

أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود

*The impact of the contractor's contractual strength on contracts law*

د. أحمد بعجي

Dr. Ahmed Baadji

أستاذ محاضر "ب"، جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق

Lecturer Class B, Algiers University -1. Faculty of law

a.baadji@univ-alger.dz

تاريخ النشر: 2020/12/27

تاريخ القبول: 2020/08/12

تاريخ إرسال المقال: 2019/09/01

ملخص:

أثر ظهور ظاهرة القوة التعاقدية للمتعاقد على مفهوم العقد، بحيث كان التصور الكلاسيكي للعقد يرفض و يتجاهل هذه القوة التعاقدية، و ظهر نتيجة ذلك عدم انسجام بين التصور النظري و الواقع العملي، و هو ما سبب اضطراب كبير لذلك التصور الكلاسيكي، لكن بعد أن صار قانون العقود يعترف بظاهرة القوة التعاقدية، و هذا ما كرسه القانون الجزائري، عبر السماح للمشرع و القاضي للتدخل في العقد، لحماية المتعاقد الضعيف بصورة واسعة المجال، و بتقنيات متنوعة و متعددة، ساهم ذلك في إثراء و تطور مفهوم العقد، و عليه سيكون البحث في إطار هذه الدراسة، حول مساهمة مظاهر هذه القوة التعاقدية، في تراجع أم في تطور العقد؟ و من جهة أخرى، الوصول إلى ضرورة تحديد النظرية العامة للعقد.

كلمات مفتاحية:

العقد، التصور كلاسيكي، القوة التعاقدية، المتعاقد الضعيف، التطور.

**Abstract:**

*The impact of the phenomenon of the contractual power of the contractor on the concept of the contract , so that the classical conception of the contract rejects and ignores this contractual force, and the result appeared a lack of harmony between the theoretical perception and the practical reality, which caused a great disturbance to that classical perception , but now that the law of contracts recognizes the phenomenon contractual force, as enshrined in algerian law, by allowing the legislator and judge to intervene in the contract, to protect the weak contractor, in a wide range, and with a variety of techniques, this contributed to the enrichment and*

*development of the concept of the contract, therefore , the research in this study, on the contribution of the manifestations of this contractual force , will be to decline or to the development of the contract? On the other hand , the need to renew the general theory of the contract is reached.*

**Keywords:**

*Contract, The classic conception , Contractual force, Weak contractor, Development.*

**مقدمة:**

يخضع قانون العقود لعدة تحولات و تطورات هامة، مستت تصوراته و مبادئه، بحكم أنّ القانون وليد بيئته، يتغير بتغير المعطيات و الظروف الاقتصادية و الاجتماعية، فقد ارتبطت النزعة الفردية بالعقد، التي تجسّد علو إرادة الفرد على إرادة الجماعة، عبر مبدأ سلطان الإرادة، الذي ترتّب عنه فرضية المساواة و الحرية<sup>(1)</sup>، التي تعني أن المتعاقدين متساوون أمام القانون، و أما الحرية فهي أساس الإرادة التعاقدية.

فعلى ضوء فرضية المساواة و الحرية، كان هناك اطمئنان مثالي و مجرد، على أن المتعاقدين متساوون، لا تفوّق لمتعاقد على الآخر، و لا مكانة لفكرة الضعف التعاقدى و القوة التعاقدية، فمعادلة التساوي هي مثالية أكثر من واقعية، و هذا ما ترجم في إطار النظرية العامة للعقد، التي تحتضن مبدأ سلطان الإرادة، كما كرّسه القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup>، تأثراً بالقانون الفرنسي، و على هذا الحال كان لا يتصوّر أن تقام علاقة تعاقدية معيّنة، دون أن تستند إلى مبادئ النظرية العامة للعقد، فهي الأصل العام، مع بعض الاستثناءات الضيقة.

لكن، مع تزايد و تطوّر الصناعة، و التحكم في وسائل الإنتاج و التوزيع، و تعدّد الأموال و الخدمات<sup>(3)</sup>، ظهر تفاوت محسوس بين المتعاقدين، فهذا يسمى مستهلكا صاحب الحاجة، و الآخر يسمى محترفا مالك الحاجة و وسائل الإنتاج، و بات الأوّل مستعلاّ من الثاني، بحكم الفارق المعرفي و الاقتصادي بين الطرفين، و قد ساهم في ذلك المبادئ الكلاسيكية للعقد، عبر مبدأ الحرية التعاقدية، الذي يطلق من حرية المتعاقدين، يستغلها الطرف القوي في فرض بنود العقد على الطرف الضعيف، كما يستغل المتعاقد القوي مبدأ القوة الملزمة للعقد، التي ترفض تدخّل القاضي لتصحيح الأوضاع المختلفة كأصل، و بذلك صار هناك عدم انسجام واضح، بين ما تدّعي به فرضية المساواة و الحرية، و بين ما واقع العلاقات التعاقدية، و مع ذلك بقيت النظرية العامة للعقد، رافضة إعادة النظر بصورة واسعة في تلك الفرضية، و بالتالي تتجاهل مظاهر القوة التعاقدية، و هو ما شكّل لها تناقضا و اضطرابا في التصوّر مع الواقع.

من أجل ذلك، التفت المشرع حديثا، لتزايد مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد، و لم يعد يكفي بالنظرية العامة للعقد، بل أقام تشريعات خاصة موازية لتلك النظرية، أبرزها، قانون حماية المستهلك و قمع الغش<sup>(4)</sup>، و كذلك قانون علاقات العمل<sup>(5)</sup> و أيضا قانون المنافسة<sup>(6)</sup>، و حتى قانون الممارسات التجارية<sup>(7)</sup>، التي صارت جميعها تهتم بمسألة حماية المتعاقد الضعيف، و بمعالجة مظاهر القوة التعاقدية بصورة فعّالة و ملحوظة، كما رأى الفقه الحديث، أنه في القرن 19 و القرن 20، تعزّزت العلاقة بين القانون و الاقتصاد أكثر فأكثر، و كل واحد يؤثّر في الآخر، خاصة تأثير الاقتصاد على القواعد القانونية<sup>(8)</sup>، و هذا ما غيّر من تصوّر العقد، بعد أن كان عنوانا للمساواة صار عنوانا للعدالة و التوازن، و هذا

ما فرض إعادة نظر واسعة في تصوّر العقد ومفهومه، بفعل التأثير المزدوج لظهور القوة التعاقدية للمتعاقد، بين اعتبارها كعامل لاضطراب قانون العقود، وبين اعتبارها كعامل لتطوّر ذلك القانون، و عليه فأيهما يفرض منطقته و تصوّراته على العقد؟ فهل هو منطق الاضطراب أم هو منطق التطوّر؟

من أجل تفصيل هذا الموضوع، نفضّل دراسته على جزئيين: **الجزء الأول**، نتناول فيه، بأن القوة التعاقدية كانت محل إعراض من النظرية العامة للعقد و هو ما أدى إلى اضطرابها، بينما في **الجزء الثاني**، نتناول التأثير الإيجابي لظهور القوة التعاقدية الذي ساهم في تطوّر و إثراء العقد.

### الفرع الأول: الإعراض عن القوة التعاقدية للمتعاقد: عامل لاضطراب التصوّر الكلاسيكي للعقد

لم تكن فكرة القوة التعاقدية للمتعاقد، أمراً متقبّلاً من جانب النظرية العامة للعقد، لأنها بقيت دائماً محتفظة و مقدّسة لفرضية المساواة و الحرية، التي ساهمت في تجاهل مظاهر القوة التعاقدية (أولاً) و قد نتج عن هذه الفرضية، أن تم تكريس فكرة عدم المساس بالعقد تعديلاً أو مراجعة، تأكيداً لفكرة حياد كل من المشرع و القاضي (ثانياً) إلا أن هذا لم يكن بصورة مطلقة، بعد أن سمح المشرع الجزائري للقاضي بالتدخل في تعديل العقد بصورة استثنائية و ضيقة لإعادة التوازن التعاقدية المطلوب (ثالثاً) و لعلّ هذه الجوانب القانونية، كانت سبباً في الإعراض و عدم الاعتراف بالقوة التعاقدية للمتعاقد، مما أدى إلى وجود تناقض كبير بين ما هو موجود نظرياً، و ما هو معلول به عملياً، و بالتالي كان هناك اضطراب في التصوّر الكلاسيكي للعقد.

### أولاً: فرضية المساواة و الحرية: سبب لتجاهل القوة التعاقدية

كانت فرضية المساواة المجردة بين المتعاقدين و الحرية المطلقة، حاجزاً كبيراً أمام دمج فكرة القوة التعاقدية للمتعاقد ضمن تصوّر العقد، و هذا بفعل جذورها التاريخية للصيقة بالمذهب الفردي للعقد (1) إلا أن واقع العلاقات التعاقدية قد أثبت نسبيتها في مواجهة تزايد مظاهر القوة التعاقدية (2) و هذا ما أظهر تناقض واضح بين التصوّر النظري المجرد مع واقعية القوة التعاقدية المقابلة للضعف التعاقدية (3).

