بينها بين وعدالة العقد؛
- تخصيص مكانة محورية لمفهوم العدالة العقديَّة، الَّتي أصبحت تُعتمد –في الوقت الراهن- كأحد أبرز المبادئ التوجيهيَّة لنظريَّة العقد، فضلًا عن الاهتمام بمعطياتها، من خلال:

✓ دعم تقرير توازن عادل بين الأداءات التعاقديَّة؛

✓ الحفاظ على ميزان المساواة بين مراكز العلاقة العقديَّة.

- إعطاء نفسًا جديدا لمفاهيم النظريَّة العامَّة للعقد، بفضل التَّركيز على تطوير مبادئها التوجيهيَّة وهذا كلُّه بهدف تعزيز الطابع الحمائي للطَّرف الضَّعيف في العلاقة العقديَّة؛
- بناء مستقبل قضائي مساهم في تطوير مبادئ العقد من حيث:

✓ إشراك القاضي كعضو فعال في تشخيص نقائص النظريَّة العامَّة للعقد عند مواجهتها مع التطوُّرات الحديثة للعقد:

✓ تشجيع القاضي على النطق بأحكام قضائيَّة يستنطق بها واقع الممارسة القضائيَّة في مجال المعاملات التعاقديَّة، ويعمل على ترجمتها في شكل صياغة تشريعيَّة إصلاحيَّة؛

✓ إقامة دورات تكوينية للقضاة في قانون العقود، قصد توليد رؤية معزّزة ومطوّرة من هيكل النظريَّة العامَّة للعقد؛

- يجب على المشرّع الجزائري التأثُّر السريع بالتطوُّرات الإصلاحيَّة المدخلة على النظريَّة العامة للعقد[1000] في ظلِّ الخطوة التشريعيَّة الَّتي اتَّخذها المشرّع الفرنسي بإصداره لإصلاح قانون العقود سنة 2016؛

[1000] - **HAGE CHAHINE Fayez**, « Comment la réforme sera-t-elle accueillie au Liban et dans les pays arabes qui ont été influencés par le Code civil de 1804 ? », in colloque sur « la réforme du droit des contrats en france : regards croisés franco-libanais », 11 mars 2016, organisé par Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, Liban, 2016, p. 119 et s.

تمّ بعون الله ولي التّوفيق
الله أكبر ... سبحان الله ... الحمد الله
ربنا لك الحمد، حمدا كثيرا طيّبا مباركا فيه

(... وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴿١١٤﴾ ...).

-صدق الله العظيم-
سورة طه-الآية 114

قائمة المراجع

باللّغة العربيّة:

أوّلا: الكتب

1. **إبراهيم سيد أحمد**، فكرة حسن النيَّة في المعاملات المدنيَّة فقها وقضاءًا: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندريَّة، 2015.
2. **إبراهيم عبد العزيز داود**، عدم التَّوازن المعرفي في العقود: دراسة مقارنة تحليليَّة، درا الجامعة الجديدة، الإسكندريَّة، 2014.
3. **أبو بكر حسان منى**، الشُّروط العقديَّة التَّعسُّفيَّة، ماهيتها، وحماية المستهلك في مواجهتها في ضوء التَّوجُّهات الحديثة لحماية المستهلك: دراسة تحليليَّة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022.
4. ــــــــــــــــ، الإتّجاهات القانونيَّة الحديثة لنظريَّة الظُّروف الطَّارئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022.
5. **أيمن سعد سليم**، الشُّروط التَّعسُّفية في العقود: دراسة مقارنة، دار النَّهضة العربية، 2021.
6. **البكباشي سحر**، دور القاضي في تكميل العقد: دراسة تأصيلية تحليليَّة لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندريَّة، 2008.
7. **الروازق فراس جبار كريم**، الحماية القانونيَّة من الشُّروط التَّعسُّفية: دراسة مقارنة، المركز العربي، القاهرة، 2017.
8. **السَّنهوري عبد الرَّزاق**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظريَّة الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، ج1، دار التُّراث العربي، بيروت، (د.س.ن).
9. **العشماوى أيمن إبراهيم**، مفهوم العقد وتطوُّره: دراسة مقارنة، دار النَّهضة العربيَّة، القاهرة، (د.س.ن).
10. **القوني عبد الحليم عبد اللطيف**، حسن النيَّة وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعيَّة، الإسكندريَّة، 2010.

11. **برهامى فايزة**، التزامات الأطراف في المرحلة السَّابقة للتَّعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريَّة، (د.س.ن).
12. **بلحاج لعربي**، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقديَّة في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن: دراسة فقهية قضائيَّة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، درا هومه، الجزائر، 2019.
13. **بن قويدر زبيرى**، حماية مركز الطَّرف الضَّعيف في الرابطة العقديَّة مع إسقاطات على عقود الاستهلاك في ضوء أحدث تعديلات القانون الجزائري والمقارن، دار النَّهضة العربيَّة، القاهرة، 2019.
14. **بوشوال جمال محمد محمد**، حماية المستهلك من عدم التَّوازن المعرفي في العقود: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريَّة، 2023.
15. **جليل عبد الله حسن**، الإنهاء التَّعسُّفي للعقد، مطبعة منارة، أربيل، 2012.
16. **حسن عبد الباسط جميعي**، أثر عدم التَّكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، درا النَّهضة العربيَّة، القاهرة، 1996.
17. **خالد مصطفى فهمي**، التَّنظيم القانوني للالتزام بإعادة التَّفاوض في العقود المدنيَّة: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندريَّة، 2020.
18. **رجب كريم عبد اللاه**، التَّفاوض على العقد: دراسة تأصيلية تحليليَّة مقارنة، دار النَّهضة العربيَّة، القاهرة، 2000.
19. **رشوان حسن رشوان أحمد**، أثر الظُّروف الاقتصادية على القوَّة الملزمة للعقد: عرض لفكرة ملاءمة العقد للظُّروف الاقتصاديَّة، دار الهاني، القاهرة، 1994.
20. **عامر حسين**، القُوَّة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، 1949.
21. **عبد الباسط جاسم محمد**، إبرام العقد عبر الأنترنت، منشورات الحلبي الحقوقيَّة، بيروت، 2010.
22. **عبد المنعم موسى إبراهيم**، حسن النيَّة في العقود: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
23. **فيلالي علي**، الالتزامات: النَّظريَّة العامَّة للعقد، موفم للنَّشر، الجزائر، 2008.

24. **محمد السنارى محمد**، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن).

25. **محمد حسام محمد لطفي**، المسؤوليَّة المدنيَّة في مرحلة التَّفاوض: دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النَّشر الذَّهبي للطّباعة، القاهرة، 1995.

26. **محمد حسين عبد العال**، الاتِّجاهات الحديثة لفكرة النِّظام العام ومدى الحماية الدستوريَّة لمبدأ حريَّة التَّعاقد: دراسة مقارنة لاتِّجاه المجلس الدُّستوري بحكمه الصَّادر في 1994/7/3، دار النَّهضة العربيَّة، القاهرة، 1997.

27. ـــــــــــــــــ، مفهوم الطَّرف الضَّعيف في الرابطة العقديَّة: دراسة تحليليَّة مقارنة، دار النَّهضة العربيَّة، القاهرة، 2007.

28. **محمد عبد الظاهر حسين**، الدور القضائي إزاء الرَّغبة في إنهاء الرَّابطة العقديَّة، دار النَّهضة العربيَّة، القاهرة، 2000.

29. ـــــــــــــــــ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

30. **محمد محيي الدين إبراهيم سليم**، التَّسلط الاقتصادي وأثره على التَّوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندريَّة، 2007.

31. ـــــــــــــــــ، نظريَّة الظُّروف الطَّارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعيَّة، الإسكندريَّة، 2007.

32. **منتصر سهير**، الالتزام بالتَّبصير، دار النَّهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن).

33. **وصال علي راغب أبو سعد**، الآليَّات الاتِّفاقيَّة لإعادة التَّوازن في العقود المدنيَّة: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريَّة، 2022.

34. **وليد صلاح مرسى رمضان**، القوَّة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريَّة، 2009.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعيَّة

أ. الأطروحات الجامعيَّة

1. **بكر السعيد محمد أبو طالب**، أزمة العقد: دراسة مقارنة، أطروحة مقدَّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كليَّة الحقوق، جامعة المنوفية، 2020.
2. **بهلولي فاتح**، النَّظام القانوني للتّجارة الإلكترونيَّة في ظلِّ التَّشريع الجزائري، أطروحة مقدَّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص القانون، كليَّة الحقوق والعلوم السّياسيَّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
3. **حامق ذهبية**، الالتزام بالإعلام في العقود، أطروحة مقدَّمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كليَّة الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2009.
4. **عثماني بلال**، أطراف العقد المدني: بين الحق في تحقيق المصلحة الشَّخصيَّة والالتزام بحسن النِّيَّة، أطروحة مقدَّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كليَّة الحقوق والعلوم السّياسيَّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
5. **فاضل خديجة**، عَيْمَة العقد، أطروحة مقدَّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلّيَّة الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
6. **مصطفى أبو مندور موسى**، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقديَّة، أطروحة مقدَّمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كليَّة الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.
7. **نساخ فطيمة**، الوظيفة الاجتماعيَّة للعقد، أطروحة مقدَّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كليَّة الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013.

ب. المذكرات الجامعيَّة

1. **أبو بكر صالح عبد العاطي بوكيله**، الالتزام التَّعاقدي بالسَّرية، مذكرة مقدَّمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كليَّة الحقوق، جامعة الإسكندريَّة، 2017.

2. **علاق عبد القادر**، أساس القُوَّة الملزمة للعقد وحدودها: دراسة مقارنة، مذكرة مُقدَّمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلّيَّة الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
3. **فاضل خديجة**، تعديل العقد أثناء التَّنفيذ، مذكرة مُقدَّمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤوليَّة، كلّيَّة الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
4. **محمد شاكر محمود محمد**، المسؤوليَّة عن قطع المفاوضات: دراسة مقارنة، مذكرة مُقدَّمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كليَّة الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة المنصورة، مصر، 2015.

