

# النظرية العامة للعقد: تصور جديد

د. ذهبية حامق، أستاذة محاضرة

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

---

## ملخص

تأثر المشرع بالقانون المدني الفرنسي في تنظيمه للنظرية العامة للعقد، فأقامها على مبدأ سلطان الإرادة. إلا أنه لم يجعل منه القاعدة الوحيدة التي تحكم العلاقات العقدية. فظهرت ضرورة تدخل المشرع لتنظيم العقد وتوجيهه من أجل التوفيق بين الإرادة والمصلحة الاجتماعية. ومن أجل توضيح تعارض القواعد مع المبادئ التقليدية، يقتضي توسيع هذه الأخيرة، التي ستساهم في منح العقد حيوية جديدة.

**الكلمات المفتاحية:** العقد، النظرة الاجتماعية، التضامن، التوازن، المساواة، النظام العام، تدخل الدولة، المذهب الفردي.

## Résumé

Le législateur, inspiré par le code Napoléon, consacre une théorie générale du contrat fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté. Toutefois ce dernier n'a pas été le seul paradigme de gestion des relations contractuelles. L'intervention du législateur dans la sphère contractuelle est justifiée par la nécessité de concilier entre la volonté et l'intérêt social. Afin d'expliquer les règles en contradiction avec les principes classiques, de nouveaux principes contribueront à redynamiser le contrat.

**Mots-clefs :** contrat, vision sociale, solidarité, équilibre, égalité, ordre public, intervention de l'Etat, individualisme.

## المقدمة

استمر تطبيق التشريع الفرنسي غداة استقلال الجزائر وذلك بموجب القانون رقم 62-157 الصادر في 31 ديسمبر 1962<sup>1</sup>. وبموجب الأمر 73-29 المؤرخ في 5 جويلية 1973<sup>2</sup> قررت السلطات الجزائرية إلغاء التشريع الاستعماري ابتداء من 5 جويلية 1975.

وكان من المفروض على المشرع الجزائري أن يتبنى قانونا جزائريا يقطع الصلة بقانون نابليون، وما يلاحظ أنه استلهم منه المبادئ الأساسية للقانون، وأخذ ببعض الحلول الموجودة في الشريعة الإسلامية، مروراً بالقانون المدني المصري، بالرغم من أن السلطات العمومية آنذاك كانت تنادي بقانون يتأثر بالقيم العربية الإسلامية<sup>3</sup> وبتشديد مجتمع اشتراكي<sup>4</sup>. ويشير الأستاذ ماحيو إلى أن الجزائر رفضت إدخال التشريع الاستعماري في أسرتها القانونية، وإنما فضلت تكيفه مع القانون الوطني وإدماجه في هذا الأخير وتسمية القواعد التقليدية بقانون جزائري جديد<sup>5</sup>. إلا أن المشرع لم يجعل المبادئ الموروثة عن القانون الفرنسي القاعدة الوحيدة لتنظيم العلاقات العقدية، فقد ورد عليها استثناءات مهمة. تتمثل في تكريس نظرية الظروف الطارئة التي تؤدي إلى إعادة النظر في القوة الإلزامية للعقد ونظرية الاستغلال التي أدخلت مفهوم التوازن العقدي وكذا نظام التعبير عن الإرادة الذي أضفى الطابع الموضوعي على العقد<sup>6</sup>. إن العقد الذي ينظم علاقات الأفراد في المجتمع، والذي يعد سندا لأي عملية اقتصادية، لا يمكن أن يكون جامدا بما أنه يتطور مع الزمان ومع الظروف التي يتأثر بها. ولذا فإن تغيير أنماط المعيشة والمستوى المعيشي للمجتمعات تغييرا جذريا وتغيير وسائل الاتصال، داخل نفس الدولة أو على المستوى الدولي، يؤدي حتما إلى تحول العقد.

<sup>1</sup> - J. O.R.A, 1963, n°2 du 11 janvier 1963.

<sup>2</sup> - الذي يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 والرامي إلى التمديد، حتى إشعار آخر، لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر سنة 1962، ج. ر، 1973، العدد 62.

<sup>3</sup> - Exposé des motifs du projet d'ordonnance portant code civil.

<sup>4</sup> - الأمر 73-29 السابق الذكر.

<sup>5</sup> - A. MAHIOU, Rupture ou continuité du droit en Algérie, RASJEP, numéro spécial 20ème année, p.132.

<sup>6</sup> - المواد 107 و90 و59 مدني .

ومن بين الأسباب التي ساعدت على تحوله، ظهور عقود جديدة تتميز بتفوق أحد المتعاقدين. فأصبحت مصلحة الطرف القوي في العقد تهيمن مصلحة الطرف الضعيف. كما يعتبر ظهور قوانين جديدة، كقانون المنافسة وقانون الاستهلاك من جهة والتطور الاقتصادي من جهة ثانية، لاسيما التقنيات الحديثة للتسويق التي تسعى إلى التوزيع الجماعي للسلع، من الأسباب التي أدت إلى زعزعة القواعد التقليدية لنظرية العقد، كمبدأ الرضائية وذلك من خلال فرض شكلية جديدة كاشتراط البيانات الإلزامية بهدف إعلام المستهلك، ومبدأ الحرية التعاقدية من خلال تنظيم مضمون العقد. مما جعل الفقه يتساءل عن مصير النظرية العامة للعقد<sup>7</sup> كونها مريضة أو في أزمة.<sup>8</sup>

إذا كان العقد، في ظل النزعة الفردية صحيحا ما دامت توافرت فيه كل شروط صحته، ويحقق مساواة بين المتعاقدين، ويضمن الحرية العقدية، فإن المذهب الاجتماعي يرفض هذه المساواة الخيالية كونها مجردة، والتي لا تحمي الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مما أدى إلى بروز ظاهرة عيمنة العقد<sup>9</sup>، فتدخل المشرع لتحديد مضمونه من جهة، وظاهرة جمية العقد باعتبار وظيفته الاجتماعية من جهة أخرى. وعليه برزت مبادئ جديدة منها المساواة العقدية والتوازن العقدي والتضامن بين المتعاقدين من تعاون ومساعدة بين أطراف العقد للوصول إلى تحقيق المصلحة المشتركة ومنها المصلحة العامة.

فالمشرع الجزائري الذي تأثر أساسا بالقانون المدني الفرنسي، متبنيا مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات العقدية وكل ما يترتب عنها من آثار، كالقوة الإلزامية للعقد والحرية العقدية، قد اعتنق بعض آليات العدالة العقدية وأعطاه دورا لا يستهان به، وذلك من أجل أن يكرس أكثر عدالة عقدية، ومن بينها نظرية الظروف الطارئة التي تعتبر من أهم الاستثناءات التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة مراعاة التوازن العقدي. فهل يمكن القول أن المشرع اخذ بمفهوم جديد للعقد؟ وهل النظرية العامة للعقد تحتاج إلى تجديد مبادئها تماشيا مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية في

7 - F.TERRE, PH.SIMLER, Y.LEQUETTE, Droit des obligations, Précis Dalloz, ed. 1996, n°12.

8 - H. BATTIFOL, La crise du contrat et sa portée, archives de philosophie du droit, t 13, p.13.

9 - Publicisation. : J.FLOUR, Les influences réciproques, les influences du droit public sur le droit privé, 2012, n°5 revue de droit HENRI CAPITANT, 3w.henricapitantlawreview.org

فاضل خديجة: عيمنة العقد، دكتوراه الجزائري 2016

المجتمع الحديث، بالنظر إلى تدخل المشرع لتنظيم العقد وتوجيهه (I) ومن ثم إعادة النظر في مبادئه الأساسية (II).

## I - تدخل المشرع في المجال العقدي: توسيع وظيفة العقد

صحيح أن العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر بهدف إحداث آثار قانونية، فعلى أساس مبدأ سلطان الإرادة، لأطراف العقد كل الحرية في إبرام العقد من عدمه. كما لهما حرية اختيار المتعاقد معه وحرية تحديد مضمونه، مع مراعاة قواعد النظام العام. ويظهر على أساس هذا المفهوم التقليدي للعقد، أنه وسيلة للتحكم في المستقبل وتوقع كل تغيير يأتي من داخله أو من خارجه ولتحقيق الأمن التعاقدي.<sup>10</sup>

غير أن تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي حصلت في المجتمعات وتبني الدولة اقتصاد السوق الذي أدى إلى تكريس الحريات الاقتصادية، كحرية التجارة والصناعة والاستثمار، إضافة إلى انفتاح المرافق العمومية على المنافسة الحرة وحرية الأسعار، وظهور تشريعات خاصة أدى إلى ظهور اللامساواة بين أطراف العقد نظرا لوضعيتهم الاجتماعية كالعامل في مواجهة المستخدم والمستهلكين تجاه المتدخلين، لاسيما أن القواعد العامة تكرس المساواة بينهم بغض النظر عن مراكزهم الاقتصادية. فأصبح الطرف القوي في العقد هو الذي يملئ شروطه، فظهر اختلال في التوازن العقدي، مما نتج عنه اعتبارات جديدة أدت إلى تجديد مبادئ العقد أثناء تكوينه - كمبدأ الشكلية الإعلامية، ومهلة التفكير، وحق التراجع، وفرض التزام بالإعلام- وأثناء تنفيذه كفرض التزامات جديدة على المتعاقدين منها الالتزام بالسلامة والمطابقة. فكان لا بد من تحول العقد من المفهوم الفردي إلى مفهوم اجتماعي يسعى إلى إرساء عدالة اجتماعية.<sup>11</sup>

ولتحقيق ذلك، فقد تم تدخل الدولة في العقد "كأنها طرف فيه"، بهدف توجيهه وتنظيمه تجنباً لكل تعسف تجاه أحد المتعاقدين، مما أدى إلى توسيع مجال النظام العام، ومن ثم توجيه الحرية التعاقدية (1)، وإخراجه من النزعة الفردية إلى النزعة الموضوعية (2).

