

دور القاضي المدني في تطويع العقد دراسة تحليلية في القانون المدني الجزائري

حدي لالة أحمد
طالب دكتوراه
كلية الحقوق جامعة تلمسان

ملخص :

إن مسألة تطويع العقد ما هي في حقيقة الواقع إلا استثناء من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي بموجبه يمنح القانون للقاضي سلطة تقديرية تمكنه من النفاذ إلى العقد لاستكمال ما أغفله المتعاقدان عمدا أو سهوا منهم عند انعقاده، ولقد تفررت هذه الفكرة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ولما أصبحت قواعد الضمان العامة غير كافية لجبر الأضرار التي تلحق بالمتضررين بصفة عامة لا سيما في ظل التقدم العلمي والخطورة الكامنة في المنتجات والذي يقابلها نقص المعرفة إن لم نقل جهل المستهلك بها، فانطلقت من فكرة في المجال الزراعي مفادها إجبار الخضروات والفواكه على النضج في غير مواسمها لتجد أساسها كمبدأ في القانون يتمثل في سلطة القاضي في التدخل في العقد وحشوه بالتزامات ولو لم تذكر فيه باعتبارها من مستلزماته.

The issue of subduing contract in matter of fact is an exception of the principle saying that the contract is the path of indenturers. The law gave the judge an estimative authority that enables him to go through the contract so as to fulfill what they neglect hazardously or in purpose during writing it down. This idea has come out to protect the weak part in the indenture especially when general safety rules appear to be insufficient to modify the damages received by the victims in general after the scientific advance and its threat imbedded in products which the consumer still have lack or complete absence of data concerning their use. The major idea of subduing contract started in the agrarian field since the different corps: vegetables and fruits are ripened out their seasons to be part of the law as a principle in the

shape of the judge authority to penetrate in the contract filling it with commitments though it is not mentioned the contract requirements.

المقدمة :

لقد ظل مبدأ سلطان الإرادة المعيار الوحيد الذي يحكم المعاملات بين الأفراد مهما كانت صفتها وطبيعتها متخذة في ذلك طابع العقد في ظل المذهب الفردي، هذا الأخير الذي يقوم على مجموعة من الأفكار الفلسفية والإقتصادية والتي تتمحور كلها حول فكرة واحدة وهي تمجيد الإرادة الفردية وتكريس الأنانية العقدية، فكان من أهم النتائج التي انبثقت عنه هي أن العقد شريعة المتعاقدين واقتران العدالة العقدية بهذا المبدأ.

لكن بعد ظهور المذهب الإشتراكي الذي يقوم على أساس تقليص دور الإرادة الفردية في إنشاء وتحديد الروابط والإتفاقات القانونية، حيث لجأ مؤيدوه إلى توجيه أسهم الإنتقاد إلى المذهب الفردي متنكرين في ذلك إلى المصلحة الفردية التي ينطوي عليها المذهب الفردي.

وكنتيجة لذلك أصبح ينظر إلى دور الإرادة الفردية في ترتيب آثار العقد باحتشام كبير بل أصبح من اللازم استبدال مبدأ سلطان الإرادة بنظام أكثر عدالة وإنصاف وهو ما أدى إلى ظهور ما يعرف بالعقد الموجه. إذ لم يعد العقد يقتصر على أطراف العلاقة العقدية فحسب، بل يخضع لتدخل القانون والقاضي في جميع مراحل (مرحلي الإنعقاد والتنفيذ).

ومن بين السلطات المخولة للقاضي في العقد في مرحلة الإنعقاد ما يعرف بسلطة تطويع العقد وهو ما سوف نعالجه بهذا البحث عبر ثلاث مراحل، حيث نخصص المرحلة الأولى إلى محاولة التعريف بتطويع العقد بصفة عامة ثم ننتقل في المرحلة الثانية إلى أحكام التطويع ، وفي المرحلة الثالثة نبين حدود سلطة القاضي في تطويع العقد . وفي سبيل ذلك فالتساؤل الذي يطرح نفسه بهذا الصدد هو: فيما يتمثل دور القاضي المدني تجاه العقد الناقص ؟.

في إطار دراسة هذا الموضوع يعتبر المنهج الوصفي الأنسب له في البداية لفك الغموض الذي يكتسبه ثم الانتقال إلى المنهج التحليلي في باقي الموضوع.

المبحث الأول : مفهوم تطويع العقد.

يعتبر هذا المصطلح دخیل بالنسبة للقانون المدني الجزائري ولتوضیح معناه ارتأینا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبین أساسیین، فالمطلب الأول نخصصه لمعرفة ما المقصود بتطويع العقد والمطلب الثاني لنشأته، وتطوره.

المطلب الأول: المقصود بتطويع العقد: (le forçage du contrat).