### 1- معادلة المساواة و الحرية: مسلّمة تاريخية

سيطر المذهب الفردي للعقد، المحسّد في مبدأ سلطان الإرادة، على مفهوم العقد و مضمونه و تصوّراته (9)، الذي مفاده أن الشخص حر في تعاقد أو عدم تعاقد، و إذا تعاقد فبالكيفية و المضمون الذي يريده (10)، و قد نتج عن ذلك، فرضيات و مسلمات ارتبطت بهذا المبدأ، من ذلك فرضية المساواة و الحرية بين المتعاقدين في العقد الذي جسّدها قانون نابليون لسنة 1804، و هذا طبقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، التي تمنح المتعاقدين الحق في التعاقد أو عدم التعاقد، و تمنحه الحق في اختيار المتعاقد معه، كما تسمح له بتحديد مضمون العقد بكل حرية مع الطرف الآخر، إلا ما خالف أحكام النظام العام و الآداب العامة، و لذلك فإنّ قانون نابليون أقام مساواة مفترضة و قانونية بين المتعاقدين، دون الاهتمام و النظر إلى وضعية المتعاقد الفعلية، سواء اكتسح الطرف القوي العقد، أو رضخ الطرف الضعيف لواقع القوة، و بالتالي الإذعان لمحتوى العقد المفروض عليه، و هذا عبر فرضية أن كلا المتعاقدين أحرار و متساوين، و بالتالي فالمعادلة التعاقدية كانت تفترض شرط مسبق و أساسي هو ضرورة غياب أي اعتبار لصفة الشخص (11)، لكون المتعاقد في قانون

العقود لا هو بالمتعاقد القوي و لا هو بالمتعاقد الضعيف، فالمعالجة العملية التعاقدية هي معالجة قانونية بين الأطراف لا واقعية. (12)

من جهة أخرى، و عبر التأثير التصوري و النظري لقانون الفرنسي على القانون الجزائري، بصورة خاصة على القانون المدني في الشق المتعلق بالنظرية العامة للعقد، فإنّ المشرع الجزائري قد اتبع نفس الفلسفة و التصور الفردي اللاتيني لنظرية العقد، و كرسّها في القانون المدني<sup>(13)</sup>، و أكدّها القضاء الجزائري<sup>(14)</sup>.

## 2- فعالية المساواة و الحرية: حقيقة نسبية

لقيت فرضية المساواة و الحرية، انتقادا شديدا من جانب الفقه، لأنها تواجه واقعية القوة التعاقدية الملزم للضعف التعاقدية، التي صارت إلى جانب أحد المتعاقدين عبر معطيات عديدة، بعيدة عن المعطيات المجردة، و لم يعد هناك متعاقد متساوي مع المتعاقد الآخر، بل صار هناك متعاقد قوي و متعاقد ضعيف، و هذا بعد بروز ظواهر الهيمنة و التعسف و التبعية لصالح الأقوياء على حساب الضعفاء<sup>(15)</sup>، من أجل ذلك رأى بعض الفقه<sup>(16)</sup>، بأن مسلّمة الحرية و المساواة التي تمتاز بها النظرية العامة للعقد كانت مانعا أمام دمج مفهوم التفاوت الاقتصادي في التحليل القانوني، و من جهة أخرى تعزّزت هذه الاستحالة بقوة عبر الليبرالية الاقتصادية السائدة سابقا، و بالتالي كان من الصعب أن تتكيف القواعد العامة بسهولة مع التفاوت الاقتصادي القائم بين الناس.

لأجل ذلك، أعلن الفقه الحديث عن أزمة تلاحق العقد في تصوّراته و مسلماته، عبر معارضة التصور الفردي، بتغليب النزعة الاجتماعية للعقد، و صار اهتمام الفرد و المجتمع واحد بعد أن كان الفرد محور العقد لوحده فقط<sup>(17)</sup>.

من جهة أخرى، رأى الأستاذ *Ripert* أنه لا بد من إدماج التفاوت في القوة الاقتصادية في صلب المنطق القانوني، من أجل الرد على مبدأ سلطان الإرادة، و الوقوف بجانب المتعاقد الضعيف، و توفير الحماية المناسبة و الازمة له، و هذا عبر الأخذ بعين الاعتبار ظهور القوة الاقتصادية<sup>(18)</sup>، لكون هذه الأخيرة، صارت في نظر الفقه، تعكس الامساواة، و أصبحت مصدرا للظلم، ترجمت عبر التعسفات و التجاوزات التعاقدية، و لعلّ هذه النتائج هي من إحدى الأسباب التي دعت إلى ظهور نظام تعاقدية جديد يقوم على المساواة التعاقدية و التوازن<sup>(19)</sup>، بينما دعا بعض الفقه<sup>(20)</sup>، إلى حتمية إعادة النظر في مبدأ سلطان الإرادة، و جعل أهم المرتكزات الأساسية هو الأخذ بعين الاعتبار حماية المتعاقد الضعيف، خاصة عبر استعمال النظام العام الحمائي، الذي يهتم بحماية الفئات الضعيفة، من خلال عدة آليات لعلّ أهمها توظيف القواعد الآمرة في العقد<sup>(21)</sup>.

في اعتقادنا، أن التصور الكلاسيكي للعقد، كان يشجّع على ظهور و تزايد مظاهر القوة التعاقدية، خاصة عبر فكرة الحرية التعاقدية، التي تسمح للمتعاقدين بتضمين ما يشاء من بنود تعاقدية في مواجهة الحاجة و الضرورة الملحة لحل العقد من جانب المتعاقد الضعيف، ضف إلى ذلك عدم السماح للمشرع و القاضي بالتدخل في تعديل العقد، طبقا لتعاليم مبدأ سلطان الإرادة، و بعبارة أخرى عدم المساس بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

## 3- تناقض التصور النظري مع الواقع العملي:

لاحظ الفقه<sup>(22)</sup>، بأن فرضية المساواة و الحرية أصبحت في مواجهة عنيفة مع واقع القوة الاقتصادية التي تظهر بين المتعاقدين، خاصة في مجال السوق، لأنّها في مواجهة الرغبات التي تدير المجال الاقتصادي و الاجتماعي، مفضلة المقاربة المجردة و المثالية، لا المقاربة الخاصة و الفعلية الواقعية بين المتعاقدين، من ذلك في علاقة المستهلكين بالمتدخلين، أو علاقة المحترفين فيما بينهم، و مع ذلك بقي المشرع غير مبال بذلك التفاوت الاقتصادي المفرط بين المتعاقدين، على الأقل في إطار النظرية العامة للعقد، سواء في إطار القانون المدني الجزائري<sup>(23)</sup>، أو الفرنسي<sup>(24)</sup>، و هذا ما برّره الفقه<sup>(25)</sup>، بفشل الفلسفة الفردية الليبرالية، التي انحرفت عن الواقع التعاقدى المختلف، لأن هناك مظاهر متزايدة للقوة التعاقدية، و بالتالي تصبح النظرة الكلاسيكية الفردية للعقد أكثر ظلما في يد المتعاقد القوي الذي يفرض ما يشاء في العقد اتجاه المتعاقد الضعيف.

و من جهة أخرى، كان هناك صراع فكري و نظري حول مسلّمات النظرية العامة للعقد، هل تستمر في الصمود أمام الواقعية الاقتصادية و التعاقدية الحالية؟ و هذا في مواجهة الواقع الذي يفنّد تماما هذه الفرضيات القائمة ؟ يبدو لنا، بأن هذا التباعد الموجود بين النظري و الواقع، لا يمكن معالجته إلا بإعادة النظر في النظرية العامة للعقد حاضنة فرضية المساواة و الحرية، و في هذا الشأن رأى بعض الفقه<sup>(26)</sup>، بأن تزايد و تعدّد مظاهر القوة الاقتصادية للمتعاقد تشكّل اضطرابا في العلاقة التعاقدية كعلاقات غير متساوية و مختلة، و بالتالي فهي تشوّش على فرضية المساواة بين المتعاقدين.

### ثانيا: حيادية القاعدة الحماية في العقد : قاعدة كلاسيكية

تبعا لفرضية المساواة و الحرية، ارتبطت أيضا بهذه الفرضية، قاعدة حياد المشرع و القاضي، باعتبار أن العقد شأن المتعاقدين أنفسهم، لا شأن فيه للمشرع و القاضي، و بالتالي كان دورهم أجنبي<sup>(1)</sup> كما يمتنع على المشرع و القاضي، التدخل لتعديل القوة الملزمة للعقد، لأن ذلك فيه مساس بتوقعات المتعاقدين<sup>(2)</sup>.

#### 1-أجنبية دور القاضي و المشرع عن العقد:

من بين النتائج المهمة التي تترتب عن مبدأ سلطان الإرادة، هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 107 الفقرة 1 ق.م<sup>(27)</sup>، و الذي يعني أن المتعاقدين ملزمان بتنفيذ كل ما جاء في العقد من حقوق و واجبات، لأنّهما التزما بإرادتهما الحرّة، و عليه من الواجب تنفيذ ما تعهدا به، و من جهة أخرى، يترتب عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، عدم إمكانية أو السماح للمشرع و القاضي التدخل لتعديل العقد، لأن العقد شريعة المتعاقدين كما جاء في المادة 106 ق.م لا دخل لغيرهما فيه.