<sup>10</sup>-travaux de l'association Henri Capitant, p.2 de G. JAUFFRET- SPINOSI, Le contrat, de synthèse, journées brésiliennes, T.LV, 20.

وقد وصل بعض الفقه إلى التصريح أن هناك عقدا عالميا صالحا لكل الشعوب ولكل زمان ومكان ولكل الظروف، لأن في نظره أنه يقوم على مبادئ أساسية للعدل واللاعادل المستخلصة من علة طبيعية وهي غير قابلة للتغيير كما أنها أبدية.

<sup>11</sup> - نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، الجزائر، 2013، ص 34.

## أ - توجيه حرية التعاقد : اتساع دائرة النظام العام الاجتماعي

إن تقييد الحرية العقدية بتدخل المشرع في المجال العقدي من أجل تحقيق هذا الهدف لم يكن وليد اليوم، فقد نجده، في أحكام المادة 59 مدني التي تشير إلى ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" فيظهر من خلالها أن التعبير عن إرادة المتعاقدين هو العنصر الأساسي لتكوين العقد، غير أن كل متعاقد يلتزم بضرورة احترام النصوص القانونية، مفاده أن المشرع قد يتولى تنظيم العقود بحيث يلتزم أطراف العقد الخضوع له. وهذا التقييد يظهر في صور مختلفة، فقد يكون عن طريق الزامهم على التعاقد أو منعهم من ذلك، سواء من خلال نصوص خاصة أو من خلال نصوص القانون المدني.<sup>12</sup>

يظهر ذلك من خلال التعاقد الإجباري، والذي ينقص من دور الإرادة لإبرام العقد. وأحسن مثال لتبرير هذه الفكرة يتمثل في الزام الشخص بإبرام عقد معين تحت طائلة عقوبات مدنية أو جزائية كما هو الحال في التأمينات الإلزامية، كعقد التأمين على السيارات بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 74-15.<sup>13</sup> وكذا كل عقود التأمينات الإجبارية على المسؤولية<sup>14</sup>. فمن خلال تقييد الحرية العقدية في عقد التأمين، أراد المشرع أن يأخذ في الحسبان تعدد المخاطر من جهة، وتعويض الضحية عن كل الأضرار التي تلحق بها وخاصة حماية سلامتها الجسدية عن طريق تقنية التضامن من جهة أخرى، والتي أصبحت اليوم من الحقوق الأساسية التي تهدف التشريعات إلى حمايتها والمحافظة عليها<sup>15</sup>. ومنه نلاحظ أن الهدف الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه أعلى من احترام مبدأ حرية التعاقد. فالتضحية بجزء من الحرية العقدية في عقد التأمين، يكون قد قدم حماية حقيقية للضحية.

<sup>12</sup>-A.BENCHENEB, Le contrat en droit Algérien : entre textes et contexte(s), dans l'ouvrage sous la direction Walid LAGGOUNE : Algérie, cinquante ans après, la part du droit, AJED2013, p.283, n°13.

<sup>13</sup> - المؤرخ في 30 جانفي 1974 يتعلق بالإلزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن الأضرار الناشئة عن حوادث المرور، ج. ر، العدد 15.

<sup>14</sup> - المادتان 2 / 1/201 و 202 من الأمر الخاص بالتأمينات رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المعدل والمتمم، ج. ر، العدد 13.

<sup>15</sup> - راجع المادة 9 من قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج. ر، العدد 15، المؤرخ في 8 مارس 2009.

كما يتجلى تدخل الدولة في المجال العقدي من خلال القواعد الآمرة التي تمنع اللجوء إلى بعض البنود أو الشروط، طبقا للمادة 29 من القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>16</sup>، التي تمنع العون الاقتصادي من الإشارة إلى بعض الشروط التي تكون فيها مزايا مفرطة لصالحه وذلك على حساب المستهلك، أو طبقا لأحكام المادة 622 مدني فيما يتعلق بعقد التأمين، أو تلك التي تتولى حظر عقود الغرر<sup>17</sup> المتعلقة بالقمار والرهان بين الأفراد، وذلك بهدف حماية الآداب العامة.

فإذا كان النظام العام التقليدي يهدف إلى بطلان بعض العقود لعدم مشروعيتها محل الالتزام أو لعدم مشروعية السبب الذي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه، فقد يهدف حظر بعض العقود إلى ضمان النظام العام الاقتصادي، كالذي لجأت إليه الدولة في المجال الخاص بالقروض الاستهلاكية، فقد منعت على البنوك، من خلال قانون المالية، إبرام مثل هذه العقود مع الأفراد<sup>18</sup>. إلا أنه بعد تجميدها منذ 2009، قد رخصت الدولة لهذه المؤسسات المالية منح قروض استهلاكية موجهة حصريا لاقتناء السلع من طرف العائلات، والخاص بالمنتجات الوطنية من أجل دعم الانتاج الوطني<sup>19</sup>، وذلك لمحاولة ازدهار الأنشطة الاقتصادية ومن ثم النمو الاقتصادي وإشباع حاجات الأفراد ومتطلباتهم.

كما يظهر تقييد الحرية العقدية كلما أرادت الدولة تلبية الحاجات الاجتماعية أو المنفعة العامة، وذلك عن طريق تدخل المشرع بتنظيم العقد مما يؤدي إلى إنقاص "سلطة" أشخاص القانون الخاص، كما هو الحال في علاقات العمل والعلاقات الاستهلاكية، وذلك من أجل مراقبة نشاط الأفراد في المجتمع. ففي ظل المذهب الفردي، كان يتولى كل متعاقد الدفاع عن مصلحته فحسب، فإنه يسعى اليوم إلى الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المتعاقد معه ومصلحة المجتمع، وهذا بفضل تدخل المشرع لتنظيمه. فيظهر أن العقد أخذ، في كثير من الدول، مكانة متفوقة في تنظيم المجتمع سواء في العلاقات الخاصة أو في العلاقات العامة<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> - رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، ج.ر عدد 41.

<sup>17</sup> - راجع المادة 2/1/612 مدني، دون أن يشمل هذا الحظر الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري.

<sup>18</sup> - المادة 75 من الأمر رقم 01-09 المتعلق بقانون المالية التكميلي لسنة 2009.

<sup>19</sup> - المادة 88 تعديل وتنتم المادة 75 من الأمر رقم 01-09 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بموجب القانون رقم 14-

10 في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج. ر، العدد 78 في 31 ديسمبر 2014. راجع أيضا قرار وزاري مشترك

مؤرخ في 2015/12/31 يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج. ر، العدد 1 في 6 جانفي 2016.

<sup>20</sup> - C. JAUFFRET – SPINOSI, art., préc, p.3.

وقد نتساءل عن مفهوم هذه المصلحة العامة التي هي معيار النظام العام، مع العلم أن حرية التعاقد هي أصلا من النظام العام؟<sup>21</sup> صحيح أن المصلحة العامة قوام النظام العام ويتضمن هذا الأخير علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وذلك لضمان تطور المجتمع في ظل قيم معينة<sup>21</sup>، غير أن اليوم، يرى الفقه أن هناك تزايد في تشريعات النظام العام. فبعد ما كان النظام العام يهدف أساسا إلى ضمان المصالح العامة، أصبح اليوم يهتم بترقية المصالح الخاصة<sup>22</sup>.

وما يلاحظ أن مفهوم النظام العام اتسع ليشمل المصالح العامة والمصالح الخاصة. فإذا كان النظام العام التقليدي لا يهتم إلا بالمصالح العليا للمجتمع التي تتمثل في حريات الأفراد وتنظيم المصالح الإدارية... إلخ، فإن الأمر لا يقتصر اليوم على ذلك، وإنما يتعداه ليشمل احترام المصلحة الخاصة. وفي الحقيقة -كما يرى الفقه-<sup>23</sup>، فإن المصلحة العامة تتعلق بمجموع بعض المصالح الخاصة. وتطور المجتمع في المجال الاقتصادي والاجتماعي أدى إلى ضرورة حماية بعض الفئات الخاصة. فقد تتولى الدولة مثلا تنظيم عقد العمل من أجل حماية العامل و ذلك من خلال تقييد حرية المستخدم الذي يكون في مرتبة هيمنة. فأبرز قانون رقم 90-11<sup>24</sup> المتعلق بعلاقات العمل، حقوق العامل كتحديد الحد الأدنى للأجر واحترام مدة العمل والعطل الأسبوعية والسنوية... إلخ، والتي لا يمكن المساس بها. كما تولت أيضا تنظيم علاقات الاستهلاك التي تهدف إلى حماية المستهلك ضد تعسف المتدخلين من بائعين ومقدمي الخدمات بالخصوص في مجال الضمان مثلا،<sup>25</sup> أو في مجال منع البنود التعسفية<sup>26</sup>. يظهر أن التدخل الواضح للدولة في

<sup>21</sup> - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة الثالثة، موفم للنشر الجزائر 2013، ص 283.