إن مصطلح تطويع العقد هو مصطلح یترب من كلمتین عقد وتطويع فالعقد (contrat le) هو توافق إرادتین أو أكثر على إحداث آثار أو إلتزامات¹

أما التطويع (le forçage): فی حقیقة الأمر هو لیس مصطلح قانونی، بحیث أنه لا یوجد ضمن مفردات المؤلف کایتان کورنو (Capitant cornu) ولكن حسب قانون اللغة الفرنسية ل : إمیل لیثری (Emil littré) نجد له معنیین الأول: یقصد به عملية صك النقود (monnayage).

أما الثاني وهو الأهم وهو عملية يتم من خلالها إجبار النباتات أو الخضروات على النضج فی غیر مواسمها المعتادة²

ثم أخذ هذا المصطلح وأدرج فی القانون تحت مفهوم تطويع العقد، وهي الظاهرة التي من خلالها يتم تضخیم وتمديد المحتوى الضروري للعقد بمجموعة من الإلتزامات، والتي فی الحقیقة لا یرغب بها أطراف هذا العقد أو لم تخطر ببالهم أو تعمدوا نسیانها.

أما الفقیه جوسیران (Josserand) فی كتابه العقد الموجه ویقصد بتطويع العقد هو تضخیم المحتوى الضروري للعقد من طرف القاضي وذلك بإدراج وبشدة بعض الإلتزامات لهذا العقد³

أما مؤلفی كتاب الإلتزامات نجد التعریف الآتی لتطويع العقد: "یحق للقاضي أن یضیف إلى العقد إلتزام لم یکن یخطر ببال المتعاقدين أو ربما أرادوا تجنبه خلسة⁴

وهذا التعریف هو الذي یجب أن یؤخذ به ویعمل به، لأنه یدل فعلا على موضوع تطويع العقد وهو استثناء على مبدأ عدم المساس بالعقد (l'intangibilité du contrat) أو

بالأحرى تغيير العقد، لأن الإتفاقات المشكّلة والمكونة بطريقة قانونية تعتبر كدليل أو قانون⁵

وهنا لابد أن نشير إلى أن مسألة تطويع العقد قد أسالت الكثير من الحبريين مؤيد ومعارض للفكرة ففي قانون نابليون مثلاً الالتزام العقدي (obligation contractuelle) يقوم حصرياً على إرادة أطراف العقد، وهي الإرادة الوحيدة التي لها القدرة على خلق قانونها الخاص .

ومن بين الذين يؤيدون فكرة تطويع العقد هو الفقيه جوسيران (Josserand) في كتابه العقد الموجه والذي قد استعمل مصطلح التطويع، فهو يرى بذلك رفض استقلالية إرادة أطراف العقد ويقول: "أطراف العقد ليس هم من يتحكمون في العقد، إذ أنه تقوم اشتراكية قانونية وعقد موجه"⁶

المطلب الثاني: نشأة وتطور عملية تطويع العقد:

إن أول من استعمل هذا المصطلح هو عميد كلية القانون بجامعة ليون : لويس جوسيران (louis Josserand) سنة 1933، وكان آنذاك مصطلح فلاحي كما تم بيانه ليأخذه ويدرجه في القانون تحت مفهوم الظاهرة التي من خلالها ينفذ القاضي إلى العقد، ليقوم بتضخيم محتواه الفعلي والضروري بإضافة إلتزامات جديدة على العقد، ومنذ ذلك الحين لم يتردد المشرع في إحتساب وتوقع إلتزامات في بعض العقود دون أن تذكر من أطراف العقد.

وبقيت هذه المسألة بين أخذ ورد وبين مؤيد ومعارض إلى أن جاء مطلع القرن العشرين حيث كان اللحظة المناسبة لتكريس المبدأ، وأصبح بمقدور القاضي أن ينفذ إلى العقد بما له من سلطة تقديرية ليقوم بتطويعه⁷

حيث في هذه الفترة ظهر ما يعرف بالإلتزام بالسلامة في عقد نقل الأشخاص من خلال حكم محكمة السين التجارية في قضية تتعلق بالنقل البحري ليتم بعد ذلك إكتساح هذه القاعدة لكل مجالات النقل⁸ ، ثم لتتعدى ذلك إلى العقد الطبي سنة 1936، كما ظهر الإلتزام بالإعلام في عقد البيع...الخ.

وخلال هذه الفترة بدأت التشريعات تنظر إلى هذه المسألة بصفة محتشمة فبالرغم من إستعمال هذا المصطلح من طرف الكتاب كان نادرا آنذاك، إلا أنه يجب أن لا ننكر بأن الجميع متفق على حدوث هذه المسألة وبلا شك.

وما يجب الإشارة إليه بهذا الصدد أن اللجوء إلى هذا الإجراء أمرتتحكم به الكثير من العوامل، مثل: صفة المتعاقدين وطبيعة العقد والوجود العرضي أو المحتمل لشرط أو بند حوله خلاف بين المتعاقدين، ولهذا لم تستطع الآراء الإجماع حول موقف موحد حول هذه الظاهرة.