ثالثا: المقالات

1. **أبو بكر الصديق محمد حسان منى**، "الإكراه الاقتصادي نحو مفهوم مستحدث للإكراه، كعيب في الإرادة: دراسة تحليليَّة مقارنة في ضوء القانون المدني الفرنسي الجديد"، مجلَّة الدراسات القانونيَّة والاقتصادية، مجلَّد 7، عدد 2، 2021. (ص ص. 950-1113).
2. ـــــــــــــــــــــــــــ، "إشكاليَّة عدم تحديد الثَّمن في عقود التَّوزيع الإطارية: دراسة تحليليَّة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن"، مجلَّة البحوث القانونيَّة والاقتصاديَّة، مجلَّد 12، عدد 79، 2022. (ص ص 313-506).
3. **أحمد علي حسن عثمان**، "انعكاسات الذكاء الاصطناعي على القانون المدني: دراسة مقارنة"، مجلة البحوث القانونيَّة والاقتصاديَّة، عدد 76، 2021. (ص ص. 1517-1630).
4. **العطافي شريف علاء الدين**، "الالتزامات القانونيَّة والأدبيَّة الواقعة على أطراف التَّفاوض"، مجلَّة الدراسات القانونيَّة والاقتصاديَّة، مجلَّد 8، عدد 2، 2022. (ص ص. 710-878).
5. **بكر عبد السعيد محمد أبو طالب**، "أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة فيروس كورونا المستجد **COVID-19**"، مجلَّة الدراسات القانونيَّة والاقتصاديَّة، مجلَّد 6، عدد خاص، 2020، ص. 8 وما يليها. (ص ص. 1-22).

6. **بيضون فاديا**، "المسؤوليَّة السَّابقة للتَّعاقد"، مجلَّة الحقوق والعلوم السّياسية، عدد 41، 2023. (ص ص. 203-241).
7. **حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي**، "مضمون العقد: دراسة مقارنة بين النظام القانوني الإنجليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التَّشريعي الصادر في 10 شباط 2016"، المجلة الأكاديميَّة للبحث القانوني، مجلَّد 17، عدد 1، 2018. (ص ص. 666-702).
8. **حوحو يمينة**، "سلطة المحكمة العليا في مراقبة تفسير العقد"، مجلَّة المحكمة العليا، عدد 1، 2013. (ص ص. 61-79).
9. **ديهوم أحمد علي**، "الظُّروف الطَّارئة ودورها في تعديل الالتزام العقدي: دراسة تاريخيَّة فلسفيَّة"، مجلة الدراسات القانونيَّة والاقتصادية، مجلَّد 7، عدد 2، 2021، ص. 6 وما يليها. (ص ص. 1-111).
10. **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، "التزام إعادة التَّفاوض في العقود المدنيَّة: دراسة تحليليَّة مقارنة"، مجلَّة الدراسات القانونيَّة والاقتصاديَّة، مجلَّد 7، عدد 2، 2021، ص. 40 وما يليها. (ص ص. 1-93).
11. **سي يوسف زاهية حورية**، "إلتزام المنتج بإعلام المستهلك"، مجلَّة البحوث والدراسات القانونيَّة والسياسيَّة، مجلَّد 1، عدد 2، 2012. (ص ص 81-96).
12. **شغاتي عبد المحسن كريم**، "التَّفاوض كوسيلة للوقاية من اختلال التوازن العقدي"، مجلَّة البحوث القانونيَّة والاقتصاديَّة، مجلَّد 12، عدد 81، 2022. (ص ص. 1-22).
13. **طارق جمعه السيد راشد**، "حماية التَّوقعات المشروعة للمتعاقدين"، مجلَّة القانون والاقتصاد، مجلَّد 96، عدد 2، 2023. (ص ص. 12-109).
14. **عبد الباسط جاسم محمد**، "تضخُّم المحتوى الإجباري"، مجلة كليَّة القانون للعلوم القانونيَّة والسياسيَّة، مجلَّد 10، عدد 38، 2021. (ص ص 145-177).
15. **عبيدات إبراهيم خصاونة**، "العقد الذَّكي وانعكاساته على النَّظريَّة العامَّة للعقد"، مجلَّة الحقوق والعلوم السّياسيَّة، عدد 39، 2023. (ص ص 201-221).

16. **عمرون سيلية، عثماني بلال**، "تدخل القاضي في العقد: رؤية جديدة-قراءة في ضوء إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016"، المجلَّة الأكاديميَّة للبحث القانوني، مجلَّد 14، عدد 2، 2023. (ص ص 139-159).

17. **عميرات عادل**، "التزام العون الاقتصادي بالإعلام"، مجلَّة العلوم القانونيَّة والسياسيَّة، مجلَّد 7، عدد 2، 2016. (ص ص 229-251).

18. **فضَّل الله هيثم**، "الطَّبيعة المقيَّدة للحريَّة التعاقديَّة في القانون المدني الفرنسي"، مجلَّة الحقوق والعلوم السياسيَّة، عدد 23، 2019. (ص ص. 30-65).

19. **فيلالي علي**، "ملاحظات حول المسؤوليَّة الطبية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونيَّة والاقتصاديَّة، عدد 7، 2015. (ص ص. 9-35).

20. **محمد حسن قاسم**، "المادَّة 1195 (الجديدة) من القانون المدني الفرنسي ومتلازمة كرابون"، مجلَّة الحقوق والعلوم السياسيَّة، عدد 39، 2023، ص. 29. (ص ص. 25-49).

21. **محمد ربيع أنور فتح الباب**، "أثر مبدأ حسن النيَّة في إنهاء عقود المدة: دراسة تحليلية مقارنة"، المجلَّة القانونيَّة، مجلَّد 11، عدد 1، 2022. (ص ص. 171-308).

22. **محمد عرفان الخطيب**، "نظرية صحَّة العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الحديث ... والاعتبار الموضوعي (الجزء الثَّاني)"، مجلة كليَّة القانون الكويتيَّة العالميَّة، عدد 2، 2018. (ص ص. 355-417).

23. ـــــــــــــــ، "التَّحليل الاقتصادي لنظريَّة العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعدّ": دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينيَّة –القانون المدني الفرنسي نموذجًا للتحليل والقانون المدني الكويتي نموذجًا للإسقاط-"، مجلة كليَّة القانون الكويتيَّة العالميَّة، عدد 1، 2019. (ص ص 119-162).

24. ـــــــــــــــ، "المبادئ المؤطرة لنظريَّة العقد في التَّشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كليَّة القانون الكويتيَّة العالميَّة، عدد 2، 2019. (ص ص. 183-234).

25. **محمد محمد سادات مرزوق**، "الشُّروط التعاقديَّة غير العادلة: دراسة مقارنة"، مجلَّة البحوث القانونيَّة والاقتصاديَّة، مجلَّد 4، عدد 56، 2014. (ص ص 787-971).
26. **موكه عبد الكريم**، "أثر تغير الظروف الاقتصاديَّة على استقرار عقود التجارة الدولية"، مجلَّة الحقوق والعلوم السياسيَّة، مجلَّد 5، عدد 10، 2018، ص. 404 وما يليها. (ص ص. 402-413).

رابعا: المداخلات

1. **بلميهوب عبد الناصر**، "النِّظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغيّر ومتطور"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول "التَّحول في فكرة النِّظام العام: من النِّظام العام إلى الأنظمة العامَّة"، المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كليَّة الحقوق والعلوم السياسيَّة، جامعة بجاية، منشور في المجلَّة الأكاديميَّة للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015. (ص ص 379-393).
2. **عيساوي عز الدين**، "البحث عن نظام للنِّظام العام"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول "التَّحول في فكرة النِّظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامَّة"، المنعقد يومي 07 و08 ماي 2014، كليَّة الحقوق والعلوم السياسيَّة، جامعة بجاية، منشور في المجلَّة الأكاديميَّة للبحث القانوني، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015. (ص ص. 374-378).

خامسا: النُّصوص القانونيَّة

■ النُّصوص القانونيَّة الجزائريَّة

أ. الدستور:

● دستور الجمهوريَّة الجزائرية الدَّيمقراطيَّة الشَّعبيَّة، المصادق عليه في استيفاء 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب **المرسوم الرّئاسي رقم 96-438** مؤرَّخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر1996، معدَّل ومتمَّم **بالقانون رقم 02-03** مؤرَّخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج.ج عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، معدَّل

ومتمّم **بالقانون رقم 08-19** مؤرَّخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، معدَّل ومتمّم **بالقانون رقم 16-01** مؤرَّخ في 06 مارس 2016، ج.ر.ج.ج عدد 14، صادر في 07 مارس 2016، استدراك ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر في 06 أوت 2016، المعدَّل والمتمّم **بالمرسوم الرّئاسي رقم 20-442** مؤرَّخ في 15 جمادى الأول عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلّق بإصدار التّعديل الدُّستوري، المصادق عليه في استفتاء أوَّل نوفمبر سنة 2020، ج.ر.ج.ج عدد 82، صادر بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2020.