<sup>22</sup> - M. MEKKI, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, DELTA, 2004, p.218, n° 351

راجع فاضل خديجة، سابق الذكر، ص 36.

A. FILALI, Adaptation du droit commun des contrats, colloque international : développement, spécificités et impact du droit de la consommation organisé par l'université d'Oran le 15et 16mai 2013, p.32.

<sup>23</sup> - G. FARJAT, L'ordre public économique, L.G.D.J, Paris 1963, p.110et s.

<sup>24</sup> - المؤرخ في 21أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل ج. ر، 1990، العدد 17.

<sup>25</sup> - بالخصوص في مجال الضمان، راجع المادة 13 من قانون 03-09 سابق الذكر.

<sup>26</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 306-06 المؤرخ في 10سبتمبر 2006 يحدد بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر، 2006، العدد 56.

العلاقة العقدية، أدى إلى توسيع مفهوم المصلحة العامة في المجال الخاص وإلى الإنقاص من إرادة الأشخاص وذلك بهدف توجيه العقد وفقا للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للدولة. كما يظهر أن العقد قد أخذ مكانة متفوقة في تنظيم المجتمع، سواء فيما يتعلق بالعلاقات الخاصة أو العامة<sup>27</sup>. فكان تدخل المشرع لتنظيمه من أجل التوفيق بين المصالح العامة والمصالح الفردية وخاصة حماية هذه الأخيرة، وهذا باستعمال وسيلة النظام العام الاقتصادي الحمائي.

هذه الوسيلة المتمثلة في النظام العام الاجتماعي التي سمحت للمشرع بالتدخل في العقود من أجل إيجاد حلول لتعسف أحد المتعاقدين المبالغ فيه<sup>28</sup>. إلا أن التقنية المستعملة من طرف المشرع في السنوات الأخيرة لم تقتصر على نصوص قانونية أمرة، والتي تحل محل مضمون العقد، وإنما تمثلت في اتخاذ تدابير تسعى إلى إقامة مساواة بين أطراف العقد من شأنها أن يكون رضا الطرف الضعيف حرا ويتخذ قرارا عن علم ومعرفة، وبعد تفكير ورترو<sup>29</sup>. ولا يلعب الدور الحمائي إلا لمصلحة الطرف الذي تقرر من أجله<sup>30</sup>. فكان يهدف إلى تحقيق مساواة فعلية، ويتميز بمضمونه وبالأجزاء المترتب عن مخالفته.

إن تدخل الدولة لتنظيم هذه العقود، باستعمال النظام العام الاقتصادي الحمائي، لم يكن إلا بهدف إضفاء نوع من الحماية على الطرف الضعيف، مما جعل الجزاء الواجب التطبيق على مخالفته يكتسي نوعا من الخصوصية<sup>31</sup>. فإذا كانت مخالفة قواعد النظام العام التقليدي تؤدي إلى بطلان العقد، لأن المشرع يهدف من وراء ذلك إلى حماية المجتمع من تصرفات الأفراد التي قد تمس بالمصلحة العامة، فإن مخالفة النظام العام الاقتصادي الحمائي، من المفروض يؤدي إلى البطلان النسبي للعقد، بما أن الأمر يتعلق بحماية مصلحة بعض الأشخاص، ويبقى حق طلب هذا الإبطال يقتصر على الطرف الذي تقرر لمصلحته. غير أن تطبيق هذا الإبطال يواجه بعض الصعوبات لأن البطلان النسبي للعقد لا يساهم أبدا في حماية الطرف

<sup>27</sup> - C. JAUFFRET – SPINOSI, art. préc., p.3.

<sup>28</sup> - J.FLOUR, J.L.AUBERT et E.SAVAUX, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, Vol 1, 10<sup>e</sup> ed., Armand Colin, 2002 p.210 et s n° 292 et 293.

<sup>29</sup> - J. GHESTIN, Traité de Droit civil, La formation du contrat, LGDJ, DELTA, 3<sup>e</sup> ed.1996, p. 116, n° 136.

<sup>30</sup> - Idem.

<sup>31</sup> -R.SAVATIER, La théorie des obligations en droit privé économique, Précis Dalloz, Dalloz 1979, 4<sup>e</sup>ed., n° 120,p.164

الضعيف لأن الحكم به يؤدي إلى زوال العقد. فقد نتساءل عن ملاءمة هذا الجزء مع ضرورة حماية المستهلك في العقود التي اختل فيها التوازن الذي تقتضي الظروف الاقتصادية والاجتماعية حمايته. إن الحماية الفعلية للمستهلك تتحقق، إذا كان الجزء يؤدي إلى بقاء العقد واستمراره. فالبطلان الجزئي للعقد مثلاً يلائم أكثر مصلحة الطرف الأكثر ضعفاً<sup>32</sup>. والذي يتمثل في إزالة البند غير المشروع والاحتفاظ بالجزء الصحيح. فتقع مثلاً باطلة كل الشروط التي ترد في وثيقة التأمين، كما تشير إليها المادة 622 مدني، ويبقى عقد التأمين قائماً. كما أن تعديل العقد الذي يهدف إلى تغيير بعض عناصر العقد سواء بالإنقاص أو بإضافة بعض العناصر يسعى أيضاً إلى استمرارية العلاقة العقدية. كالتعديل الذي يقوم به القاضي بموجب أحكام نظرية الظروف الطارئة<sup>33</sup>، تسمح للقاضي بالإبقاء على العقد، بالإضافة إلى الحفاظ على العدالة التعاقدية وتحقيق التوازن العقدي. إن تعديل الشرط الجزائي، في حالة ما إذا كان التقدير مفرطاً، يسعى أيضاً إلى ضمان تنفيذ العقد بدلاً من بطلانه<sup>34</sup>.

من خلال ما سبق، فإن المشرع يتدخل في العلاقة العقدية بواسطة مفهوم النظام العام الاقتصادي الحمائي لتعديل العقد، من أجل إقامة المساواة والتوازن العقدي وكذا لضمان استقرار المعاملات ومراقبتها. ويظهر أن تدخل الدولة في العقد، بعد انتشار عقود الاذعان، يهدف إلى حماية الطرف الضعيف من هيمنة المتعاقد المتفوق، مفاده أنه لم يعد يهدف إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين فحسب، وإنما يسعى بفضل النظام العام الاجتماعي إلى المحافظة على المصلحة العامة.

## ب - التصور الاجتماعي للعقد

وبعد ما كان العقد هو تلبية رغبات أطرافه في النظرية الفردية، فإن التطور الذي حصل في كثير من المجالات، لاسيما في المجال الاقتصادي والاجتماعي، قد أدى بالمشرع إلى الانضمام أيضاً إلى النظرية الاجتماعية التي ترى أن العقد ليس مسألة فردية وإنما يدخل في الدائرة الاجتماعية، مما أدى بالدولة إلى التدخل في التسيير الاقتصادي لمحاربة عدم المساواة الاجتماعية بين الطرف الضعيف والطرف المتفوق في العقد.

<sup>32</sup> - المادة 104 مدني.

<sup>33</sup> - راجع المادة 3/107 مدني؛ راجع حميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه دولة، الجزائر 1996، ص 52 وما يليها.

<sup>34</sup> - المادتان 183 و 184 مدني.

إن ظهور التصور الاجتماعي للعقد ، لم يكن صدفة أو بسبب رغبة المشرع ، وإنما كان وليد التحولات التي حصلت في الثلث الأخير من القرن 19 ، سواء على المستوى السياسي أو الاقتصادي (تطور نظام الرأسمالي ، تطور الصناعة والعمران) التي أدت إلى بروز مشاكل اجتماعية جديدة أو تفاقم المشاكل القديمة للفئات ذات المستوى المعيشي الضعيف. ومن أجل الوصول إلى حلول ، ودون زعزعة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ، فقد قبل الفقه فكرة اجتماعية القانون<sup>35</sup>. وحسب رأيه ، فإن الحلول القانونية لا تستنتج فقط من القواعد المجردة والقديمة التي يتضمنها القانون المدني ، وإنما يمكن أن تُبنى أيضا على أسس مصدرها المجتمع<sup>36</sup>.

فإذا كان النظام الليبرالي الذي كان سائدا في ذلك القرن ، لا يهتم بالضعفاء بصفة عامة ، فإن الدولة اضطرت للتدخل في العقد سعيا إلى حماية بعض الفئات في مختلف المجالات الاجتماعية ، كتدخلها في التشريع الخاص بالعمل في حالة فقد العامل لعمله أو وجوده في حالة إعاقة أو مرض... فتدخل الدولة في علاقات العمل مثلا ، يظهر مهما جدا. فلقد أصبحت هذه الأخيرة التي كانت من القانون الخاص ، أقرب من القانون العام<sup>37</sup> حتى وصل الفقه إلى القول إن العقد يتميز بأكثر تنظيم<sup>38</sup>.