طبعاً ويبقى التسليم قائماً بأن إحترام القانون لأطراف العلاقة العقدية ومبدأ استقلالية الإرادة لم يختفي نهائياً، بل العكس فإننا نجد بانتظام وفي عدة أشكال إثبات الأثر القائل بعدم المساس بالعقد.⁹

المبحث الثاني: أحكام تطويع العقد.

إن مسألة تطويع العقد هي من بين المستجدات التي أحدثت في التقنين المدني، وذلك للسعي وراء المرونة والتطور الذي يتطلبه القانون، وهي مظهر من مظاهر السلطة التقديرية الواسعة للقاضي التي يفوض فيها من أجل تطبيق أحكام القانون، وكأنه في هذا المجال جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص، بل وقف في حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع والتقدير⁹، وهذا ما يسر له أن جعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويراً مستمراً، ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال¹⁰.

ولقد أخذ بهذه المسألة معظم التقنينات نذكر منها التقنين المدني المصري في المادة (148) إذ تنص على "على القاضي أن يكمل العقد"، ويقابله المشرع اللبناني في المادة (370) قانون مدني إذ تنص بصريح العبارة على أنه "إذا وجدت نواقص في نص العقد وجب على القاضي أن يسدها، إما بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد مسعى، وإما بالرجوع في غير هذا الحال إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبا مع العقد الذي يراد تفسيره".

ويقابله في ذلك المشرع الفرنسي في المادة (1135) قانون مدني إذ تنصّ على "إن العقد لا يلتزم بما يحتويه فقط بل كذلك نأخذ بالإلتزام طبقا لطبيعة ما تقضي به العدالة والعرف والقانون"¹¹

ويقابله المشرع الجزائري في المادة (107) قانون مدني إذ تنص "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام."

إذن فمسألة تطويع العقد تخص مضمون العقد، هذا الأخير الذي يشمل المسائل الواردة فيه صراحة، من حقوق وواجبات من جهة وتلك التي لم ترد فيه إلا أنها تعد من مستلزماته من جهة أخرى¹² وتحديد هذه الإلتزامات لا يقتصر على أساس ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين فقط، وإنما على القاضي أن يضيف هذه الإلتزامات من تلقاء نفسه¹³ باعتبارها من مستلزمات العقد، وله في سبيل ذلك أن يسترشد بعوامل ذكرها القانون على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

وهذه العوامل هي: القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة والعرف والعدالة وطبيعة الإلتزام¹⁴

وهذا ما سنقوم بدراسته كما سيأتي:

المطلب الأول: تطويع القاضي للعقد وفقا لأحكام القانون والعرف.

يعتبر القانون بالنسبة للعقود المسماة المرجع الأول والرئيسي لإستكمال العقد الذي أغفلت فيه بعض التفاصيل، ويكون دور القواعد القانونية في هذا الإطار تكميليا لإرادة المتعاقدين، ولا تطبق إلا إذا لم يتناول العقد المسائل التي عالجتها القوانين الأمرة، فهي تحل محل إرادة المتعاقدين على إفتراض أن إرادتهما انصرفت عند سكوتهما إلى تطبيق هذه القوانين والتي تسمى كذلك قوانين تفسيرية¹⁵ فالقاضي يرجع إلى هذه الأحكام التفسيرية في المسائل التي تركها المتعاقدان ولم يتفقا عليها عمدا أو سهوا منهم، حيث أنه في كثير من الأحيان يصعب على المتعاقدين تنظيم العلاقة في جميع التفاصيل، إما لعدم توقعهما أو إعتقادا على أحكام بعض العقود في بعض التفصيلات¹⁶،

كما أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين كثيرا ما تتجاهل أو يصعب عليها تحديد كل ما يمكن أن ينتج عن العقد¹⁷، فعلى سبيل المثال إن الفقرة الثانية من المادة (356) من القانون المدني الجزائري والتي تنص على "...إذا وقع الإتفاق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك الرجوع الى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان"، وهذا النص يشير إلى أنه عند إغفال المتعاقدين - عند تحديد الثمن - السوق الذي يتم اللجوء إليه فإنه في هذه الحالة تكون العبرة بالسوق الذي يتم فيه تسليم المبيع¹⁸.

وينبغي ملاحظة أن هذه الأحكام المفسرة ما هي في حقيقة الواقع إلا الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها، فللمتعاقدين الإتفاق صراحة أو ضمنا على عدم تطبيقها أو تعديلها أو تقييدها وفقا لما يريانه، فكما هو معروف أن القواعد المكملة أو المفسرة ليست من النظام العام¹⁹.

