

نحو التزامات جديدة في العلاقة العقدية تحقيقا للتوازن العقدي

يوسف بوجمعة⁽¹⁾،

⁽¹⁾ أستاذ محاضر قسم "ب"، جامعة التكوين المتواصل، الجزائر.

البريد الإلكتروني: youcefboudjemaa030@gmail.com

الملخص:

إن التطورات الكبيرة في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية وتعمق مظاهر اختلال التوازن في التزامات المتعاقدين نتج عنه الدخول في علاقات تعاقدية غير متكافئة، كل ذلك أدى إلى التأثير على نظام العقد وجعله أكثر تكيفا مع مقتضيات التطور، من خلال استحداث التزامات عقدية جديدة، أما عن الوسائل المستعملة لتحقيق الهدف فترتكز على تقنية حسن النية ومبدأ التوازن العقدي والعمل على الاستمرارية العقدية، وخاصة على التدخل المتزايد للقاضي في العقد ضمانا لتحقيق العقد لوظيفته الاقتصادية.

الكلمات المفتاحية:

الالتزام بالنزاهة، مبدأ التعاون، المنفعة الاقتصادية للعقد.

تاريخ إرسال المقال: 2024/09/21، تاريخ قبول المقال: 2024/12/02، تاريخ نشر المقال: 2024/12/21

لتهميش المقال: يوسف بوجمعة، "نحو التزامات جديدة في العلاقة العقدية تحقيقا للتوازن العقدي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 02، السنة 2024، ص 251-274.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: يوسف بوجمعة، youcefmosta4@gmail.com

المجلد 15، العدد 02-2024

يوسف بوجمعة، "نحو التزامات جديدة في العلاقة العقدية تحقيقا للتوازن العقدي"، ص 251-274.

Towards New Commitments in the Contractual Relationship to Achieve the Contract Balance

Abstract:

Significant advancements in economic and social relations, coupled with deepening imbalances in the obligations of contracting parties, have resulted in the emergence of unequal contractual relationships. These changes have affected the contractual system, prompting it to adapt more effectively to developmental needs by incorporating new contractual obligations. The methods employed to achieve this aim center on the principles of good faith and contractual balance, as well as the promotion of contractual continuity. This is particularly evident in the increasing role of judicial intervention, which ensures that contracts fulfill their intended economic functions.

Keywords:

The obligation of loyalty, The Principle Of Collaboration, The economic Utility Of The Contract.

Vers de nouveaux engagements dans la relation contractuelle pour atteindre l'équilibre du contrat

Résumé :

Les développements majeurs dans les relations économiques et sociales et l'approfondissement des manifestations de déséquilibre dans les obligations des parties contractantes ont abouti à la conclusion de relations contractuelles inégales. Tout cela a conduit à influencer le système contractuel et à le rendre plus adaptable aux exigences du développement, par la création de nouvelles obligations contractuelles. Quant aux moyens utilisés pour atteindre l'objectif, ils reposent sur la technique de la bonne foi et le principe d'équilibre contractuel et travaillent sur la continuité contractuelle, notamment sur l'intervention croissante du juge dans le contrat pour s'assurer que le contrat réalise sa fonction économique.

Mots-clés:

Obligation de loyauté, principe de collaboration, utilité économique du contrat.

مقدمة

لقد أدت التطورات الاقتصادية والاجتماعية للعقد إلى زعزعة المبادئ التعاقدية التي قامت عليها نظرية العقد، وهذا من خلال تعرض مبدأ سمو إرادة المتعاقد لانتقادات خاصة في بداية القرن العشرين، حيث لاحت في الأفق فلسفة جديدة للعقد تقوم على فكرة أن هذا الأخير ليس تعارض لمصالح متباينة، إنما وسيلة يسعى كل طرف إلى تحقيق مصالحه مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الآخر، الأمر الذي جعل المبادئ الكلاسيكية لنظرية العقد عاجزة عن مسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة في الوقت الحاضر، هذا التعارض ساهم بشكل كبير في ظهور بؤار نظرية حديثة للعقد تقوم على أساس ضرورة أخلاق الروابط العقدية والخروج من فكرة التناظر التي كانت تسود في ظل النظرية التقليدية بهدف استمرار العلاقة العقدية بعيدا عن المصلحة الشخصية لكل متعاقد والتخلي عن الأنانية، فالهدف من فلسفة النظرية الحديثة للعقد هو تحديث النظرية العامة للعقد، إذ يعد ضمان الفعالية الاقتصادية أحد الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها النظرية الحديثة للعقد من خلال مراقبة توازن العقد منذ إبرامه وحتى تنفيذه، وهو ما نادى به أنصار الفكر الاجتماعي للعقد، الأمر الذي جعل مضمون العلاقة العقدية مكتظا بالالتزامات لأنه أصبح يضم التزامات عديدة منها ما تم وضعه بمعرفة الأطراف المتعاقدة، والبعض الآخر من عمل القاضي. وبناء على هذا تهدف دراستنا إلى البحث وإيجاد مجموعة من الحلول أو الاقتراحات للحد من التفاوت العقدي والعمل على إعادة التوازن العقدي للعلاقة العقدية بما يوفر حماية للمتعاقد الضعيف وعلى الخصوص المستهلك، من خلال الالتزامات الجديدة وجعلها نظاما عاما لتحقيق التوازن العقدي. أما عن الإشكالية فتثير المعالجة القانونية لهذا الموضوع إشكالية رئيسية تتمثل في: هل استحداث آليات جديدة وفرضها في التعاقد كاف لتحقيق التوازن في العقود؟

أما عن المنهج المتبع وكون كل دراسة تستوجب مناهج علمية اعتمد الباحث على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص والمبادئ القانونية التي تتعلق بالموضوع، مع اعتماد المنهج المقارن من خلال مقارنة التشريع الوطني مع الأنظمة القانونية المقارنة كالقانون الفرنسي أساساً، والقانون المدني المصري، وأحياناً أخرى على سبيل الاستئناس، وتفصيل ما غمض منه في تشريعنا الموقر، بالإضافة إلى الإشارة إلى ما تيسر من مواقف الفقه الغربي والعربي، وأحكام القضاء المقارن، لا سيما القضاء الفرنسي، بما يساير روح القانون الجزائري وينسجم والواقع العملي. وفي ضوء ما سبق، وللإجابة على الإشكالية المطروحة اهتدينا إلى تقسيم الدراسة إلى مبحثين

وهو التقسيم الأنسب الذي نعتقد أنه الأقرب للإجابة على إشكالية الموضوع، حيث تضمن المبحث الأول إنشاء واجبات عقدية جديدة، أما المبحث الثاني فتضمن الإفراط في إنشاء واجبات عقدية جديدة.

المبحث الأول: إنشاء واجبات عقدية جديدة

الأصل أن العلاقة العقدية تقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد في العقد فحسب دون تحميلهم التزامات أخرى تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين القائم على حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد وآثاره استناداً إلى فرض المساواة بين أطراف العقد المنصوص عليه في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري¹، والمقابلة لنص المادة 147 من القانون المدني المصري والمادة 1103 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن لهذا المبدأ استثناءات، فالعقد لا يقتصر على ما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وهو ما نصت عليه المادة 2/107 من القانون المدني الجزائري والمقابلة لنص المادة 1/148 من القانون المدني المصري وأيضاً نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي (النص القديم)²، والتي تحولت إلى نص المادة 1194 من التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله في 2016 والتي تقرر بأنه: "لا تلزم الاتفاقيات بما ورد فيها فحسب، بل أيضاً ما هو من مستلزماتها، وذلك حسب قواعد العدالة والعرف والقانون بحسب طبيعة الالتزام"³.

وعلى هذا يجوز للقاضي التدخل في العلاقة العقدية بتحديد مضمونها من خلال تحديد سلطته في تكميل العقد، باعتبار ذلك من مستلزمات العقد وذلك وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، حيث أصبح العقد في يد الأفراد أداة لتحقيق المصلحة الاجتماعية، يتأثر بالظروف المحيطة به وهو ما قد يبرّر تدخلاً خارجياً عن الأطراف من أجل تعديله وضمان فعاليته

¹ الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78.

² TISSEYRE Sandrine, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats (essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen)*, Presse Universitaire d'Aix Marseille, Marseille, 2012, p. 289.

³ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEX T000032004939>

⁴، وبهذا فإن العقد لا يجد مصدره في الإرادة بل أيضا في القانون، غير أن القاضي وعند تكمّلته للعقد - حسب مستلزمات العقد - يكون بذلك قد استحدث جملة من الالتزامات والواجبات العقدية لم تكن موجودة ضمن بنود العقد وأضافها لمحتواه، وهذا رغم عدم وجود نص تشريعي أو عقدي يجيز له ذلك صراحة، فضلا عن أن هذه الالتزامات قد تكون رغماً عن إرادة المتعاقدين، وهذا ما أسفرت عنه التطبيقات القضائية على إنشاء القاضي للالتزامات وواجبات جديدة تقع على عاتق المتعاقدين، وذلك فيما لم تكن إرادة المتعاقدين تحتسبه أو تتوقعه⁵.