إن هذه النظرة الكلاسيكية للعقد، فرضت معادلة أخرى إلى جانب فرضية المساواة و الحرية، مفادها أن المساواة محققة باعتبارها مساواة قانونية، و بالتالي لا حجة لتدخل المشرع أو القاضي لتعديل العقد، أو إزالة اختلال التوازن التعاقدى بحكم فرضية المساواة، و عليه يبقى دور القاضي أجنبي و حيادي فلا ينحاز لطرف أو لمتعاقد على حساب الآخر، فحيادية القاضي قاعدة جوهرية، فلا يميل لمنح الحماية لأحد الأطراف، حتى و إن كان أحد المتعاقدين في وضعية

الضعف التعاقدي سواء ضعف معرفي، أو ضعف اقتصادي و الآخر في وضعية القوة، و هذه هي النظرة الفردية المطلقة للعقد، التي لا تقيم أي اعتبار للوضعية الفعلية و الواقعية للمتعاقدين، و بالتالي لا تقيم اعتبار لظهور فكرة القوة التعاقدية للمتعاقد.

## 2-المساس بالقوة الملزمة للعقد: هو مساس بتوقعات المتعاقدين

إلى جانب عدم السماح للمشرع و القاضي بالتدخل في تعديل العقد، مع وجود القوة التعاقدية لمتعاقد معيّن في مواجهة ضعف تعاقد في جانب الطرف الآخر، يترتب عليه اختلال التوازن التعاقدية، دعمت هذه المعادلة، بقاعدة أساسية أخرى، و هي أن السماح للقاضي في كل حالة اختل فيها التوازن التعاقدية نتيجة القوة التعاقدية للمتعاقد، بالتدخل في تعديل و مراجعة بنود العقد، معناه المساس بتوقعات المتعاقدين، لكون أطراف العقد، قبل دخول العملية التعاقدية، قد وضعوا تنبؤاتهم و توقعاتهم من تلك المعاملة المراد إبرامها، و إذا ما قرروا إبرام العقد، فهنا تبدأ عملية ضمان توقعات المتعاقدين و ضمان فكرة الأمن القانوني، الذي يدعمه تنفيذ العقد بكل ما جاء فيه من بنود تعاقدية، فمثلا لو أن المتعاقد أبرم عقد البيع أو قام بعملية إيجار، يكون قد وضع توقعاته من تلك العملية التعاقدية، و قد يباشر عملية تعاقدية أخرى تتوقف على نجاح و استمرار الرابطة العقدية دون زوالها أو تعديل المحتوى الذي جاء فيها، و لكن لو تم السماح للقاضي بالتدخل لتعديل بنود العقد التي كانت في صالح ذلك المتعاقد، فإن ذلك لا شك إضرار بمصالحه، و بعبارة أخرى، يكون القاضي قد مسّ بتوقعات ذلك المتعاقد من العملية العقدية التي أجراها، إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل ترد عليها عدة استثناءات.

### ثالثا: الاعتراف بآليات التوازن التعاقدية: استثناء غير كافي

إن التضييق السابق ذكره، فيما يخصّ الإعراض عن فكرة القوة التعاقدية للمتعاقد، من حيث المفهوم و من حيث التصوّر، و من حيث المبادئ الكلاسيكية للعقد، لا يشكّل الحيز المطلق، لأن المشرع الجزائري قد اعترف بصورة استثنائية، بتأثير القوة التعاقدية على مفهوم العقد، و صار بذلك يسمح بتحقيق بعض التوازن التعاقدية نتيجة القوة التعاقدية للمتعاقد، و صار أيضا يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد بصورة ضيقة السلطة و المجال<sup>(1)</sup> إلا أن ذلك غير كافي، أمام تزايد مظاهر القوة التعاقدية، و أيضا غير كافي لأنه يشكّل عدم انسجام تصوّري في إطار النظرية العامة للعقد<sup>(2)</sup>.

### 1- الآليات الاستثنائية للتوازن التعاقدية:

لقد سمح المشرع الجزائري بصورة استثنائية للقاضي للتدخل في العقد، و تعديل اختلال التوازن التعاقدية بين ادعاءات المتعاقدين، و هو بذلك يعترف بمظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد، لكن بصورة ضيقة، و هذا تأثرا منه بالقانون المدني المصري، الذي أضفى بعض الموضوعية و الاجتماعية في إطار النظرية العامة للعقد<sup>(28)</sup>، عكس المشرع الفرنسي الذي صمد كثيرا بتصوراته الفردية الكلاسيكية، و لعل أحسن مثال على ذلك، هو الاعتراف قانونا بوجود عقد الإذعان، كما نصت المادة 70 ق.م ( يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها)، و هذا من دون شك إقرار بتأثير الطرف القوي على الطرف الضعيف المذعن، عن طريق التسليم و

قبول الشروط التعاقدية التي لا تقبل المناقشة، كما اعترف المشرع الجزائري للقاضي بسلطات متنوعة مرتبطة بعقد الإذعان، لكي يسمح له ببسط التوازن التعاقدي المطلوب<sup>(29)</sup>، تمثلت في ثلاثة صور، كما جاء في المادة 110 ق.م (إذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المدعى منها، و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) و قد دعم المشرع هذه الحماية للطرف المدعى بنص آخر في المادة 112 ق.م (يؤول الشك لمصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى).

على خلاف ما تم ذكره، فإن التشريعات الخاصة الحديثة، التي جسدت فكرة التوجيه التشريعي للعقد<sup>(30)</sup>، سلك طريقا غير الطريق الذي سلكته النظرية العامة التي تأبى التفريط في تصوّرها الفردي الكلاسيكي، حين كثفت من آليات معالجة مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد-كما سنوضح لاحقا- و هذا رغبة منها، في دمج معاني القوة و الضعف التعاقدية، بدل معاني المساواة المجردة و المثالية.

## 2- النزعة الفردية للعقد و التوازن التعاقدية: عدم انسجام تصوّري

تدعم فكرة اضطراب التصوّر الكلاسيكي للعقد، عند السماح للقاضي بإقامة التوازن الموضوعي، لأن هذا الأخير منبته التصوّر الموضوعي و النزعة الاجتماعية للعقد، التي تغلب مصلحة المجتمع على المصلحة الضيقة للفرد، و بالتالي فهي تغلب سياسة تصحيح اختلال العقد لكي يكون العقد أكثر عدلا و أقل ظلما.

و لعلّ المشرع الجزائري، لخير دليل على عدم الانسجام ما بين التصوّرات، لأنه كأصل عام يعترف بالتصوّر الفردي للعقد الراض لفكرة القوة التعاقدية و تعديل العقد، و من جهة أخرى يسمح ببعض الآليات الاستثنائية لإعادة التوازن التعاقدية، و في هذا الشأن، يرى البعض<sup>(31)</sup>، بأن الانسجام التصوّري للقانون المدني الجزائري يختلف عن القانون الفرنسي، لكون القانون الجزائري يضيف بعض الموضوعية على العقد، خاصة باعترافه بنظرية الاستغلال، و تعديل عقد الإذعان، كما أن هذه الازدواجية تظهر رغبة المشرع في مسايرة التطوّر الاقتصادي و الاجتماعي، لكن من جهتنا نعتقد بأن ذلك غير كاف، من عدة زوايا: أولا: بحكم المظهر المتزايد للقوة التعاقدية و صعوبة التحكم في آليات معالجتها من طرف القواعد العامة، ثانيا: بحكم أن الوجه الحقيقي لمعالجة مظاهر القوة التعاقدية لا يبرز في إطار القواعد العامة، بل في إطار التشريعات الخاصة، كقانون حماية المستهلك و قانون المنافسة، و إلى غير ذلك من التشريعات المماثلة الهدف و الغاية، ثالثا: إن تأثير القوة التعاقدية على العقد، يجزّنا لإعادة تجديد تصوّر العقد من الفردي إلى الجماعي، و من الحرية إلى التقييد، و من تضارب المصالح إلى تقاربها، و هذا لا يمكن أن يتأتى إلا بإعادة نظر واسعة، و ليس بصورة استثنائية، التي بدت غير منسجمة مع التصوّر الفردي للعقد، و لعلّ هذا الأمر هو الذي يؤدي بنا لإظهار الصورة التطورية للقوة التعاقدية على مفهوم العقد.

## الفرع الثاني: الاعتراف بالقوة الاقتصادية للمتعاقد: عامل لتطوّر مفهوم العقد

إن النظرة الضيقة للنظرية العامة للعقد بتصوّرها الكلاسيكي، و إغراضها عن مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد، كان دافعا قويا لظهور التشريعات الخاصة، أين عاجلت هذه الأخيرة مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد بغية حماية المتعاقد

الضعيف، كأولوية و قاعدة جوهرية في هذه التشريعات المستقلة عن الشريعة العامة، و هذا بغية مسايرة واقع العلاقات التعاقدية(أولاً) ، و بحثاً عن انسجام نظري يقابله توافق عملي و واقعي للعلاقات التعاقدية، عبر التباعد الذي كان في السابق، و ذلك لأن التصوّر الحالي للتشريعات الخاصة، يمتاز بانحياز واضح للمتعاقد الضعيف (ثانياً) و هذا ما استدعى تكثيف وسائل معالجة مظاهر القوة التعاقدية(ثالثاً).

### أولاً: إدماج واقعية الضعف و الامساواة التعاقدية في مفهوم العقد: انسجام تصوّري

لقد أصبحت مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد، و ما نتج عنه من لامساواة و ضعف تعاقدى يلزم أحد الأطراف، أحد أبرز سمات العلاقات التعاقدية الحديثة، بعيداً عن المثالية التي كانت تميّز التصوّر الكلاسيكي للعقد (1) و هذا يعدّ دافعاً قوياً، لإعادة النظر في تلك القواعد، لكي تكون أكثر انسجاماً مع حقيقة العلاقة التعاقدية، و بالتالي تساهم في تطوّر مفهوم العقد، و هذا بصورة أساسية عبر تغليب النزعة الاجتماعية على النزعة الفردية للعقد(2).