أما العرف فهو سنة وسلوك متبع في مسائل معينة بصفة دائمة ومتكررة من قبل أفراد المجتمع أو بعض فئاته، إعتقادا منهم أن ذلك السلوك إجباري. ففي ضوء أحكام المادة (2/170) من القانون المدني الجزائري "يكون العرف أساسا عقديا"²⁰، وهذه الميزة يتميز بها العرف عن التشريع، حيث يقال أن مزايا العرف هي عيوب التشريع، فالعرف كونه وليد إرادة أفراد المجتمع التي فرضت السلوك المعتاد فهو يعبر بصدق عما يريده الأفراد في المجتمع مما يجعله نوعا من الديمقراطية المباشرة، وأن نشوء قواعد العرف على النحو السابق يجعلها ملائمة لظروف أفراد المجتمع ويكفل تطورها بطريقة طبيعية²¹ وهو هذه الصفة قد يساهم في تطويع العقد حيث يعتد به القاضي لاستكمال مضمونه تحت طائلة اعتبار أن سكوت المتعاقدين يفيد اتفاقهما على تطبيق قواعد العرف²².

ومن بين الأمثلة على القواعد العرفية نذكر: تخفيض الثمن عوض الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع، أو في حالة تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه، وجواز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه فيما كلف ببيعه أو شرائه من سلع وأوراق مالية²³.

والعرف المعمول به لتكملة إرادة الطرفين كما قلنا سابقا ليس له قوة القانون ولا حتى قوة الإتفاق إلا في حالة غياب النص القانوني، أو في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية ما فيما تعاقدا عليه²⁴

المطلب الثاني: تطويع القاضي للعقد وفقا لمقتضيات العدالة وطبيعة العقد.
المقصود هنا بالعدالة هو الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي.

فالقضاء وفق قواعد العدل والإنصاف يعني الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء، وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي، وطبقا للمادة (2/1) من القانون المدني الجزائري التي تؤكد على يجب على القاضي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في حالة عدم وجود نص تشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف

فالعدالة بهذا المعنى هي وسيلة لتطويع العقد وتحديد مستلزماته ودورها هو ضمان العدالة العقدية²⁵ فقد يسترشد القاضي بأحكام العدالة لتحديد مضمون العقد من خلال تحديد الآثار التي تترتب عليه بصفة عامة فبائع المتجرب يلتزم في مواجهة المشتري بأن لا ينافسه منافسة تنزع منه عملاء المتجر²⁶، وهذا الإلتزام تقتضيه العدالة ولو لم ينص عليه العقد، وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له أن لا يكتسب عن شركة التأمين ما قد يكون به من مرض خطير خفي. إذا كان هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة²⁷

وإضافة إلى هذا وكنتيجة إلى زيادة المنتجات والخدمات المعروضة في السوق والتي أدت بدورها إلى زيادة المخاطر التي تلحق بالمستهلك، سواء في جسمه أو ماله، فالقضاء الفرنسي قد أقام هذه المخاطر على سببين رئيسيين وهما: إما نقص الأمان في المنتج أو الخدمة، أو عدم كفاية الإعلام بشأنها مما يؤدي إلى جعلها تتسم بالخطورة²⁸

فكان من اللازم والحالة إذ ذاك فرض إلتزامات على عاتق أحد طرفي العقد ولو لم ينص عليها العقد فيما بينهم باعتبارها من مستلزماته، ومن بين هذه الإلتزامات الإلتزام بالسلامة (أولا) والإلتزام بالإعلام (ثانيا)

أولاً: الإلتزام بالسلامة.

فالإلتزام بالسلامة هو التعهد بتقديم شيء خال من العيوب، ويقابل الإلتزام السلامة في اللغة الفرنسية (obligation de sécurité)، ومعناها ضمان أمن الأشخاص بعدم تقديم أشياء تضر بهم²⁹ ولقد كان الإجتهد القضائي الفرنسي سابقاً إلى إنشاء هذا الإلتزام، بوصفه إلتزاماً تبعياً وضمينياً يقع على عاتق أحد المتعاقدين ، فظهر في الوهلة الأولى في عقد النقل في صورة التزام الناقل بضمان سلامة الراكب، بموجب القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21 نوفمبر 1911³⁰ في قضية تتعلق بإصابة أحد المسافرين أثناء تنقله من تونس إلى بون، على متن إحدى السفن التابعة للشركة العامة للملاحة عبر المحيط الأطلسي، طالب الشركة الناقلة بالتعويض أمام محكمة الجزائر فدفعت الشركة هذه الدعوى بعدم إختصاص المحكمة، تأسيساً على وجود شرط في عقد النقل يجعل الإختصاص المحلي لمحكمة مارسيليا.

غير أن هذه الأخيرة قضت بأن لا مجال للتمسك بالعقد المبرم بين المسافر والشركة، أو لا مجال لأعمال الشروط الواردة في العقد ومن ثمة أسست قضاءها على قواعد المسؤولية التقصيرية.