فكان لا بد للسلطات العمومية أن تتبع المذهب الاجتماعي الذي يقتضي أن يضع قيودا على مبدأ سلطان الإرادة من أجل توجيه القانون لمهمته الاجتماعية ، لمحاولة إعادة التوازن المختل بين الحقوق والالتزامات المتقابلة. وذلك لا يمكن أن يتحقق إلا بتضامن أكثر داخل العقد إضافة إلى تنظيم هذا الأخير بتنظيما جماعيا بهدف الوصول إلى العدالة الاجتماعية وتحقيق السلم في المجتمع.

<sup>35</sup> -J.CHARMONT, La socialisation du droit, (leçon d'introduction d'un cours de droit civil), revue de métaphysique et de morale, 1903, p.380 et s. cité par J.P.CHAZAL la protection de la partie faible chez JOSSERAND , ou la tentative de maintenir le compromis républicain, p.1, 3w.sciencespo.fr.

<sup>36</sup> -J.CHARMONT, idem, p.2.

<sup>37</sup> - فقد انتقد جانب من الفقه هذه الفكرة انتقدا شديدا بقولهم أن المتعاقدين لم يعودوا سادة في ديارهم. منهم جوسران. J.P.CHAZAL préc., p.1 راجع

<sup>38</sup> - F.TERRE, PH.SIMLER ,Y.LEQUETTE, Droit civil, les obligations, 6e ed, Delta, Dalloz, 1996, p.34.

إن تحقيق هذا السلم في المجتمع يقتضي فعلاً أن يكون هناك تضامن بين أفراد المجتمع، وأن هذا التضامن يسمح لهم بمواجهة المخاطر الاجتماعية التي قد تصيبهم وهذا لا يتحقق إلا بالتضحية<sup>39</sup> أي بتضحية كل فرد بجزء من حقه. هذا ما تلجأ إليه المجتمعات الحديثة لاسيما مع تكاثر المخاطر الاجتماعية والتي تلزم كل فرد أن يكون مؤمناً ضدها، فيساهم في تمويل هذه الحماية حسب قدراته.<sup>40</sup> فقد وصل الفقيه بلونجي<sup>41</sup> إلى القول إن التعاقد يشارك بدفع مبلغ من المال في تعويض الغير، دون انتظار مقابل مؤكد، (ويتمنى أن لا يحصل عليه لأن ذلك يعد علامة على وقوع الحادث).

إن العقد أصبح وسيلة للتضامن الاجتماعي تستنتج من اعتبارين، ينطلق الأول من معاناة الواقع الاجتماعي مما جعله يكيف العقد بأنه واقعة اجتماعية، وحسب هذا الرأي فإن العقود تبرم دائماً تحت سلطان الضرورات الاجتماعية، ويتعلق الثاني بالمنفعة الاجتماعية.<sup>42</sup> فأصبح مصدر التضامن هو تنظيم المجتمع وهذا التضامن يربط أطراف العقد فيما بينهم بهدف تحقيق حاجاتهم مما يؤدي إلى تكريس التضامن الاجتماعي. والتضامن الاجتماعي أساسه الانسجام الاجتماعي، بمعنى أنه يهدف إلى منع الإقصاء الاجتماعي. وهذا ما يظهر من خلال قانون العمل وقانون التأمينات الإلزامية.

دائماً وبهدف حماية الطرف الضعيف في العقد، الذي كان الشغل الشاغل للدولة، في السنوات الأخيرة، فقد تم تدخل هذه الأخيرة في العقد وذلك عن طريق أشخاص القانون العام والتي ليست لها صفة التعاقد. وقد ساعد المشرع والسلطات العمومية في ذلك اتفاقية العمل الجماعية التي تضمنت حماية خاصة لبعض الفئات كالعامل و ذلك بتحديد التزامات المستخدم. وتعد من الطرق الجديدة التي تقوم على فكرة التفاوض الجماعي المسبق في العلاقات العقدية التي ستأتي في مرحلة لاحقة. هذا ما لجأ إليه المشرع في قانون رقم 90-11 الذي يتعلق بعلاقات العمل

---

<sup>39</sup> -M.JEAN CEDRAS, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la cour de cassation, 2003, courdecassation.fr, p.1.

<sup>40</sup> - A. BELANGER, théorisations sur le droit des contrats, Québec, les presses de l'université, Laval, 2014, érudit.org, p.957.

<sup>41</sup> -A. BELANGER, préc., idem.

<sup>42</sup> - R.DEMOGUE : Traité des obligations en général, t1 sources des obligations, Paris, A.Rousseau, 1923, n°10,p.19.

السالف الذكر الذي يعرفها<sup>43</sup> بأنها عقد تتطلب إرادات نقابات العمال من جهة، وإرادات أرباب العمل من جهة أخرى. مما يعطيه الطابع الجماعي الذي يميز اتفاقية العمل الجماعية من حيث أطرافها. مما يؤدي إلى القول إن الاتفاق يمثل عدة عمال، إلا أن آثارها تنصرف إلى كل العمال بما فيهم الذين لم يكونوا راضين بمضمونه. فتظهر الصيغة الجماعية في للاتفاقية الجماعية من حيث أن نقابات العمال أو أرباب الأعمال لا توقع على العقد باعتبارها وكالة على كل عضو من أعضائها، وإنما باعتبارها ممثلة لمجموع المصالح المهنية، فهي تلتزم بما جاء في العقد الجماعي باعتبارها شخصا معنويا مستقلا يمثل جماعة الأعضاء. ولا تتأثر الاتفاقية بانضمام أعضاء جدد.<sup>44</sup> كما تصبح هذه الاتفاقية قواعد آمرة لأشخاص لم يرضوا بها من حيث الآثار مما يجعلها تعارض مبدأ نسبية آثار للعقد.<sup>45</sup> إن هذه الخاصية قد تؤدي إلى الشك في الطبيعة العقدية أو التنظيمية لاتفاقية العمل الجماعية وإن كان من المؤكد أنها في درجة أعلى من عقد العمل، بما أنها تمنح للعمال، على الأقل، امتيازات إضافية بالمقارنة مع هذا الأخير.<sup>46</sup> ومهما كان التكييف الذي يعطى لها، أنها عقد في إبرامها ولائحة في آثارها، فإنها تخرج عن الطابع العقدي وتخالف مبدأ الأثر النسبي للعقد المنصوص عليه في القانون المدني. ولحدثة ظهور مثل هذه العقود التي ارتبط بالتطور الاجتماعي<sup>47</sup>، لم ينظمها المشرع في التقنين المدني.

نلاحظ أن التعاقد الجماعي في علاقات العمل يساهم في انتقال الاتفاق من نطاق فردي إلى نطاق جماعي، سعيا إلى الانقاص من التفاوت في القوى، وتكريس احترام العقد من طرف كل من وقع عليه وامتناع عن كل تصرف يؤدي إلى صعوبة في تنفيذ العقد الجماعي. فيقيم بين أطرافه التعاون والمشاركة طوال قيام هذه العلاقة بينهم. إنه يهدف إلى تحقيق المساواة بين العمال وأرباب العمل كما يسعى أيضا إلى حماية الطرف الذي يكون في مركز ضعف، وبالتالي، فاتفاقية

<sup>43</sup> - راجع المادة 114 منه.

<sup>44</sup> - J.GHESTIN, préc., p.26.

<sup>45</sup> - H.L. MAZEAUD, J.MAZEAUD et FR CHABAS, Leçons de Droit civil, Obligations, Montchrestien, Delta, ed.2000 T.2, 9<sup>e</sup> éd. p.85.

<sup>46</sup> - G.VINEY et P.JOURDAIN, Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, DELTA, LGDJ, 1998, 2<sup>e</sup> ed. n° 493, p.389.

<sup>47</sup> - H.L. MAZEAUD, J.MAZEAUD et FR CHABAS, préc., idem.

العمل الجماعي تهدف إلى تحقيق الانسجام الاجتماعي ومن ثم السلام الاجتماعي. وذلك لما يستعمل التفاوض الجماعي كوسيلة للوقاية من إنهاء المنازعات الجماعية كما تشير إليه أحكام المادة 4 من قانون رقم 90-02<sup>48</sup> أو منع نشوء النزاع. أو كوسيلة علاجية حسب نص المادة 5 من نفس القانون. وأكثر من هذا، فقد يلجأ الطرفان أيضا إلى الطرق البديلة الأخرى كالوساطة أو التحكيم طبقا للمواد 10 و11 و13 من نفس القانون.