#### 1- القوة التعاقدية مسألة واقعية متزايدة:

بعيداً عن فرضية المساواة المجردة و الحرية التي كانت لصيقة بالتصوّر الكلاسيكي للعقد، صارت التشريعات حديثاً، تلتفت لواقعية العلاقات التعاقدية باعتبارها علاقات غير متساوية، تنعدم فيها المساواة بين أطراف العقد، فهذا طرف قوي يملك قوة الهيمنة و السيطرة على السوق، و الآخر طرف ضعيف يملك الموافقة و فقط، و من أجل ذلك فالفكر القانوني، غيّر نظرتة من المثالية إلى الواقعية، فلم يتوقّف عن إعادة النظر في منطق المساواة المجردة و الحرية الخيالية، بمنطق القوة التعاقدية للمتعاقد، و كان ذلك بتوظيف القواعد القانونية لحماية المتعاقد الضعيف<sup>(32)</sup>، و هذا ما ظهر في إطار التشريعات الخاصة، منها القانون المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، بصدد حماية صفة المستهلك، الذي لديه ينطلق من فلسفة قانونية مغايرة، و يجعل قاعدة لامساواة كأساس و جوهر هذا القانون، عكس النظرية العامة للعقد<sup>(33)</sup>، و منها قانون علاقات العمل، لحماية صفة العامل، و منها قانون المنافسة، لحماية أحد الأعوان الاقتصاديين من الطرف الآخر الأكثر قوة، و كذلك قانون الممارسات التجارية.

من جهة أخرى، لاحظ الفقه حديثاً، تزايد مظاهر القوة التعاقدية، عبر البحث عن حقيقتها و مصدرها، و خلص بأنها ترتبط بالواقع، و أنها مسألة متزايدة لا متوقفة، فبعض الفقه<sup>(34)</sup>، رد مصادر القوة التعاقدية، التي تظهر في السوق بين المتعاملين الاقتصاديين، إلى وضعيتين: **الوضعية الأولى**، هي المكانة الاقتصادية للمتعاقد بالنظر إلى المتعاقد الآخر في السوق و باقي المتدخلين في السوق، كذلك هيّمنة أحد الأطراف على حصة معينة هو دليل على قدرته و قوته في السوق، أما **الوضعية الثانية**، هي الحالة التي تتعلّق بالعلاقات التعاقدية غير المتوازنة التي تظهر في قدرة أحد الأطراف على فرض شروطه التجارية على الطرف الآخر الأقل قدرة و قوة، بينما رأى البعض الآخر<sup>(35)</sup>، بأن مظاهر القوة التعاقدية تنقسم، إلى نوعين، **فالأولى** تأتي من سلطة المعرفة و الإدراك، كحال وجود مؤهلات للمعرفة في جانب المحترف في مواجهة الضعف المعرفي للمستهلك، و بالتالي كان الرد على هذا بتكريس الالتزام بالإعلام<sup>(36)</sup>، و **الثانية** مستمدة من السوق، أو كما تسمى بالسلطة الاقتصادية تنتج أحياناً من عقود الإذعان، التي تتركس فرضية مواجهة المتعاقد القوي تجاه المتعاقد الضعيف في السوق، كذلك تترجم عبر وضعية الهيمنة في السوق للمتعاقد نحو المتعاقد الآخر،

كما نصت عليه المادة 3/الفقرة ج<sup>(37)</sup>، من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم، أو التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية لأحدهم اتجاه الآخر، كما نصت عليه أيضا المادة 3 الفقرة د<sup>(38)</sup>، من الأمر رقم 03/03، و عليه، فإنّ قانون المنافسة، قد أثبت فشل فعلي للتصوّر الفردي للعقد، في مقابل ظهور مقارنة تعاقدية تجديدية تقوم بتحليل الواقع التعاقدى الغير المتوازن بين أطرافه، خاصة عبر تعزيز مظاهر القوة.<sup>(39)</sup>

إن ما يؤكّد في اعتقادنا بأن مظاهر القوة التعاقدية، صارت مسألة واقعية أكثر من مسألة نظرية، هي الاهتمام التشريعي المتعدّد بكل أوجه القوة التعاقدية، فلا يحصر الاهتمام بين المتعاقد الضعيف و المتعاقد القوي، كحال صفة المستهلك في مواجهة صفة المتدخل، بل أيضا الاهتمام بالعلاقات التعاقدية التي تتشكّل من أطراف متعاقدة قوية، كحال صفة العون المتعامل الاقتصادي في مواجهة عون اقتصادي أكثر منه قوة و ليس ضعفا، و هذا ما تصدى له قانون المنافسة و أيضا قانون الممارسات التجارية، و هذا يدّل فعلا على الاهتمام التشريعي بهذه المظاهر المتزايدة التي تلازم مفهوم العقد حديثا.<sup>(40)</sup>

كما انعكس هذا الأمر أيضا عل تطوّر النظام العام، أين صار يعرف بالنظام العام التنافسي إلى جانب الحمائي<sup>(41)</sup>، و هذا كله راجع إلى تأثير عوامل القوة و الضعف و السير الحسن في السوق، و في كل الأحوال فهذا النظام العام يعاكس الحرية التعاقدية.

## 2- تغليب النظرة الاجتماعية على النظرة الفردية للعقد:

إن المتمعن جيدا في العلاقات التعاقدية الحالية، يلاحظ بأنّها أصبحت أكثر نزعة اجتماعية، بخلاف ما كانت عليه في السابق، فأصبح العقد يجسّد مصلحة المجتمع، و إرادة الدولة و المشرع ، و يهدف بصورة أساسية للمصلحة العامة، من ذلك حماية المتعاقدين في وضعية الضعف التعاقدى، و هذا دون شك يعاكس مبدأ سلطان الإرادة، و بالتالي صار المناخ الاجتماعي يطغى على المناخ الفردي للعقد، و ذلك بإدخال العنصر الاجتماعي في العلاقات القانونية بين الأفراد<sup>(42)</sup>، و بذلك صار العقد يؤدي وظيفته الاجتماعية<sup>(43)</sup>، خاصة بعد أن صاحب هذه الوظيفة ظهور النظام العام الحمائي الذي يقف إلى جانب حماية المتعاقد الضعيف، و من جهة أخرى فهذا التصوّر يفرض إعادة النظر في القواعد، على ضوء النزعة الاجتماعية التضامنية، التي صارت أكثر عدلا و انتصارا من التصوّر الفردي.<sup>(44)</sup>

من جهة أخرى، فإنّ تلك النزعة الاجتماعية المهتمة بمظاهر القوة التعاقدية و مظاهر ضعفها، هي التي سمحت ببروز دور واسع للمشرع و القاضي للتدخل في العقد، اصطلاح الفقه على تسميته، بالعقد الموجه le contrat dirigé<sup>(45)</sup>، حينما يوجه المشرع و القاضي العملية التعاقدية لتكون أكثر عدلا و مساواة ، خاصة في العلاقات القانونية الخاصة، التي قابلها توظيف المشرع الجزائري ، تشريعات مستقلة و خاصة بعيدا عن النظرية العامة للعقد، على غرار التشريعات المقارنة، تجسّد هذا الدور الحمائي لصفة المتعاقد الضعيف، اصطلاح على تسميته بالتوجيه التشريعي الخاص.<sup>(46)</sup>

من جهة أخرى، كان تعديل قانون العقود، عبر تعديل القانون المدني الفرنسي في سنة 2016، فرصة مهمة، للنظر في مدى تطوّر هذا القانون منذ قانون نابليون 1804، إلى يومنا الحاضر باعتباره قانون يستوحي منه القانون المدني

الجزائري تصورات، و قد رأى الفقه بعد هذا التعديل، أن هذا التعديل الذي طرأ على العقد، إنما يحمل فلسفة جديدة مغايرة نوعا ما عن فلسفة قانون نابليون، لأنه و إن حمل بعض الاستمرارية مع ذلك القانون، إلا أنه لم يخلو من بعض مظاهر التجديد و التحديث، لعلّ أهمها الاعتراف بعقود الإذعان كمظهر جديد في العقد يقابل عقود المساومة، بعد أن كان محل رفض في القواعد العامة، كما جاء في المادة 1110 و أيضا المادة 1171 ق.م. الفرنسي، التي تشير إلى معيار الاخلال الظاهر بين الحقوق و الالتزامات، و كذلك الاعتراف بفكرة التعسف الاقتصادي للمتعاقد، جسدت بعيب الإكراه الاقتصادي ضمن المادة 1143<sup>(47)</sup>، و هذه الآليات كلّها مستوحاة من التشريعات الخاصة، من خلال قانون الاستهلاك و قانون المنافسة، و في هذا الشأن، رأى الفقه بصورة متحفّظ عنها<sup>(48)</sup>، بأن السياسة التي حملها التعديل تضع في الحسبان أن المتعاقد لم يعد ذلك الشخص الحر و القادر و المسؤول، طبقا لفرضية المساواة و الحرية، بل صار متعاقد ضعيف، و بالتالي يخضع لسياسة حماية المتعاقد الضعيف، إلا أنه من جهة أخرى، يرى بأن تلك السياسة فشلت في مبتغاها، لأن المبادئ نفسها بقيت مسيطرة على مفهوم العقد، إلا استثناء بإدخال بعض الآليات التي لا تبدو كافية مقارنة بالتشريعات الخاصة<sup>(49)</sup>، و لكن برّر بعض الفقه<sup>(50)</sup>، على سبيل المثال الاهتمام بمعالجة الشروط التعسفية في إطار هذا التعديل، أنها فلسفة ترجع إلى قيم العلاقات الاجتماعية، و تشكّل روحا اجتماعية و ليست روحا ليبرالية، و التي جمع القانون المدني الفرنسي بينهما في هذا التعديل.