ولما عرض الأمر على محكمة النقض رفضت قضاء هذه المحكمة، وقضت أن مسؤولية الناقل اتجاه المسافر عن الأضرار التي تصيب هذا الأخير أثناء عملية النقل هي عقدية، وأن الناقل لا يلتزم فقط بتوصيل المسافر إلى مكان الوصول، بل عليه أن يوصله إلى هذا المكان سليماً معافى، مما يعنى أن التزامه بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية³¹

وبعد ذلك اكتسحت القاعدة كافة ميادين النقل، ومن عقد النقل امتدت إلى عقود أخرى حيث تم إدخالها في المجال الطبي حيث قضت محكمة النقض الفرنسية " إن ما يحدث بين الطبيب والمريض هو عقد حقيقي يتضمن تعهد الممارس إن لم يكن بشفاء المريض، فعلى الأقل بتقديم عناية خاصة مع إتخاذ الإحتياطات اللازم الذي يتناسب مع المعطيات العملية المكتسبة ، وأضافت نفس المحكمة أن الإخلال بهذا الإلتزام العقدي ولو لم يكن إرادياً يولد المسؤولية بنفس الطبيعة³².

ليظهر في آخر المطاف في عقد البيع في 28 نوفمبر 1979 واستقلالته عن الإلتزام بضمان العيوب الخفية ، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 مارس

1989 حيث قررت فيه أن "البائع المهني يلتزم بتسليم منتجات خالية من كل عيب أو شائبة في المنتج، يكون من طبيعته أن يؤدي إلى مخاطر بالنسبة للأشخاص أو الأموال"³³. وما يجب ذكره في هذا الصدد إلى أن مضمون الإلتزام بالسلامة يختلف من عقد لآخر³⁴، ولم يوجد إلا بعد التأكد من أن قواعد الضمان لم تعد كافية لضمان المستهلكين من الأضرار التي تحدثها المنتجات³⁵ كما تقرر لمواجهة التطور العلمي، وضمان حق الضرر من خلال تقرير تعويض جابر للضرر حتى ولو كان ناشئا عن أسباب لم يسمح العلم باستظهارها³⁶.

إضافة إلى أن التطورات الإقتصادية والإجتماعية التي فرضها منطق العصر الحديث، أدت إلى اختلال المساواة بين أطراف العلاقة العقدية، فكان لزاما أن يثقل كاهل المحترف بها باعتباره الطرف القوي³⁷.

ومن مظاهر التكريس لمبدأ الإلتزام بالسلامة ما نصت عليه المادة (1/1386) من القانون الفرنسي بقولها: "يسأل المنتج عن الأضرار الناتجة عن منتجاته المعيبة سواء ارتبط مع الضرر بعقد أم لا" وهي بذلك تشير وتؤكد على أن مسؤولية المنتج من دون خطأ³⁸، وهذا ما يعبر عنه بالمسؤولية الموضوعية.

أما في التشريع الجزائري يمكن تأسيسه على نص المادة (140 مكرر/1) وكذا (107) من القانون المدني³⁹، والتي تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

كما نصت المادة (62) من القانون التجاري⁴⁰ على ما يلي: "يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن أثناء مدة النقل سلامة المسافر، وأن يوصله إلى وجهته المقصودة في حدود الوقت المعين"، فهنا أضاف المشرع إلى إلتزامات الناقل إلتزام جديد وهو الإلتزام بالسلامة. كما نجده قد نص عليه في قانون رقم 03/09⁴¹ في المادة التاسعة والتي تنص على: "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للإستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الإستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرر بصحة المستهلك وأمنه ومصلحه، وذلك ضمن الشروط العادية للإستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين"⁴²

لقد استقر الفقه الحديث وعلى رأسهم جابر محجوب علي أن الإلتزام بالسلامة ليس إلتزام ببذل عناية، بل هو أكثر من ذلك ولكنه لا يصل إلى حد أنه إلتزام بتحقيق نتيجة لأنه أقل من ذلك⁴³

وهذا ما أكدته صراحة القضاء الجزائري فقد أكد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1983/03/30 أن مسؤولية ناقل الأشخاص بضمان سلامة المسافر موجب قانونا حسب المادتين 62 و63 من القانون التجاري حيث جاء في نص القرار⁴⁴ "إذا كان من السائد فقها وقضاء أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن ذلك الأمر ليس مطلقا في عقد نقل الأشخاص، الذي أوجب فيه القانون على الناقل ضمان سلامة المسافر وحمله المسؤولية عن إخلاله بذلك الإلتزام، وفي هذا السياق أعتبر كل شرط يرمي إلى الإعفاء من تلك المسؤولية مخالفا للنظام العام، غير أنه أجاز التخلص منها كليا أو جزئيا عن طريق إثبات خطأ المسافر أو القوة القاهرة".

ويعتبر هذا القرار الصادر من المحكمة العليا تأكيدا لوجود هذا الإلتزام على عاتق الناقل وأن الإخلال بسلامة الراكب يستوجب منه التعويض عن ذلك، باعتباره مسؤولا تعاقديا على سلامة المسافر الذي يقله⁴⁵

ثانيا: الإلتزام بالإعلام.