الأمر الذي يدفعنا لا محالة إلى البحث عن العوامل التي أدت إلى نشأة التزامات عقدية جديدة المطلوب الأول، وإلى البحث عن اتساع مضمون العقد ضمن المطلوب الثاني.

المطلب الأول: عوامل نشأة التزامات عقدية جديدة

إن الضعف في المراكز التعاقدية داخل الرابطة العقدية بالنظر إلى الاختلال المستمر والمتزايد في التزامات المتعاقدين في ظل الحرية التعاقدية المترتبة عن المذهب الفردي - والذي يفرض معالجته - كان السبب في الدفع بالقضاء إلى إنشاء التزامات عقدية في مضمون العقد حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية للفرد ووفقا لما تراضى عليه الأطراف، هذا الضعف يعود نتاجه إلى انعدام المساواة الفعلية بين المتعاقدين، فأحد طرفي العقد في مركز ضعيف، وهذا الضعف يؤثر بلا شك في إرادة المتعاقد الضعيف⁶. رغم المعارضة الشديدة لجانب من الفقه على الاعتراف بهذا الدور للقاضي، وسواء كان مصدر عدم التوازن هو داخلي كاستغلال الضعف الذي يعاني

⁴ ATHIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », R.T.D.C., N° 2, 1997, p. 359 et s.

⁵ صديق شيايط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر-1، 2017-2018، ص 371.

⁶ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 16. وانظر أيضا:

Frederic Leclerc, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois), Tome 1, Thèse / Université Robert Schumann de Strasbourg, 1990, p. 11.

منه الطرف الآخر، أو خارجي عن العقد كحدوث ظروف استثنائية غير متوقعة أدت إلى اختلال توازن العقد⁷. الأمر الذي حدا بالفقه إلى القول أنّ المشرع والقاضي قد توسعا في التدخل في العقد بشكل مفرط، بحجة تحقيق العدالة والتوازن العقدي، متجاهلين جانب استقرار المعاملات، حيث استحدثنا التزامات وواجبات عقدية جديدة لم تكن واردة في مضمون العقد⁸.

أما عن الوسائل المستعملة لتحقيق الهدف فترتكز أولا وقبل كل شيء على تقنية حسن النية ومبدأ التوازن العقدي والعمل على الاستمرارية العقدية، وخاصة على التدخل المتزايد للقاضي في العقد⁹.

من خلال تدخل القضاء في العلاقة العقدية لمعالجة هذا الخلل فضلا عن السماح للدولة بالتدخل في علاقات القانون الخاص مستخدمة قواعد القانون العام لتنظيم جزء من القانون الخاص والتي يطلق عليها لفظ العيمنة la publicisation¹⁰.

هذا وقد تعددت مظاهر هذا الضعف وتضافرت جملة من الأسباب والعوامل في بروز ظاهرة اختلال التوازن في التزامات المتعاقدين، فقد يكون هذا الضعف ناتجا عن ضعف اقتصادي نتيجة عدم إلمام أحد الطرفين بظروف السوق مما ينتج عنه الدخول في علاقات تعاقدية غير متكافئة يستغل فيها الطرف القوي اقتصاديا، ضعف المتعاقد الآخر لعدم درايته وقلة خبرته، فضلا عن تمتع الطرف الأول بنفوذ اقتصادي كبير في السوق نتيجة لاحتكاره السلع والخدمات واستعماله وسائل الإشهار والدعاية الهادفة إلى تسويق السلع والخدمات ومن ثم التأثير على إرادة

⁷ بلال عثمانى، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 83.

⁸ محمد أبو طالب بكر عبد السعيد، أزمة العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، القاهرة، 2020، ص 36.

⁹ MEKKI Mustapha, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *R.D.C.*, N° 1, 2010, p. 388. « En termes d'efficacité, l'adéquation des moyens aux fins dans la pensée solidariste donnerait l'équation suivante : la fin consisterait à lutter contre les excès du libéralisme et la dictature du marché en limitant les méfaits de l'égoïsme contractuel au profit d'une plus grande collaboration entre les parties ; quant aux moyens, ils reposent avant tout sur la technique de la bonne foi, sur le principe d'équilibre contractuel, sur la promotion de la pérennité contractuelle et, surtout, sur une immixtion plus importante du juge dans la sphère du contrat ».

¹⁰ خديجة فاضل، عيمنة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2016، ص 3.

المستهلك، وهو ما يدفعه إلى أن يملّي على الطرف الضعيف شروطا تعاقدية لا يسمح فيها لهذا الأخير بمناقشتها، إذ يعد ضعف المركز الاقتصادي مؤشرا واضحا لعدم تمتع أحد الأطراف بالحرية التعاقدية عند إبرام العقد نتيجة لهذه الهيمنة الاقتصادية واحتكار سلعة أو خدمة معينة احتكارا قانونيا أو فعليا، وهو ما يدل على وجود خلل في الرابطة التعاقدية بين المتعاقدين، مما يضطره في الأخير إلى الرضوخ إلى هذه الشروط¹¹.

ومن ثم اختلال التوازن العقدي بين التزامات الطرفين، الأمر الذي يستوجب على القاضي التدخل في العقد لتحقيق التوازن العقدي.

كما أن التطور العلمي الحديث هو الآخر قد أظهر عن وجود تفاوت معرفي وفني بين طرفي العقد، إذ يعد الإخلال في التوازن المعرفي بين المتعاقدين أحد أهم الأسباب التي تؤدي إلى عدم تكافؤ المراكز القانونية¹²، حيث أصبح أحدهما يحوز ويمتلك معلومات وتفاصيل بمحل التعاقد، والآخر يفتقر لهذه المعلومات، فهو لا يملك المعرفة والخبرة العملية والفنية التي يملكها المتعاقد الآخر، الأمر الذي يجعله خاضعا لإرادة هذا الأخير وفي الكثير من الجوانب بسبب عدم امتلاكه وسائل العلم الكافي للتعرف على ماهية وخواص السلع والخدمات التي سيتعاقد عليها،¹³ خاصة العلاقات التي يكون أحد طرفيها شخصا عاديا مستهلكا نظرا لعدم خبرته الشخصية بخواص التعاقد، في حين يتمتع الطرف الآخر بخبرة طويلة في هذا الخصوص¹⁴. وهذا دون أن توفر له نظرية عيوب الإرادة والضمان حماية فعالة¹⁵، لأن التحكم في المضمون العقدي من طرف أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر

¹¹ محمد محمد علي سادات مرزوق، "الشروط التعاقدية غير العادلة، دراسة مقارنة"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، المجلد الثاني، العدد 56، أكتوبر، 2014، ص 850.

¹² JAMIN Christophe, Le procès du solidarisme contractuel : Brèves répliques, in Le solidarisme contractuel, S/D GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, Economica, Paris, 2004, p. 168. réputées écrites
¹³ الصادق ضريفي، "اختلال التوازن المعرفي بين الأطراف عند تكوين العلاقة العقدية"، مجلة معارف، كلية الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، العدد 13، 2012، ص 74.

¹⁴ عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 4.

¹⁵ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1993، ص 193.

سيمنح له أفضلية سواء عند إبرام العقد أو عند تنفيذه، وهذا هو الحال مثلا في العقد بين المستهلك والمهني أو المتدخل الذي يجمع بين طرفين غير متساويين¹⁶، وعلى هذا استدعت الضرورة تدخل القضاء لإنشاء مظاهر حديثة للتعاون أثناء تنفيذ العقد إلى جانب المظاهر التقليدية لضمان حسن تنفيذه وتجنب مخاطر التنفيذ¹⁷، لأن التعاون هو حجر الزاوية لضمان التنفيذ الأمثل لمحتوى العقد بعيدا عن تعارض المصالح، ويتجلى الأمر بوضوح أكثر خاصة في الدول المعروفة بالتضخم القانوني من خلال عدم التوازن المعرفي في تفاصيل القانون الذي يحكم العقد بين المهني وغير المهني، فتحكم المهني بدقة في القانون الذي يحكم علاقته مع غير المهني يمنح له أفضلية عند إبرام العقد أو تنفيذه¹⁸.

وإن كان بحسب الأصل هناك التزامين متقابلين يقع على عاتق أحد الطرفين، التزام بالإعلام والتزام الطرف الآخر بالاستعلام للحصول على المعلومات والبيانات المتعلقة بالشئ محل التعاقد، إلا أنه وفي بعض الأحيان يكون الاستعلام والحصول على المعلومات أمرا صعب المنال، الأمر الذي يؤدي إلى إخلال في التوازن المعرفي داخل الرابطة التعاقدية¹⁹. ويستلزم وسائل للحد من هذا الاختلال الواضح بإعادة التوازن من هذه الوسائل الالتزام بالتعاون.