من جهتنا نعتقد، بأن المشرع الجزائري قد تأثر فعلا بتزايد القوة الاقتصادية للمتعاقد، و هذا في إطار التشريعات الخاصة، و لعلّ ما يؤكد قولنا، هو القانون رقم 02/04 أين كرّس تعريفا جديدا لمفهوم العقد، وهو عقد الإذعان الذي اعترف به صراحة، عبر المادة 3 / 4 إلى تعريف عقد الإذعان (عقد : كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ) و هذا يدلّ في نظرنا عدة أمور، الأمر الأول: هو أن العلاقات التعاقدية الحديثة أصبحت تتّصف جلّها بأنها عقود إذعان، الأمر الثاني: أن هذا التعريف هو اعتراف من المشرع بمظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد، بعد أن كان مغيبا و معارضا بالتصوّر الكلاسيكي للعقد، الأمر الثالث: و هو أن هذا التعريف إنما يشكّل انسجام تصوّري ما بين فلسفة التشريعات الحديثة الخاصة التي تركز فكرة اللامساواة و الضعف التعاقدية في مواجهة القوة التعاقدية، و ما بين الواقع التعاقدية، عكس التناقض الذي هو حاصل في إطار القواعد العامة باعترافها الاستثنائي ببعض مظاهر القوة مع بقاء النظرة الفردية الضيقة كأصل عام.

### ثانيا: تغليب انحيازية القاعدة الحمائية: مقارنة جديدة

على نقيض من قاعدة الحياد التي عرفت بها النظرية العامة للعقد، فإنّ قاعدة الانحياز هي المقاربة الجديدة للعقد، اعترافا من المشرع بتأثير القوة التعاقدية على العلاقات التعاقدية، فقد صار انحيازه لأحد لصفات المتعاقد الضعيف، أمرا لا جدال و لا نقاش فيه<sup>(1)</sup> خاصة بعد ظهور عدة فئات تعاقدية خاصة، أفرزت حماية قانونية خاصة و مختلفة عن بعضها البعض<sup>(2)</sup>.

## 1- انحياز المشرع لصفة المتعاقد الضعيف: سمة التشريعات الحديثة

إن الحماية الشاملة و العامة التي وفّرتها النظرية العامة للعقد بصورة استثنائية، و كذلك نظرتها الفردية الكلاسيكية، الراضية لتدخل المشرع و القاضي لإنصاف المتعاقد الضعيف، تدعيما لقاعدة الحياد الناتجة عن فرضية المساواة المجردة، كانت دافعا قويا أمام المشرع لإبداء اهتمام جد خاص ببعض الفئات الضعيفة التي تحمل صنف المتعاقد الضعيف، رغبة منه للتخفيف من مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد.

من تلك التشريعات الخاصة، نجد قانون حماية المستهلك، و أيضا قانون علاقات العمل، و أيضا قانون المنافسة، و قد اهتم المشرع في هذه التشريعات بصفة المتعاقد الضعيف اهتمام بالغ الأهمية، حين كانت هذه الأخيرة سببا رئيسيا في ظهور هذه التشريعات و محورا جوهريا فيها، فعلى سبيل المثال، نرى بأن قانون حماية المستهلك و قمع الغش، يشير صراحة إلى حمايته للمستهلك، كما جاء في المادة الأولى ( يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك و قمع الغش). و ما يؤكّد أيضا ذلك هو عنوان الباب الثاني من هذا القانون، الذي جاء تحت عنوان: حماية المستهلك، الأمر كذلك بالنسبة لأمر رقم 03/03 المعدّل و المتمم المتعلق بالمنافسة، أين أشار في المادة الأولى ( يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق و تفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة و مراقبة التجميعات الاقتصادية....) و لعلّ ضمان المنافسة و تفادي الممارسات المقيدة للمنافسة، فيه أيضا حماية للمتعامل الاقتصادي من فرضية تعسّف و هيمنة المتعامل الاقتصادي على السوق، و هذا ما يجسّد حماية لتلك الصفة.

من جهة أخرى، لم يتوانى المشرع الجزائري في التأكيد على انحيازه التام لصفة المتعاقد الضعيف، حينما لجأ إلى تحديد مجال التشريعات الخاصة، عبر ضبط النطاق الشخصي و الموضوعي لكل قانون، ففى أنه في إطار قانون حماية المستهلك و قمع الغش، أكّد في المادة 2 على مجال هذا القانون ( تطبّق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا و على كل متدخل و في جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك) و عليه فقد حصر نطاق الحماية في مجال الاستهلاك دون غيره من المجالات الأخرى، و تأكيدا على حمايته الخاصة لصفة المستهلك، كرّس المفهوم الضيق في تعريف صفة المستهلك، بنص المادة 3 الفقرة 1 (...-المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به...) و بذلك، فالمشرع ينحاز بالحماية لهذا المفهوم، و كل من لا يستجيب لهذا المفهوم فهو خارج الحماية القانونية، و قد دّعّم كذلك هذه الحماية، بتعريف لصفة المتدخل الذي يجب عليه الالتزام بالواجبات المفروضة عليه في إطار القانون رقم 09 - 03 المعدّل و المتمم، و عرفته المادة 3 / 8 على أنه ( كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات الاستهلاك ).

من جهة أخرى، استمر المشرع الجزائري في بسط حمايته الخاصة و المنحازة لأحد الأطراف، حين لجأ أيضا في إطار الأمر المتعلق بالمنافسة إلى تحديد مجال سريان هذا القانون، من أجل حصر و توجيه الحماية لمجال و أطراف معيّنة، كما جاء في المادة 2 من الأمر 03/03 المعدّل و المتمم، بأنه يطبّق على نشاطات الإنتاج مهما كانت طبيعتها، و أيضا نشاطات التوزيع، و منها نشاطات استيراد السلع لإعادة بيعها على حالها، أما عن مجال تطبيق قانون المنافسة من

حيث الأشخاص فقد نصت المادة 3 من الأمر المذكور (...المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج و التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد...).

و عليه فإنّ هذه التشريعات الخاصة الحديثة ، تختلف تماما مع النظرية العامة للعقد، التي لا تميل لأحد المتعاقدين دون الآخر، عكس التشريعات الحديثة التي تميل لأحد صفة المتعاقد بصورة صريحة، و قد صارت صفة المتعاقد كأحد أهم الدوافع لإقامة تقسيم و تصنيف حديث للعقود يقود على هذه الخاصية، و قد اعترف الفقه الحديث بذلك صراحة، و يستند بصورة أساسية إلى علاقة المستهلكين مع المحترفين، و هو ما يدعو إلى التفرقة بين العقود المبرمة بين المستهلكين و المحترفين، و العقود الأخرى المبرمة بين المحترفين، أو بين المستهلكين، أما بشأن العقود المبرمة بين المستهلكين و المحترفين، فهي تخضع إلى قانون الاستهلاك، الموجه لحماية المستهلكين<sup>(51)</sup>، و من جهة أخرى ينطبق هذا التصنيف أيضا على مجالات أخرى، كحال قانون علاقات العمل الذي يوجه حمايته لصفة العامل، و أيضا حال صفة المتعامل الاقتصادي بالنسبة للأمر المتعلق بالمنافسة، و كذلك الأمر في قانون التأمين، الذي يوجه حمايته لصفة المؤمن له كطرف ضعيف يستحق حماية خاصة.

و لأجل ذلك، يظهر أن مفهوم العقد بصورته الحديثة، يأخذ بعين الاعتبار انحياز المشرع لأحد الأطراف، من خلال توفير الحماية القانونية المتناسبة مع وضعيته، و ما يدعم ذلك هو تعدّد هذه الفئات الضعيفة و تنوعها.

## 2-تعدّد الفئات الضعيفة: تأكيد للقاعدة الانحازية

لا تتوقّف فكرة الانحازية فقط لدى توجيه الحماية للمتعاقد الضعيف، بل تؤكّد مرة أخرى بتعدّد ظهور هذه الفئات الخاصة، لأنّ المشرع قد رد على ظهور و تزايد القوة الاقتصادية في العقد، بإنشاء أنظمة خاصة تتولّى حماية فئات خاصة، من ذلك عقود الاستهلاك، عقود الإذعان، و كذلك عقود التبعية.<sup>(52)</sup>

فنرى على سبيل المثال، نرى أن قانون حماية المستهلك و قمع الغش، يستهدف العلاقة التعاقدية، بين المستهلكين و المتدخلين، و يبحث عن حماية أفضل لصفة المستهلك، و لأجل ذلك يضع المشرع على عاتق المحترف التزامات تقابلها حقوق للمستهلك<sup>(53)</sup>، كما أن هذا القانون يتّصف بأن قواعده آمرة، من القواعد النظام العام الحمائي.