ب. النُّصوص التشريعيَّة

1. **أمر رقم 74-15** مؤرّخ في 30 يناير سنة 1974، يتعلق بإلزاميَّة التَّأمين على السيارات وبنظام التَّعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج. عدد 15، صادر بتاريخ 19 فبراير 1974، معدل ومتمّم بالقانون رقم 88-31 مؤرَّخ في 19 يوليو 1988، ج.ر.ج.ج. عدد 29، صادر بتاريخ 20 يوليو، 1988، معدَّل ومتمّم.
2. **أمر رقم 75-58** مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمَّن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدَّل ومتمّم.
3. **أمر رقم 75-74** مؤرَّخ 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج عدد 92، صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975. (ملغى).
4. **قانون رقم 83-11** مؤرَّخ في 2 يوليو 1983، يتعلَّق بالتَّأمينات الاجتماعية، ج.ر.ج.ج عدد 28، صادر بتاريخ 5 يوليو 1983 معدَّل ومتمّم.
5. **قانون رقم 85-05** مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج عدد 8، صادر بتاريخ 17 أبريل 1985. (مُلغى).
6. **قانون رقم 90-11** مؤرَّخ في 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج. عدد 17، صادر بتاريخ 25 أبريل 1990، معدل ومتمّم.

7. **أمر رقم 03-11** مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 27 أوت2003. (ملغى).
8. **أمر رقم 03-12** مؤرّخ في 26 غشت 2003، يتعلق بإلزاميَّة التَّأمين على الكوارث الطَّبيعية وبتعويض الضحايا، ج.ر.ج.ج. عدد 52، صادر بتاريخ 27 غشت 2003.
9. **قانون رقم 04-02** مؤرَّخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجاريَّة، ج.ر.ج.ج عدد41، صادر بتاريخ 27 يونيو 2004، معدَّل ومتمّم.
10. **قانون رقم 09-03** مؤرَّخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج عدد 15، صادر بتاريخ 08 مارس 2009.
11. **قانون رقم 18-05** مؤرخ في 10 مايو2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج عدد 28، صادر بتاريخ 16 مايو 2018.

ج.النُّصوص التنظيميَّة

1. **مرسوم تنفيذي رقم 92-276** مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 8 يوليو 1992.
2. **مرسوم تنفيذي رقم 01-50** مؤرَّخ في 12 فبراير سنة 2001، يتضمّن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضّب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التَّوزيع، ج.ر.ج.ج. عدد 11، صادر بتاريخ 12 فبراير سنة 2001، معدل ومتمّم **بالمرسوم التَّنفيذي رقم 16-65** مؤرَّخ في 16 فبراير 2016، ج.ر.ج.ج عدد 9، صادر بتاريخ 17 فبراير 2016.
3. **مرسوم تنفيذي رقم 07-402** مؤرَّخ في 25 ديسمبر سنة 2007، يحدّد أسعار سميد القمح الصلب عند الإنتاج وفي مختلف مراحل توزيعه، ج.ر.ج.ج. عدد 80، صادر بتاريخ 26 ديسمبر سنة 2007، معدل ومتمّم **بالمرسوم التنفيذي رقم 20-242** مؤرَّخ في 31 أوت 2020، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 2 سبتمبر 2020.
4. **مرسوم تنفيذي رقم 11-108** مؤرَّخ في 6 مارس 2011، يحدّد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التَّوزيع بالجملة

والتَّجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي والسكر الأبيض، ج.ر.ج.ج عدد 15، صدار بتاريخ 9 مارس 2011، معدل ومتمّم **بالمرسوم التنفيذي رقم 16-87** مؤرَّخ في 1 مارس 2016، ج.ر.ج.ج عدد 13، صادر بتاريخ 2 مارس 2016.

5. **مرسوم رئاسي رقم 11-407** مؤرَّخ في 29 نوفمبر سنة 2011، يحدّد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج.ر.ج.ج. عدد 66، صادر بتاريخ 04 ديسمبر 2011. (مُلغى).

■ النُّصوص القانونيَّة الأجنبيَّة

• قانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن إصدار القانون المدني المصري، صادر بتاريخ 29 يوليو 1948، متوفر في موقع: https://manshurat.org/node/72413

سادسا: الاجتهاد القضائي

1. **قرار المحكمة العليا**، الغرفة المدنية، ملف رقم 61489، صادر بتاريخ 06/13/ 1990، المجلة القضائية، عدد 4، 1991. (ص ص 65-67).
2. **قرار المحكمة العليا**، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 80816، صادر بتاريخ 1991/06/16، المجلة القضائية، عدد 4، 1993. (ص ص 151-155).
3. **قرار المحكمة العليا**، الغرفة المدنيَّة، رقم 586766، صادر بتاريخ 07/22/ 2010، مجلَّة المحكمة العليا، عدد 1، 2011. (ص ص. 109-111).
4. **قرار المحكمة العليا**، الغرفة المدنيَّة، رقم 771895، صادر بتاريخ 2012/05/24، مجلَّة المحكمة العليا، عدد 2، 2013. (ص ص. 137-140).
5. **قرار المحكمة العليا**، الغرفة العقاريَّة، رقم 806309، صادر بتاريخ 2012/10/11، مجلَّة المحكمة العليا، عدد 2، 2014. (ص ص. 297-301).
6. **قرار المحكمة العليا**، الغرفة العقاريَّة، رقم 1167075، صادر بتاريخ 2019/03/14، مجلَّة المحكمة العليا، عدد 1، 2019. (ص ص. 56-59).

باللّغة الأجنبية:

I. Ouvrages

1. **AUBERT Jean-Luc**, **COLLART DUTILLEUL François**, *Le contrat : droit des obligations*, 5éme éd, Dalloz, Paris, 2017.
2. **BENABENT Alain**, *Droit des obligations*, 20ème éd, L.G.D.J., Paris, 2023.
3. **BERTHIAU Denis**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, L.G.D.J., Paris, 1999.
4. **BOURGEOIS Léon**, *Solidarité*, Armant Colin, Paris, 1896, p. 116, *in* http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5533901g/f11.image
5. **CAPITANT Henri,** *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, 5ème éd., A.PEDONE éditions, Paris, 1929.
6. **CARBONNIER Jean**, *Droit civil : les biens- les obligations*, Vol. II, PUF, Paris, 2004.
7. **CHENEDE François**, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, Paris, 2016.
8. **CHESTINE Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie**, *La formation du contrat: le contrat-le consentement*, T 1, 4ème éd, L.G.D.J-lextenso éditions, Paris, 2013.
9. **COLLART DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe**, *Contrats civils et commerciaux*, 5ème éd., Dalloz, Paris, 2015.
10. **CORNU Gérard**, *Vocabulaire juridique*, 10ème éd. PUF, Paris, 2013.
11. **COUTURIER Gérard**, *Les relations entre employeurs et salariés en droit français*, in *la protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaison franco-belges*, L.G.D.J., Paris, 1996.
12. **DEMOGUE René**, *Traité des obligations en générale: effets des obligations*, T 6, librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932.
13. **DEROUSSIN David**, *Histoire du droit des obligations*, 2ème éd., Economica, Paris, 2012.
14. **DUPRE-DALLEMAGNE Anne-Sophie**, *La force contraignante de rapport d'obligation : recherche sur la notion d'obligation*, P.U.A.M., Marseille, 2004.
15. **FABRE-MAGNAN Muriel**, *De l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie*, LGDJ-Lextenso éditions, Paris, 2015.

16. **FABRE-MAGNAN Muriel**, *Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral*, 4ème éd., PUF, Paris, 2016.
17. **FIN-LANGER Laurence**, *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J., Paris, 2002.
18. **FOUILLEE Alfred**, *La science sociale contemporaine*, 2ème éd, Librerie Hachette et Cte, Paris, 1885.
19. **GAUTIER Pierre-Yves**, *Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ?*, in La confiance en droit privé des contrats S/D **BENABOU Valérie-Laure, CHAGNY Muriel**, Dalloz, Paris, 2008.
20. **JALUZOT Béatrice**, *La bonne foi dans les contrats : étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, Paris, 2001.
21. **JAMIN Christophe**, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Étude offerte à **GHESTIN Jaques**, L.G.D.J., Paris, 2001.
22. **KENFACK Hugues**, *La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ?, in La confiance en droit privé des contrats* S/D **BENABOU Valérie-Laure, CHAGNY Muriel**, Dalloz, Paris, 2008.
23. **LAFAURIE Karl**, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, L.G.D.J., Paris, 2020.
24. **LASBORDES Victoire**, *Les contrats déséquilibrés*, T II, P.U.A.M., Marseille, 2000.
25. **LEFEBVRE Brigitte**, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Éditions Yvons BLAIS INC, Québec, 1988.
26. **MARCHAND Sylvain**, *Clauses contractuelles : du bon usage de la liberté contractuelle*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008.
27. **MAURIN Lucien**, *Contrat et droit fondamentaux*, L.G.D.J.-Lextenso éditions, Paris, 2013.
28. **MEKKI Mustapha**, *L'intérêt général et le contrat: contribution a une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2004.
29. **MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois, 2ème partie (livre IX a XIII), 1748*, p 52, in :http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_2/esprit_des_lois_Livre_2.pdf
30. **RANOUIL Véronique**, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980.
31. **ROMAIN Jean-François**, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

32. **TERRÈ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves**, *Droit civil : les obligations*, 11éme éd., Dalloz, Paris, 2013.
33. **TISSEYRE Sandrine**, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière de droit anglais et du droit européen*, P.U.A.M., Paris, 2012.
34. **VIGNAL Nancy**, *La transparence en droit privé des contrats : étude critique de l'exigence*, P.U.A.M., Marseille, 1998.
35. **VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline**, *L'ordre public : étude de droit comparé interne*, Arch. phil. Droit, T 58, Dalloz, 2015.
36. **WERY Patrick,** *Droit des obligations: V. I, théorie générale des contrats*, éd. Larcier, Bruxelles, 2010.