يضاف إلى هذا الضعف القانوني والذي يقصد به عدم قيام المشرع بحماية الطرف الضعيف من جور الطرف القوي في العقود غير المتوازنة حماية كافية تراعي ظروف ضعفه وحقوقه، ولا شك في أن هذا الضعف القانوني يجد أساسه كون أن المشرع يفضل استقرار المعاملات على جانب العدالة.

¹⁶ FILALI Ali, « Le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats », Les Annales de l'Université d'Alger 1, N° 27, T II, juillet 2015, p. 5 « Le rapport de consommation est devenu une opération économique délicate mettant en relation deux parties inégales ; une partie faible le consommateur et une partie forte le professionnel ou l'intervenant. Ce déséquilibre, d'ordre surtout informationnel, permet aux intervenants d'imposer leurs conditions aux consommateurs. »

¹⁷ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص16.

¹⁸ بلال عثمانى، المرجع السابق، ص105.

¹⁹ مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص173 و174.

وأمام هذا الضعف القانوني تدخلت الإرادة التشريعية من أجل حماية الطرف الضعيف وتحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدين وهذا استنادا لفكرة العدالة ، كما هو الحال في التدخل في العلاقة التعاقدية من قبل القاضي بغرض الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين لتكملة المسائل التفصيلية في العقد والتي أرجأها المتعاقدان لما بعد، أو لم يتوقعها أو لعدم الحاجة لتحديد هذه المسائل في العقد، ولم يشترط أن العقد لا يتم بدون الاتفاق عليها، حيث تقضي المحكمة في حال قيام نزاع حول هذه المسائل حسب طبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وهو ما يتضح من نص المادة 65 من القانون المدني والمقابلة لنص المادة 95 من القانون المدني المصري التي نصت "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترط ألا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

كما يتدخل القاضي لتكملة العقد لما يعد من مقتضياته أو من مستلزماته كما هو وارد في نص المادة 2/107 من القانون المدني الجزائري والمادة 1194 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 2016، رغم أن هذه النصوص لم تشر صراحة إلى إضافة هذه الواجبات إلا أن القضاء استحدثها عن طريق الاستدلال والتفكير المنطقي باعتبارها من مستلزمات العقد ومحقة للعدالة²⁰، والحقيقة أن القانون هو المصدر المباشر لفرض الالتزام بالتعاون على اعتبار أن القانون هو من فرض مثل هذا الالتزام من جهة وهو في الوقت ذاته من ألزم أن العقد لا يقتصر على ما ورد فيه فحسب بل أضاف له ما يعد من المستلزمات من جهة أخرى، وأن أي إخلال بهذه الالتزامات يعد إخلالا بالالتزام قانوني، فالقاضي يطوع القانون وفقا لمقتضيات الظروف، وهذا من خلال التوسع في مجال تطبيق بعض المبادئ القانونية المعروفة في القانون المدني²¹. وهو ما أشير إليه أن مثل هذه النصوص هي من أخطر النصوص التي فتحت المجال على مصراعيه للاجتهاد القضائي في نطاق العقد، حيث أن القضاء

²⁰ أسامة أحمد بدر، تكميل العقد دراسة تحليلية في القانون المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص36.

²¹ راقية عبد الجبار علي، "تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، دراسة مقارنة"، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العدد 46، 2016، ص80.

قد توسع في تطبيقها فأضاف التزامات وواجبات للعلاقة العقدية²². كما أشار الفقه الفرنسي عند تعليقه على المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي أنها من أعطت أساسا موسعا ومرنا للعقد²³. والقول نفسه يصدق على المشرع الجزائري عندما أقر حسن النية كالتزام يقع على عاتق الطرفين بضرورة تنفيذه بحسن نية، وهو ما يفتح المجال أمام القضاء للاجتهاد من أجل تحديد السلوك الواجب إتباعه وفرض التزامات ثانوية على الأطراف لم يتم الاتفاق عليها في المرحلة السابقة على التعاقد، ومن هنا يتجلى الدور الإنشائي للقاضي عند تطبيق النصوص القانونية²⁴.

والمثير أن القضاء الفرنسي استخلص من مبدأ حسن النية العديد والعديد من الالتزامات والواجبات، كالتزام بالإعلام كوسيلة لحماية الرضاء التعاقدية بجانب الوسائل التقليدية المعروفة، وضمان فعالية قصوى للعقد وهو ما أشارت إليه الأستاذة فابر مانيان²⁵، والحد من آثار عدم المساواة في المعرفة وترسيخه في مجالات مختلفة رغم عدم وجود نص صريح يقرره من خلال إلزام كل متعاقد بإعلام المتعاقد معه، والإفشاء إليه بما لديه من معلومات في رضائه التعاقدية منذ مرحلة التفاوض على العقد²⁶ مستندا إلى نص المادة 1134 / 3 من القانون المدني الفرنسي القديم²⁷، قبل تعديل 2016 والتي تحولت إلى نص المادة 1104 - 1 مدني والتي جاء نصها "يجب أن يكون التفاوض على العقود وتكوينها وتنفيذها بحسن نية"²⁸.

²² نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام بمناسبة مرور مائتي سنة على التقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 44 و 45.

²³ Albiges Christophe, *De l'équité en droit privé*, L. G. D. J., Paris, 2000, p. 211.

²⁴ بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 7.

²⁵ « ... il s'agit d'obligations 'contractuelles' d'information, permettant une bonne exécution du contrat. Par exemple, le vendeur doit informer l'acheteur sur le mode d'emploi précis de la chose achetée afin que celui-ci puisse s'en servir de façon satisfaisante et en retirer toute l'utilité attendue». FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations...*, op.cit., p. 546.

²⁶ Cass. civ, 21 Janvier 1973, JCP, 1974-II-18746 note MALINVAUD.

²⁷ L'ancien article 1134 paragraphe 3 du Code civil français stipulait que : «... Elles doivent être exécutées de bonne foi »

²⁸ Art. 1104. « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi... Cette disposition est d'ordre public ».

وأصبح بذلك الالتزام بحسن النية التزاما عاما يشمل جميع مراحل العقد ابتداء من المفاوضات إلى التنفيذ واعتبار ذلك من النظام العام وهذا تعزيزا لفكرة قيام العقد على الثقة بين طرفي العقد، وهذا بصرف النظر عن كون أحدهما محترفا أم لا، تأثرا في هذا الصدد بمشروع Terré.

هذا وقد عارض الفقه الفرنسي - من استخلاص مبدأ الالتزام بالإعلام وإنشائه - محكمة النقض الفرنسية بإنشاء التزام بالإعلام بكونه التزاما تكميليا لا علاقة له بتنفيذ العقد، وهو ما يعد خطأ بين تفسير العقد وتكميله، وإزاء هذا الخطأ أنشأ القضاء عدة التزامات كالالتزام بالتعاون وبالحيلة وبالأمانة والاستقامة²⁹، غير أن القضاء الفرنسي توسع في نطاق الالتزام بحسن نية ليضيف بذلك التزامات جديدة يتحملها المتعاقدان باعتبارها من مستلزمات العقد، عندما قنن الالتزام بالإعلام وأوجبه بنص صريح في نص المادة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي الجديد الذي يجد مصدره في الالتزام بحسن النية³⁰، وعلى هذا فإن الالتزامات والواجبات التي تضاف للعلاقة التعاقدية تعد إغفالا تاما لإرادة المتعاقدين في هذا الشأن، وفي الوقت ذاته تمثل خطورة كبيرة على إرادتهما وعلى مضمون العقد، بل وغالبا ما تتسم هذه الالتزامات والواجبات بعدم توقعها من الأطراف المتعاقدة، بل إنها تأتي ضد إرادتهم أو على الأقل ضد إرادة أحدهم³¹، كما أن هذه الإضافات الجديدة قد تجاوزت النطاق الحقيقي للنصوص القانونية. وقد وجه الباحثون انتقادات لفكرة الالتزام بالتعاون من خلال اعتباره دون أساس قانوني ولا يوجد أي مبرر لمثل هذا الواجب الذي قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الأفراد³².

²⁹ Alain Bénabent (A.), *Droit Civil, les obligation*, 8ème éd., Montchrestien, 2001, p. 218.

³⁰ « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

³¹ Pierre Legrand Jr (p.), « L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge », R. D. U. S. (Québec), Vol. 22, (1991), p.136.