مما سبق، يتضح أن هناك تغييرا في ظاهرة العقد الذي تدخلت الدولة في مجاله عن طريق المشرع أو عن طريق القاضي. فلا يمكن لأحد أن ينكر أن العقد لم يعد يهم المتعاقدين بصفة حصرية وإنما يهم أيضا الدولة والغير. كما استعمل المشرع التعاقد الجماعي الذي يهدف إلى حلول المصلحة الجماعية في العقد محل المصلحة الفردية والذي يكون مصدرا لحماية أكبر للطرف الضعيف في العقد، بالرغم أنه يخالف المبدأ الأساسي له المتمثل في نسبية آثاره. فهل يمكن أن يبقى العقد يسيّر بنفس المبادئ؟ وهل يمكننا أن نضحي بمصلحة المتعاقدين وبالمصلحة الجماعية من أجل أن نبقى أوفياء لمبدأ سلطان الإرادة؟ فمن الضروري إعادة التوازن في العقد لتحقيق المساواة بين المتعاقدين من أجل حماية أكبر وتحقيق المصلحة الاجتماعية. مما يؤدي بنا إلى التأكيد على ضرورة تجديد المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد.

## II - تجديد المبادئ الأساسية للنظرية العامة للعقد

إن ظهور عقود الاستهلاك والتصرفات التعسفية في ظل المنافسة، وظهور عقود نموذجية تنظم من طرف أحد المتعاقدين، كان السبب في اختلال التوازن في العقد، مما ساعد على تدخل الدولة في المجال الاقتصادي لتتمكن من التحكم في تسييره وتوجيهه للتكفل بالطرف الضعيف والمحافظة على المصلحة العامة. هذا ما أدى حتما إلى تقييد إرادة المتعاقدين. فمن الضروري أن تتبنى نظرية العقد قيما أخرى جديدة من أجل توسيع النظرية العامة للعقد ومن ثم تطوير قانون العقود. هذه المبادئ المستتجة من القيم العليا المتعلقة بالعدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية والعدل.<sup>49</sup> وفي هذا الصدد، لم تعد تكفي نظرية عيوب الرضا لإقامة المساواة، بل

<sup>48</sup> - المؤرخ في 6 فبراير 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، ج. ر.، 1990، العدد 6.

<sup>49</sup> - J.GHESTIN, préc., p.203.

تطويرها أصبح من الأولويات، (أ) كما يظهر تدخل المشرع ضروري لإعادة التوازن في العقد (ب)، كما حان الوقت أن يسود في العقود مبدأ واجب التعاون بين أطرافه الذي يؤدي إلى التضامن بينهم (ج).

### أ - تحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين

تسعى نظرية العقد، منذ نشأتها، إلى حماية الطرف الضعيف في كثير من المواضع، وذلك من أجل تحقيق مساواة بين أطراف العقد، غير أنها بقيت مساواة مجردة.

لقد كانت نظرية عيوب الرضا التي تؤدي إلى إبطال العقد، من النظريات الأكثر تقليدية التي تهدف إلى إقامة مبدأ المساواة العقدية. فإنها تسعى إلى التخفيف من حدة سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي كان يرفض كل حماية لأحد طرفي العقد لأن العقد هو العدل<sup>50</sup> حسب هذا المفهوم. مع أن كل التشريعات واعية أن المتعاقد عند إبرامه العقد قد يكون ضحية غلط أو تدليس، خاصة أن تطور المجتمعات الذي صاحبه تطور تكنولوجي واقتصادي، أدى إلى أن المتعاقد معه، عند إبرامه العقود سيستعمل كل الحيل الممكنة لكي تكون الصفقة لمصلحته. كما تعتبر من النظريات التي كان يريد المشرع من ورائها أن يمنح للعقود استقراراً أكثر للعقود. وإذا كان المشرع قد تبنى آخر تطور فيها، فإنها تبقى مفهوماً ضيقاً فإنها تحتاج إلى إعادة النظر في بعض الجوانب لاسيما أن القضاء عندنا لم يساهم في تطويرها.

بالرجوع إلى عيب الغلط، نلاحظ أن المشرع قد وسع من مفهومه. فيأخذ بالغلط إذا وقع في الصفات الجوهرية للشيء بدلاً من الغلط في مادة الشيء كما كان يأخذ به القانون الفرنسي. كما أنه لم يكتف بالمعيار الذاتي في تقدير الصفة الجوهرية للشيء؛ بمعنى إرادة المتعاقد الذي وقع في الغلط، وإنما اعتق أيضاً المعيار الموضوعي المتمثل في تقدير الصفة الجوهرية التي يراها المتعاقدان معاً، في ضوء العوامل الموضوعية؛ بمعنى الظروف المحيطة بالعقد والذي تم العقد في ظلها.<sup>51</sup> كما يمكن أن نلاحظ أن المشرع لم يكتف بالمفهوم الضيق

<sup>50</sup> - A. FOUILLEE : «qui dit contrat dit juste. »

<sup>51</sup> - علي فياللي، سابق الذكر، ص 179 وما يليها.

للتدليس<sup>52</sup>، كما كرسه المشرع الفرنسي، الذي لا يبطل العقد إذا كان التدليس عن طريق السكوت العمدي، وإنما فضل التأثير بالقضاء الفرنسي<sup>53</sup> وذلك برفضه فلسفة المذهب الفردي التي تلزم كل متعاقد بأن يتحمل مسؤولية الوصول إلى المعلومات الضرورية لإبرام العقد بما أنهما على قدم المساواة. إن تكريس الالتزام بإعلام المتعاقد الذي لا يعلم يكون المشرع قد رجح مفهوم المساواة الحقيقية دون المساواة المجردة.

دائماً وبهدف الإنقاص من عدم المساواة بين المتعاقدين، لقد أدى انشغال المشرع بحماية الطرف الضعيف في العقد إلى تكريس الإكراه كعيب من عيوب الرضا الذي يسمح لمن يكون ضحية له أن يطلب إبطال العقد، الذي يتمثل في "الضغط الذي يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد"<sup>54</sup>. غير أن هذا التصور للإكراه كعيب للرضا، لا يشمل حالة الإكراه الاقتصادي الناتجة عن الهيمنة الاقتصادية، الذي يأخذ به القضاء الفرنسي<sup>55</sup>، والذي كرسه المشرع هناك أخيراً<sup>56</sup>. والذي يشترط أن يكون هناك وضعية عدم المساواة العقدية بين الطرفين، التي تتحدر من وضعية خطر اقتصادي التي يوجد فيها أحدهما، والتي تؤدي إلى أنه يصعب عليه المفاوضة في العقد، لأن الوضعية التي يوجد فيها تمنعه من ذلك؛ بمعنى أن يجد أحد المتعاقدين نفسه في حالة الضرورة أو التبعية الاقتصادية أو الاجتماعية لا تعطيه الخيار إلا أن يبرم العقد المفروض عليه. كما يجب أن يتوافر أيضاً العنصر المعنوي، بحيث يقوم المتعاقد الذي له الهيمنة، باستغلال هذه الوضعية الصعبة من أجل الحصول على تعهد منه، بحيث لولاها لما تحصل عليه وذلك من أجل الوصول إلى تحقيق منفعة أو امتياز عقدي يكون مبالغاً

<sup>52</sup> - راجع المادة 2/1/86 مدني؛ محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر 2004، ص 181 وما يليها؛ علي فيلال، سابق الذكر، ص 189 وما يليها.

<sup>53</sup> - Cass.Civ.1ere, 15 mai 2002, bull. civ. n°132.

<sup>54</sup> - لأكثر تفصيلاً، راجع محمد صبري السعدي، سابق الذكر، ص 191.

<sup>55</sup> - Cass.Civ. 1ere, 30 mai 2000, R.T.D.CIV, 2000, p.827. Obs : J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>56</sup> - Art.1143 du code civil français, voir ordonnance n°2016-131 du 10fevr.2016, JORF n°0035 portant réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Art 1143 : « Il y a également violence lorsqu' une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne serait pas trouvée dans cette situation de faiblesse. »

فيه.<sup>57</sup> فبتوافر هذين الشرطين، يمكن للمتعاقد الذي كان ضحية إكراه اقتصادي صادر من طرف المتعاقد معه، أن يبطل العقد.

فعلى المشرع أن يهتم بمسألة التعسف في التبعية الاقتصادية، بالرغم من تكريسه في قانون المنافسة لظاهرة التعسف في التبعية الاقتصادية<sup>58</sup>، لاسيما بعد التطور الذي عرفته العلاقات العقدية في المجال الاقتصادي مع ظهور قيم جديدة وأحكام خاصة في قانون الاستهلاك أو قانون المنافسة اللذان يهدفان إلى ضمان التسيير الحسن للسوق. فغيب الإكراه الاقتصادي، من العيوب التي ستحمي حتما المتعاقد الذي يكون في وضعية اقتصادية صعبة، فهي وسيلة في يده لإبطال عقد غير متوازن، وانعدمت فيه المساواة بين أطرافه. وإذا كان إثبات الإكراه الاقتصادي ليس بالأمر الهين على المتعاقد ضحية هذا الإكراه، فعليه أن يستعمل كل الوسائل التي تكون لديه للوصول إلى ذلك.