II. Thèses et Mémoires

A. Thèses de Doctorat

1. **DOUCHE DOYETTE Nathalie**, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat en droit, université de lorraine, 2012.
2. **DRÈANO Maëlle**, La non-discrimination en droit des contrats, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat, école doctorale : Droit et science politique, université de Poitiers, 2016.
3. **GRYNBAUM Luc**, Le contrat contingent: l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat en droit, université Paris I, 1998.
4. **KASSOUL Hania**, L'après-contrat, thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur, école doctorale N° 513 : ED DESPEG, l'Université Côte d'Azur, 2017.
5. **MALAURIE Philippe**, Les contrats contraires à l'ordre public : étude de droit civil comparée – France, Angleterre, URSS-, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat, université de Paris, 1951.
6. **MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes**, La responsabilité précontractuelle : étude comparative des régimes colombien et français, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat en droit, université Paris II, 2013, p. 43 et s.
7. **PEGLION-ZIKA Claire-Marie**, La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation, thèse présentée en vue de l'obtention du diplôme de doctorat en droit privé, université Panthéon-Assas, 2013.

B.Mémoires

1. **GREGOIRE Marie-Annick**, L'impact de l'obligation de bonne foi: étude sur ses rôles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat, mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maître en droit, université de Montréal, 2001.
2. **HAMADI Saliha**, La responsabilité du fait des médicaments, mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme de magister en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques, université de Tlemcen, 2012.
3. **HUYGENS Audrey**, La violence économique, mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme de DEA droit des contrats, université de Lille II, 2001.
4. **LE BRUN Christine**, Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat, mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, université de Montréal, 2011.
5. **LOIR Romain**, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, mémoire présenté en vue de l'obtention du DEA en droit des contrats, école doctorale N° 74, université de Lille 2, 2002.

III. Articles

1. **AGOSTINI Eric**, « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice », *D*, N° 30, 1994. (pp 235-238).
2. **ANCEL Pascal**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, N° 04, 1999. (pp. 771-810).
3. **ANCEL François**, « Quel juge pour le contrat au XXI^{e} siècle », *D*, N° 13, 2017. (pp. 721-732).
4. **BALAT Nicolas**, « Le juge contrôlera- t- il d'office la bonne foi des contractants ? », *D*, N° 38, 2018. (pp. 2099-2101).
5. **BARBIER Hugo**, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ.*, N° 2, 2016. (pp. 247-).
6. **———————**, « Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du code civil », *RTD Civ.*, N° 2, 2021. (pp. 394-399).
7. **———————**, « L'article 1195 du code civil menacé », *RTD Civ.*, N° 2, 2024. (pp. 390-394).
8. **BOULMERKA Amina**, « Good faith in contracts: an evident principle in algerian law », *Critical Journal of Law and Political Sciences*, Vol 19, N° 2, 2024. (pp. 333-348).

9. **COLLINS Hugh**, « The vanishing freedom to choose a contractual partner », Law and Contemporary Problems, Vol. 76-71, N° 2, 2023. (pp. 72-88).
10. **CUMYN Michelle**, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », *R.J.T.*, N° 1, 2007. (pp. 1-87).
11. **DÉFOSSEZ Michel**, « La bonne foi au cœur de la négociation », *AJ contrat.*, N° 7, 2016. (pp. 327- 331).
12. **DIESSE François**, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Arch. phil. Droit, Association Française de Philosophie du Droit*, T. 43, 1999. (pp. 259-302).
13. **DISSAUX Nicolas,** « Les clauses de modification unilatérale du contrat », *A.J. Contrat*., N° 06, 2020. (pp 260-2).
14. **DJERBOUA Mounira**, « The impact of the evolution of the public order concept on the contract », *Algerian Journal of Legal and Political Sciences*, Vol 60, N° 3, 2023. (pp: 128-141).
15. **FAGES Bertrand**, « Même pour respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat », *RTD Civ.*, 2009. (pp. 528-529).
16. **FILLALI Ali**, « Le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats », *Les Annales de l'Université d'Alger 1*, T II, N° 27, 2015. (pp. 5-45).
17. **GHESTIN Jacques**, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue D'économie Industrielle*, N° 92, 2e et 3e Trimestres, 2000. (pp 81-100).
18. **———————**, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *J.C.P.G.*, N° 20-21, 16 mai 2007. (pp. 15-21).
19. **———————**, « La résiliation unilatérale d'un contrat de fournitures », *J.C.P. G.*, N° 10-11, 2015. (pp.506-508).
20. **GROSSER Paul**, « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJ contrat.*, N° 6, 2016. (pp. 270-281).
21. **HUET Jérôme,** « L'existence d'un devoir de conseil du banquier », *D*, N° 44, 2013. (pp. 2921-2922).
22. **JAOUEN Magali**, « Négociations et obligation de confidentialité », *A.J. Contrat.*, N° 6, 2016. (pp. 275-282).
23. **JOURDAIN Patrice**, « Le devoir de « se » renseigner », *D., Chro.*, N° 1, 1983. (pp. 139-144).
24. **KLEIN Julie**, « La loyauté en droit des contrats », *Justice et Cassation.*, N° 1, 2014. (pp. 77-89).

25. **LAJOYE Christophe**, « De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *C.R.D.F*, N° 1, 2002. (pp 118-133).
26. **LARROUMET Christian**, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D*, N° 19, 1997. (pp 145-147).
27. **LE TOURNEAU Philippe**, « De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D., Chro., cahier*, N° 14, 1987. (pp. 101-104).
28. **LEVENEUR Laurent**, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA*, N° 9, 1998. (pp 676-690).
29. **MAZEAUD Denis**, « Régime de la violence économique », *D*, N° 37, 2002. (pp 2844-2845).
30. **———————**, « La révision du contrat », *L.P.A.*, N° 129, 2005. (pp. 554-589).
31. **———————**, « La confiance légitime et l'estoppel », *R.I.D.C.*, Vol 58, N° 2, 2006. (pp 363-392).
32. **MEKKI Mustapha**, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *R.D.C.*, N° 1, 2010. (pp. 383-407.).
33. **———————**, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D*, N° 14, 2015. (pp. 793-856).
34. **MESTRE Jacques,** « La liberté de choisir son cocontractant: une liberté fondamentale mais non absolue », *RTD Civ.*, N° 1, 1999. (pp. 79-80).
35. **———————**, « La liberté de choisir son cocontractant (suite) », *RTD Civ.*, N° 2, 1999. (pp. 380-381)
36. **———————, FAGES Bertrand**, « De la liberté de ne pas contracter », *RTD Civ.*, N° 2, 2004. (pp. 280-283).
37. **RIPERT Georges**, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, T2 (les sources générales des systèmes juridiques actuels), recueil sirey, Paris, 1934. (pp. 347-353).
38. **RÖDL Florian**, « Contractual freedom, contractual justice, and contract law (theory) », Law And Contemporary Problems, Vol. 76:57, N° 2, 2013. (pp. 58-70).
39. **Rolland Louise**, « Qui dit contractuel, dit juste » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », *Revue De Droit De Mcgill*, Vol 51, 2006. (pp 766-780).

40. **ROUHETTE Georges**, « La révision conventionnelle du contrat », *RTD Com.*, N° 2, 1986. (pp. 369-408).
41. **SERIAUX Alain**, « L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », *D*, N° 10, 1997. (pp 121-125).
42. **SIGUOIRT Laurent**, « À la recherche de la négociation... », *A.J. Contrat.*, N° 6, 2016. (pp. 268-672).
43. **SKRZYPNIAK Helene**, « La clause de tolérance », *D., Chro.*, N° 4, 2016. (pp. 218-224).
44. **TERNEYRE Philippe**, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? le point de vue constitutionnel », *AJDA*, N° 9, 1998. (pp 667-675).
45. **THIBIERGE Louis**, « Les effets du contrat », *A.J. Contrat.*, N° 6, 2018. (pp. 266-277).
46. **VIGNEAU Christophe**, « L'impérative de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *R.D.S.*, N° 7, 2004. (pp. 706-714).

IV. Contributions

1. **HAGE CHAHINE Fayez**, « Comment la réforme sera-t-elle accueillie au Liban et dans les pays arabes qui ont été influencés par le Code civil de 1804 ? », in colloque sur « la réforme du droit des contrats en france : regards croisés franco-libanais », 11 mars 2016, organisé par Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, Liban, 2016, p. 119 et s. (pp. 119-142).
2. **LEQUETTE Yves**, « ouverture », in colloque sur « les mutations de l'ordre public contractuel », Paris, 9 mai 2011, *R.D.C.*, N°1, 2012. (pp. 262-266.).

V. Textes juridiques

A. Textes de la loi française

1. **Loi n° 1804-02-07**, code civil, promulguée le 17 février 1804, in : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006436298/1804-02-17
2. **code de la consommation**, in : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/
3. **code du travail**, in : https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/

4. **Ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°35, du 11 février 2016.