من جهة أخرى، هناك علاقة تعاقدية أخرى، لديها مجالها الخاص بها، و هي علاقة المتعاقد القوي في مواجهة المتعاقد الأكثر منه قوة، في صورة علاقة المتعامل الاقتصادي في مواجهة متعامل اقتصادي آخر، و التي هي محل لممارسة القوة الاقتصادية من جانب المتعاقد بشتى أنواعها، و بصورة مكثّفة في السوق، من ذلك التعسف في وضعية الهيمنة، و أيضا التبعية الاقتصادية، و تظهر كذلك هذه القوة بين المنتجين و الموزعين في إطار عقود التوزيع بصورة خاصة، أين تظهر عملية الخضوع و التبعية التجارية و الاقتصادية لطرف على حساب الطرف الآخر، و ما كان على المشرع في إطار الأمر المتعلّق بالمنافسة، إلا الرد بالحماية المطلوبة، كما أشرنا فيما يخص، منع الممارسات التعسفية و الهيمنة الاقتصادية.

ثالثا: تكثيف الحماية من آثار القوة الاقتصادية للمتعاقد: معالجة متنوّعة و متعدّدة

كما أشرنا في السابق، بأن التصوّر الكلاسيكي الضيق الذي سيطر على مفهوم العقد، كان مانعا قويا أمام إدماج مفهوم ، و آليات معالجة القوة التعاقدية للمتعاقد، لكن بصدد تغيير النظرة القانونية للعقد، و عبر تزايد مظاهر آثار القوة الاقتصادية للمتعاقد، استعملت جيّدا فكرة التشريعات الخاصة ، عبر بسط حماية متنوّعة و متعدّدة من المشرع لصالح المتعاقد الضعيف، تتناسب مع وضعيته، فأحيانا معالجة الضعف المعرفي (1)، و أحيانا أخرى معالجة الضعف الاقتصادي (2) و بالتالي فالحماية ليست واحدة، بل تختلف من مجال لآخر، و لعل هذا ما يسهم و يثري مفهوم العقد في صورته الحديثة.

### 1- معالجة مظاهر القوة المعرفية للمتعاقد:

إن معالجة مظاهر القوة المعرفية التي تقف إلى جانب المتعاقد القوي، هي إحدى السمات التي ينفرد بها قانون حماية المستهلك و قمع الغش بصورة نسبية، لأن الأمر يتعلّق بصفة المستهلك التي يغلب عليه الضعف و الجهل المعرفي، بموضوع تعاقد من سلع و خدمات و منتوجات، و التي تكون محل دراية و معرفة من جانب المتدخل، فمن أجل ذلك فرض المشرع الجزائري، بعض الوسائل التي تعالج مظاهر هذا الضعف التعاقدية، من ذلك اللجوء لفكرة فرض التزامات قانونية على صفة المتدخل، و لعلّ أبرزها الالتزام بالإعلام ، كما جاء النص عليه بصورة إلزامية في المادة 17 من القانون رقم 03/09 المعدل و المتمم ( يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم و وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة...)، كما تم الاعتراف حديثا في إطار تشريعات حماية المستهلك بشكلية تعاقدية جديدة ، تستهدف حماية المستهلك عن طريق إعلامه ببيانات إلزامية ، موضوعة من قبل القانون<sup>(54)</sup> ، و هو ما أطلق عليها بالشكلية الإعلامية *FORMALISME INFORMATIF* التي تستهدف ضرورة حماية ضعف المستهلك، عبر تنوير رضاه و جعله متبصرا قبل دخوله العملية التعاقدية.<sup>(55)</sup>

من جهة أخرى، و تأكيدا على حرص المشرع على حماية ضعف المستهلك، لجأ بصورة أساسية إلى فكرة تدعيم التزامات المتدخل في مواجهة المستهلك، و بالتالي تقييد حرية الأطراف في تحديد محتوى العقد، عبر تدعيم و تعزيز التزامات المتدخل من خلال، الالتزام بالمطابقة عبر المادة 12<sup>(56)</sup> من القانون رقم 03/09 المعدل و المتمم ، و الالتزام بالسلامة<sup>(57)</sup>، و هذا من أجل حماية صفة المستهلك ضد الضعف التعاقدية الذي يصادفه في علاقته مع المحترفين<sup>(58)</sup>، كما دعم المشرع الجزائري حمايته لصفة المستهلك مؤخرا، بعد أن كرّس حق التراجع بموجب القانون رقم 09/18، الذي أضاف هذه الآلية الجديدة، من خلال المادة 19 فقرة 2<sup>(59)</sup>، في انتظار صدور المرسوم المنظم لها.

من جهة أخرى، استفاد الأعوان الاقتصاديين أيضا بميزة فرض الالتزام بالإعلام، من أجل تنوير رضاهم قبل دخول العملية التعاقدية، كما جاء في القانون رقم 02/04، الذي نصّ في الباب الثاني على شفافية الممارسات التجارية، من خلال الإعلام بالأسعار و التعريفات و شروط البيع، و اهتم بمسألة الإعلام فيما بين الأعوان الاقتصاديين في المادتين 7 و 9 من هذا القانون.<sup>(60)</sup>

### 2- معالجة مظاهر القوة الاقتصادية للمتعاقد:

لقد كان إفراط المتعاقد القوي، سواء المتدخل، أو العون الاقتصادي، أو المحترف، في فرض بنود العقد بصورة إذعانية على المتعاقد الضعيف، و تضمين العقد ما يشاء من بنود لصالح الطرف القوي، و كذا قصور النظرية العامة للعقد، في معالجة فعالة لهذه القوة الاقتصادية للمتعاقد، دافعا قويا للمشرع الجزائري بإفراد حماية خاصة بصورة مستقلة عن القواعد العامة، و هذا ما ظهر في إطار القانون رقم 02/04، أين بادر المشرع الجزائري إلى وضع تعريف للشرط التعسفي من خلال نص المادة 3 الفقرة 5 (كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد)، و قد لجأ المشرع في سبيل تيسير الأمر للقاضي للحكم بالشرط التعسفي، و محاربة الشروط التعسفية، إلى وضع قائمة من تلك الشروط، تضمنتها المادة 29 من هذا القانون<sup>(61)</sup>، و اتبعت بقائمة أخرى تضمنتها المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06<sup>(62)</sup>، لكن الأمر الذي يعاب على القانون رقم 02/04 و كذا مرسومه التنفيذي رقم 306/06، أنه جاء خاليا من الجزاء المدني المترتب عن الحكم بالطابع التعسفي للشرط، و هو بطلان الشرط وحده مع بقاء العقد قائما، و هذا هو الحكم في التشريع الفرنسي المتعلق بالاستهلاك نصّ على الجزاء المدني من خلال المادة 1-241 L بعد التعديل، على أن (الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة)<sup>(63)</sup>، و قد أتبع المشرع الفرنسي هذا التكريس للجزاء بمادة أخرى في القانون المدني هي المادة 1171 ق.م.ف، التي أقرّت أيضا بطلان الشرط و اعتباره غير مكتوب.<sup>(64)</sup>

من جهة أخرى، فإنّ معالجة مظاهر القوة التعاقدية للمتعاقد في إطار السوق، هي إحدى المظاهر و الخصائص البارزة لقانون المنافسة، و القوانين ذات صلة به، أين تظهر بشكل كثيف و واضح مظاهر القوة التي تصدت لها تشريعات السوق بشكل واضح، من ذلك، منع القانون رقم 02/04 الممارسات المقيّدة للمنافسة، و حصرها في إطار ضيق، و التي تتعلّق بحالة رفض البيع، و رفض البيع التمييزي، كما جاء في إطار المادة 15 التي نصت على حالة رفض البيع (تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذ كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو الخدمة متوفرة، لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات و المنتجات المعروضة بمناسبة المعارض و التظاهرات) و هذا لأن هذه الممارسة تشكّل تعسفا في وضعية الهيمنة الاقتصادية، كما أشارت المادة 11 من الأمر رقم 03/03 المعدّل و المتمم، إلى حظر التعسفات الناتجة عن استغلال وضعية التبعية، (يحظر على كل مؤسسة التعسّف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان يحل بقواعد المنافسة، يتمثّل هذا التعسف على وجه الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي،
- البيع المتلازم أو التمييزي،
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة،
- كل عمل من شأنه أن يقلّل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق).

الخاتمة:

توقفنا في هذه الدراسة، على موضوع مهم ضمن قانون العقود، و هو القوة التعاقدية للمتعاقد، الذي يتطور من حين لآخر، يكشف ذلك الواقع العملي للعلاقات التعاقدية، و لعل أحسن مثال على ذلك ظهور المعاملات التعاقدية الالكترونية، التي لها أيضا خبائها و مميزات، لا يمكن أن نقف عندها في إطار هذه الدراسة المحددة، بل تستوجب دراسة أخرى مستقلة.

و عليه، فقد خالصنا إلى نتائج مهمة في إطار هذه الدراسة، أبانت عن تحول عميق في قانون العقود، من التصور و الجوهر و الآليات و التقنيات المخصصة لمواجهة تزايد مظاهر القوة التعاقدية، فلم يعد العقد يخلو من مفاهيم القوة التعاقدية المقابلة للضعف التعاقدية.