³² LEVENEUR Laurent, *Le solidarisme contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, S/D GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, Economica, Paris, 2004, p. 176

المطلب الثاني: اتساع مضمون العقد

الأصل أن يتضمن العقد جملة من الالتزامات التي تنشأ وفقا لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، غير أن تدخل القاضي في العقد بإضافة التزامات عقدية جديدة كالالتزام بالإعلام³³. والالتزام بالسلامة³⁴ والمشورة وواجب الصدق والأمانة وحسن النية والالتزام بالنزاهة l'obligation de loyauté ومبدأ التعاون Le Principe de Collaboration من أجل تحقيق العدالة والتوازن العقدي جعل محتوى العقد لا يقتصر على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين فحسب، بل يشمل أيضا ما ينشئه القاضي من التزامات، فلا يقتصر العقد على ما ورد فيه من بنود فحسب، بل للقاضي الحق في إنشاء التزامات من أجل تحقيق التوازن والعدالة في التعاقد.

هكذا يكون سبب تدخل القاضي لإضافة التزامات تكميلية للعقد كان سببا لاختلال التوازن في العلاقة العقدية سواء نظرنا إلى العقد نظرة شخصية فيكون البحث عن المساواة بين طرفي العقد، أو نظرنا إليه نظرة موضوعية اقتصادية فيكون البحث عن التكافؤ بين الالتزامات³⁵، وهكذا يكون القاضي قد جعل نفسه طرفا ثالثا في العلاقة العقدية يضيف إليها ما يشاء من التزامات، طالما أنها تتوافق مع العدالة ومن مستلزمات التعاقد³⁶، رغم أن فكرة العدالة من الأفكار الفضفاضة والمرنة التي لا ضابط لها وهي تتسم بالغموض وعدم الوضوح³⁷. إلا أن القضاء اجتهد في تفسيرها بإضافة التزامات جديدة تضاف إلى العقد، وفي الحقيقة أن القاضي أصبح لديه مكنة إنشاء التزامات عقدية جديدة طالما أنها تتوافق مع مقتضيات العدالة ومن مستلزمات العقد على الرغم من أن الأطراف

³³ انظر المادة 17 من القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 15. التي نصت على إلزامية إعلام المستهلك بقولها: "يجب على كل متدخل إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم.

³⁴ انظر المادتين 9 و 10 المتعلقتين بإلزامية أمن المنتجات والمادتين 11 و 12 المتعلقتين بإلزامية مطابقة المنتجات و 13 و 16 إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع من نفس القانون.

³⁵ سعاد بوختالة، دور القاضي في تكملة العقد، رسالة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر -1، 2015-2016، ص 112.

³⁶ Mazeaud Denis, Le régime de l'obligation de sécurité, Gaz. pal., 1997, p. 1201.

³⁷ سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص 93 و 94.

المتعاقدة لم تفكر فيها³⁸، والحقيقة أن عدم وضع المشرع تعريفا محددا لمفهوم حسن النية فتح الباب على مصراعيه أمام اجتهادات الفقه والقضاء في تفسير فكرة حسن النية³⁹، كما فسح المجال لاستيعاب العديد من المبادئ وخير دليل على ذلك هو استحداث التزامات جديدة في العلاقة التعاقدية، وأصبح من المسلم به في ظل هذا التوسع والاجتهاد أن لحسن النية دورا تكميليا هاما في العقود، وبهذا المعنى يمكن للقاضي تحت ستار حسن النية أن يعيد بناء وتكملة الالتزامات العقدية الموجودة بالتزامات وواجبات أخرى⁴⁰، وقد علق أحد الفقهاء على ذلك بقوله: أصبح من حق القاضي أن يضيف إلى العقد التزاما لم يخطر ببال الأطراف المتعاقدة، بل وربما أرادوا تجنب هذا الالتزام عمدا⁴¹، وعلى إثر ذلك أصبح محتوى العقد ينطوي على جملة من الالتزامات والواجبات، منها ما أنشأه المتعاقدان بإرادة حرة ورضا تام، والبعض الآخر أنشأه القضاء بمناسبة سلطته في تكميل العقد، فلم يعد محتوى العقد مقتصرًا على ما اتفق عليه المتعاقدان، بل أصبح متضمنا لالتزامات خارج إطار ما تم الاتفاق عليه. فلا يكتفي القاضي خلال هذه المرحلة بالخضوع لإرادة المتعاقدين، بل يستغل الوظيفة التكميلية لحسن النية من أجل فرض التزامات لم يتم الاتفاق عليها في مرحلة المفاوضات⁴².

³⁸ Pierre Legrand Jr, op. cit., p. 129.

³⁹ عزت عبد المحسن إبراهيم سلامة، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط الخفية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2013، ص 220 و 221.

⁴⁰ سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص 98.

⁴¹ Le juge ajoute au contrat une obligation à laquelle les parties n'avaient pas songé, et peut, être même qu'elles avaient implicitement écartée. Leveneur Laurent, " le forçage du contrat ", droit et patrimoine, n°58 mars 1998. p. 69.

⁴² حازم سالم محمد الشوابكة، نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2009، ص 43.

وعلى هذا الأساس أصبحنا أمام علاقة عقدية تضم التزامات متميزة ومتفرقة، سواء من حيث مضمونها أو مصدرها، وبالتالي إثراء وتعزيز محتوى العقد بالالتزامات.

وهو ما حدا إلى زيادة المحتوى الإلزامي للعقد واتساعه دون اعتبار للإرادة المبرمة للتعاقد⁴³، الأمر الذي أدى في النهاية إلى تشويه العقد⁴⁴ *dénaturation du contrat*.

ولقد لقي إنشاء التزامات عقدية جديدة ومستحدثة لمضمون العقد انتقادا كبيرا من لدن الفقه وهذا من حيث الإفراط في العمومية حيث يصعب على أي شخص تحديد محتواها وحدودها ودفع بالفقه إلى الحيرة وعدم الارتياح في مواجهة الإعلان عن هذه الالتزامات مثل الالتزام بحسن نية والنزاهة، فضخامة مداها يجعل أي شخص لمحاولة تحديد حدودها يشعر بالدوار، وماذا يعني عمليا أن تكون حسن النية ونزيها؟⁴⁵، فضلا عن أن دور الإرادة في العقد قد تقلص وانحسر حيث أصبحت إرادة المتعاقدين أقل دورا بل ويمثل أقصى درجات المساس بالإرادة⁴⁶.

كما شغل هذا التدخل القضائي الفكر القانوني بإضافة التزامات جديدة بالقول: إن كل التزام لا يستمد مصدره من الإرادة المشتركة للمتعاقدين يشكل تحريفا واختراقا لهذه الإرادة، بل هو تحريف وإجبار للعقد ذاته، ونفي في حد ذاته قاعدة سلطان الإرادة العقدية⁴⁷، في حين يشير جانب عن الفقه إلى أن تدخل القاضي بإنشاء هذه الالتزامات يجد أساسه القانوني في القانون المدني الفرنسي القديم وهو نص المادة 1135 منه، وعلى هذا الأساس القانوني يعد تبريرا لإثراء المحتوى الإلزامي للعقود وتوسعة، فضلا عن أن نشأة التزامات جديدة على عاتق

⁴³ Le juge ajoute au contrat une obligation à laquelle les parties n'avaient pas songé, et peut, être même qu'elles avaient implicitement écartée. LEVENEUR Laurent " Le forçage du contrat ", *Droit et patrimoine*, n°58 mars 1998. p. 69.

⁴⁴ LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi, notion protéiforme », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, N° 2, 1996, p.344.

⁴⁵ CHAZAL Jean-Pascal, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin?*. Dalloz, 2001, p. 130., «On ne peut qu'éprouver un malaise devant la proclamation prétorienne de devoirs tels que ceux de bonne foi et de loyauté. L'immensité de leur étendue donne le vertige à quiconque tente d'en déterminer les limites. que signifie concrètement de bonne foi et loyal ? »..

⁴⁶ نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص37.

⁴⁷ Toute obligation, qui ne prend pas sa source dans la volonté commune des parties, constitue un procédé de forçage qui est la négation même de la règle de l'autonomie de la volonté contractuelle Jean-Pascal Chazal., op. cit., p. 101.

المتعاقدين تشكل اعتداء على الإرادة التعاقدية في ضوء المفهوم الإرادي للعقد فقط دون غيره من المفاهيم التي تتواءم مع إضافة هذه الالتزامات إلى المضمون العقدي كالتضامن العقدي الذي يتوافق تماما مع الالتزام بالإعلام ، وواجب الصدق، بل بالأحرى مع جميع الواجبات والالتزامات العقدية الصادرة من جانب القضاء⁴⁸، والحقيقة أن التحديد المسبق لمضمون العقد في حقيقته جزء من آليات تحقيق التوازن العقدي في العلاقات القانونية المعاصرة، وبذلك فقد تأكد بما لا يقبل اللبس انحسار دور سلطان الإرادة في العلاقات التعاقدية وزاد من ذلك اليقين خضوع عدد من هذه العلاقات وتحديد التي تتم في إطار الاستهلاك لتنظيم مسبق يحصر دور الإرادة في دائرة تقرير الانضمام أو عدم الانضمام، إلى نموذج عقد حدده المشرع سلفا بمعنى أن دور الإرادة أضحي شكليا محضاً⁴⁹.