B. Autres textes de loi étrangers

1. **Code civil italien**, in : https://www.wipo.int/wipolex/fr/legislation/details/16608

2. **Code civil du Québec**, in : https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/ccq-1991

VI. Jurisprudence

A. Jurisprudence du Conseil Constitutionnel française :

- **Conseil Constitutionnel**, 13 juin 2013, N° 2013-672 DC, in : https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2013/2013672DC.htm

B. Jurisprudence de la Cour de Cassation française :

1. **Arrêt de la Cour de Cassation**, 6 mars 1876, in: https://mafr.fr/IMG/pdf/canal_de_craponne.pdf
2. **Cass. Civ.**, 21 novembre 1911, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006953018/
3. **Cass. Com.**, 20 mars 1972, N° 70-14.154, Bull. Civ. N°4, p. 90; in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006986985/
4. **Cass. Com**. 11 janvier 1984, N° 82-13.259, Bull. Civ. N°4, 1984, p. 16.
5. **Cass. Com**. 30 octobre 1984, N° 83-12.997, Bull. Civ. N° 4, 1984, p. 285.
6. **Cass. Civ**. 1ère, 09 octobre1985, N° 84-10.245, Bull. Civ. N° 251, 1985, p. 225.
7. **Cass. Soc**. 23 septembre 1992, N° 90-44.466, Bull. Civ. N° 472, 1993, p. 296.
8. **Cass. Civ**. 1ère, 27 juin 1995, N° 92-19.212, Bull. Civ. N° 1, 1995, p. 200.
9. **Cass. Com.,** 22 october 1996, N° 93-18.632, Bull. Civ. N° 8, 1996, p. 223.
10. **Cass. Civ**. 2ème , 04 juin 1997, N° 95-10.574, in https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007338911

11. Cass. Civ. 1ère, 14 octobre 1997, N° 95-19.609, Bull. Civ. N° 1, 1997, p. 188.
12. Cass. Com. 7 avril 1998, N° 96-13.219, Bull. Civ. N° 126, 1998, p. 101.
13. Cass. Civ. 3ème, 01 juillet 1998, N° 96-20.605, Bull. Civ. N° 1, 1998, p. 101.
14. Cass. Com. 24 novembre 1998, N° 96-18.357, Bull. Civ. N° 4, 1998, p. 232.
15. Cass. Com, 26 janvier 1999, N° 97-11.084, Bull. Civ. N° 23, 1999, p. 19.
16. Cass. Civ. 1ère, 3 mai 2000, N° 98-11.381, Bull. Civ. N° 131, 2000, p. 88.
17. Cass. Com. 20 juin 2000, 96-16.497, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007410527
18. Cass, Com, 11 juillet 2000, N° 97-18.275, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007414404
19. Cass. Soc., 6 février 2001, N° 98-46.345, Bull. Civ. N° 43, 2001, p 32.
20. Cass. Soc., 10 mai 2001, N° 99-40.584, Bull. Civ. N° 159, 2001, p 126.
21. Cass. Civ. 1ère, 03 avril 2002, N° 00-12.932, Bull. Civ. N °108, 2002, p. 84.
22. Cass. Com., 18 juin 2002, N° 99-16.488; in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007462723/
23. Cass. Com. 25 février 2003, N° 01-12.660, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007456088
24. Cass. Com. 6 mai 2003, N° 00-11.530 , in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007462766/
25. Cass. Com. 26 novembre 2003, N° 00-10.243 00-10.949, Bull. Civ. N° 4, 2003, p. 206.
26. Cass. Com., 12 mai 2004, N° 00-15.618, Bull. Civ. N° 5, 2004, p. 97.
27. Cass. Civ. 1ère, 15 juin 2004, N° 00-16.392, Bull. Civ. N° 172, 2004, p 143.
28. Cass. Civ. 1ère, 30 juin 2004, N° 01-00.475, Bull. Civ. N° 190, 2004, p. 157.
29. Cass. Civ. 1ère, 6 juillet 2004, N° 01-14.618, Bull. Civ. N° 1, 2004, p. 169.
30. Cass. Civ. 1ère, 30 novembre 2004, N° 01-14.314, Bull. Civ. N° 298, 2004, p. 249.
31. Cass. Civ. 1ère, 1 mars 2005, N° 04-10.063, Bull. Civ. N° 109, 2005, p. 94.

32. Cass. Civ. 3éme, 14 septembre 2005, N° 04-10.856, Bull. Civ. N° 166, 2005, p. 154.
33. Cass. Civ. 1ère, 07 février 2006, N° 03-17.642, Bull. Civ. N °2, 2006, p. 63.
34. Cass. Civ. 1ère, 05 juillet 2006, N° 05-12.193, Bull. Civ. N° 7, 2006, p. 309.
35. Cass. Com. 15 mai 2007, N° 06-12.282, Bull. Civ. N° 4, 2007, p. 125.
36. Cass. Civ. 1ère, 30 avril 2009, N° 07-18.334, Bull. Civ. N° 4, 2009, p. 70.
37. Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2010, N° 09-66.969, Bull. Civ. N° 101, 2010, p. 101.
38. Cass. Civ. 1ère, 1 juillet 2010, N° 09-16114, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022428112
39. Cass. Civ. 1ère, 12 juin 2012, N° 11-15.620, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026029924
40. Cass. Civ. 3ème, 9 octobre 2012, N° 11-23.869, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026489268/
41. Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 2012, N° 11-15529, Bull. Civ. N° 8, 2012, p. 212.
42. Cass. Com, 07 octobre 2014, N° 13-21.086, Bull. Civ. N° 8, 2014, p. 179.
43. Cass. Soc, 18 février 2015, N° 13-17.582, in : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000030271514/
44. Cass. Soc. 11 mars 2015, N° 13-22.257, Bull. Civ. N° 3, 2015, p. 51.
45. Cass. Civ. 3ème, 16 mars 2023, N° 22-11.048, in : https://www.courdecassation.fr/decision/6412c9e1314ae0a62152cf7a

C. United States' Supreme Court jurisprudence :

- **Pennzoil Co. v.** Texaco, Inc., 481 U.S. 1 (1987), (p 481), in : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/1/

VII. Encyclopédies et Répertoires

1. **CHAUVEL Patrick**, « Dol », *Rép. Civ.*, juin 2014, (actualisation: juin 2017).
2. **LATINA Mathias**, « Contrat : généralités », *Rép. Civ.*, mai 2017, (actualisation: octobre 2023).

3. **LEMOULAND Jean-Jacques; PIETTE Gaël; HAUSER Jean, «** Ordre public et bonnes mœurs **»**, *Rép. Civ.*, Février 2019, (actualisation: Juin 2023).
4. **LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu**, **«** Bonne foi **»**, *Rép. Civ.*, Janvier 2017, (actualisation: Juillet 2023).
5. **PIMONT Sébastien**, **«** Clause pénale **»**, *Rép. Civ.*, avril 2010, (actualisation: Mai 2022).

VIII. Documents

1. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**, in : https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen,
2. **Draft Common Frame of Référence**, in : https://sakig.pl/wp content/uploads/2019/01/dfcr.pdf
3. **L'institut international pour l'unification du droit privé**, Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international, Rome, 2010.
4. **Principes de droit européen des contrats**, in : https://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/pecl_part1e2_francese.pdf
5. **projet de réforme de la responsabilité civile**, mars 2017, in : file:///C:/Users/hp/Downloads/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf
6. **Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats,** du régime général et de la preuve des obligations, in : https://www.tendancedroit.fr/projet-dordonnance-portant-reforme-droit-contrats-regime-general-de-preuve-obligations/
7. **Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131** du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF N° 35, du 11 février 2016.

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
قائمة بأهم المختصرات	
مقدَّمة	02
الباب الأوَّل **تحوُّل مبدأ سلطان الإرادة تحت تأثير التَّوجُّهات الحديثة لنظريَّة العقد: الثَّابت والمتغيِّر**	09
الفصل الأوَّل **ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالمصلحة الشَّخصيَّة: تكريس لحريَّة العقد**	12
المبحث الأوَّل **الحريَّة التعاقديَّة والحريَّة الفرديَّة: قِوام الحريَّة**	13
المطلب الأوَّل **علاقة الحريَّة التعاقديَّة باستقلاليَّة الإرادة: تجسيد للإرادة المستقلَّة**	13
الفرع الأوَّل: عرض نظريَّة استقلاليَّة الإرادة	14
أوَّلاً: أسس نظريَّة استقلاليَّة الإرادة	14
1. الفلسفة الفرديَّة لحقوق الإنسان	15
2. المذهب الاقتصادي اللِّيبرالي	15
ثانيًا: عدم تناغم نظريَّة استقلاليَّة الإرادة مع أحكام القانون المدني: تفسير استباقي	16
الفرع الثَّاني: التَّكريس التَّدريجي للحريَّة التعاقديَّة	17

أوّلاً: بُروز الحريَّة التعاقديَّة في ظلِّ القانون الرُّوماني	**18**
1. تحجُب القانون الرُّوماني عن الاعتراف بالحريَّة التعاقديَّة	**18**
2. احتضان القانون الرُّوماني للحريَّة التعاقديَّة	**19**
ثانيًا: مكانة الحريَّة التعاقديَّة في ظلِّ القانون المدني	**19**
1. ظهور مبدأ الحريَّة التعاقديَّة في ظلِّ القانون المدني الجزائري	**20**
أ. التَّكريس القانوني المُتستِّر عن الحريّة التعاقديَّة	**20**
ب. قراءة تأمُّليَّة في ضوء البيئة التَّشريعيَّة المؤطرة للحريَّة التعاقديَّة	**22**
2. الاعتراف بمبدأ الحريَّة التعاقديَّة في ظلِّ القانون المدني الفرنسي	**23**
أ. تَربُّع الحريّة التعاقديَّة على عرش قانون نابليون لعام 1804	**23**
ب. تقرير القيمة الدُّستوريَّة للحريَّة التعاقديَّة	**24**
ب-1. الحريَّة التعاقديَّة كمبدأ دستوري	**25**
ب-2. اكتساء الحريَّة التعاقديَّة بالحماية الدُّستوريَّة	**25**
ج.تقنين الحريَّة التعاقديَّة في ظلِّ إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016	**26**
ج-1. المادَّة 1102: الصِّيغة التَّشريعيَّة لتقنين مبدأ الحريَّة التعاقديَّة	**26**
ج-2. المادَّة 1102: منظور قانوني استقرائي	**28**
المطلب الثَّاني **الأبعاد الثلاثيَّة في ممارسة الحريَّة التعاقديَّة**	**29**
الفرع الأوَّل: حـــريـَّة الـتَّعاقـــد	**29**
أوّلاً: مظاهر حريَّة التَّعاقد	**30**