لم يقف تطور القضاء الفرنسي عند حدّ إلقاء الإلتزام بضمان السلامة على عاتق كل محترف، بل إنه تخطى هذه الحدود وألقى على عاتقه الإلتزام بالإعلام.

فهذا الإلتزام يقتضي من البائع أو الصانع أن يبين للمشتري كيفية استعمال المبيع، نظرا لكونه يشكل خطرا بطبيعته كالمواد السامة والحارقة والمتفجرة وغيرها، أو لكونه جديدا أو معقدا في استعماله قصد الاستفادة منه، دون وصول الخطر الكامن فيه إليه⁴⁶ ولقد ذهب غالبية الفقه لاسيما الفرنسي منه إلى إسناد الإلتزام بالإعلام إلى العقد ذاته، واعتباره من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، وذلك بمقتضى المادة (1135)، وتقابلها المادة (107/2) قانون مدني جزائري والتي تنص على "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الإلتزام"⁴⁷

ولقد تقرر هذا الإلتزام في العديد من الأحكام القضائية ومنها الحكم الشهير الصادر في 14 ديسمبر 1982 عن الدائرة المدنية الأولى بفرنسا⁴⁸ في مسؤولية صانع مادة مقاومة

للطفليات، عن إصابة مزارع عند استعماله لها بعجز دائم في عينيه جراء تطاير ذرات من هذه المادة إليها، حيث تقرر عدم كفاية التحذيرات بعدما اكتفى الصانع بالتوصية بعدم ملامستها الجلد ولم يوضح خطورتها على العينين.

وعابت محكمة النقض على محكمة الإستئناف والتي كانت قد قضت بعدم مسؤولية الصانع وإخلالها بالمادة (1135) قانون مدني⁴⁹

ولم يقتصر الإلتزام بالإعلام على عقد البيع، بل تعدى ذلك إلى العقد الطبي، فلا يكون العمل الطبي مشروعاً إلا إذا رضي به وعلم بأخطاره المريض ولذلك أصبح يلزم العلاقة الطبية في مراحلها المختلفة⁵⁰.

ففي تشخيص الطبيب للمريض عليه أن يبين طريقة التشخيص التي ينوي إخضاعه لها للتحقق مما يعاني منه، ويحيطه علماً بالمخاطر التي تتضمنها هذه الطريقة، وذلك لتبصيره⁵¹.

وعند العلاج عليه أن يبين طريقته والنتائج الإيجابية المنتظر تحقيقها من العلاج والمخاطر المحتملة، وعند انتهاء العلاج عليه إعلام المريض بالمعلومات المتعلقة بمدى النجاح الذي تحقق من العلاج، والإحتياجات التي يجب على المريض مراعاتها لتجنب أي مضاعفات مستقبلية، كما يخبره بتكاليف العلاج، ويجب أن يكون هذا الإعلام بسيطاً يمكن استيعابه وصادقاً وكاملاً⁵².

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 17 نوفمبر 1969 حيث جاء في نص قرارها " ضرورة إعلام الطبيب لمريضه مسبقاً في كل تدخل أو وصف علاجي ماعدا في الحالات العاجلة⁵³، أما بالنسبة للجراحة التجميلية فإن القضاء الفرنسي ذهب إلى أن الطبيب في هذه الحالة ملزم بإعلام المريض بكل الأخطار، فقد حكم بتاريخ 17 نوفمبر 1969 بـ " مسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية جراحية تجميلية لا تعد عاجلة من الممكن أن يمتنع الشخص عن إجرائها إذا بدت له بعض المخاطر ولو كانت استثنائية⁵⁴

أما المشرع الجزائري فقد وسع من مضمون الإلتزام بالإعلام، حيث لم يكتف بضرورة تعاقد المشتري بعلم اليقين وفقاً للمادة (352) من القانون المدني حيث فرض على المحترف إلحاق المنتج بوسم، لإعطاء صورة واضحة ودقيقة عن المنتج أو الخدمة⁵⁵

كما فرض المشرع على المحترف أيضا بموجب المادة 53 من الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، إعلام المستهلك حول أسعار المنتوجات والخدمات حيث جاء فيها "إشهار الأسعار إجباري ويتولاه البائع قصد إعلام الزبون بأسعار بيع السلع أو الخدمات وشروط البيع".

وأضافت المادة 55 من نفس القانون "يكون إشهار أسعار السلع والخدمات لفائدة المستهلكين، بواسطة وضع علامات أو ملصقات وبأية وسيلة أخرى مناسبة لإعلام المستهلك بأسعار البيع وعند الحاجة بشروطه وكيفياته الخاصة"⁵⁶

فالإلتزام بالإعلام بالنسبة للمشرع الجزائري هو إلتزام بتحقيق نتيجة وهذا ما يستشف المادة (18) من قانون 03.09⁵⁷ حيث نصت على >> يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الإستخدام ودليل الإستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن إستعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها.<<

المبحث الثالث: حدود سلطة القاضي في تطويع العقد.