المبحث الثاني: الإفراط في إنشاء التزامات عقدية جديدة

إن إنشاء التزامات جديدة خارج نطاق المتعاقدين وما اتفقت عليه تلك الإرادة ومن ثم اتساع مضمون العقد في معظم العقود قد أثار الشك حول مدى شرعية هذه الظاهرة من عدمها وعن مدى ملاءمة وجودها في الأساس في المجال العقدي، سيما وأنها فرضت عليهم من قبل طرف ثالث لا يمت بصلة للعلاقة التعاقدية، ومما لا شك فيه أن هذه الواجبات لها أثر سلبي على إرادة المتعاقدين، بل وعلى العقد ذاته على حساب استقرار المعاملات. ولم يكتف المشرع والقاضي على مجرد إنشاء التزامات عقدية جديدة فقط بل استحدثا مؤخرا آليات ومفاهيم جديدة لتحقيق التوازن العقدي، غير أن هذه الآليات في الوقت ذاته تجاوزت نطاق التوازن ذاته الذي يزعمان تحقيقه، بل أدى هذا الإنشاء إلى الإفراط وفرض التزامات عقدية جديدة، الأمر الذي تساءل عنه الفقه بالقول معرفة ما إذا

⁴⁸ Plus généralement, les « nouveaux » devoirs des contractants ne constituent une anomalie qu'à l'aune de la conception volontariste du contrat. Or, d'autres conceptions sont plus accueillantes. Par exemple, le solidarisme contractuel s'accommode de l'obligation d'information, du devoir de loyauté et plus généralement tous les devoirs qui s'expliquent par l'existence de relations contractuelles inégalitaires parfaitement Jean-Pascal Chazal, op. cit., p. 102.

⁴⁹ عبد الباسط جاسم محمد، "تضخم المحتوى الإجباري للعقد"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، العراق، العدد 38، 2021، ص 157 و 158.

كانت هذه الواجبات في مكانها الطبيعي والصحيح في المجال العقدي أم لا⁵⁰؟ ومن ثم هل تجاوز القضاء بالفعل الحد المسموح بإنشاء التزامات وواجبات على عاتق المتعاقدين ومن ثم البحث عن مدى وجود أزمة للعقد إزاء التدخل التشريعي والقضائي المتزايد في مضمون العقد⁵¹.

غير أنه يجب ألا يفهم بأن سلطة القاضي في تعديل العقد باستكمالها بأنها انتقاص من مبدأ سلطان الإرادة، إنما هي تكريس لما تقضي به هذه النظرية ذاتها طالما راعى القاضي في تكملة العقد ما تقضي به قواعد العدالة⁵². بل إن استكمال العقد هو تعديل بالإضافة وهو استثناء عن مبدأ سلطان الإرادة⁵³.

وهو ما يثير الشك حول ما أوجده القاضي في هذا الشأن وما أفضاه هذا التدخل، وهل يمثل ذلك مساسا بإرادة المتعاقدين والعقد؟ وهل محتوى العقد أصبح متضمنا للالتزامات خارج نطاق ما اتفق عليه المتعاقدان؟ وهل نحن أمام مصدر جديد لمحتوى العقد؟ وهنا نشير إلى أنه لا يمكن إسناد هذا التعديل للإرادة المشتركة لأن الإرادة منعقدة أصلا، ولكن مع ذلك عند تعديله للعقد وجب عيه مراعاة رغبة المتعاقدين كما لو كانت الإرادة موجودة ولكن غامضة ومحاولة الموازنة بين المصالح المتعارضة⁵⁴. الأمر الذي اعتبره جانب عن الفقه أن كل محتويات العقد ليست بالضرورة تعاقدية⁵⁵ وهو ما أسفرت عنه التطبيقات القضائية في فرنسا من أن الإفراط في إنشاء هذه

⁵⁰ Le problème de la qualification des « devoirs contractuels » revient à s'interroger sur la pertinence et l'opportunité de les intégrer dans le champ contractuel. Ces devoirs ou obligations, qui n'ont pas été voulus par les parties contractantes, mais qu'on leur impose au moment de l'exécution, sont-ils à leur place dans le monde contractuel ? Jean-Pascal Chazal, op. cit., p. 106..

⁵¹ Jamin (CH.) et Mazeaud (D.), "La nouvelle crise du contrat", Actes du colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René – Demogue de l'Université de Lille II, Paris, Dalloz, 2003.

⁵² محمد أبو طالب بكر عبد السعيد، المرجع السابق، ص 40. وانظر أيضا: صديق شياطين، المرجع السابق، ص 371.

⁵³ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} édition, Paris, 2005, p. 384.

⁵⁴ محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط المغرب، 1983، ص 261.

⁵⁵ Émile Durkheim (1893), *De la division du travail social*, huitième édition, Les Presses universitaires de France ; Paris, 1967, Collection : Bibliothèque de philosophie contemporaine, p. 191, «Tout n'est pas contractuel dans le contrat».

الواجبات الجديدة في العلاقة العقدية استنادا لمضمون المادة 1194 من القانون المدني الفرنسي⁵⁶ والمقابلة لنص المادة 2/107 من القانون المدني الجزائري- يمثل خطورة كبيرة على إرادة المتعاقدين بل وعلى العقد ذاته⁵⁷.

لقد سعى القضاء وهو بصدد تكميله لبنود العقد إلى إنشاء جملة من التزامات والواجبات العقدية انطلاقا من حسن النية كمصدر للالتزامات تبعية للالتزام الأصلي المتفق عليه بين الطرفين رغم معارضة الفقه⁵⁸، حيث توجه التشريع والقضاء محل المقارنة إلى تقرير أساليب يمكن أن تحد من اختلال التكافؤ المعرفي بين المتعاقدين سيما مع التطور الاقتصادي والتكنولوجي وظهور آليات ووسائل حديثة في مجال التعاقد، وظهور طائفة المحترفين والمهنيين المتخصصين، الأسلوب الأول وقائي يتمثل في فرض الالتزام على المتعاقد المتفوق بإعلام المتعاقد الآخر وجعل رضا الأخير مستتيرا وهذا لا يكون إلا في مرحلة ما قبل التعاقد وأسلوب آخر علاجي يتمثل في إسباغ صفة الإذعان على عقود الاستهلاك التي انتشرت فيها شروط نموذجية تسيء إلى مركز المتعاقد الضعيف⁵⁹، وهذا سعيًا منه لتحقيق العدالة والتوازن بين المتعاقدين، كما هو الحال في الالتزام بالإعلام والمشورة وواجب الصدق والأمانة وحسن النية والتعاون، الأمر الذي أدى دون شك إلى إثراء محتوى العقد بالعديد من الالتزامات، وأصبح بذلك العقد لا يقتصر على ما اتفق عليه المتعاقدان فقط ولكن يشمل أيضا ما يقره القاضي أيضا من التزامات وواجبات استنادا إلى حسن النية الذي يسمح للقاضي بفرض التزامات جديدة على الأطراف لتنفيذ العقد على أكمل وجه⁶⁰، لما له من دور هام لا يستهان به عند تحليل سلوك المتعاقدين وهو ما أكدته اجتهاد محكمة النقض الفرنسية التي تأخذ بعين الاعتبار سلوك أحد الطرفين باعتباره مخالف للالتزام بحسن النية للقانون

⁵⁶ Article 1194 du Code civil français : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

⁵⁷ محمد أبو طالب بكر عبد السعيد، المرجع السابق، ص 40.

⁵⁸ TISSEYRE Sandrine, op.cit., p. 289.

⁵⁹ صفاء متعب فجة، التفاوت المعرفي بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد: دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، 2011، ص 2.

⁶⁰ MAZEAUD Denis, « Le triomphe de l'esprit du contrat sur la lettre de l'acte instrumentaire Déferions, N° 1, 1996, p. 1009.

دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المتعاقد الآخر⁶¹ وحسن النية سلوك يترجم إرادة الشخص في الامتنال للقانون من أجل تجنب الجزاء، وهو التعريف المعتمد من أحد القواميس القانونية⁶².

وفي ظل هذا التدخل القضائي تساءل الفقه هل يحق للقاضي باسم العدالة العقدية أن ينشئ التزامات وواجبات تضاف إلى مضمون العقد، بحيث لم تكن تخطر على بال المتعاقد⁶³.