1. حريَّة قبول التَّعاقد	**30**
2. حريَّة رفض التَّعاقد	**31**
ثانيًا: ترجمة حريَّة التَّعاقد لمبدأ استقلاليَّة الإرادة	**33**
الفرع الثَّاني: حريَّة اختيار الطّرف المُتعاقد معه	**33**
أوَّلاً: ممارسة حريَّة اختيار الطّرف المتعاقد معه	**34**
1. حريَّة تحديد الطّرف المُتعاقد معه	**34**
2. حريَّة رفض الطّرف المراد التَّعاقد معه	**35**
ثانيًا: مناقشة إشكالات حريَّة اختيار الطّرف المتعاقد معه	**36**
1. إدخال مبدأ التَّمييز في العقد: تعارض كلِّي	**36**
2. إظهار الجانب الأحادي للإرادة: مزاحمة الإرادة التعاقديَّة المشتركة	**38**
الفرع الثَّالث: حـريَّة اختيـار التَّعـاقد	**38**
أوَّلاً: حريَّة تحديد المضمون العقدي	**39**
1. جوهر التَّحديد الإرادي للمضمون العقدي	**39**
2. النَّتائج المترتِّبة عن التَّحديد الإرادي للمضمون العقدي	**40**
ثانيًا: حريَّة تحديد شكل العقد	**41**
المبحث الثَّاني **القُوَّة المُلزمة وحرمة العقد: تكريس للأمن التَّعاقدي**	**43**
المطلب الأوَّل **تأكيد مكانة القُوَّة المُلزمة للعقد**	**43**
الفرع الأوَّل: تعزيز الرُّوح الإلزاميَّة العقديَّة	**44**

أوّلاً: تبرير القُوَّة المُلزمة للعقد	**44**
1. القُوَّة المُلزمة مصدرها يكمن في جوهر الإرادة	**45**
2. القُوَّة المُلزمة مُنبثقة من رُوح الثِّقة المشروعة	**46**
3. القوَّة الملزمة مستندة إلى صحَّة العقد	**47**
ثانيا: تقديس إلزاميَّة العقد في ظلِّ القانون المدني	**48**
1. تضمِين القُوَّة المُلزمة في ظلِّ القانون المدني الجزائري	**48**
أ. تحديد التَّموضع التَّشريعي للمادَّة 106	**48**
ب. قراءة في محتوى المادَّة 106	**49**
2. التَّنصيص على القُوَّة المُلزمة في ظلِّ القانون المدني الفرنسي	**49**
أ. المادَّة 1134: الصِّيغة التَّاريخيَّة-قانون نابليون لعام 1804	**49**
أ-1. تحديد التَّموضع التَّشريعي للمادَّة 1134	**50**
أ-2. قراءة في محتوى المادَّة 1134	**50**
ب. المادَّة 1103: الصِّيغة المماثلة-إصلاح قانون العقود لسنة 2016	**51**
ب-1. تحديد التَّصميم التَّشريعي لنصِّ المادَّة 1103	**52**
ب-2. قراءة في محتوى المادَّة 1103	**52**
الفرع الثَّاني: دور القُوَّة المُلزمة: مفهوم قانوني بمقاربة متعدِّدة	**53**
أوّلاً: القوَّة المُلزمة بمقاربةٍ اجتماعيَّة	**53**
ثانيا: القُوَّة المُلزمة بمقاربةٍ اقتصاديَّةٍ	**54**

المطلب الثّاني **مظاهر تقديس القُوّة المُلزمة لاستقلاليّة الإرادة التعاقديّة**	56
الفرع الأوّل: إلزاميّة خضوع العقد للإرادة التعاقديّة المشتركة	56
أوّلاً: معارضة التّعديل المُنفرد للشُّروط التعاقديّة	57
ثانيا: حظر التّهرُّب من الأداء العقدي	58
ثالثا: منع الإنهاء الأحادي للشُّروط التعاقديّة	59
الفرع الثّاني: محاولة إقصاء القاضي من العقد	60
أوّلاً: تحريم مساس القاضي بالتّوقُّعات التعاقديّة	61
1. حظر تعديل العقد المضطرب بأثر الظّرف الطّارئ	61
2. احترام الإرادة التعاقديّة عند تفسير العقد	62
ثانيا: حظر تدخُّل القاضي في مصير الإرادة التعاقديّة	64
الفصل الثّاني **اقتران مبدأ سلطان الإرادة مع المصلحة العامّة: تجسيد لعدالة العقد**	67
المبحث الأوّل **انعكاس المصلحة العامّة على قواعد نظريّة العقد: التّغيير والتحوُّل**	68
المطلب الأوّل **إرساء الفلسفة الاجتماعيّة: بداية أخلقة العقد**	68
الفرع الأوّل: تقديم النّظريّة الاجتماعيّة للعقد	69
أوّلاً: الأساس الأخلاقي قِوام العقد	69
1. فلسفة التّضامن الاجتماعي	70

2. مبدأ التَّوازن العقدي	**71**
ثانيًا: تناسب قواعد القانون المدني مع نظريَّة الفلسفة الاجتماعيَّة: تفسير بعدي	**71**
الفرع الثَّاني: مُخلّفات نظريَّة اجتماعيَّة العقد	**72**
أوَّلاً: زعزعة الفلسفة الاجتماعيَّة لمكانة المبادئ الإراديَّة للعقد	**73**
1. استنجاد العقد بفكرة التَّوازن الموضوعي لتقدير الالتزامات التعاقديَّة	**73**
أ. التَّخلِّي عن التَّوازن الإرادي	**73**
ب. إعادة النَّظر في المساواة المفترضة	**74**
2. تعارض فكرة التَّوازن الموضوعي مع توقُّعات الإرادة المستقلَّة	**75**
أ. التَّعارض مع مذهب الفلسفة الفرديَّة	**76**
ب. التضارب مع المذهب الليبرالي الاقتصادي	**77**
ثانيًا: دخول العقد في التَّنشئة الاجتماعيَّة	**78**
1. تغيير توجُّهات العقد	**78**
2. تذبذب مفهوم العقد	**79**
أ. تخبط العقد في دائرة عدم استقرار الرؤية القضائيَّة	**79**
ب. تشوش الرؤية التَّشريعيَّة إزاء مفهوم العقد	**80**
المطلب الثَّاني **تقهقر سلطان الإرادة: تراجع في مقابل التَّطويع**	**81**
الفرع الأوَّل: اصطباغ العلاقة العقديَّة بعدم تكافؤ المراكز	**82**

أوّلاً: أسباب ميلاد إشكاليَّة عدم تكافؤ المراكز	82
1. نقض المعلومات و/ أو الضعف التَّعاقدي	83
2. وصف الإذعان في العقد	84
أ. عقد الإذعان: النمط التقليدي	84
ب. عقد الإذعان: النَّمط الإلكتروني	85
ثانيًا: معالجة إشكاليَّة عدم تكافؤ المراكز	86
1. استلهام القضاء الفرنسي لآليَّة الإعلام	86
2. التَّتويج التَّشريعي لآليَّة الإعلام	87
الفرع الثَّاني: اختلال ميزان التَّوازن العقدي	88
أوّلاً: مظاهر اختلال توازن العقد	88
1. الشَّرط العقدي التَّعسُّفي	89
أ. الشَّرط التَّعسُّفي	89
ب. اتِّساع دائرة الغطاء الحمائي	90
2. الشَّرط العقدي غير عادل	91
أ. تقرير الشَّرط غير العادل	91
ب. عموميَّة الشَّرط غير العادل	93
ثانيًا: علاج اختلال توازن العقد	93
1. مكافحة الشَّرط العقدي التعسفي	94

أ. تعديل القاضي للشَّرط التَّعسُّفي	**94**
ب. اعتبار الشَّرط التَّعسُّفي كأنه لم يكن	**95**
2. علاج الشَّرط غير العادل	**96**
المبحث الثَّاني **اضمحلال المصلحة العامَّة في ركائز العمليَّة التعاقديَّة**	**97**
المطلب الأوَّل **التَّضحية بقداسة الحريَّة التعاقديَّة: في مقابل رعاية المصلحة العامَّة**	**97**
الفرع الأوَّل: تبلور فكرة النِّظام العام تحت واقع التَّقييد	**98**
أوَّلاً: النِّظام العام: مفهوم مرن يتَّسم بصعوبة الضَّبط	**98**
1. النِّظام العام: مفهوم تقليدي	**99**
2. صعوبة الاتِّفاق على مفهوم محدَّد لفكرة النِّظام العام	**100**
ثانيًا: النِّظام العام: مفهوم متجدِّد بانعكاسات مزدوجة	**101**
1. النِّظام العام الاقتصادي: شكل جديد	**101**
2. توجُّهات النِّظام العام الاقتصادي	**102**
أ. النّظام العام التَّوجيهي	**103**
ب. النِّظام العام الحمائي	**103**
الفرع الثَّاني: التَّقليص من حركيَّة ممارسة الحريَّة التعاقديَّة: إضعاف للإرادة المستقلّة	**104**
أوَّلاً: إدخال تقنيَّة الإجبار على التَّعاقد	**104**
1. إلزاميَّة التَّعاقد	**104**

2. تحديد الطّرف المتعاقد معه	**105**
أ. فرض الطّرف المتعاقد معه	**105**
ب. حظر رفض التّعاقد	**106**
ب-1. التّقييد التّشريعي لحريّة رفض التّعاقد	**106**
ب-2. الرقابة القضائيّة على تقييد حريّة رفض التّعاقد	**107**
ب-2-1. قضيّة البلديّة **(Chaux-la-Lotière)** وإعلان بيع قطعة أرضيّة	**108**
ب-2-2. قضيّة شركة **(Rolex)** ورفض مواصلة عمليّة البيع	**109**
ثانيًا: تضخُّم المضمون العقدي	**110**
1. تقييد الإرادة التعاقديّة عبر مضمون العقد	**110**
أ. مزاحمة الإرادة التعاقديّة	**110**
ب. السلطة الإبداعيّة للقاضي إزاء العقد	**112**
2. تقييد الإرادة التعاقديّة عبر شكل العقد	**113**
المطلب الثّاني **مرونة القوّة الملزمة: في مقابل التلطيف من حرمة العقد**	**114**
الفرع الأوّل: تجسـيد تـوازن الـعقد	**115**
أوّلاً: تشخيص توازن الأداءات التعاقديّة	**115**
1. تحقق التّقابل بين الالتزامات التعاقديّة	**115**
2. تقدير فقدان التّقابل بين الالتزامات التعاقديّة	**116**