إن عدم المساواة بين المتعاقدين قد زادت في السنوات الأخيرة بسبب تطور الاجتماعي والاقتصادي وظهور طرق جديدة في العلاقات العقدية، مما يستوجب على المشرع أن يوسع أيضا من حالات عيب الاستغلال. فقد كرس فعلا المفهوم الموضوعي للغبن المتمثل في عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يحصل عليه<sup>59</sup>، إلى جانب التصور الذاتي الذي يطلق عليه الاستغلال الذي مفاده أن التفاوت القائم بين ما يعطيه أحد المتعاقدين والفائدة التي يحصل عليها ناتج عن ضعف المتعاقد الآخر، وهو نتيجة لاستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف.<sup>60</sup> ويعتد النص بالضعف النفسي في حالتين فقط هما الهوى الجامح والطيش البين. مع أن كثيرا من التشريعات استحدثت أحكاما أخرى لمعالجة عدم تعادل التزامات المتعاقدين، فتبطل العقد إذا استغل الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته، لاسيما أن التطور الذي حصل في عدة ميادين منها التكنولوجي والاقتصادي أدى إلى كثرة الآلات المعقدة والمنتجات بمختلف أنواعها التي تتطلب تجربة معينة لا برام عقد عن علم ومعرفة

<sup>57</sup> - D. MAZEAUD, Régime de violence économique, Rec, Dalloz, 2002, p.2844.

<sup>58</sup> - راجع الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج. ر، 2003، العدد 43، المعدل والمتمم الذي يأخذ بالتعسف الناتج عن وضعيات الهيمنة (المادة 7) أو وضعية التبعية الاقتصادية (المادة 11) في العلاقات التعاقدية بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق سواء كانوا منافسين أو شركاء تجاريين.

<sup>59</sup> - راجع المواد 358، 732، 415 مدني والمادة 66 من الأمر رقم 03/05 المؤرخ في 2003/07/10 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر، 2003، العدد 44.

<sup>60</sup> - راجع المادة 90 مدني.

وعن دراية معينة. فعلى غرار ما ينص عليه القانون المدني الألماني<sup>61</sup>، على المشرع عندنا أن يوسع من الحالات التي تمنح المتعاقد حق إبطال العقد الذي لا يحقق له مصلحة والذي قد يضر به.

ولتحقيق المساواة بين أطراف العقد، فإن الحلول التي وصلنا إليها من خلال الالتزام بالإعلام قد كانت من الحلول التي أظهرت إلى الوجود مفهوما جعل المساواة بين المتعاقدين فعلية وليست مجردة. فبعدما كرس المشرع الالتزام بالإعلام في حالة استعمال المتعاقد المدلس حيلة كتمان لمعلومات خاصة بالعقد عن المتعاقد معه، إذا كان هذا الأخير لا يمكن الحصول عليها إلا من المدلس، حسب أحكام المادة 2/86 مدني، فقد استفاد المستهلك في السنوات الأخيرة بوضعية أحسن بحيث انقلب الأمر، وأصبح المتدخل في علاقة الاستهلاك ملزما بإعلام المستهلك بهذه المعلومات و أعفي هذا الأخير من الاستعلام عنها بمقتضى أحكام المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.<sup>62</sup>

إن تعميم هذا الالتزام لكل العقود- دون اشتراط شروط الكتمان التدليسي- قد يكون أكثر عدلا وحماية للمتعاقد الضعيف. إن إعلام المتعاقد بالمعلومات التي تخص محل التزامه من أجل تبصيره وتنويره، دون أن يلتزم بالبحث عنها، سيكون حتما من الأسباب التي ستقيم المساواة الفعلية بين المتعاقدين.<sup>63</sup>

وأكثر من هذا، فقد يتم تعزيز هذه المساواة، إذا مُنح المتعاقد الضعيف حق التفكير قبل إبرام العقد. هذا ما تكرسه أحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306<sup>64</sup> "بإعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة... ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه". هذا ما ينص عليه أيضا المشرع في قانون رقم 11-04<sup>65</sup> الخاص بالبيع على التصاميم وهذا من خلال ما سماه "بعقد حفظ الحق" الذي سيسمح لمقتني العقار أن ينهي العقد وأن يسترجع

<sup>61</sup> - راجع المادة 138 من القانون المدني الألماني، والمادة 21 من قانون التزامات السويسري.

<sup>62</sup> - الصادر في 17 فيفري 2009، والمرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر، 2013، العدد 58.

<sup>63</sup> - هذا هو اقتراحنا منذ سنة 2010، راجع أطروحة دكتوراه دولة بعنوان: الالتزام بالإعلام في العقود، جامعة الجزائر 2009، والذي كرسه أخيرا المشرع الفرنسي في التعديل الأخير في المادة 1112-1، الفقرة الأولى بموجب الأمر رقم 131-2016 المتعلق بتعديل القانون المدني، سابق الذكر.

<sup>64</sup> - المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج.ر، 2006، العدد 56.

<sup>65</sup> - المؤرخ في 17 فيفري 2011 الذي ينظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر، 2011، العدد 14.

المبلغ الذي دفعه. مما يفهم معه أن الفترة ما بين إبرام عقد حفظ الحق وإنهائه بمثابة مهلة تفكير تمنحه فرصة دراسة الصفقة قبل إبرام العقد النهائي.<sup>66</sup> غير أن مدة التفكير الممنوحة للمستهلك في كل هذه الحالات السالفة الذكر تبقى غير كافية وناقصة، لأن المشرع لم يذكر المدة التي تمنح للمستهلك للتفكير، واكتفى بـ "مدة كافية" التي يرجع تحديدها للقاضي. فتجديدها سيضمن حماية أكبر للطرف الضعيف.

كما يمنح الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد والقرض<sup>67</sup> للمتعاقد الضعيف حق التراجع من خلال نص المادة 119 مكررا 1 عن عقد القرض الذي أبرمه في أجل 8 أيام من تاريخ التوقيع على العقد. وتمنح المادة 2/11، من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بعرض القرض الاستهلاكي، نفس الحق للمقترض.<sup>68</sup> إن أمام الصعوبات التي يجدها المقترض في تقدير الالتزامات التي يجب أن يتخذها بشأن اقتراضه من أجل اقتناء ما يحتاجه، ولتفادي أخطار التدين التي يمكن أن يواجهها، فإن المشرع منح له وقتا للتفكير من أجل قبوله لعقد القرض أو التراجع عنه وهذا سيقوم مساواة بدون شك بين المقرض والمقترض. وهكذا يكون تشريع الاستهلاك قد ساهم في توسيع المساواة بين المتعاقدين، مساواة حقيقية<sup>69</sup> بدلا من المساواة الوهمية التي ينادي بها القانون المدني.

إن انشغال المشرع بحماية الطرف الضعيف في العقد، وبهدف الإنقاذ من اللامساواة بين المتعاقدين، قد استند إلى تفسير العقد<sup>70</sup>، لمصلحة الطرف المدني في عقود الإذعان بموجب أحكام المادة 112 مدني، كما يقوم المشرع بإنقاذ التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر...<sup>71</sup> مما يؤدي إلى إعادة المساواة التي اختلت أثناء إبرام العقد.

<sup>66</sup> - إلا أن ذلك ممكنا في حالة قبول المرقى العقاري رجوع المقتني العقاري عن الشراء، وإلا يتولى الأول اقتطاع نسبة من المبلغ المدفوع كتسبيق، راجع المادتين 27 و32 من القانون 11-04 السالف الذكر.

<sup>67</sup> - الأمر 03-11 لمعدل والتمم بالأمر 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج. ر.، 2010، العدد 50.

<sup>68</sup> - المؤرخ في 12 ماي 2015، ج. ر. 2015، عدد 24.

<sup>69</sup> - C. THIBIERGE - GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTDCiv, 1997, n°2, p.379.

<sup>70</sup> - A. FILALI, Adaptation du droit commun des contrats, colloque international : développement, spécificités et impact du droit de la consommation organisé par l'université d'Oran le 15et 16mai 2013.

<sup>71</sup> - A. BENCHENEB préc., p.333 et s.

يجب أن تتجدد النظرية العامة للعقد لكي تتمكن من إدخال التطورات الناتجة عن القانون الخاص للعقود. وإذا كان مبدأ المساواة يبحث عن المساواة بين المتعاقدين، فإن مبدأ التوازن يسعى إلى إقامة التوازن في العقد.

### ب- تعزيز التوازن العقدي

إن التوازن العقدي، الذي يحاول المشرع تكريسه والذي يعني العقد نفسه، لا يعد مبدأ عاما، كما أن التوازن الموضوعي، وقت تكوين العقد، لا يعد أيضا جوهر العقد، لأن مضمونه يحدد من طرف المتعاقدين بكل حرية.<sup>72</sup> إلا أن العقد، على أساس مبدأ التوازن، يجب أن يحترم التوازن بين الحقوق والالتزامات وبين بنود العقد؛<sup>73</sup> وبمعنى آخر أن تكون هناك معادلة بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه، وأن لا يكون خاضعا للالتزامات غير متكافئة مع ما يقع على عاتق المتعاقد معه في إطار الاقتصاد الاجمالي للعقد.<sup>74</sup>

إن محاربة اختلال التوازن العقدي، غير كاف لحماية رضا المتعاقد المستهلك الذي يتعاقد مع الطرف القوي في العلاقة الاستهلاكية، تلك العلاقات الاجتماعية غير المتوازنة التي تعددت وكثرت بين الحقوق والالتزامات. إن قانون العقود يهدف اليوم إلى مكافحة كل اختلال في التوازن العقدي، وإن كان توازنا نسبيا.<sup>75</sup> فإذا وجد عدم تكافؤ بارز في العقد، فإن مبدأ التوازن العقدي قد يسمح للقاضي، وذلك بطلب من أحد المتعاقدين أو من كليهما، بإقامة التوازن العقدي، أو إعادة التوازن المختل. وذلك على أساس العدالة التبادلية المؤسسة على المساواة المفترضة بين المتعاقدين ومن ثم المساواة بين الالتزامات والحقوق.