إن القاضي وإن كان القانون قد منحه سلطة تقديرية في تطويع وتكملة العقد، إلا أن هذه السلطة مقيدة من ناحيتين وهما:

- القاضي لا يلجأ إلى إكمال العقد إلا في حالة قصور الإرادة.
- وتطويع العقد هو من مسائل القانون .

المطلب الأول: القاضي لا يلجأ إلى إكمال العقد إلا في حالة قصور الإرادة.

ما يجب الإشارة إليه هو أن القاضي لا يستطيع أن يكمل العقد سواء بالرجوع إلى القانون أو العرف أو العادات أو العدالة، إلا في حالة قصور إرادة المتعاقدين عن تنظيم مسألة من المسائل⁵⁸ فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها.

وشأن العدالة في إرادة المتعاقدين شأنها في القانون لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق نص صريح في القانون أو العقد بدعوى أنه يتناقض مع العدالة⁵⁹

المطلب الثاني: تطويع العقد من مسائل القانون.

سبق القول أن الغرض من تحديد نطاق العقد (تطويع العقد) هو معرفة الإلتزامات الناشئة عنه، ولذلك هي مسألة قانونية ، فتطويع القاضي للعقد يخضع لرقابة محكمة النقض إذ تستطيع التعقيب على حكم القاضي في هذه المسألة، وتنقض حكمه إذا لم يدخل في نطاق العقد ما تقضي به طبيعة الإلتزام أو نصوص القانون أو العرف أو العدالة، لأن هذا إنتقاص في نطاق العقد، وإذا أدخل فيه ما لا يجوز إدخاله بمقتضى أي من العوامل المذكورة لأن هذا يؤدي إلى زيادة نطاقه⁶⁰

ويجب على القاضي وفقا لأحكام تكملة العقد، أن يكمل العقود إما بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد مسمى، وإما بالرجوع إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبا مع العقد الذي يراد تكميلته كما في عقد البيع⁶¹

في ختام هذا البحث وحتى نكون منصفين يمكن القول أن الإرادة هي السبيل الأمثل لإنشاء الإلتزامات، لكن ظاهرة التطويع هي ثابتة ومؤكدة والحاجة إليها في بعض الأحيان يجب اكتشافها فقط لأنها قد تكون ظاهرة وجلية بأن يطلبها المتعاقدان من القضاء وهذا لا يثير إشكال، وقد تكون سرية أو ضمنية وتكتشف من خلال الرغبة المشتركة بين الأطراف على إتساع وتضخيم العقد، طبعاً وهذا لا يخفي أن كون المسألة تعد خرقاً صارخاً وخروجاً عن المهمة الأساسية للقاضي التي تتمثل في تطبيق القانون وليس إصدار تشريعات ولكن من ناحية أنها وجدت لحماية الطرف الضعيف فيمكن اعتبارها من محاسن المشرع على هذه الفئة وبهذا لا يمكن النظر إلى إحترام سلطة القاضي في هذا المجال مصادرة لإرادة الأشخاص أو حدا منها ولكن إن صح القول تطبيق بسيط لمبدأ سيادة القانون.

قائمة المراجع

1. le contrat est 'un accord de volontés qui fait naitre des obligations - L'aurent leveneur- le forçage du contrat, droit est patrimoine n°58 mars 1998 .P96
2. "n.m agaric traitement que l'on fait subir à certaines plantes à fleur,légumes pour les obliger à se développer en dehors des périodes normales. L'aurent leveneur ,op-cit-p69
3. Josserand lorsqu 'il parlait de forçage du contrat :il visait par la l'amplification du contenu obligatoire du contrat par le juge qui insère de vive force des obligation dans le contrat.
- Laurent leveneur op cit , p69
4. le juge ajoute au contrat une obligation a l à quel les parties n'avaient pas songe, et peut, être même qu'elles avaient implicitement écartée.
- Laurent leveneur op cit , p69
5. ART 1134/1 D.C.F « les conventions l également formeestiemment lieu de loi à ceux qui les ont faites
6. Les contractants ne sont plus maitre chez eux, on fait du socialisme juridique du divigisme contractuelle. -Laurent leveneur op cit , p70
7. Laurent leveneur op cit , p72
8. أنظر زيتوني فاطمة الزهراء ، دور القاضي في تنفيذ العقد في المواد المدنية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2008-2009 ، ص94
9. Laurent leveneur op cit , p73
10. أنظر عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، العقد ، العمل الغير مشروع ، الإثراء بلا سبب ، القانون ، المرجع السابق ، ط2004 ، ص8
11. ART 1135 c ,f « les obligations obligent non seulement a ce qui y est escrimé , mais encore à toutes les suites l'équité , l'usage on la loi , donnent à l'obligation d'après sa nature »
12. أنظر علي فيلا لي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، طبعة منقحة ومعدلة ، موفم للنشر ، الجزائر ، ط2010 ، ص364.
13. أنظر خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الإلتزام ن الجزء الاول ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ن الجزائر ، ط 2010 ، ص 141.

14. أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيّدة ومنقحة الطبعة الرابعة، دار الهدى عين مليلة الجزائر، ط 2009، ص 293/294.
15. أنظر علي فيلا لي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص 366/365.
16. أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 295.
17. أنظر خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 142.
18. أنظر علي فيلا لي، المرجع السابق، ص 366.
19. أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 295.
20. أنظر علي فيلاللي، المرجع السابق، ص 367.
21. أنظر محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة السابعة، هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ص 170/171.
22. أنظر إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول، أحكام العقد الجزء الأول، أركان العقد، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، ط 1997، ص 235.
23. أنظر علي فيلا لي، المرجع السابق ص 367.
24. أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 236.
25. أنظر علي فيلاللي، المرجع السابق، ص 368.
26. أنظر خليل حسن أحمد قدامة، المرجع السابق، ط 2010 ص 142.
27. أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 296.
28. أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 91.
29. أنظر المر سهام، التزام المنتج بالسلامة دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بلقايد، تلمسان، 2008/2009، ص 13.
30. أنظر محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2006، ص 402.

31. مقتبس عن مختار رحمانى محمد، المسؤولية المدنية عن حوادث نقل الأشخاص بالسكك الحديدية، دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء، درا هوامه، الجزائر، 2003، ص46.
32. لم يكن المشرع الفرنسي في بداية الأمر يعترف بالالتزام بالسلامة في نقل الأشخاص، إذا كان يلتزم ناقل الأشخاص وفقا لما يلتزم به ناقل الأشياء، ولكن تدريجيا وتحت طائلة الانتقادات الفقهية وعلى رأسها الفقيه الفرنسي mark sauset والبلجيكي saintelettek وبفضل الدور الفعال للنائب العام sarrut في إقناع القضاة أصبح الالتزام بالسلامة في نقل الأشخاص مقرر. أنظر في ذلك مختار رحمانى محمد، المرجع نفسه، ص 44/43
33. مقتبس عن محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، 2007، ص15
34. أنظريوسف فتيحة، حماية المستهلك في مجال الصيدلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، 2002، ص63.
35. أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 97
36. أنظر المر سهام، المرجع السابق، ص2
37. أنظر حسن عبد الرحمان قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، بدون طبعة، ص 04.
38. أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 90
39. أنظر شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، طبعة، 2007، ص196/195
40. القانون الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والملاحظ أن هذه المادة لم يمسهما التعديل بموجب الأمر رقم 85/75 المؤرخ في 20 يوليو 2005
41. القانون الصادر بموجب الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
42. القانون المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ع 15 لسنة 2009
43. أنظر المر سهام، المرجع السابق، ص37.

44. أنظر جابر محجوب علي ، جابر محجوب علي ، سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي (القسم الثاني)، المجلة العربية للعلوم الانسانية ، الكويت، 1996، ص280.
45. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ : 1983/3/30، ملف رقم2429، مجلة قضائية لسنة 1989، عدد رقم1
46. أنظر خليف مريم، مسؤولية الناقل البري للأشخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون النقل، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004/2003، ص55
47. cass.civ.1re,14 décembre 1892-RTD cive.1983 N° 09,P 545
48. cass.civ.1re,5 décembre 1995, bull.civi 1995. 1 N° 453, P 315.
49. أنظر بن مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005، ص27
50. أنظر رايس محمد، المسؤولية المدنية للطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، طبعة2010 ، ص121
51. أنظر رايس محمد، المرجع نفسه ، ص135.
52. أنظر محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة2006، ص160
53. مقتبس عن شهيدة قادة، مقال بعنوان التزام الطبيب بإعلام المريض المضمون والحدود وجزاء الإخلال، موسوعة الفكر القانوني، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، بدون سنة نشر، ص87
54. مقتبس عن شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض المضمون والحدود وجزاء الإخلال، المرجع السابق، ص87
55. أنظر بوعزة ديدن، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، الملتقى الوطني حول الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري، مخبر القانون الخاص الاساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2001، ص35
56. أنظر زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص140.

57. القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .
58. أنظر محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص296
59. أنظر إبراهيم نبيل سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية ، العقد ، الإرادة المنفردة ، دار المعرفة الجامعية ، ط 1994 ص35.
60. مقتبس عن محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 297
61. م 361 (ق م ج) "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه ان يجعل نقل الحق عسيرا او مستحيلا" وتقابلها نص المادة 399 (موجبات لبناني) " على البائع ان يتحمل مخاطر البيع في مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ما لم يكون هناك نص مخالف أي انه إذا سكت المتعاقدان في العقد عن أيهما يتحمل مخاطر البيع " .