أ. عقود التَّبادل	**117**
ب. عقود المعاوضة	**117**
ثانيًا: مراقبة وضعيَّة اختلال التَّوازن العقدي	**118**
1. التَّتويج التَّشريعي لفكرة الإكراه الاقتصادي	**118**
2. التَّصدِّي لحالة الإكراه الاقتصادي	**119**
أ. الاستفادة من الوجه الحمائي للمادَّة 1142	**120**
ب. تدخُّل القاضي لتسيطر الغطاء الحمائي	**121**
الفرع الثَّاني: الحفاظ على عدالة العقد	**122**
أوَّلاً: إمكانيَّة تحديد الثَّمن بالإرادة المنفردة	**122**
1. التَّحديد الأحادي للثَّمن في العقود الزَّمنيَّة	**122**
2. تقدير فعالية تحديد الثَّمن بالإرادة المنفردة	**125**
ثانيًا: طلب إعادة التَّفاوض بالإرادة المنفردة	**126**
1. الحق في طلب إعادة التَّفاوض	**126**
2. الجوانب الخلافيَّة لآلية طلب إعادة التَّفاوض	**127**
الباب الثَّاني **مواءمة مبدأ حسن النيَّة لميكانزمات مبدأ سلطان الإرادة: التَّعايش والتَّعميم**	**130**
الفصل الأوَّل **ملازمة مبدأ حسن النيَّة لتكوين العمليَّة التعاقديَّة: الحريَّة والتَّهذيب**	**133**

المبحث الأوّل **حسن النيَّة والتَّفاوض: تمهيد لحريّة التَّفاوض**	134
المطلب الأوّل **إدخال الالتزام بحسن النيَّة في قواعد العقد: خلق قاعدة انضباط**	135
الفرع الأوّل: حريّة التَّفاوض وحسن النيَّة: تصالح في خدمة العقد	135
أوّلاً: دور حسن النيَّة في تهذيب حريّة التَّفاوض	136
1. امتثال حريّة التفاوض لتعليمات حسن النيَّة	136
2. تأكيد القضاء على ترجمة حريّة التَّفاوض لتعليمات حسن النيَّة	137
ثانيا: تكريس مبدأ حسن النيَّة في ظلّ القانون المدني	138
1. مبدأ حسن النيَّة في ظلِّ القانون المدني الجزائري	138
2. مبدأ حسن النيَّة في ظلِّ القانون المدني الفرنسي	139
أ. قانون نابليون لعام 1804: تضيق مظلَّة حسن النيَّة	139
ب. إصلاح قانون العقود لسنة 2016: توسيع مظلَّة حسن النيَّة	140
ب-1. تحديد التموضع التَّشريعي للمادَّة 1104	140
ب-2. قراءة في محتوى المادَّة 1104	141
الفرع الثَّاني: مرتكزات الالتزام بحسن النيَّة	142
أوّلاً: التفاف النِّظام العام حول حسن النيَّة	142
1. اكتساء حسن النيَّة بطابع النِّظام العام	142
2. آثر النِّظام العام على دائرة حركيّة حسن النيَّة	143

ثانيًا: توسيع مظلّة حسن النيَّة	144
المطلب الثَّاني **ملامح إشراف حُسن النيَّة على عمليَّة التَّفاوض: الالتزام بعدم الإساءة**	145
الفرع الأوَّل: حُسن النيَّة والمُبادرة التفاوضيَّة	145
أوَّلاً: التَّحلي بالجديَّة عند الدُّخول في المفاوضات	146
1. دخول طرف في التَّفاوض دون نيَّة جديَّة	146
2. دخول طرف في التَّفاوض بسوء نيَّة	147
ثانيًا: الالتزام بالحذر عند الدُّخول في المفاوضات	148
1. الرقابة القضائيَّة على الإساءة لمبدأ حسن النيَّة	148
2. الالتزام بالإفضاء عن مفاوضات موازية	149
الفرع الثَّاني: حُسن النيَّة والسَّير في المفاوضات	151
أوَّلاً: التَّعامل بصدق عند الاستمرار في التَّفاوض	151
ثانيًا: الاتّصاف بالأمانة عند السَّير في التَّفاوض	152
1. تكريس قضائي للالتزام بالسّرية	153
2. تكريس تشريعي للالتزام بالسّرية	154
الفرع الثَّالث: حُسن النيَّة والإنهاء التَّفاوضي	155
أوَّلاً: توافق إنهاء المفاوضات مع مبدأ حسن النيَّة	156
1. اتّساق سلوك الإنهاء مع مبدأ حسن النيَّة	156

2. إساءة الإنهاء لمبدأ حسن النيَّة	157
ثانيا: تحديد مسؤوليَّة الإنهاء غير مشروع للمفاوضات	158
1. ضبط المسؤوليَّة المدنيَّة عن الإنهاء غير المشروع للمفاوضات	159
2. تقدير التَّعويض عن الأضرار النَّاتجة عن الإنهاء غير المشروع للمفاوضات	160
أ. التَّعويض عن الكسب الفعلي	160
ب. التَّعويض عن فشل المفاوضات بسبب الغير	161
المبحث الثَّاني **حسن النيَّة والتَّعاقد: تحقيق المساواة العقديَّة**	163
المطلب الأوَّل **التَّقيد بالالتزام بالإعلام لحماية رضا المتعاقد: تنوير الإرادة الحرَّة**	163
الفرع الأوَّل: الالتزام بالإعلام والإرادة الحرَّة للمتعاقد: تناسق واتّساق	164
أوَّلاً: التَّصريح بالالتزام بالإعلام في ظلّ القانون المدني الجزائري	164
1. الإفراج الضمني عن الالتزام بالإعلام	165
2. تضمِين الالتزام بالإعلام في ظلِّ تشريعات خاصَّة	166
أ. الالتزام بالإعلام في ظلِّ قانون حماية المستهلك	166
ب. الالتزام بالإعلام في ظلِّ القانون المتعلِّق بالممارسات التجاريَّة	167
ج. الالتزام بالإعلام في ظلِّ قانون الصّحة	168
د. الالتزام بالإعلام في ظلِّ قانون النقد والقرض	169
هـ. الالتزام بالإعلام في ظلِّ قانون التَّجارة الإلكترونية	169

ثانيا: تقنين الالتزام بالإعلام في ظلِّ القانون المدني الفرنسي	170
1. الالتزام بالإعلام في ظلّ قانون نابليون لعام 1804: فراغ تشريعي	170
2. إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016: تجديد تشريعي	171
الفرع الثَّاني: طبيعة الالتزام بالإعلام	172
أوّلاً: تعلق الالتزام بالإعلام بمقتضيات النِّظام العام	173
ثانيا: شموليَّة الالتزام بالإعلام	174
المطلب الثَّاني **تنفـــيذ الالـتزام بالإعـــلام**	174
الفرع الأوَّل: شـــروط تنفيـــذ الالـتزام بالإعـــلام	175
أوّلاً: المعلومات محل الالتزام بالإعلام جوهريَّة	175
1. علم المدين بالإعلام بالمعلومات	176
أ. المادَّة 1112-1: تعبير عن قرينة العلم الكافي	176
ب. المادَّة 1112-1: الإعفاء من واجب الاستعلام	177
ج.المادَّة 1112-1: تعميم الالتزام بالإعلام	178
2. جهل الدائن بالإعلام للمعلومات الجوهريَّة	178
أ. الجهل المشروع للدائن بالإعلام	179
ب. الجهل غير المشروع للدائن بالإعلام	180
ب-1. التزام الدَّائن بالإعلام بالاستعلام	181

ب-2. ضوابط تقيَّد الدائن بالاستعلام	**181**
ب-2-1. التَّحلي بواجب الفضول	**182**
ب-2-2. التَّقيد بواجب الاستعلام	**183**
ب-2-3. توخ واجب الحذر	**184**
ثانيا: تأثير المعلومات على رضا الطَّرف المتعاقد معه	**185**
1. المعلومات المؤثّرة على رضا الدائن بالإعلام: قاعدة عامة	**185**
2. تأثير معلومة تقدير محل العقد على رضا الدائن بالإعلام: استثناء من القاعدة	**186**
الفرع الثَّاني: انتـــــهاك الالتزام بالإعـــــــــلام	**187**
أوّلاً: إثبات انتهاك الالتزام بالإعلام	**188**
1. عبء الإثبات	**188**
أ. الطَّرف الدائن بالإعلام	**188**
ب. الطَّرف المدين بالإعلام	**189**
2. طرق الإثبات	**190**
ثانيا: جزاء انتهاك الالتزام بالإعلام	**191**
1. توقيع جزاء التَّعويض	**191**
2. تقرير بطلان العقد	**192**
الفصل الثَّاني **مرافقة مبدأ حسن النيَّة لمسار العمليَّة التَّعاقديَّة: الانفرادية والضّبط**	**195**

المبحث الأوّل **حسن النيَّة والتَّنفيذ: حفظ توازن العقد**	**196**
المطلب الأوّل **الالتزام بحسن النيَّة في أثناء تنفيذ العقد: رؤية محافظة**	**196**
الفرع الأوّل: تكريس حسن النيَّة في ظل القانون المدني	**197**
أوّلاً: حسن النِّيَّة في ظلِّ القانون المدني الجزائري	**197**
1. قراءة في التموضع التَّشريعي للمادَّة 107	**198**
2. قراءة في محتوى المادَّة 107	**198**
ثانيًا: حسن النيَّة في ظلِّ القانون المدني الفرنسي	**199**
1. حسن النيَّة في ظلِّ قانون نابليون لعام 1804	**199**
أ. قراءة في التَّموضع التَّشريعي للمادَّة 1134	**199**
ب. قراءة في محتوى المادَّة 1134	**200**
2. حسن النيَّة في ظلّ إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016	**201**
الفرع الثَّاني: استرشاد القاضي بحسن النيَّة لعند التدخُّل في التَّنفيذ العقدي	**201**
أوّلاً: حسن النيَّة والتحكُّم في العقد: تعدي صارخ على الإرادة التعاقديَّة	**201**
1. حسن النيَّة أداة القاضي لتفسير بنود العقد	**202**
2. حسن النيَّة فرصة إبداع القاضي في العقد	**203**
3. حسن النيَّة إطار تحكم القاضي بالعقد	**204**
ثانيًا: حسن النيَّة وضبط سلوك المتعاقدين: فرصة لتأديب الإرادة التعاقديَّة	**205**