وبناء على ما سبق فإن الإفراط في إنشاء التزامات عقدية جديدة قد أدى إلى إثراء المحتوى العقدي المطلوب الأول، كما نتج عنه المثالية في التعاقد المطلوب الثاني.

المطلب الأول: إثراء المحتوى العقدي

إن الإفراط في فرض التزامات جديدة على عاتق المتعاقدين يعبر عن تضخم حقيقي في محتوى العقد، لدرجة أصبحت معها العلاقة العقدية مليئة بالواجبات والالتزامات والتي يكون أغلبها بمنأى عن إرادة طرفيها⁶⁴، وهو ما يشكل انتهاكا واضحا لإرادة المتعاقدين بل لفكرة العقد ذاتها، فتدخل المشرع المعاصر في مضمون العقد تارة بمناسبة رغبته الإشراف على الانتقال الفعلي نحو النظام العام الاقتصادي مواكبة للتطور الاقتصادي، وتارة ثانية بمناسبة سعيه نحو تقييد إرادة المتعاقدين في حالات معينة سعيا لتحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة وتحت دواعي الميل نحو إقرار العدالة⁶⁵، بل إن العلاقة العقدية الواحدة قد أصبحت تضم أكثر من الالتزام في آن واحد، نتيجة إسهاب القضاء في إنشاء التزامات وواجبات دون ضوابط أو حدود معينة، فمثلا يعد القضاء الفرنسي

⁶¹ JAMIN Christophe, Le procès du solidarisme contractuel : Brèves répliques, in Le solidarisme contractuel, S/D GRZYBAUM Luc et NICOD Marc, Economica, Paris, 2004, p. 168.

⁶² CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 10eme éd., PUF, Paris, 2013, p.133. « La bonne foi : attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi ». réputées écrites

⁶³ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 05.

⁶⁴ Jean-Pascal Chazal, op. cit., p. 106.

⁶⁵ عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 155.

الالتزام بالسلامة في معظم العقود إفراطا وتزايدا في حد ذاته، وهو من أقدم الالتزامات التي أنشأها القضاء الفرنسي بجانب الالتزام الأصلي، وقد أقره القضاء في عقد النقل البحري سنة 1911، وهذا بموجب قرار صادر في 1911/11/21 عن محكمة النقض الفرنسية⁶⁶، وبعد ذلك تواترت التطبيقات القضائية، حيث منذ إقرار الالتزام بالسلامة في عقد النقل وهو التزام بعيد عن العلاقة التعاقدية أصبح محتوى العقد إجباريا وثابتا⁶⁷.

كما أكد القضاء الجزائري على الالتزام بالسلامة في العديد من القرارات لتأكيد مسؤولية الناقل بضمان سلامة المسافرين ومثال ذلك ما ذهب إليه: إذا كان من السائد فقها وقضاء أنّ العقد شريعة المتعاقدين فإن ذلك ليس مطلقا في عقد نقل الأشخاص الذي أوجب فيه القانون على الناقل ضمان سلامة المسافرين وحمله المسؤولية المترتبة عن إخلاله بذلك الالتزام⁶⁸.

وقد أشار الأستاذ فيليب دلبيك Philippe DELEBECQUE إلى ظاهرة توسع مجال تدخل الالتزام بالسلامة إلى عدد كبير من العقود الخاصة، فرغم أن ظهور الالتزام كان في ظل بعض العقود كعقد النقل بمختلف أشكاله، فإن الالتزام بالسلامة أصبح اليوم يشمل العقود الواردة على الأشياء والعقود الواردة على الخدمات على حد سواء، ويهدف إلى إلزام المدين بضمان سلامة الأشخاص أو سلامة الأشياء محل العقد⁶⁹.

غير أن الفقه الحديث نادى بضرورة نزع الصفة العقدية عن الالتزام بالسلامة، فهذا الالتزام وبحسب نظرهم لم يقدم أي ميزة في الواقع للدائن، إضافة إلى أنه لا يمكن تبريره استنادا للإرادة الضمنية للمتعاقدين⁷⁰ بل إن فرض هذا الإلزام في مثل هذه العقود وإضافته يعدا إفراطا زائدا من القضاء رغم عدم الاتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة

⁶⁶ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص402.

⁶⁷ Leveneur Laurent, op. cit., p. 72. Une obligation de sécurité étrangère à l'opération contractuelle – Depuis la découverte d'une obligation de sécurité dans le contrat de transport, le « forçage » du contenu du contrat a été constant.

⁶⁸ الغرفة المدنية الثانية للمجلس الأعلى، بتاريخ 30 مارس، 1983، ملف رقم 27429، المجلة القضائية رقم، 1989، ص42.

⁶⁹ DELEBECQUE Philippe, « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », Gaz. Pal., Doctr., N° 3, 1997, p. 1184.

⁷⁰ Jean-Pascal Chazal. op. cit., p. 108.

يوسع مجال المسؤولية العقدية، فتدخل القاضي بإنشاء الالتزام بالسلامة وغيره من الالتزامات الجديدة يشكل اختراقا للعلاقة التعاقدية القائمة ومساسا بمبادئ أساسية قامت عليها النظرية العامة للعقود، كالحرية العقدية والقوة الملزمة للعقد بين المتعاقدين وهو تعسف غير مبرر من جانب القاضي لأنه يفرض التزاما رغما عن إرادة الأطراف وهو يتنافى مع العلاقة العقدية القائمة على رضا وإرادة أطرافها دون غيرهم، ومن ثم لا داعي لتدخل القاضي بإنشاء التزام لم يتم الاتفاق عليه في العقد المبرم بينهم، لأن حرية المتعاقد تقيم بالضرورة عقد متوازنا فالإرادة الحرة باعتبارها مصدرا للحقوق والواجبات تمنح للعقد توازن مجردا في ظل تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين، ومثل هذا التوازن مسألة شخصية لا يمكن لأي طرف خارجي عن المتعاقدين التدخل فيها بأي وجه كان⁷¹، فالالتزام بالإعلام شأنه شأن الالتزامات العقدية الأخرى التي اكتشفها القاضي دون أن يعبر عنها المتعاقدان في العقد، حيث يتم التوصل لهذه الالتزامات ضمنا من إرادة الطرفين، فالعقد لا يقتصر على تبادل التراضي بين الطرفين بل يتحول من التعامل مع العقد كاتفاق إرادتين إلى التعامل معه كتبادل منافع اقتصادية والتي ينبغي أن تكون متوازنة، والقاضي هو المنوط بتحقيق هذا التوازن، كما أن الفقه يشير إلى أن المادة 1135 لم تنص صراحة على هذا الالتزام، بالإضافة إلى أن الإقرار بهذا الالتزام من القاضي يعد في الواقع مراجعة حقيقية للعقد، فالقاضي قد منح نفسه إمكانية إعادة التوازن بين المنافع المتبادلة دون مبرر قانوني⁷²، بل وتوسع القضاء في فرض الالتزام بالإعلام لدرجة جعل الإخلال به موجبا للمسؤولية نتيجة لتفويت فرصة ما سواء كانت اقتصادية أو أدبية⁷³، بل إن القضاء الفرنسي توسع في فرض الالتزام بالإعلام لدرجة أنه ألزم المتعاقد لاسيما المحترف بتقيد المعلومات التي لا يعلمها، بل اعتبره مدينا بالبحث والتحري عنها ومطالبها بالسعي للحصول عليها ومعرفتها، فالقضاء افترض قرينة العلم بها على عاتق المتعاقد المحترف وذلك لصالح الطرف الآخر لكنها قرينة ليست مطلقة⁷⁴، ولقد حذر في هذا الشأن

⁷¹ ROLLAND Louise, op.cit., p. 4.

⁷² Jean-Pascal Chazal. op. cit., p. 111.

⁷³ أيمن إبراهيم العشماوي، تفويت الفرصة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 92 إلى 116.

⁷⁴ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 51.

القاضي من التوسع في الإعلام وفرضه دون ضابط، فهذا التوسع من شأنه إزالة ومحو الالتزام الأساسي لكل فرد بالحرص على تسيير شؤون ومراعاة المصالح الخاصة⁷⁵.

هذا وقد لاحظ جانب من الفقه خلال العقود الأخيرة من القرن العشرين أن تدخل القاضي لتكميل العقد ليس مقتصرًا على مرحلة تنفيذ العقد فقط بل مرحلة إبرامه أيضًا، ويظهر ذلك جليًا في إنشائه للالتزام بالإعلام⁷⁶، بل واستقر القضاء الفرنسي على تكريس الالتزام قبل التعاقد بالإعلام *précontractuelle l'obligation d'information* بصفة خاصة على عاتق المتعاقد المهني أو المحترف لصالح المتعاقد معه غير المهني، وكذلك لصالح المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه⁷⁷. غير أن العميد كاربونييه اعترض على فكرة الاعتراف بوجود الالتزام بالإعلام، لاسيما قبل التعاقد لأنه يتعارض مع طبيعة العقد ذاته الذي يتضمن مصالح متعارضة يسعى فيها كل طرف لتحقيق مكاسب تعود بالنفع والفائدة عليه ولو على حساب الطرف الآخر⁷⁸.