إن عدم التوازن المعالج من طرف المشرع يظهر من خلال بعض حالات الغبن، سواء في عقد البيع<sup>76</sup> أو في عقد القسمة<sup>77</sup> أو في عقد المفاضلة<sup>78</sup>. وأمام هذا الاختلال في التوازن الاقتصادي الإجمالي للعقد، فقد واجه ذلك بتعديل الثمن المبالغ فيه لإعادة التعادل بين أداءات المتعاقدين، إلا أن قبول الغبن في بعض الحالات المحددة، ولأحد

<sup>72</sup> -3w. Annales ENM 2007 – L'équilibre du contrat civil.

<sup>73</sup> - J. CALAIS-AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDCiv. 1994, p.245.

<sup>74</sup> - C.THIBIERGE- GUELFUCCI, préc., p.379.

<sup>75</sup> - C.THIBIERGE- GUELFUCCI préc., p.381.

<sup>76</sup> - راجع نص المادة 358 مدني.

<sup>77</sup> - راجع نص المادة 732 مدني.

<sup>78</sup> - راجع أحكام المادة 415 مدني.

المتعاقدين دون الآخر، يجعله قاصرا لإقامة العدالة العقدية. كما منح القاضي سلطة تقديرية لتعديل الشرط الجزائي. فقد يتولى خفض مبلغ التعويض "... إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر..."<sup>79</sup>

كما يظهر أن محاربة الشروط التعسفية يساهم أيضا في إعادة توازن العقد المختل، تلك الشروط التي من شأنها أن تؤدي إلى "الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"<sup>80</sup>. وأمام هذا الاختلال في التوازن، منح المشرع للقاضي سلطة التعديل والاعفاء من هذه الشروط طبقا لأحكام المادة 110 مدني وإذا كان ذلك يعد مساسا بمبدأ سلطان الإرادة طبقا للمادة 106 مدني، فإن هذا التدخل يجد تبريره في تحقيق العدالة العقدية وذلك مهما كانت صفة المتعاقدين ونوع العقد. فإذا تحقق الاختلال الموضوعي في العقد وتوافرت الشروط المنصوص عليها في نص المادة 110 مدني السالفة الذكر، وبناء على طلب من الطرف المدعي، يمكن للقاضي إما تعديل الشرط بالانقاص، أي يعيد التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد<sup>81</sup> أو برفع التعسف أي بالتخفيف من الالتزام المقابل مثلا<sup>82</sup>، وإما إعفاء الطرف المدعى منه<sup>83</sup>. وهذا ما أكدته المشرع في تشريع الاستهلاك من خلال القوائم المتعلقة بالشروط التعسفية،<sup>84</sup> ولا يبطل العقد إلا إذا كان غير قابل للانقسام. فاستمر المشرع في تفضيل إعادة التوازن في العقد بدلا من بطلانه.

وبالمقارنة مع قانون نابليون الذي رفض تكريس نظرية الظروف الطارئة، فقد كانت للمشرع أيضا الجرأة لإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب هذه الظروف، في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد، إذا طرأت ظروف سياسية، اقتصادية أو اجتماعية استثنائية وعامة بحيث يصبح بموجبها التزام المدين مرهقا يهدده بخسارة فادحة<sup>85</sup>. وإذا كان العقد آلية من آليات توقع مستقبل أطرافه، فلا يمكن أن يتوقع كل الظروف، وبالتالي، فعلى القاضي أن يهتم بمضمونه في حالة

<sup>79</sup> - راجع المادة 184 مدني.

<sup>80</sup> - راجع المادة 3-5 من قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يتعلق بالممارسات التجارية، ج. ر، 2004، العدد 41.

<sup>81</sup> - بن شنيطي حميد، سابق الذكر، ص46.

<sup>82</sup> - أحمد يحيوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، مذكرة ماجستير، الجزائر، 2011.

<sup>83</sup> - بن شنيطي حميد، سابق الذكر، ص47.

<sup>84</sup> - راجع المواد 4 و5 من المرسوم التنفيذي 06-306، سابق الذكر والمادة 30 من قانون 04-02 سابق الذكر. وهذه الحلول قد

كرسها ووسع منها تشريع الاستهلاك، راجع أيضا المادة 29 من قانون 02/04.

<sup>85</sup> - راجع أحكام المادة 107/3 مدني.

اختلال توازنه بحيث يصبح غير عادل<sup>86</sup>. إلا أن المشرع لم يستمر في هذه الجراءة، لما رفض توسيع مفهوم الظرف الطارئ، إذا كان خاصاً بأحد المتعاقدين فقط، كما لم يوسع الجزاء المترتب على توافر شروط نظرية الظروف الطارئة إلى إمكانية فسخ العقد أو الزيادة في التزام المتعاقد الآخر من أجل إقامة عدالة عقدية ومن ثم توازن عقدي.

إن التطور الاجتماعي والاقتصادي للعقد الذي وصل إليه المجتمع، كان يجب أن يمنح للقاضي أكثر حرية لإعادة التوازن المختل في العقد. وإذا كانت التشريعات التي تبنت مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم العلاقات العقدية ترفض أن يتولى القاضي الرقابة الموضوعية لتعادل أدعاءات أطراف العقد، فيجب تجاوز مثل هذا المبدأ، فإن الاختلال الموضوعي الظاهر لأدعاءات أطراف العقد، أو لحقوقهم والتزاماتهم أو لاقترصاد الاجمالي للعقد، هو الذي يجب أن يقود القاضي لإعادة التوازن في العلاقة التعاقدية وهذا دون الأخذ بعين الاعتبار الصفات الذاتية للمتعاقدين<sup>87</sup>، وذلك من أجل عدالة عقدية في العقود. غير أن المساواة بين المتعاقدين والتوازن العقدي لا يمكن أن يتحقق إلا بالتعاون بين أطراف العقد الذي ظهر كرد فعل ضد الآثار السلبية للمذهب الفردي.

### ج - مبدأ التعاون بين المتعاقدين : وسيلة تحسين العقد و تكيفه

لا يمكن لأحد أن ينكر أن العقد منذ نشأته، يهدف إلى تحقيق مصالح أطرافه، لكن مصالحهم المتعارضة، دون أن يأخذ أحدهما مصلحة الآخر بعين الاعتبار. مع أن كل التشريعات اللاتينية، وتلك التي تأثرت بها، تشترط صراحة أن يكون تنفيذ العقد بحسن نية<sup>88</sup>. واليوم أكد المشرع الفرنسي، بعد التعديل، أن "العقود تفاوض و تبرم و تنفذ بحسن نية..."، بموجب أحكام المادة 1104 مدني التي تقابلها نص المادة 107/1 عندنا، ، وبما أن الالتزام بالتعاون من أحد مكونات مبدأ حسن النية، فإن التعاون بين المتعاقدين يعتبر من الالتزامات الأساسية التي يجب أن تسود في العقود. وأصبح من المبادئ الضرورية لهذا الزمان الذي كثرت فيه الأنانية بين الناس<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> - C. JAUFFRET- SPINOSI, Préc., p.4.

<sup>87</sup> - C. THIBIERGE- GUELFUCCI, art préc., p.382.

<sup>88</sup> - راجع المادة 106 مدني، المادة 1135 مدني فرنسي، المادة 147 مدني مصري.

<sup>89</sup> - راجع أكثر تفصيلاً ذهبية حامق، سابق الذكر، ص 19 وما يليها.

وبفضل هذا الالتزام، يتولى كل متعاقد بالمساعدة والحوار والنصيحة والمعاملة بالمثل مع المتعاقد معه حتى يرتبط هذا الالتزام بمبدأ التضامن التعاقدي ارتباطاً وثيقاً<sup>90</sup> بحيث يجعل من العلاقة العقدية، علاقة إنسانية<sup>91</sup> فيوجه المتعاقدين إلى الحوار والمساعدة على العمل المشترك وروح المساعدة المتبادلة التي تعني قيام الشخص بمساعدة الغير دون أن يبحث عن تحقيق مصلحة لنفسه، وبالتالي ينشئ على عاتق الدائن التزام تسهيل تنفيذ العقد في الحدود التي يملئها العرف وحسن النية<sup>92</sup>.