1. واجب الولاء (Devoir de loyauté)	**205**
أ. واجب المثابرة	**205**
ب. واجب اليقظة	**206**
ج.واجب الشَّفافية	**207**
د. واجب التسامح	**208**
2. واجب التَّعاون	**209**
المطلب الثَّاني **الظَّرف الطَّارئ ومراجعة العقد: تدارك ميزان توازن العقد**	**212**
الفرع الأوَّل: تبلور نظريَّة الظروف الطارئة	**212**
أوَّلاً: الجهود الدوليَّة المبذولة في تفعيل نظريَّة الظُّروف الطَّارئة	**213**
1. المعهد الدَّولي لتوحيد قواعد القانون الخاص	**213**
2. مبادئ القانون الأوروبي للعقد (PDEC)	**214**
ثانيًا: تبني القانون المدني نظريَّة الظُّروف الطَّارئة	**215**
1. النُّطق التَّشريعي المبكر في ظلِّ القانون المدني الجزائري	**215**
2. النَّظرة التَّفاؤلية في ظلِّ القانون المدني الفرنسي	**216**
أ. قانون نابليون لعام 1804: فراغ تشريعي	**216**
ب. إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016: تفطن تشريعي إصلاحي	**217**
ثالثًا: شروط تطبيق نظريَّة الظُّروف الطَّارئة	**218**

1. حدوث تغير غير متوقع في أثناء التَّنفيذ	**219**
2. أن يصبح التَّنفيذ مرهقًا بدرجة كبيرة لأحد المتعاقدين	**219**
3. عدم قبول تحمل خطر تغيُّر الظَّرف الطَّارئ	**220**
الفرع الثَّاني: مراجعة العقد بسبب الظَّرف الطَّارئ: تدرج في الأدوار	**221**
أوَّلاً: تمكِين أطراف العقد من المراجعة الاتفاقيَّة	**221**
1. طلب إعادة التَّفاوض: تعزيز للإرادة التعاقديَّة	**222**
2. تقييم فعالية آليَّة طلب إعادة التَّفاوض	**223**
ثانيًا: تشجيع تدخل القاضي بتفعيل المراجعة القضائيَّة	**225**
1. تعديل القاضي للعقد: استبدال الإرادة التعاقديَّة	**226**
2. تقييم فعاليَّة آلية تعديل القاضي لآثر تغير الظَّرف الطَّارئ	**227**
المبحث الثَّاني **حسن النيَّة ونهاية العقد: رؤية جديدة**	**229**
المطلب الأوَّل **حسن النيَّة والإنهاء: رؤية تجاهل**	**229**
الفرع الأوَّل: إدراج حسن النيَّة عند إنهاء العقد	**230**
أوَّلاً: أهميَّة حسن النيَّة عند إنهاء العقد	**230**
ثانيًا: مكانة حسن النيَّة عند إنهاء العقد في ظلّ القانون المدني	**231**
1. القانون المدني الجزائري لسنة 1975: دعوة إلى تعديل سريع	**231**
2. إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016: تفويت فرصة التَّقنين	**232**

الفرع الثَّاني: إعمال حسن النيَّة عند إنهاء العقد	232
أوَّلاً: تعلق حسن النيَّة عند تطبيق الشَّرط الجزائي	233
1. حسن النيَّة والشرط الجزائي	233
2. التَّقيد بحسن النّيَّة في أثناء تنفيذ الشَّرط الجزائي	234
ثانيًا: تطبيق حسن النيَّة عند إنهاء عقد العمل	236
1. ضبط عنصر المدَّة في عقد العمل	237
2. الالتزام بحسن النّيَّة عند إنهاء عقد العمل غير محدَّد المدَّة	238
أ. الإخطار بالإنهاء الانفرادي لعقد العمل	238
ب. السَّبب المشروع للإنهاء الانفرادي لعقد العمل	239
ج.عدم إنهاء عقد عمل في وقت غير مناسب	240
المطلب الثَّاني **حسن النيَّة وبعد العقد: رؤية استشرافيَّة**	241
الفرع الأوَّل: أهميَّة حسن النيَّة بعد العقد	241
أوَّلا: دور حسن النيَّة بعد العقد	242
ثانيًا: إحياء حسن النيَّة بعد العقد	243
1. إهدار قيمة حسن النيَّة بعد العقد	244
أ. القانون المدني الجزائري لسنة 1975: دعوة إلى خطوة تعديل	244
ب. إصلاح قانون العقود الفرنسي لسنة 2016: تفويت فرصة التَّقنين	245

2. تثمين حسن النيَّة بعد العقد	**246**
أ. القانون المدني الإيطالي: تقنين منفتح على مبدأ حسن النيَّة	**246**
ب. القانون المدني الكيبك: تقنين مستبشر لمبدأ حسن النيَّة	**247**
الفرع الثَّاني: أثر حسن النيَّة بعد العقد	**248**
أوَّلاً: قضيَّة **(la société Laboratoires pharmaceutiques Dentoria)**	**248**
ثانيًا: قضيَّة **(la société Madex)**	**249**
خاتمة	**252**
قائمة المراجع	**261**
فهرس المحتويات	**284**

المبادئ التوجيهية لنظريّة العقد

ملخّص

تحتل مبادئ العقد مكانة مقدسة ضمن مفاهيم النّظريّة العامّة للعقد، حيث ساد لفترة زمنية طويلة هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات العقديَّة، بفضل مناصرته الدائمة لمبدأ استقلاليّة الإرادة الضّامنة للمصلحة الشّخصيَّة للمتعاقد؛ غير أنّ التّطوُّرات التي أُدخلت في فلك العمليّة التعاقديّة، انعكست على توجه هذه المبادئ، وأحدثت على مستواها تحوُّلات، أصابتها بإرهاصات، كشفت عن اختناق مفاهيمها الكلاسيكيّة في مواجهة اضطراب العلاقات العقديّة.

تحسَّست النّظريّة العامّة للعقد بخطورة اعتماد مبدأ استقلاليَّة الإرادة كركيزة أساسيّة في قِيام العلاقة العقديّة؛ لذا بدا لزاما الاهتمام بتوجُّه حديث تجلّى في إضفاء روح العدالة للعقد قصد التّوفيق بين مصالح المتعاقدين، فكان لمبدأ حسن النِّيَّة دور في ترجمة هذه العدالة العقديّة، من خلال فرضه لقاعدة انضباط تحث على تعامل مؤدب بين المتعاقدين، وتدفعهما إلى إنجاح علاقتهما العقديَّة ببعد المصلحة العامّة؛ لتطرح هذه الوضعية على البساط القانوني معادلة التّعايش السلمي بين استقلاليّة الإرادة والعدالة العقديّة رغم تعارض توجُّهاتهما تحت مظلَّة العمليَّة التعاقديَّة.

الكلمات المفتاحيَّة: استقلاليّة الإرادة، التَّوازن العقدي، الحريَّة التعاقديَّة، العدالة العقديّة، العقد، القُوَّة الملزمة، المساواة العقديّة، المصلحة الشَّخصيّة، المصلحة العامّة، حسن النِّيَّة.

Les principes directeurs de la théorie du contrat

Résumé

Les principes du contrat occupent une place sacro-sainte au sein des concepts de la théorie générale du contrat ; la domination du principe de l'autorité de la volonté a prévalu sur les relations contractuelles pendant une longue période dû à son attachement au principe de l'autonomie de la volonté garantissant l'intérêt personnel du contractant. Cependant, les évolutions introduites dans le processus contractuel se sont reflétées dans l'orientation même de ces principes et ont provoqué des transformations profondes à leur niveau.

La théorie générale du contrat étant devenue sensible au principe de l'autonomie de la volonté comme principe fondamental de la relation contractuelle, il a semblé nécessaire de se pencher sur une tendance moderne qui se souci d'avantage de l'esprit de justice dans le contrat visant à concilier les intérêts des parties contractantes. Sur quoi, le principe de bonne foi a joué un rôle dans la consécration de cette justice contractuelle en imposant une règle de nature disciplinaire aux échanges entre les parties contractantes dans une dimension d'intérêt public.

Mots clés : l'autonomie de la volonté, équilibre contractuel, liberté contractuelle, justice contractuelle, contrat, force obligatoire, L'égalité contractuelle, l'intérêt privé, l'intérêt général, bonne foi.

The Guiding Principles of Contract Theory

Abstract

The guiding principles of contract occupy a sacrosanct place within the concepts of the general theory of contract; the dominance of the principle of the authority of the will has prevailed over contractual relations for a long period, due to its attachment to the principle of autonomy of the will guaranteeing the personal interest of the contracting parties. However, the changes introduced into the contractual process were reflected in the very orientation of these principles and led to profound transformations at their level.

As the general theory of contract has become sensitive to the principle of autonomy of the will as a fundamental principle of the contractual relationship, it has seemed necessary to address a modern trend which is more concerned with the spirit of justice in the contract aimed at reconciling the interests of the contracting parties. In this respect, the principle of good faith has played a role in the consecration of this contractual justice by imposing a rule of a disciplinary nature on exchanges between contracting parties in a dimension of public interest.

Keywords: autonomy of the will; contractual balance; contractual freedom; contractual justice; the contract ; binding force; contractual equity; personal interest; public interest; good faith.