وهكذا فقد مهد حسن النية لإضافة الالتزام بالسلامة والالتزام بالإعلام وغيره من الالتزامات⁷⁹ كالالتزام بالتعاون والأمانة والنصيحة والتحذير وغيرها من الالتزامات، إذ يعتبر مبدأ حسن النية فعلاً نموذجاً قانونياً *Standard juridique* مرتبطاً بسلوك الشخص، وخاصية هذه الفكرة هي المرونة التي تتيح للعقد التكيف والتأقلم مع الظروف المحيطة للعقد والمتعاقدين، وهو يؤسس لنظرية يمكن إطلاقها تسمى نظرية توابع العقد أو مستلزمات

⁷⁵ Le juge Gonthier met clairement en garde ceux qui seraient tentés de donner à l'obligation de renseignement, composante de l'obligation de bonne foi, une interprétation qui "écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaire".

Marie Annik Grégoire ., op. cit., p. 20-21.

⁷⁶ حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 27.

⁷⁷ Cass. com 27-06-1995, JCP, éd. E1996-II-p.722 note LEGEAIS.Cass.Civ.2006-1995D.1995IRp.2000.

⁷⁸ محمد أبو طالب بكر عبد السعيد، المرجع السابق، ص 70.

⁷⁹ Mekki (M.), La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus, p. 4. article publié <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/formation-du-contrat-S%C3%A9oul.pdf>. consulter le 11-07/2024 à 14h.

العقد تحمل فكرة الأمانة والتعاون أو ما يسمّى بالتضامن⁸⁰، كما أن الهدف من إدراج المشرع أو الاجتهاد القضائي للالتزام بحسن النية في العقد هو العمل على أخلاق الروابط العقدية وهذا عن طريق فلسفة حديثة تسعى إلى إرساء أكثر تضامناً بين المتعاقدين على أساس أن العقد ليس نقطة خلاف، بل وسيلة للعمل على تحقيق المصلحة المشتركة للمتعاقدین وردع أي سلوك صادر عن المتعاقدين يهدف لتحقيق مصلحة خاصة على حساب مصالح الطرف الآخر⁸¹.

ومثل هذه الالتزامات في الغالب لا يتوقعها الأطراف المتعاقدة وهي تأتي ضد إرادتهم أو على الأقل ضد إرادة أحدهم⁸²، تحول دون تحقيق العقد لوظيفتها الاجتماعية أو للفعالية الاقتصادية المنتظرة من إبرامه. بل وتتعارض مع مبدأ سلطان أفرادهم وتتحكم في العقد باسم عدالة مثالية تتحقق خارج إرادة الأطراف وهنا يتجلى التعارض بين مبدأ سلطان الإرادة والتوازن الموضوعي على اعتبار أن التوازن الموضوعي يعتمد لتقدير توازن العقد على معايير موضوعية قد لا تتناسب مع إرادة الأطراف⁸³.

فحسن النية هو بمثابة الوعاء الذي يضم جميع الواجبات التي يفرضها القاضي على المتعاقدين لتحقيق التوازن والعدالة⁸⁴، كما سار القضاء الفرنسي في تضخيمه لمحتوى العقد انطلاقاً من الالتزام بالنصيحة والإرشاد⁸⁵، وعلى ذلك فإن هذه الواجبات الجديدة لاسيما حسن النية وما نتج عنها من واجبات ليست واجبات تعاقدية تخضع للمسؤولية العقدية، وإنما واجبات عامة ذات صلة بالسلوك والأخلاق وبالتالي تخضع للمسؤولية التقصيرية بل إن القضاء قد توسع في تفسير مبدأ حسن النية، فأضاف إليه ما ليس فيه كما في التعاون والأمانة والإخلاص

⁸⁰ عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر -1، 2014-2015، ص282.

⁸¹ بلال عثمانى، المرجع السابق، ص7.

⁸² Legrand Jr (p.), l'obligation implicite contractuelle, op. cit., p. 136.

⁸³ FIN-LANGER Laurence, *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 36.

⁸⁴ Jean-Pascal Chazal. op. cit., p.115.

⁸⁵ Cass. 1rech. 25 janv. 2000, D. 2000, somm. p. 284

والتضامن⁸⁶، ومثل هذا الإسراف في فرض التزامات جديدة على عاتق المتعاقدين لتحقيق العدالة والتوازن العقدي من شأنه أن يؤدي إلى نتائج عكس المرجوة منه وهي فقدان التوازن العقدي الذي كان القاضي يسعى إلى تحقيقه من خلال إنشاء الواجبات الجديدة⁸⁷ بل وفرض عقدا جديدا على المتعاقدين لم تتصرف إرادتهما إليه طالما أن العقد هو تطابق إرادتين فالبحث عن التوازن العقدي من خلال البحث عن التوازن الموضوعي للعقد يؤدي بالضرورة إلى حماية الطرف الذي ليس باستطاعته الدفاع عن مصالحه التعاقدية.

هذا وقد لقي الالتزام بمبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد استحسانا جانب من الفقه الذي يرى فيه خطوة نحو غد أفضل بالنسبة لنظرية العقد، وعلى خلاف ذلك يرى جانب عن الفقه أيضا أن إدراج مثل هذا الالتزام في خطوة على كيان العقد بسبب التعارض بينه وبين المبادئ التي تضمن المصلحة الشخصية للمتعاقد، كمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ القوة الملزمة للعقد، وما يزيد من شدة الخوف هو عدم دقة مضمون الالتزام بحسن نية، الأمر الذي قد يفتح المجال واسعا للقاضي للتدخل من أجل تغيير ما تم الاتفاق عليه، أو فرض التزامات جديدة على الأطراف ومن ثم فقدان الثقة في الحماية القانونية للعقد⁸⁸.

المطلب الثاني: المثالية في التعاقد

إن التوسع في تطبيق حسن النية من طرف القضاء قد دفع الفقه إلى المطالبة بفرض التزامات أخرى في العلاقة العقدية، خاصة فرض الالتزام بالإخوة التعاقدية *une obligation de fraternité contractuelle* فضلا عن المحبة *l'amour* والتضامن *solidarité* بين المتعاقدين⁸⁹، كل هذا من أجل تحقيق ما يسمى بالتعاقد

⁸⁶ Marie Annik Grégoire, op. cit., p. 24

⁸⁷ محمد أبو طالب بكر عبد السعيد، المرجع السابق، ص 89.

⁸⁸ بلال عثمان، المرجع السابق، ص 9.

⁸⁹ Marie Annik Grégoire "L'impact de l'obligation de bonne foi: étude sur ses rôles et sanctions lors de la formation et l'élaboration du contrat" Maître en droit, faculté de droit – université de Montréal, 2001, p. 18.

المثالي⁹⁰ واجب يحتم على المتعاقدين مراعاته في العلاقة العقدية، قائمة على المساعدة والتعاقد بين المتعاقدين، ليس هذا فحسب بل على الأخوة والصداقة والتحابب أيضا، فلم تعد الرابطة العقدية محلا لتعارض المصالح بين الأطراف⁹¹، بل هي علاقة تأخذ طابع التضامن والتشارك⁹²، وقد ظهرت الفلسفة التضامنية le solidarisme contractuel في العقد وهذا بعد ثبوت عجز الإرادة باعتبارها مصدرا للالتزام على ضمان أداة العقد لوظائفه المختلفة، بسبب التطورات المتعددة للمجتمع، هذا التفاوت في الأطراف أدى إلى فرض سيطرة الطرف الذي يتمتع بأفضلية سواء من الناحية الاقتصادية أو المعرفية على حساب الطرف الآخر، وهو ما يؤدي عادة إلى عدم توازن التزامات المتعاقدين⁹³.

وقد استقبل الفقه فكرة التضامن الاجتماعي بين المتعاقدين، وقد دافع عن أفكار ونظريات تقوم أساسا على التضامن بين المتعاقدين كنظرية الظروف الطارئة ونظرة الميسرة وإلزام رب العمل بتبرير إنهاء علاقة العمل بصفة منفردة⁹⁴.

يعبر الفقيه روني ديموج René DEMOGUE على فكرة التضامن بين المتعاقدين بالقول: أن العقد "شركة مصغرة يسعى كل شخص إلى تحقيق هدف مشترك، يتشكل من مجموع الأهداف الفردية التي يهدف لتحقيقها كل طرف، تماما مثلما هو الحال في الشركة المدنية أو التجارية"⁹⁵، والملاحظ هو أن هذا التصور المثالي للعقد هو أسمى معاني التضامن بين المتعاقدين، إذ يرى الفقيه ديموج العقد كمشروع مشترك رغم تعارض مصالح الطرفين،

⁹⁰ Mazeaud Denis, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ?, in l'avenir du droit, mélanges terré, D ., 1999 .

⁹¹ رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 445 و 446.

⁹² Magnan (M. F.), De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie Thèse, Paris, L. G. D. J. 1992, préface J. GHESTIN, n°53, p. 45.

⁹³ بلال عثمان، المرجع السابق، ص 7.

⁹⁴ GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, La formation du contrat, T1 (le contrat- le consentement-), 4eme éd., LGDJ lextenso éditions, Paris, 2013, p. 300.

⁹⁵ DEMOGUE René, Traité des obligations en générale (effets des obligations), T6, librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932, p. 9. « Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale ».

حيث تقترب هذه النظرة من للعقد تلك التي تعتبر جميع العقود هي عقود تعاون، إلا أن الوصول إلى هذه الدرجة من التضامن عرض فكرة الفقه ديموج إلى الانتقاد الشديد من طرف جانب من الفقه.

غير أن فكرة الإخوة العقدية أو الإخاء العقدي لقيت اعتراضا من لدن الفقه لعدم اتساعها مع الطبيعة العقدية، حيث يرى العميد كاربونييه أن فكرة الإخوة في التعاقد إفراط لا طائل من ورائه، بل من شأنها إفقاد فكرة العدالة الفعالية العملية التي تتواجد من أجلها، فإذا كان إنشاء التزامات جديدة على المتعاقدين يهدف إلى تحقيق العدالة فيجب أن نعي أن الإفراط والمغالاة في فرضها يفقدنا تحقيق هذا الهدف المنشود، بل يتحول إلى ظلم وجور وتعتت تقع عاقبته على عاتق أحد المتعاقدين، كما أن الادعاء بأن المتعاقدين مدينون بعضهم لبعض بمشاعر أخوية غير منطقي سواء من الناحية النظرية أو في الواقع العملي، لا سيما وأن الأخوة واجب عاطفي في المقام الأول⁹⁶، كما أن الاعتراف بوجود واجب التعاون بين طرفين مصالحهما متعارضة يدخل في درب الخيال والمثالية وهو يفتقر للأساس القانوني والذي قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الأفراد وإذا كانت المطالبة بالمحبة والصداقة والإخوة في العلاقة التعاقدية لإثارة المشاعر النبيلة بين المتعاقدين إلا أنه يعد سوء فهم لطبيعة الروابط التي يتم تكوينها بين المتعاقدين، فالتعاقد لا يعني اعتناق دين معين entrer en religion أو تناول وجبة مع صديق في مناخ من الود والمحبة، بل إنه القيام بما تم الاتفاق عليه في العقد⁹⁷، فالإخاء يعد تعاوننا ذا صفة خاصة لا يمكن قبوله في العلاقة العقدية، إذ يتخلل التعاقد عن مصالحه الذاتية في سبيل تحقيق مصالح غيره

⁹⁶ "La fraternité, est un devoir sentimental par excellence". Tabi tabi Ghislain , op. cit., p. 90.

⁹⁷ "Le contrat " n'est pas et ne doit pas être une œuvre de charité. (...) S'il faut réprimer les manœuvres déloyales, il n'est pas nécessaire d'encourager le sentimentalisme Jean-Pascal Chazal. op. cit., p. 127.

ولو على حساب نفسه لإرضاء غيره، وهذا الأمر لا يمكن أن نتصور وجوده في العقد، بل إنه نوع من الخيال الذي لا يستند إلى رؤية منطقية، خاصة عندما يتم طرح فكرة الإخوة والمحبة كواجبات عقدية في العقد⁹⁸.
لأن القانون لا يأخذ بعين الاعتبار الإحساس لا بالحب ولا بالكراهية طالما أن هذا الإحساس لا يأخذ وصف تصرف خارجي للتعاقد⁹⁹، فالأخوة بين أطراف العقد التي ينبثق عنها واجب التعاون غير ملموسة في الواقع، وهي فكرة مستبعدة في مجال التعاقد في ظل التناظر الحاد بين المتعاقدين وتبقى المسافة بعيدة بين ما يرغب به المثاليون وما هو موجود على أرض الواقع¹⁰⁰.

خاتمة

إن إضافة وفرض التزامات جديدة في العقد تحقيقا للتوازن العقدي يعد أولى خطوات الاتجاه التشريعي السليم نحو ترسيخ المعنى الحقيقي للعدالة التعاقدية ومتطلباتها ومبادئ تحقيق الأمن التعاقدية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهذا عن طريق إضفاء الطابع التشريعي من خلال النص القانوني أو النصوص الخاصة أو بإضفاء الطابع القضائي وذلك عن طريق القاضي من خلال الحكم القضائي وفي أي مرحلة من مراحل العلاقة العقدية لتغيير العقد تصحيحا أو تعديلا، سعيا لتحقيق المنفعة من وراء العلاقة العقدية والتوازن بين أطرافه من جهة ومن ثم التوسع في نطاق العقد والمسؤولية العقدية، وأخيرا الموازنة بين منفعة المتعاقدين بما يحقق التوازن العقدي والالتزام بحسن النية سواء عند المفاوضات أو الإبرام إلى مرحلة التنفيذ.

وعلى ضوء هذا فإننا خلصنا إلى النتائج التالية:

- لم تعد الإرادة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات العقدية بل أصبحت إرادة القاضي وبسعي من المشرع مصدرا لإنشاء واجبات عقدية غير متفق عليها في التعاقد، وبذلك توسع نطاق العقد والمسؤولية العقدية،

⁹⁸ Jean-Pascal Chazal. op. cit., p. 106.128.

⁹⁹ CORNU Gérard, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, Paris, 1998, p. 72

¹⁰⁰ MEHANNA Myriam, op.cit., p. 97. «Le droit ne s'intéresse nullement ni aux pensées ni aux sentiments intimes qui par essence ne peuvent être généralisés ou décrétés. Le sentiment d'amour envers l'autre ne peut être institué ».

حيث استحدث القضاء التزامات جديدة ذات طابع وقائي وحماي كالاتزام بالسلامة والإعلام والتعاون والأمانة سعيا لتحقيق العدالة والتوازن العقدي وهذا على أساس المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري والمقابلة لنص المادة 1/148 من القانون المدني المصري والمادة 1104 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"، وهنا نشير مثلا إلى أن الالتزام بالسلامة لم يعد مقتصرا على عقد نقل الأشخاص فقط، بل تم فرضه على معظم العقود كما هو الحال في عقد العمل.

وفي ظل النتائج المتوصل إليها نقدم التوصيات التالية:

- إن فرض التزامات جديدة في العقد بحثا عن التوازن العقدي هو تنويع لاجتهادات القضاء من خلال البحث عن التوازن الموضوعي للعقد على وجه الخصوص، وهذا عن طريق تكريس الحلول القضائية التي عالج بها القضاء القصور التشريعي والذي يؤدي بالضرورة إلى حماية الطرف الذي ليس باستطاعته الدفاع عن مصالحه التعاقدية وإن كان يؤدي إلى التقليل من الحرية التعاقدية، ففرض التزامات جديدة يهدف لتحقيق التوازن العقدي وفي الوقت ذاته التوازن العقدي هو أساس استكمال العقد.

- يعتبر إنشاء وفرض الالتزامات الجديدة بمثابة التزامات عقدية حتى في حالة عدم النص عليها من قبل المتعاقدين، ومن ثم التوسع في نطاق العقد والمسؤولية العقدية حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وإرساء للعدالة العقدية، وهي بذلك لا تتعارض مع مبادئ النظرية الكلاسيكية للعقد كالحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد.

- ضرورة تنظيم المشرع لمرحلة المفاوضات العقدية أسوة بما ذهب إليه المشرع الفرنسي عند تعديله للقانون المدني سنة 2016 وهذا بموجب نص المادتين 1104 و1105 منه، مع إلزام الأطراف بالتقيد بمبدأ "حسن النية" وترتيب المسؤولية عن قطع المفاوضات عن الإخلال بمبدأ النزاهة والثقة انطلاقا من المبدأ المذكور.

- ضرورة نص المشرع على مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العلاقة التعاقدية ليس فقط في مرحلة التنفيذ وإنما منذ مرحلة التفاوض لكونه مبدأ عام يجب التقيد به في مراحل العقد المختلفة، مما يستتبع بالضرورة اعتبار هذا الالتزام التزاما عاما يشمل كافة العقود ودون تفرقة بين أنواعها.

في الأخير المأمول أن يسترشد سواء المشرع أو القضاء الجزائريين بهدي هذه التوصيات والتوصيات لضمان حماية فعالة لتنفيذ العقد وللطرف الضعيف في العلاقة العقدية على حد سواء.