كما يضيف الفقه أنه إذا كان المدين يلتزم بتنفيذ التزامه بحيث يمنح المساعدة الكاملة للدائن لتنفيذ التزامه من أجل تحقيق منفعة كاملة، فإن الدائن بدوره أن يشارك في تحقيق العملية العقدية، وبمعنى آخر، أن يكون لهما دور إيجابي دون الموقف السلبي، وذلك بالرغم من اختلاف المصالح. إن الالتزام بالتعاون الذي يتمثل في التضامن العقدي، يفترض أن المتعاقد يضحي ببعض مصالحه الإنسانية، من أجل الوصول إلى المصلحة المشتركة بعدما كانت العلاقة العقدية في ظل المذهب الفردي، علاقة مخاصمة.<sup>93</sup> ولا يقتصر واجب التعاون على أنه مجرد قاعدة أخلاقية وقاعدة السلوك الحسن وإنما أصبح التزاماً عقدياً يقع على عاتق المتعاقدين بموجب مبدأ حسن النية.

إن الالتزام بالتعاون والتضامن العقدي، قد كرسه المشرع في عدة حالات. منها الالتزام الذي وضعه على عاتق المؤجر،<sup>94</sup> الذي يجب أن يعلم المستأجر بعيوب العين المؤجرة التي قد تحول دون استعمالها، وعلى المستأجر<sup>95</sup> إعلام المؤجر بكل ما تتعرض له العين المؤجرة. مما يظهر أن مثل هذه العلاقة العقدية تستوجب أن يتبادل أطرافها كل المعلومات من أجل تحقيق المصلحة المشتركة بينهما. وأكثر من هذا، فإن الالتزام بالاستعلام من أجل إعلام المستهلك بكل المعلومات، الذي

<sup>90</sup> - Y. PICOD, l'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP, ed.G.3318, n°3.

<sup>91</sup> - M. ELGHARBI, La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2004, p.743.

<sup>92</sup> - idem, p.742.

<sup>93</sup> -M.MEKKI, préc., n°1159,p.714.

<sup>94</sup> - راجع نص المادة 488 مدني.

<sup>95</sup> - راجع نص المواد 497، 469 و505 مدني.

وضعه المشرع على عاتق كل متدخل في المادة 17 من قانون رقم 09-03، دليل على أنه ملزم بأن يتعاون معه و أن يكون له تصرف نزيه و أمين قبله.

كما يستوجب الالتزام بالتعاون أن يتفادى المتعاقد التصرفات المتناقضة أو التي قد تضرر بالمعاهد الآخر. إن الأخذ بعين الاعتبار مصلحة هذا الأخير يبرر فعلا الالتزام الذي يقع على عاتق الدائن، في المادة 182 مدني، الذي لا يستحق التعويض عن الضرر الذي لحقه إلا إذا لم يكن في استطاعته توقيه ببذل جهد معقول؛ بمعنى أنه لم يشترك في الزيادة فيه.<sup>96</sup>

وقد أشار الفقه إلى ذلك بتحسين العقد الذي في نظرهم يسعى إلى حماية المتعاقد الضعيف وإعادة التوازن للأداءات العقدية وأخلقتها<sup>97</sup>. ويرى MESTRE أن العقد بعدما كان مجال تضارب المصالح المتناقضة لمدة طويلة، فقد أصبح بصفة تدريجية وسيلة قانونية للتعاون، وعلاقة فيها بالضرورة توازن عقدي، والذي ينبغي على المشرع والقاضي أن لا يترددا في إعادة إقامته في حالة اختلاله.<sup>98</sup>

فلاحظ فعلا أن القاضي له دور تصحيح العقد، وقد استند في أغلب الأحيان، إلى واجب التعاون لتصحيح النتائج المترتبة عن سلوك المتعاقدين سواء في مرحلة مفاوضات العقد أو في مرحلة تنفيذه. مثال لذلك حالة عدم وصول أطراف العقد إلى إبرام العقد، أو حالة ما إذا كان العقد مشوبا بعيب والذي قد يؤدي إلى إبطاله وكذا إذا كان العقد قد توافرت فيه كل الشروط، إلا أنه مهدد بالإبطال بسبب السلوك السيئ لأحد أطراف العقد. ففي كل هذه الحالات، سيحاول القاضي، بدلا من تطبيق الجزاء وبطلان العقد، إذا كان الأمر لا يتعلق بالنظام العام، أن ينقذ العلاقة العقدية<sup>99</sup>. هذا ما يظهر من خلال أحكام المادة 85 مدني التي لا تسمح للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، فبدلا من إبطال العقد، يطلب من هذا الأخير، على القاضي أن يلزمه بأن يتعاون مع المتعاقد معه من أجل أن يبرم العقد، لاسيما إذا أظهر هذا الأخير رغبته في تنفيذه.

<sup>96</sup> - رجع أيضا المادة 177 مدني.

<sup>97</sup> - F. DIESSE, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Archives de philosophie du droit, 43, 1999, p. 297.

<sup>98</sup> - J. MESTRE, De l'exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, R.T.D. Civ, 1986, p. 101.

<sup>99</sup> - J. MESTRE, De la pérennité Du lien contractuel, R.T.D. CIV, 1986, p.105.

كما أن واجب التعاون وسيلة لتكييف العلاقات العقدية لتغيرات الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بها<sup>100</sup>. يظهر ذلك من خلال نظرية الظروف الطارئة في العقود الزمنية، والتي كرسها المشرع في الفقرة الثالثة من نص المادة 107 مدني والتي منح من خلالها للقاضي سلطة تعديل ومراجعة العقد، إذا توافرت شروطها، وهي تهدف إلى إعادة التوازن المختل بين التزامات المتعاقدين في هذه الحالة، بينما التطبيق الصارم لمبدأ القوة الإلزامية للعقد يؤدي حتما إلى انعدام العدالة العقدية. إن تدخل القاضي لمراجعة العقد وإعادة التوازن بين التزامات أطرافه سيؤدي إلى إقامة العدل في العلاقة العقدية وتجعل مصلحة المتعاقدين متقاربة دون إجحاف لأحدهما على حساب الآخر. وهذا يؤدي إلى تضامن بين المتعاقدين من أجل تحقيق الهدف المشترك المتفق عليه في العقد. غير أن استنتاج الالتزام بالتعاون من طرف القاضي من خلال الفقرة الأولى من أحكام المادة 107 مدني التي تؤكد "على تنفيذ العقد بحسن نية"، يبقى نادرا. فينبغي على المشرع الإشارة صراحة إلى أنه "يلتزم المتعاقدان على التعاون من أجل تحقيق الهدف الذي قام العقد من أجله".

نلاحظ مما سبق أن واجب التعاون لم يعد ذلك الواجب الذي يستتجه القاضي من مبدأ حسن النية، والذي كان يعتبر كقاعدة سلوك حسن فقط، وإنما تحول إلى التزام قانوني. إضافة إلى أنه يضمن تكييف العقد مع الوقائع الاقتصادية، ويسعى إلى أخلاق تصرفات أطراف العلاقة العقدية فيضمن الضرورة القانونية الخاصة بالأمن القانوني والنزاهة وفعالية المعاملات.<sup>101</sup> مما سيؤدي إلى استقرارها وديمومتها. فإن التزام بالتعاون قد منح لنظرية العقد حيوية جديدة.

أخيراً، يمكن أن القول أن محرري القانون المدني، لم يجعلوا الإرادة المصدر الوحيد للعلاقات العقدية. فإذا كان العقد، حسب النزعة الفردية، أساسه مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ حرية التعاقد، مفاده أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن التعديلات التي أدخلت عليه سواء عن طريق النصوص المكرسة في القانون المدني

<sup>100</sup> - D. TALLON : La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, in études à la mémoire d'Alain Sayag Paris, Litec, 1997, p.403 et s, cité par F. DIESSE, préc., p.300.

<sup>101</sup> - F.DIESSE, art., préc., p.301.

أو في التشريع الخاص، قد خففت من المفهوم الفردي للعقد الذي كان يسعى إلى تحقيق مصالح المتعاقدين، ووجهته إلى مفهوم اجتماعي من شأنه أن يهدف إلى تحقيق مصلحة المجتمع. لقد أصبح العقد وسيلة حقيقية في يد الدولة لتلبية هذه الرغبات، مما أدى إلى تغلغله في كثير من المجالات كضبط النشاط الاقتصادي والاجتماعي. مع أن ذلك، لا يمكن أن يحقق العدالة العقدية والعدالة الاجتماعية على أساس المبادئ التقليدية لنظرية العقد. فلا يمكن للحرية العقدية المطلقة أن تحقق المساواة بين المتعاقدين، لأنها تؤدي بدون شك إلى لا مساواة مؤكدة، كما أن القوة الالزامية بدون حدود تؤدي إلى عدم التوازن الظاهر بين أداءات المتعاقدين لأنها لا تهتم بها بل تتجاهلها تماما. وبالتالي، يقتضي توسيع هذه المبادئ واقتراح مبادئ بتطور جديد التي ستحاول التوفيق بين الحرية والمساواة وبين القوة الالزامية للعقد لكن تلك التي ستحافظ على الأمن واستقرار العقد لكي يكون وسيلة في خدمة التطور الاقتصادي والاجتماعي، بحيث تمارس حرية التعاقد في حدود الوظيفة الاجتماعية للعقد. وفي نظرنا أن هذا التصور الجديد للعقد سيؤدي إلى تجديده وإلى نموه.