فقد انقلب التصور من تصور مثالي مجرد يدافع عن المساواة القانونية، إلى تصور عملي واقعي يدافع عن العدالة التعاقدية، من جهة أخرى، ظهرت لنا بتقنيات و آليات جديدة لمواجهة القوة التعاقدية، و انحيازها للطرف الضعيف، تنوعت و تعددت حسب مظهر القوة ، من قوة معرفية و أخرى اقتصادية، و هذا ما يضيف على العقد مفهوم حديث ينسجم مع الواقع، عكس ما كان عليه في السابق.

كما خالصنا إلى أن الحماية المتنوعة و المتعددة تساهم في إثراء مفهوم العقد و تطوره، و هذا نتيجة الاعتراف الواقعي بالقوة التعاقدية للمتعاقد، التي كانت عاملا و مساهما مهما في تطوير آليات الحماية في العقد، و دافعا لإعادة النظر في تصوراته المجردة.

لأجل ذلك نقترح بعض التوصيات، التي نرجو أن يأخذ بها المشرع الجزائري، ضمن النظرية العامة للعقد الحاضنة للتصور الفردي، و التي من بينها:

- أن يقوم بتحديد و تحديث تلك النظرية، لكي تتلاءم جيدا مع مفهوم القوة التعاقدية.
- أن يقوم بإثراء النظرية العامة للعقد، بآليات جديدة لمحاربة عدم التوازن التعاقدية، و لنا أحسن مثال على ذلك، هو تعديل القانون المدني الفرنسي، أين أثري أحكام النظرية العامة للعقد، بآليات استمدت مصدرها من التشريعات الخاصة، خاصة ما تعلق بمسألة الإكراه الاقتصادي، و ذلك بغض النظر عن التصور العام لذلك القانون الذي بقي وفيًا لتقاليد قانون نابليون، خاصة مبدأ الحرية التعاقدية و القوة الملزمة للعقد.

#### قائمة المصادر و المراجع:

##### • النصوص القانونية:

- الأمر 03-03 المؤرخ 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 ، المعدل و المتمم بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 ، جريدة الرسمية عدد 36 بتاريخ 2 يوليو 2008 ، و كذلك عدل و تم بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتعلق بالمنافسة ، ج.ر عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010.
- القانون 11/90، المؤرخ في 21 أبريل 1991، يتعلق بالعلاقات العمل، ج.ر العدد 17، المعدل و المتمم.
- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر العدد 41، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر العدد 46.

- القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر العدد 15، المعدل و المتمم، بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، ج.ر35.
- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبند التي تعتبر تعسفية. ج ر، ع 56، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006.
- المرسوم التنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي. ج ر، ع 24 مؤرخة في 13 مايو 2015.

#### • المؤلفات:

#### أولا: باللغة العربية:

- 1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. دار إحياء التراث العربي، الجزء الأول، بيروت، لبنان، 1968.
  - 2-علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد. موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013.
- الرسائل الجامعية:
- 1- أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2018/2019.
  - 2- حميد بن شني، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق، 1996.
  - 3- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر -1-، كلية الحقوق، 2015/2016.
  - 4- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر-1- ، كلية الحقوق، 2014-2015.
  - 5- فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2012/2013.
- ثانيا: باللغة الفرنسية:

#### • Les Ouvrages :

- 1- F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations. Dalloz, 11 éd, Tome 1, 2013.
- 2- J.calais –Auloy et H-temple, droit de la consommation. 9 édition, Dalloz .2015.
- 2- PH. Malaurie, L. Aynes et PH. Stoffel-Munck. Droit des obligations, LGDJ7<sup>e</sup>édition,2015

•

#### Les

#### thèses et monographies :

- 1- C. Noblot, la qualité du contractant comme critère légal de protection, L.G.D.J ,2002 .

- 2- **Ch. Jamin , D. Mazeaud**, *la nouvelle crise du contrat. \_ Acte du colloque du 14/mai/2001 , organisé par le centre René Demogue de l'université de Lille II ; Dalloz-Sirey*, collection thème et commentaire, paru le 30/1/2003.
- 3- **G. Ripert**, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.
- 4- **J-P. Chazal**, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse, Grenoble, 1996.
- 5- **P. Lokiec**, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004.
- 6- **S. FORTICH**, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, Thèse de Doctorat / 24 février 2016, Université Panthéon-Assas.
- **Les Articles et chroniques :**
- 1- **A. Bénabent. L. Aynes**, *Réforme du droit des contrats et des obligation : Aperçu générale*, Dalloz , 25 Févier 2016, n°4.
- 3- **B. Montels**, *la violence économique , illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence*, RTDcom , n°3 , 2002.
- 3- **D. Mazeaud**, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC, 2003.
- 4- **G. Loiseau**, *La puissance du contractant en droit commun des contrats*, A.J.C.A. décembre, 2015.
- J. Calais-Auloy**, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*, RTD com, 1998.
- 5- **L. Josserand**, *Le contrat Dirigé*, D. hebdo, 1933, chr.
- 6- **L. Josserand**, *les dernières étapes du dirigisme contractuel, (le contrat forcé et le contrat légal, contrat dit de salaire diffère)*, Dalloz 1940 , chronique 1.
- 7- **Th. Revet**, *une philosophie générale ? , colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ? , R.D.C, avril 2016/hors-série.*
- 8- **Th. Pez**, *l'ordre public économique, les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n°49 -2015*

#### الهوامش:

- (1) **F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette**, *Les obligations*, Dalloz, 11 éd, Tome 1, 2013.p31.
- (2) أنظر في هذا الموقف، علي فيلالي، *الالتزامات، النظرية العامة للعقد*. موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013، ص.52-ص.53.
- (3) **F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette**, *ibid*. p.41.
- (4) القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر العدد 15، المعدل و المتمم، بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، ج.ر.35.
- (5) القانون 11/90، المؤرخ في 21 أفريل 1991، يتعلق بالعلاقات العمل، ج.ر العدد 17، المعدل و المتمم.
- (6) من خلال الأمر 03-03 المؤرخ 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 ، المعدل و المتمم بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 ، جريدة الرسمية عدد 36 بتاريخ 2 يوليو 2008 ، وكذلك عدل و تم بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010.
- (7) القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر العدد 41، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر العدد 46.
- (8) **J.calais –Auloy et H-temple**, *droit de la consommation. 9 édition*, Dalloz .2015.p 1 et 2.
- (9) **F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette**, *op.cit* .p.34.
- (10) علي فيلالي، *الالتزامات، النظرية العامة للعقد*. موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013، ص. 50.

(11) **C. Noblot**, *la qualité du contractant comme critère légal de protection*, L.G.D.J, 2002, p. 01. Et p. 173. **D. Mazeaud**, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC, 2003.p. 295.

(12) **G. Loiseau**, *La puissance du contractant en droit commun des contrats*.A.J.C.A. décembre, 2015, p.496.

(13) و ذلك من خلال مرحلة تكوين العقد، عبر مبدأ الرضائية، من خلال نص المادة 59 ق.م، و أيضا مبدأ الحرية التعاقدية، من خلال نص المادة 106 ق.م، أي العقد شريعة المتعاقدين، و مرحلة تنفيذ العقد، عبر مبدأ القوة الملزمة للعقد، المادة 107 الفقرة 1، و أيضا مبدأ نسبية العقد، عبر المادة 108 و 109 ق.م، أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 52 - ص 53.

(14) أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها، على أهمية مبدأ سلطان الإرادة في العقد، و ضرورة وجود الإرادة الحرة في عملية التعاقد، "...حيث أنه و كما هو ثابت من وقائع القضية، أن قضاة الموضوع، انتهوا إلى إلزام الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع للشقة العمومي إليها أعلاه، في حين عقد لبيع العقار لا ينعقد إلا إذا توافر أركانه التي يتطلبها القانون، و منها ركن الرضاء الذي يصدر عن صاحبه بكامل إرادته الحرة، و لا يجوز إلزام الشخص بالتعبير عن إرادته و هو ما يناقض مع مبدأ سلطان الإرادة. و حيث أن التعبير عن الإرادة يجب أن يصدر عن صاحبه طبقا لاختياره الحر، يجب أن يكون هذا التعبير طبقا للشكل الذي يحدده القانون و ذلك إذا كان التصرف يقع على العقار، طبقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، إذ يتعين على البائع و المشتري أن يحضرا أمام الموثق بمحض إرادتهما. و حيث أن قضاة الموضوع لما الزموا الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع قد اخطوا في تطبيق المادة المذكورة أعلاه، مما يعرض قضاةهم للنقض، و بغير حاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة..." المحكمة العليا، الملحق رقم 586766، القرار بتاريخ 2010/07/22، م.م.ع، العدد الأول 2011، ص 109 إلى ص 111.

(15) و هذا ما جاء به على سبيل المثال، الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، عبر إشارته لمنع الممارسات المقيدة للمنافسة، من خلال المادة 6 و ما يليها.

(16) **J-P. Chazal**, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse, Grenoble, 1996, p. 16.

(17) **Ch. Jamin**, *quelle nouvelle crise du contrat ?*, **Ch. Jamin**, **D. Mazeaud**, *la nouvelle crise du contrat*. \_ *Acte du colloque du 14/mai/2001*, organisé par le centre René Demogue de l'université de Lille II ; Dalloz- Sirey, collection thème et commentaire, paru le 30/1/2003, p. 09.

(18) **G. Ripert**, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 06 .

(19) **D. Mazeaud**, *op.cit*, 2003.p.296.

(20) **P. Lokiec**, *Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004, p. 02.

(21) أنظر، فطيمة نساخ، *الوظيفة الاجتماعية للعقد*، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2013/2012، ص 21. و ما يليها.

(22) **J-P. Chazal**, *op.cit*, p.09.

(23) إلا في حالات استثنائية فقط، على سبيل المثال، نظرية الاستغلال، و نظرية الظروف الطارئة، و أيضا الاعتراف بعقد الإذعان و سلطة القاضي في تعديله، لكن بقي محافظا على الاتجاه الفردي و النزعة الفردية للعقد المسيطرة على تصوّره.

(24) إلا أنه مؤخرا، ادمج بعض الآليات التي تصب في حماية المتعاقد الضعيف، من ذلك الاعتراف بعقد الإذعان، و الإكراه الاقتصادي، و نظرية الظروف الطارئة، إلا أنها لا تغدو حالات استثنائية بما أن المبدأ بقي و هو مبدأ سلطان الإرادة بنزعة الفردية-كما وضّحنا في المتن-

(25) **D. Mazeaud**, *op.cit*.p.295.

(26) **P. Lokiec**, *op.cit*, p.40.et 45.

(27) المادة 107 الفقرة 1 (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية...).

(28) لقد أخذ القانون المدني الجزائري، بعض من آليات و تقنيات النزعة الاجتماعية للعقد من القانون المدني المصري، الذي توسّط مصلحة الفرد و الجماعة، خاصة و أنه اعترف بحماية الجماعة، من خلال اهتمامه المحدود بمصلحة المتعاقد الضعيف، من ذلك ما كرس في عقد الإذعان، نظرية الاستغلال، نظرية الظروف الطارئة...الخ، أنظر، شروحات أخرى، **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، *الوسيط في شرح القانون المدني*. الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام. دار إحياء التراث العربي، الجزء الأول، بيروت، لبنان، 1968، ص. 98.

(29) كما توجد آليات قانونية أخرى، لإعادة التوازن التعاقدية، كرسها القانون المدني الجزائري، من ذلك حين المشرع للطرف المستغل، بمقتضى المادة 90 ق.م ( ...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...)، و كذلك تكريس نظرية الظروف الطارئة، حيث أنها تمنح المدين الحماية، حين يصبح تنفيذ التزامه مرهقا لو ينفذه، بفعل الظروف الاستثنائية الطارئة و العامة، التي تصادف المدين، لذلك يتدخل القاضي لتعديل العقد، نصرة للمدين، و ذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، لأن المدين في الأصل يبقى ملزما بتنفيذ التزامه، لحين تدخل القاضي، كما جاء في المادة 107

- الفقرة 3 من ق.م.، أنظر، حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، -جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 1996. ص. 83 و ما يليها.
- (30) أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2018/2019، ص. 60 و ما يليها.
- (31) عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق، 2014-2015، ص. 06.
- (32) **P. Lokiec**, op.cit.p. 11.
- (33) أنظر تفاصيل أكثر حول تأثير تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر -1-، كلية الحقوق، 2015/2016، ص.22.
- (34) **M. Claude Mitchell et T. de Lannoy**, *Abus de Puissance Contractuelle et Pratiques Commerciales Restrictives*. A.J.C.A. Décembre 2015, p. 499.
- (35) **P. Lokiec**, op.cit, p. 28.
- (36) كما كرسه قانون حماية المستهلك و قمع الغش، في إطار المادة 17 منه.
- (37) "...ج- وضعية الهيمنة: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيلها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموليها، .."
- (38) "...د- وضعية التبعية الاقتصادية: هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممولاً..."
- (39) **B. Montels**, *la violence économique , illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence*, RTDcom , n°3 , 200, p. 04.
- (40) أحمد بعجي، المرجع السابق، ص. 41 و ما يليها.
- (41) **Th. Pez**, *l'ordre public économique, les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n°49 - 2015*, p.50et 55.
- (42) **L.Josserand**, *Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats*, op.cit, p.03.
- (43) فطيمة نساخ، المرجع السابق، ص.02 و ما يليها.
- (44) **F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette**, op.cit, p. 56.
- (45) **L.Josserand**, *Le contrat Dirigé*, D. hebdo, 1933, chr.p.01.
- (46) أحمد بعجي، المرجع السابق، ص. 03 - ص 04.
- (47) « **Article 1143** : Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, 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. »
- (48) **Th. Revet**, *une philosophie générale ? , colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, R.D.C, avril 2016/hors-série, p. 06.
- (49) **Th. Revet**, *ibid*, p. 08.
- (50) **A. Bénabent. L. Aynes**, *Réforme du droit des contrats et des obligation : Aperçu générale*, Dalloz , 25 Févier 2016, n°4, p. 434.
- (51) **PH. Malaurie, L. Aynes et PH. Stoffel-Munck**, *Droit des obligations*, LGDJ, 7<sup>e</sup> édition, 2015, p.208 et 209.
- (52) **P. Lokiec**, op.cit, p 21. **J-P. Chazal**, op.cit, p. 45.
- (53) **J.calais -Auloy et H-temple**, op.cit, p.02et. 03.
- (54) كما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 114/15 مؤرخ في 12 مايو 2015 يتعلّق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي. ج ر، ع 24 مؤرخة في 13 مايو 2015، في المادة 7 من هذا المرسوم التنفيذي تضمنت البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمن في عقد القرض، و التي تتعلق ب: تعيين الأطراف، الموضوع و المدة و المبلغ الخام و الصافي للقرض و كيفية التسديد و الأقساط و كذا نسبة الفوائد الإجمالية، الشروط المؤهلة للقرض و الملف المطلوب للحصول على القرض، الضمانات المقدمة من المقرض أو البائع، حقوق و واجبات البائع و المقرض و المقترض و كذا التدابير المطبقة في حالة إحلال الأطراف.

(55) **S. FORTICH**, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, Thèse de Doctorat , 24 février 2016, Université Panthéon-Assas.p.128.

(56) تنص المادة 12 ( يتعين على كل متدخل إجراء رقابة مطابقة المنتج قبل عرضه للاستهلاك طبقاً للأحكام التشريعية و التنظيمية السارية المفعول...).

(57) أشارت المادة 10 من قانون رقم 03/09 ( يتعين على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص: -مميزاته و تركيبه و تغليفه و شروط تجميعه و صيانتة.-تأثير المنتج على المنتجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتجات.-عرض المنتج و اسمه و التعليمات المحتملة الخاصة باستعماله و إتلافه و كذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج.-فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتج، خاصة الأطفال....)

(58) **J. Calais-Auloy**, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*, RTD com, 1998,p.239.

(59) (... العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه تسبب. للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد ، و دون دفعه مصاريف إضافية. تحدد شروط و كفاءات ممارسة حق العدول و كذا أجل و قائمة المنتجات المعنية ، عن طريق التنظيم).

(60) تنص المادة 7 من القانون رقم 02/04 (يلزم البائع في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين ، بإعلام الزبون بالأسعار و التعريفات عند طلبها)، كما تنص المادة 9 ( يجب أن تتضمن شروط البيع إجبارياً في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين كفاءات الدفع، و عند الاقتضاء ، الحسوم و التخفيضات و المسترجعات).

(61) تظهر المادة 29 من القانون رقم 02/04 مجموعة من البنود التعسفية محظورة بقوة القانون، تبدو على شكل مراحل، فالشروط المقترنة بمرحلة تكوين العقد، تضمنتها الفقرة 1 و 2 من المادة ( أخذ حقوق و التزامات لا تقابلها حقوق أو امتيازات ماثلة معترف بها، بينما المتعلقة بتنفيذ العقد، تضمنتها الفقرة 3 و 4 و 7) -امتلاك حق تعديل العناصر الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، - التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعسفية. - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها). أما الفقرة 7 (تقتض على ) التفرد بتغيير أجل تسليم منتج أو أجل تنفيذ الخدمة) بينما الشروط المتعلقة بالحلل العقد، تضمنتها الفقرة 6 و 8 من نص المادة 29، (رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته) أما الفقرة 8 ( تحديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية مجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة).

(62) تضمن أيضاً المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. ج ر، ع 56، عدة شروط تعسفية من خلال المادة 5 منه، و التي تظهر أيضاً على مراحل، فالشروط المتعلقة بتكوين العقد، نصت عليها المادة 5 في الفقرة 2 ( تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه)، أما الفقرة 7 ( فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد)، بينما تتمثل الشروط المقترنة بالتنفيذ، وذلك في عدة فقرات بدءاً من الفقرة 3 (الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك) أما الفقرة 5 (التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته) كذلك الفقرة 8 (الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه) أما الفقرة 9 ( تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته) أما الفقرة 10 (فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك) الفقرة 11 (الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الجبري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق)، أما الفقرة 12 ( يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطه). بينما الشروط المتعلقة بالحلل العقد، تضمنتها الفقرة 4 من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 (عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع التعويض).

(63) « les clauses abusives sont réputées non écrites ».

(64) « **Article 1171** : Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

*L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »*