تقييد النظام العام الاقتصادي الحمائي لحرية التعاقد حماية للطرف الضعيف

Restricting the general economic protectionist regime of freedom of contract to protect the vulnerable party

سعاد بوختالة [1]، بوروح منال[2]

كلية الحقوق جامعة الجزائر1 (الجزائر)، souad.boukhetala@gmail.com

كلية الحقوق جامعة الجزائر1(الجزائر)،**nanouchebh@gmail.com**

تاريخ الإرسال: 24/07/2020 تاريخ القبول:20/10/2020 تاريخ النشر: أكتوبر/2020

الملخص:

أدى تطور المجتمعات الحديثة بفعل الحركة الصناعية إلى تنوع العقود و تخصصها، فأصبحت تحكمها قواعد خاصة بدلا من الشريعة العامة بسبب تدخل قواعد القانون العام في العقد و بدأ يظهر المجتمع الاستهلاكي مع ازدياد الديناميكية التعاقدية نوعيا و كميا، نوعيا من خلال التوسيع في المضمون العقدي و كميا بتنوع و تعدد العقود، ما أسفر عن ظهور مفهوم الطرف الضعيف ، بمعنى ظهور تباين في المراكز العقدية بين متعاقد قوي ومتعاقد ضعيف، سواء من الناحية الاقتصادية أو من الناحية المعرفية، الأمر الذي دفع الدولة إلى التدخل في العلاقات بين المتعاقدين بغرض حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية عن طريق فرض النظام العام بشقيه التوجيهي و الحمائي، فأصبح تدخل الدولة في العقد تشريعيا و قضائيا، سعيا لتحقيق التوازن العقدي، حماية للعقد و حفاظا على دوره كمصدر أمن بالنسبة للمتعاقدين.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، المتعاقد الضعيف، التوازن العقدي، تدخل تشريعي، تدخل قضائي.

Abstract:

The development of modern societies, as a result of the industrial movement, led to the diversification and specialization of contracts.They became governed by special rules instead of public law due to the interference of the rules of common law in the contract. Quantified by the diversity and multiplicity of contracts, which resulted in the emergence of the concept of the weak party, meaning the appearance of a discrepancy in the contracting centers between a strong contractor and a weak contractor, whether from an economic or cognitive point of view, which prompted the state to interfere in relations between the contractors in order to protect the weak party In the contractual relationship by imposing the public order with its two directive and protective aspects, the state's interference in the contract became legislative andjudicial, in an attempt to achieve a contractual balance, in order to protect the contract and to preserve its role as a security source for the contractors.

Keywords: General system, Weak contractor,Nodal balance, Legislative interference, Judicial intervention

المؤلف المرسل: سعاد بوختالة ، الإيميل المهني: **souad.boukhetala@gmail.com**

مقدمة:

إذا كانت فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي قد اتخذت نطاقا ضيقا للغاية بحيث اقتصرت أهدافها على حماية الكيان السياسي والأخلاقي في المجتمع، وبالتالي فلم تشهد حرية التعاقد في ظلها سوى قيود محدودة، تركزت خاصة في حرية إبرام العقد من خلال مراقبة مشروعية المحل والسبب وفرض الشكلية في بعض العقود، بينما ظلت حرية الأطراف في تحديد آثار العقد بعيدة عن التقييد.

لكن سرعان ما بدأت فكرة النظام العام تشهد اتساعا كبيرا من حيث المضمون والأهداف لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي داخل المجتمع، وكان ذلك نتيجة انتصار المذاهب الاشتراكية، وما صاحب ذلك من تزايد تدخل الدولة تدريجيا في شتى جوانب الحياة الاجتماعية.

ونتيجة لهذه التطورات ظهر ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي والحمائي، فأدى ذلك إلى تقييد حرية التعاقد بغرض إجبار الأفراد على احترام قواعد أصبحت من النظام العام في حلته الجديدة.

النظام العام يقيد حرية التعاقد بثلاث صور مختلفة قد يكون بواسطة المنع التام من القيام بالتعاقد كون هذا التصرف يتعارض مع المصالح المحمية التي تعتبر من النظام العام، وفي حالات أخرى يسمح للأفراد بالتعاقد ولكنه مع ذلك يجبرهم على إبرام التصرف وفق مقتضيات النظام العام، كما قد يفرض شروط تعاقد على الأطراف المتعاقدة.[1]

رغم كثرة وتنوع هذه القيود وانتمائها لفكرة واحدة متمثلة في النظام العام التوجيهي والحمائي، غير أنه يمكن القول إن هذه الفكرة قد نشأت لتحقيق هدفين متعاقبين اقتضى كل منهما خضوع الإرادة لعدة قيود، ففي البداية وجهت هذه الفكرة إلى حماية الطبقات الاجتماعية الضعيفة والفقيرة، واستتبع ذلك الحد من حرية التعاقد بهدف حماية الجانب الضعيف وتحقيق التوازن العقدي.

وعليه يمكن طرح التساؤل التالي: كيف يعمل النظام العام الحمائي على تحقيق التوازن العقدي في ظل التشريعات الخاصة؟ وهل سماح المشرع للقاضي بالتدخل في العقد يحقق التوازن العقدي؟

المبحث الأول: تحقيق النظام العام الحمائي للتوازن العقدي.

إن إعادة النظر في العقد لأجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي المختل أصبح اليوم مطلبا ملحا وضرورة اجتماعية واقتصادية في نفس الوقت، مما استدعى تدخل المشرع بمنظور فكرة النظام العام الحمائي لتنظيم العقد تحقيقا لتوازنه بعيدا عن استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف.

المطلب الأول: الطرف القوي ملزم بتنفيذ التزامات ذات طابع آمر.

عمد المشرع إلى التدخل عن طريق قواعد من النظام العام الحمائي، بهدف تقوية مركز الطرف الضعيف ومن ذلك التدخل بإقرار التزامات قانونية على عاتق الطرف القوي، كالالتزام بالإعلام الذي يفرضه المشرع على عاتق الطرف القوي **(أولا)**، ومهلة التفكير لتفعيل الالتزام بالإعلام **(ثانيا)**، وبغرض

تفعيل الحماية والقضاء على اختلال التوازن ضمن سلامة الطرف الضعيف **(ثالثا)**، وأقر التزاما قانونيا بالضمان لحماية الطرف الضعيف في مرحلة تنفيذ العقد **(رابعا)**.

أولا)- توسيع النظام العام الحمائي للالتزام بالإعلام لتنوير رضا الطرف الضعيف

كنتيجة للتطور الذي شهده الإنتاج الصناعي والتعامل المالي والاقتصادي والتجاري الذي نتج عنه بروز تقنيات متعددة الجوانب وغير متيسرة الفهم من قبل عامة الناس المجسدة في المستهلك نشأ شيئا فشيئا على عاتق الطرف القوي التزام بإعلام هذا المستهلك عن مواصفات وإمكانيات وطرق استعمال وصيانة السلعة المباعة[2].

فالاهتمام بضمان إعلام صادق للمستهلك لم يكن وليد اليوم بل هو مبدأ ترعرع في ظل النظرية العامة للعقد مجسدا في الكتمان التدليسي، إلا أنه و نظرا لما يقع على عاتق المتعاقد من صعوبة إثبات أركانه و هو ما لا يشكل حماية للمستهلك، الأمر الذي تفطن له المشرع وفرض التزاما بالإعلام على عاتق المتدخل بسبب عدم قدرة الكتمان التدليسي كعيب من عيوب الرضا، تكريس حماية فعالة للمستهلك في ظل القواعد العامة[3].

كما يعمل على إعادة التوازن العقدي المفقود عن طريق إمداد المستهلك بالبيانات والمعلومات عن طريق حماية رضا هذا الأخير الذي لا يتمكن بسبب مركزه المتسم بالضعف من الوصول إليها مما يحقق عدالة عقدية بجعل المستهلك يرتقي نوعا ما إلى مركز المتدخل[4] ، فالمشرع بذلك حقق أهداف الحماية المكرسة في النظام العام الاقتصادي بوجهيه التوجيهي والحمائي بحيث أظهر هذا الالتزام بصورة الالتزامات الإجبارية كونه جعل نص المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09[5] آمرا مقترنا بجزاء عقابي، فهذه المادة تعد آلية تسمح بإعادة التوازن المعرفي المفقود بين المتعاقدين وتجعل العقد يتحلى بمنظور جديد يختلف عما هو متعارف عليه في ظل القواعد العامة.

فالهدف من وراء فرض المشرع للالتزام بالإعلام وفق نمط جديد مبني على طابع آمر كان بهدف تجسيد مناط الحماية المكرس بموجب منطق النظام العام الحمائي الذي يعتني بحماية الطرف الضعيف، بحيث أصبح النظام العام الحمائي محل تأثير إيجابي كونه يخضع عقد الاستهلاك لمستلزمات آمرة، قلبت معه هدف النظام العام من مجرد الحفاظ عليه إلى تأمين وضمان مطابقته مع تلك المستلزمات، ومن ثمة فلم يعد النظام العام قالبا لتحديد نشاط الأطراف بواسطة المنع وإنما آلية للوقاية من إبرام عقد غير متوازن لتوجيه أطرافه وليس المنع[6].

ثانيا)- مهلة التفكير كآلية استثنائية للوقاية من اختلال التوازن

يعد منح مهلة التفكير للطرف الضعيف حماية متميزة ومضاعفة لرضائه، فهي تتفوق في الحماية التي توفرها نظرية عيوب الرضا كون هذه الأخيرة تحمي المتعاقدين من بعضهم البعض بينما مهلة

التفكير لا تحمي سوى الطرف الضعيف من الضعف الذي يعتريه وعدم الخبرة التي يتصف بها، وتجعله يسارع لإبرام عقد دون تفكير مسبق، مقارنة بنظيره الطرف القوي، فهي كذلك تختلف عن عيوب الرضا التي تجعل عبء الإثبات يقع على عاتق الضحية أما مهلة التفكير فهي تساهم في الحفاظ على توازن فئة الضعفاء في العقد[7].

فالهدف من وراء فرض المشرع لمهلة التفكير ينصب في صالح المستهلك طبقا للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية حتى يسمح له بالتعرف على الشروط التعاقدية قبل إبرامه للعقد وهذا يعد من أحد أهداف النظام العام الحمائي لمنع المتدخل من وضع شروط تعسفية لا تصب في صالح المستهلك[8]، كما نجد هذه المدة مكرسة في قانون العمل رقم 90-11 طبقا للمادة 18[9]، بحيث تسمح هذه المدة للعامل من التعرف على ظروف العمل ومحيطه والنظام المعمول به لدى صاحب العمل والشروط العملية المفروضة في العمل، بحيث يمكن للعامل خلال هذه الفترة تقدير ما إذا كانت تتلاءم مع رغباته وظروفه أم أنها لا تحقق له ذلك مما يمكنه من الانسحاب من العمل[10] ، ومن أجل حماية رضاء المستهلك من مخاطر الائتمان في عقد القرض الاستهلاكي أوجب المشرع طبقا للمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[11] ، أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض والغاية من ذلك أوضحتها المادة نفسها، وهي " السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه من اكتتابه، وكذا شروط تنفيذ العقد "، ومهلة التفكير وضعت لحماية رضاء المستهلك من أجل تحقيق التوازن المعرفي والاقتصادي للعقد وهي تعزيز للالتزام بالإعلام، ولذا فهي من النظام العام كونها التزام يقع على عاتق المتدخل وحق لا يمكن للمستهلك التنازل عنه، ففي حالة تنازله عن هذا الحق يعد ذلك مساسا بالنظام العام الحمائي[12]، فهذا الأخير يضمن للطرف الضعيف مهلة التفكير لتنوير إرادته وجعله على وعي ليتساوى مع المتعاقد معه[13] ، إضافة إلى مهلة التفكير التي تعد ضمانة أضاف المشرع ضمانة أخرى متمثلة في حق العدول بهدف حماية الطرف الضعيف، فمنح المشرع له مهلة زمنية كافية للتفكير ليتخذ قراره بالتعاقد، وفي حالة تعاقده منح له أجلا للعدول عن العقد [14].

فقد نص المشرع على الحق في العدول بموجب نص المادة 02 من القانون رقم 18-09 المعدل والمتمم للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي عدلت نص المادة 19 من القانون رقم 09-03 ، دون تحديده لآجاله وقائمة المنتوجات المعنية به، لكنه يعد ضمانة لم تعرفها القواعد العامة من قبل.

ثالثا)- حماية سلامة الطرف الضعيف تعد من النظام العام الحمائي

لم يكن من اهتمامات القانون المدني تنظيم الالتزام بالسلامة، لأنه ركز على المال أما الإنسان فينظر إليه باعتباره صاحب حق مالي فقط، ولكن بعد الثورة الصناعية وما ترتب عليها من استخدام الآلات أدى ذلك إلى نشوء أصناف من السلع المعيبة والخطرة أصبحت معه ممارسة الإنسان لخيارات حماية سلامة جسده في إطار القانون المدني محدودة بشكل أدى إلى اختلال التوازن في العلاقات بين الأفراد ما دعا إلى ضرورة الالتزام بضمان سلامة مقتني السلعة مما قد يصيبه من ضرر[15].

وهذا ما فعله المشرع في قانون حماية المستهلك لما أكد على ضرورة التزام المتدخل بسلامة المنتوجات بموجب المادة 03 الفقرة (07)، فأراده المشرع التزاما ملقى على عاتق المتدخل كونه وسيلة وقائية لحماية المستهلك من المخاطر التي قد تسببها المنتوجات، فأصبحت السلامة من الحقوق الأساسية لحصول المستهلك على منتوج آمن في جميع مراحل عرضه للاستهلاك حسبما كان ينتظره المستهلك، لأن حماية صحة الأفراد تعد من العناصر الأساسية للنظام العام التقليدي[16]، كما يدخل في نطاق السلامة إلزامية أمن المنتوجات.

حيث خصص لها المشرع الفصل الثاني بعنوان " إلزامية أمن المنتوجات " وضبطها بمعايير[17]، فأراد من خلال ذلك حماية المستهلك بالدرجة الأولى، بحيث جعله التزاما يقع على كل متدخل، مما ينبغي على هذا الأخير احترام إلزامية أمن المنتوجات، مع اشتراطه عدم الإضرار بصحة المستهلك وضرورة توفر هذه المنتوجات الموضوعة للاستهلاك على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، والحفاظ على أمن ومصالح المستهلك[18].

رابعا)- تطويع المشرع لقواعد الضمان بجعلها من النظام العام حماية للمتضرر

نتيجة التطور التكنولوجي والصناعي الذي طرأ على المنتوجات بحيث أصبحت تنطوي على خطورة، تم اللجوء إلى المحاكم للمطالبة بالتعويض عن الأضرار لتدارك عجز النصوص القانونية الخاصة بضمان العيوب الخفية عن النهوض بهذه المهمة[19] ، ومن أجل ذلك سعى القضاء الفرنسي إلى تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي لجعلها تتماشى والمستجدات الحاصلة في المجتمع وكان ذلك بترسيخ مجموعة من الحلول، بحيث تم التوسع في تحديد أصحاب الحق في التمسك بدعوى ضمان العيب الخفي، بحيث لم يعد قاصرا على المشتري المباشر الأخير لتصبح له في مواجهة المنتج دعوى مباشرة بشأن ضمان عيوب السلعة وما ينجم عنها من أضرار، كما تم الاعتراف بهذا الحق كذلك لأفراد أسرة المشتري الذين يتضررون من جراء هذه السلعة[20] ، فنجد نفس الحكم بموجب المادة 13 من قانون حماية المستهلك، بحيث أقر المشرع الالتزام بالضمان من أي عيب، فطوع هذا الالتزام المتعارف عليه في القواعد العامة بحيث جعله هذه المرة من النظام العام الحمائي إلزاميا يقع على عاتق المتدخل وحده،

بحيث برر سبب اعتناقه لهذا الموقف أنه عند تخلف الصفة الموعود بها لا يعد عيبا في حد ذاته وإنما إلى ما يؤدي إليه من التأثير على وجهة استعمال الشيء وما ينشأ عن ذلك من أضرار للمشتري[21].

كما تم التوسع في تحديد مفهوم عدم صلاحية المنتوج للاستعمال بحيث أصبح يكفي إثبات أن الشيء المبيع غير صالح للاستعمال في الغرض الذي أعد من أجله حتى تقوم مسؤولية المنتج عن الضمان، بالإضافة إلى عدم وضع معيار لتحديد المقصود بصلاحية المبيع للاستعمال، وكان ذلك مبررا للتوسع في نطاق إعمال ضمان العيوب الخفية، مما دفع البعض للمطالبة بتحديد المجال الذي يمكن قبول امتداد دعوى ضمان العيوب إليه، وحصره في الحالات التي يكون العقد قد تضمن الاتفاق على هذا الغرض صراحة أو ضمنا[22].

المطلب الثاني: حظر المشرع لشروط تعاقدية مخالفة للنظام العام.

يعرف الشرط على أنه من العناصر اللازمة لانعقاد العقد وصحته، كما قد يقصد به الحكم الذي يتفق المتعاقدان بصفة صريحة أو ضمنية على اتباعه مثل شرط ضمان الاستحقاق، وشرط التسليم.....إلخ، كما يقصد به التكليف المفروض على طرف في العقد ليس من طبيعته أن يلزم هذا العقد بشيء مثل حالة الهبة المقترنة بشرط[23] ، فالشرط يعد أمرا مستقلا يمس الالتزام في ذات وجوده فيشترط فيه أن يكون أمرا مستقبليا وغير محقق الوقوع، ويكون ممكنا ومشروعا[24].

كما يجب أن لا يخالف الشرط القانون، ففي الحالة العكسية يعد هذا الشرط غير مشروع ومن ثمة يعد باطلا، ويلتقي الشرط المخالف للقانون مع الشرط المستحيل استحالة قانونية كون كلاهما باطل فلهذه الاستحالة مساس بالنظام العام، فلقيام التصرف بشكل صحيح يشترط أن لا يعلق وجوده على شرط فيه مخالفة للنظام العام، كما يشترط أن لا يخالف الشرط كذلك الآداب العامة، ويكون مخالفا لهذه الأخيرة لما يكون الشرط يرمي إلى حمل شخص على القيام بعمل يتنافى والقواعد الأخلاقية الواجب ضمانها وحمايتها[25] .

استعمل المشرع عبارة الإذعان في القانون المدني عند تطرقه لشروط العقد، إذ تنص المادة 70 منه على: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

فيستفاد من هذا النص أن لعقد الإذعان خصائص تتمثل فيما يلي:

– تضمنه لشروط مقررة، أي معدة مسبقا من قبل الموجب، يكون ذلك لما يعمد المتدخل لتحرير عقد من العقود وتضمينه للشروط التي توافق مصالحه، دون خضوعها لإرادة الطرفين، وغالبا ما تكون هذه الشروط مخففة من التزاماته.

– أن لا تقبل مناقشة فيها، أي أن لا يكون هذا العقد قابلا للمفاوضة بين الطرفين.

– أن يتمثل القبول فيها في مجرد التسليم، أي الرضوخ لمضمون العقد جملة وتفصيلا، أو رفضه برمته دون قابلية المساومة[26].

ومن خلال هذه الخصائص يمكن القول إن عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض أو قبول العقد فيسيطر أحد المتعاقدين على الآخر دون قابلية مناقشة هذه الشروط. [27]

و عليه فإن تدخل الدولة لمراقبة شروط العقد أصبح ضروريا لحماية الطرف الضعيف وتحقيق المصلحة العامة من خلال التشريعات الخاصة، تحقيقا لرفاهية المجتمع[28]، و هذا ما يظهر من خلال نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث يستنتج من تعريفها للشروط و البنود التعسفية في العقود بين المستهلك و البائع، أن المشرع قد كرس حماية للمستهلك المتضرر من الشروط التعسفية تقوم على أسس موضوعية أكثر منها شخصية، فوفق المشرع في ذلك كونه لم يربط مفهوم الشرط التعسفي بمسائل ذاتية قد يتعذر إثباتها بالنظر للمركز الذي يتواجد فيه أطراف العلاقة الاستهلاكية.

بالإضافة إلى ذلك أخذ المشرع بمعيار الاختلال الظاهر بالتوازن وهذا ما يظهر من عبارة "من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد" في الفقرة 5 من المادة المذكورة أعلاه، فأراد بتبنيه لهذا المعيار توفير حماية فعالة للطرف الضعيف.[29]

ومن خلال كل ما سبق يمكن القول إن لجنة البنود التعسفية التي يبقي رأيها استشاريا حول الطابع التعسفي للشروط المدرجة في نماذج العقود أو العقود المبرمة ما بين المتدخلين والمستهلكين مما يجعل هذه الآراء تتخذ شكل توصيات ليست لها أية قوة إلزامية لا بالنسبة للأطراف ولا بالنسبة للغير، سوى ممارسة ضغط معنوي على المتدخلين[30].

المبحث الثاني: تدخل القاضي في العقد تقييد لحرية التعاقد.

نظرا للتطورات التي طرأت على العقد بحيث أدت إلى إحداث ثغرات بين أطرافه فلم يعد المشرع وحده قادرا على الإلمام بكل ما يدخل في النظام العام، فيتدخل القاضي بواسطة السلطة التقديرية الممنوحة له لحماية ما يعتبر من النظام العام.

المطلب الأول: تدخل القاضي في تعديل العقد لإعادة التوازن المفقود.

الأصل أنه لا يجوز لغير المتعاقدين المساس بالعقد طبقا لقوته الإلزامية التي يتصف بها، فلا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد والالتزامات التي رتبها عليه بإرادته المنفردة مع عدم إمكانيته إدخال تعديل على بنود العقد، كون العقد من وضع المتعاقدين فلا يملك أحد الحق في تعديله أو إلغائه إلا باتفاقهما.

ولا يجوز المنع من التدخل في العقد لتعديله أو نقضه على المتعاقدين فحسب، بل يشمل حتى القاضي، فهذا التوجه الذي تبناه المشرع يعكس مدى تأثره بمبدأ سلطان الإرادة وتقديسه لحرية التعاقد التي تعد الأصل في الشريعة العامة.

إلا أن المشرع أجاز للقاضي التدخل في العقد حماية للطرف الضعيف وإرجاعا للتوازن العقدي، وذلك من خلال بسط سلطته لرفع الغبن والاستغلال **(أولا)**، ومنح له سلطة لإعادة النظر في بنود العقد **(ثانيا)**، ورد الالتزام المرهق إلى حده المعقول من خلال نظرية الظروف الطارئة **(ثالثا)**.

أولا)- الغبن الناتج عن الاستغلال ودوره في رفع اللاتوازن العقدي

تدخل المشرع لتنظيم الحماية المقررة للأطراف المتعاقدة عن طريق اعتماده للغبن رغبة منه في تكريس حماية للطرف المغبون بحيث يصلح ما يشوب العقد من اختلال في التوازن، وكنوع من الحماية المسبقة بحيث أراد إدخال في أذهان المتعاقدين أن أي عقد مختل معرض لإعادة التوازن يجعل من الأطراف تتفادى ما يؤدي إلى عدم استمرارية العقد لأن من مصلحة المتعاقدين بقاء العقد ساريا، ولتدعيم الحماية خرج مشرعنا بتصور جديد وخالف تصور المشرع الفرنسي واعتنق نظرية الاستغلال، كما أجاز للقاضي وفقا للسلطة التقديرية التي يتمتع بها رفع الغبن والاستغلال.

أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية بناء على نص المادة 90 من القانون المدني في أن ينقص التزامات ضحية الاستغلال، أو أن يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد المغبون: "....جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...."، فللطرف المغبون الاختيار بين رفع دعوى إبطال العقد أو دعوى إنقاص التزاماته، فإذا كانت التزامات الطرف المغبون متفاوتة ينقص منها، أما إذا كانت استفادة ضحية العقد ضئيلة مع المقابل الذي تحصل عليه المستفيد فالقاضي ليس له أن يزيد في التزامات المستفيد تجاه ضحية الاستغلال، والقاضي له أن يستجيب لهذا الطلب أو أن يقتصر على الإنقاص بناء على ظروف وملابسات القضية، فالمادة 90 من القانون المدني أقرت الحق في إبطال العقد بسبب الاستغلال ويترتب عليه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

هذا إذا لم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد سواء كان تنفيذا كليا أو جزئيا، أما إذا تم التنفيذ كان للقاضي أن يحكم بتعويض الطرف الذي لا يستطيع استرداد ما أداه، فهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية، فإذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد، فللقاضي في ضوء ملابسات العقد أن يقضي بالإبطال إذا رأى أنه أحسن وسيلة لرفع الغبن وإزالة التفاوت، وقد يكتفي بإنقاص التزامات الطرف المغبون وإبقاء العقد إذا تبين له أن إجراء الإنقاص كاف لرفع الاختلال في التوازن.

إلا أنه حسب رأينا يمكن القول إن الفقرة الأخيرة منحت للقاضي الإمكانية لتفادي إبطال العقد مما فيه حماية للطرف الضعيف وهو ما يتماشى مع منطق الحماية المكرسة بالنظام العام الحمائي الذي يسعى إلى المحافظة على الإبقاء على العقد، نظرا لما يعرض القاضي قصد رفع الغبن وتوقي دعوى الإبطال فيعمل القاضي على تقدير الزيادة التي ترفع الغبن الفاحش، لكي تصبح متعادلة.

ويمكن إعادة التوازن العقدي عن طريق دعوى الإبطال تأسيسا على إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ولكن إذا طلب المتعاقد المغبون الإنقاص من التزاماته فلا يجوز للقاضي أن

يحكم بإبطال العقد وعليه أن يحقق إعادة التوازن بقدر الإمكان بين أداءات المتعاقدين وذلك على أساس أحكام العدالة العقدية[31]، وللتخفيف من صرامة الإبطال أجاز المشرع طبقا للمادة 90 من القانون المدني، للمتعاقد المغبون رفع دعوى الإنقاص حيث يلزم القاضي بها ولا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد وللقاضي سلطة تقديرية واسعة بشأن المقدار الذي يجب إنقاصه من الالتزامات لرفع الغبن مقيدا باعتبارات العدالة العقدية[32].

وقد حددت المادة 90 من القانون المدني الجزاء الذي يطبقه القاضي في إحدى الصورتين هما إبطال العقد أو تعديله، ولكن لم تمنح له سلطة التعديل على إطلاقها وإنما حصرتها في وسيلة واحدة وهي الإنقاص باستخدامه لكلمة "ينقص" غير أنها من جهة أخرى وسعت من سلطة التعديل التي يتمتع بها القاضي عندما أجازت للطرف الغابن أن يتوقى دعوى الإبطال التي يرفعها المغبون، إذا عرض زيادة في التزاماته ورأى القاضي أن تلك الزيادة كافية لرفع الغبن.

ويلاحظ على مسلك المشرع في تنظيمه لنظرية الاستغلال العديد من النقائص أهمها أنه حصر وضيق من نطاق حماية الطرف الضعيف إذ قرره على من كان في حالة طيش بين أو هوى جامح فقط، بالرغم من وجود حالات ضعف أخرى تستدعي الحماية وتدخل القاضي، كالحاجة الماسة والسذاجة وقلة الخبرة وضعف الإدراك، كما أن المدة التي منحها المشرع للمتعاقد المغبون وهي سنة من يوم إبرام العقد تعد قصيرة بالنظر إلى الضعف الذي يتصف به الطرف المغبون.

ومن ثمة يمكن القول إن الغبن يعد وسيلة من الوسائل التي تمكن القاضي من المحافظة على بقاء العقد بتحقيقه للتوازن العقدي إلا أن المشرع لم يجعل أحكامه من النظام العام رغم أن منطق الحماية المكرس بموجب المادة 90 و91 من القانون المدني، يهدف لحماية الطرف الضعيف ومن ثمة يحبذ لو كانت هذه النصوص من النظام العام الحمائي لتزيد من فعالية الحماية المكرسة بموجب قواعد القانون المدني خاصة وأننا لا نجد مثل هذه الحماية مكرسة بموجب قوانين خاصة بحماية الطرف الضعيف.

ثانيا)- سلطة القاضي في إعادة النظر في بنود العقد

منح المشرع للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقد لمقتضيات حماية الطرف الضعيف بعدما كان العقد من صلب اهتمامات المتعاقدين فقط، ولكن مع ازدياد الهوة بين الطرف الضعيف والطرف القوي أدى ذلك إلى السماح له بتعديل الشروط التعسفية، كما خول له المشرع الحق في تقرير الجزاءات الملائمة عند تضمن العقد لشروط تعسفية، ولن يتوقف هذا التدخل على الشروط التعسفية فقط بل امتد إلى تعديل الشرط الجزائي، ومنحه سلطة منح المدين المعسر أجلا للوفاء لتحقيق التوازن العقدي.

إن حالات الغموض في عبارات العقود وبنوده تكون في كثير من الأحيان مقصودة من الطرف القوي في العقد، لامتطائها كوسيلة احتيالية لتمرير وفرض بعض البنود التعسفية، وهنا نجد أن المشرع من

خلال قواعد النظام العام الحمائي قد وجه القاضي نحو ضرورة تفسير الشك في العبارة الغامضة لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا، وهو ما نصت عليه المادة 112 الفقرة 02 من القانون المدني.

مما يدل على اهتمام النظام العام الحمائي بحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، ومنع أي غموض من شأنه أن يحمل في طياته شروطا تعسفية مجحفة في حقه، فيمكن القول إن السلطة الممنوحة للقاضي في ظل قواعد القانون المدني تعد خروجا عن المألوف إذ أن القاضي يستطيع تعديل الشرط ولو كانت عباراته واضحة، فوضوح العبارة لا يمنع التعديل ما دام قد شابه الطابع التعسفي، فالغموض ليس شرطا للتعديل بل صفة التعسف إذا اقترنت بأي جانب من العقد فإنها تخضع لسلطة القاضي، أما الشرط الغـــامض فيفسر عند الشك لصـــالح الطرف المذعن وهذا مـــا قصدته المادة 112 الفقرة 02 من القانون المدني.

غير أنه يجب التنويه إلى أمر مهم إذا تضمن العقد الذي يكون أحد أطرافه ضعيفا جديرا بالحماية شرطا يكون أصلح من نص التشريع الحمائي وكان أفضل له فوجب العمل به، إذن يمكن القول إن القاضي عند تقديره للشروط التعاقدية ينبغي عليه أن يضع نصب أعينه مصلحة الطرف الضعيف في هذا العقد وهذا هو الهدف من وراء السماح لقواعد النظام العام الحمائي للتدخل في العقد الذي يحكمه مبدأ سلطان الإرادة، فالأخذ بالشرط الأفضل للطرف الضعيف سيقود حتما القاضي إلى رقابة العقد باستبعاده للشرط الأقل فائدة للطرف الضعيف.

يتبين أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل مقدار الشرط الجزائي سواء بالزيادة أو الإنقاص متى توفرت الشروط المنصوص عليها قانونا، وحتى تؤدي هذه السلطة بكيفية من شأنها رفع اللاتوازن منع كل اتفاق من شأنه أن يضر بمصلحة الطرف الضعيف، وهذا ما أكدت عليه المادة 184 الفقرة 03 من القانون المدني.

وبالنسبة لسلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي فالمشرع لم يتطرق لهذه المسألة وإنما تكلم عن التخفيض في حالة المغالاة في الشرط الجزائي، وفي حالة إثبات أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما بموجب المادة 185 من القانون المدني، لكنه تطرق إلى الزيادة بموجب المادة 561 من القانون المدني لما يضطرب التوازن الاقتصادي بين رب العمل والمقاول بموجب عقد المقاولة[33].

فبموجب المادة 184 الفقرة 02 من القانون المدني خول المشرع للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون تحديد الطريقة التي يتم بها هذ الأخير، فسكوته تعبير ضمني بأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة مستمدة من مبادئ العدالة، كما له الحرية الكاملة في ممارسة سلطته للتدخل في التعديل[34] ، كما منحت هذه المادة للقاضي سلطة تقديرية واسعة إلا أنه يعاب عليها أنها ناقصة بحيث لم تحدد للقاضي العناصر التي يعتد بها سواء في التقدير أو التخفيض.

لكن السؤال المطروح هنا طالما سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام، فهل يجوز للقاضي أن يقوم بالتعديل من تلقاء نفسه؟

فالقاضي عند تعديله للتعويض الاتفاقي يملك الزيادة في مقدار التعويض المتفق عليه حتى يعيد التوازن للعلاقة العقدية وذلك في حالة ما إذا جاوز خطأ المدين مقدار التعويض بناء على طلب الدائن إذا أثبت ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم يفوق حدود التعويض المتفق عليه، فالمشرع بمنح هذه السلطة للقاضي من أجل تحقيق التوازن العقدي ألا يحقق بذلك أهداف النظام العام، وأحسن دليل على ذلك الفقرة التي جعلت كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين يقع باطلا ما يدل على تعلق أحكام الشرط الجزائي بالنظام العام فهذا النص آمر إلا أنه كان على المشرع جعل سلطة القاضي وجوبية بتدخل المشرع لمنح الحرية للطرفين في إيراد شرط جزائي لكن مقابل ذلك قيد هذه الحرية بإعطاء القاضي سلطة مراجعة الشرط وإبطاله في حالة المغالاة فيه حماية للطرف الضعيف، فالقاضي ينظر إلى عدم التناسب الموجود بين قيمة الضرر الذي وقع وقيمة التعويض الاتفاقي ليخفض حينئذ التعويض إلى الحد المعقول[35] ، فلا بد من ممارسة القاضي لمثل هذه السلطة من تلقاء نفسه حتى تبلغ هذه السلطة غايتها الحقيقية وتجسد أهدافها[36].

أما فيما يتعلق بالإنقاص في حال التنفيذ الجزئي للالتزام فلا بد أن يكون الالتزام قابلا للانقسام الذي يخضع لتقدير القاضي، لكن يعترض هذا الأخير أن المشرع في نص المادة 184 الفقرة 02 من القانون المدني، لم يبين الأساس الذي يتبعه لتقدير التخفيض، فالفقه يرى ضرورة أخذ القاضي بعنصرين أساسيين هما الضرر والفائدة، فبالنسبة للمادة 184 من القانون المدني تمنح استحقاق التعويض الاتفاقي في حالة انتفاء الضرر، أما فيما يتعلق بمعيار الفائدة فيكون على القاضي الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الدائن من جراء التنفيذ الجزئي[37] ، فإذا ثبت أن التنفيذ الجزئي للالتزام لم يعد بالفائدة على الدائن فلا يقوم القاضي بالتخفيض[38].

فحسب رأينا المشرع أكد على حماية المدين والدليل على ذلك هو عدم إمكانية الدائن مطالبته بقيمة التعويض إذا كان الضرر المحدد يفوق هذه القيمة فالمشرع يعتبر دائما المدين هو الطرف الضعيف في العقد، إلا أنه يعاب على المشرع الاعتراف للقاضي بسلطة تعديل الشرط الجزائي بصفة جوازية، فحبذا لو يتدارك هذه الهفوات لتكون القاعدة الحمائية أكثر فعالية.

فسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام طبقا للمادة 184 من القانون المدني، بحيث يبطل كل اتفاق بين المتعاقدين يقضي باستبعاد سلطة القاضي، كما يعد باطلا كل اتفاق بين المتعاقدين يتضمن استحقاق التعويض الاتفاقي حتى ولو لم يحصل ضرر يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام[39]، كما اعتبر المشرع التعويض الاتفاقي الذي من شأنه تشديد المسؤولية في حالة المبالغة في التقدير باطلا إذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي تزيد عن قيمة الضرر بشكل مبالغ فيه بدرجة كبيرة، وكذلك في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي فإذا قام المدين بتنفيذ الالتزام جزئيا فلا يجوز للطرفين

المتعاقدين الاتفاق على اقتضاء كامل المبلغ المتفق عليه، الموجب للتعويض الاتفاقي لأن المشرع أعطى القاضي في الحالتين السابقتين سلطة في تخفيض التعويض الاتفاقي بناء على طلب المدين[40].

ثالثا)- تدخل القاضي لتعديل العقد المختل بالظرف الطارئ

يمكن القول أن المادة 107 الفقرة 01 من القانون المدني تتيح للقاضي مراجعة العقد وتكريس الظروف الطارئة استنادا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولا يكون فقط على أساس المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني، مما يعد استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويأخذ القاضي بذلك محل الأطراف المتضررة من الظروف الطارئة كونه سيحاول إنقاذ الأمر دون عرقلة تنفيذ العقد بحسن نية.

تنص المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني على أنه: "....غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، فهذا الترخيص الممنوح للقاضي لمراجعة الالتزامات التعاقدية يعد خرقا لمبدأ قوة العقد الإلزامية أساسه التضامن وتحقيق العدالة بإعادة التوازن المفقود بين أطرافه[41].

وينتقد بعض الفقه موقف المشرع في وضعه لنظرية الظروف الطارئة تحت غطاء المادة 107 وليس المادة 106، فنظرية الظروف الطارئة تعتبر استثناء يرد على مبدأ سلطان الإرادة، ولهذا أوردتها القوانين العربية كاستثناء في الفقرة الثانية للمادة التي تنص فيها على أن العقد شريعة المتعاقدين[42]، كما يشترط في الحادث الاستثنائي أيضا أن يكون غير متوقع، ويكون كذلك إذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه وقت إبرام العقد، ويترتب على ذلك أن يكون الحادث مما لا يستطاع دفعه أو تفاديه، فإذا كان في وسع المدين أن يدرأه أو يتغلب عليه، فيتحمل حينئذ وزره[43] ، فتستوجب المادة 107 الفقرة 03 بأنه حتى يتم تكريس حكم الظروف الطارئة بألا تكون متوقعة عادة وقت إبرام العقد، فهذا الشرط يعد مكملا لشرط استثنائية الحادث، لأن الحادث غير المتوقع هو الحادث الاستثنائي، ويظهر أن المشرع أورد هذه الصفة من باب التذكير والتأكيد على أن مراجعة العقد هي حالة استثنائية فقط[44].

فنجد أن المشرع قد قيد تدخل القاضي في نظرية الظروف الطارئة المؤدية إلى اختلال في التوازن الاقتصادي الذي يشترط أن يكون نتيجة وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا، بحيث يهدده بخسارة فادحة، فالمشرع اعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام كونه أقر بطلان الاتفاق على خلاف ذلك في نص الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني، وهذا الحكم مكرس في القانون المدني فقط دون التشريعات الخاصة.

المطلب الثاني: توسيع النظام العام الحمائي لسلطة القاضي للتدخل في العقد.

سمح المشرع للقاضي بالتدخل في العقد لتوسيع مضمونه، هذا التدخل الذي يقوم على أساس أن الالتزامات التي أنتجها العقد لم تكن كاملة يشوبها النقص، فيعمد القاضي لسد هذا النقص بإضافة بعض الالتزامات إلى مضمون العقد الأصلي، فإكمال العقد يعد وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد، ويتحقق ذلك بإضافة بعض الالتزامات إلى مضمونه الأصلي لتنظيم المسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان، أو ليكون تنفيذ العقد متفقا مع مبدأ حسن النية وما يقتضيه من أمانة في التعامل[45].

ويشترط حتى يتدخل القاضي لتكملة العقد طبقا للمادتين 65 و 107 الفقرة 02 من القانون المدني، أن يوجد عقد صحيح بين المتعاقدين، وأن لا ينص صراحة على الالتزام التبعي المراد تكملة العقد به، مع ضرورة وجود أحد عوامل التكملة المتمثلة في القانون، والعرف، والعدالة مع ضرورة احترام طبيعة الالتزام الأصلي في العقد، كما يجب في الأخير أن يكمل هذا الالتزام التبعي اتفاق المتعاقدين دون المساس بجوهره أو تغييره[46] ويشترط أن تكون الالتزامات التي يكمل بها القاضي العقد متناسبة مع غرضه الأصلي[47]، فالهدف من تدخل القاضي في العقد بهذه الصفة هو ضمان حسن تنفيذه و حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية عن طريق رفع اختلال التوازن العقدي سواء بالبحث عن تحقيق المساواة بين طرفي العقد إذا نظرنا إليه نظرة شخصية، أو نظرنا إليه نظرة موضوعية فيكون البحث عن تحقيق التكافؤ بين الالتزامات و الأداءات[48].

خاتمة:

بالإضافة للسماح للمشرع بالتدخل في تنظيم العقد الذي يعد شأن المتعاقدين سمح للقاضي بالتدخل في العقد لتعديله قصد تحقيق التوازن المفقود وبذلك أنصف الطرف الضعيف في العقد، ففقدان التوازن العقدي يؤدي إلى فقدان العقد وظيفته الاجتماعية وسبب وجوده وبقائه، أما بالنسبة للأفراد فيؤدي إلى إنشاء علاقات طويلة المدى لأنه يخلق منذ البداية روح الثقة بين المتعاقدين وبالتالي فهو أفضل ضمانة لتنفيذ العقد بشكل ملائم، وعلى ذلك فمبدأ التوازن العقدي بما يتمتع به من قدرة على تحقيق العدالة العقدية ومن قدرة على ضمان استمرار العقد وتكييفه مع الوقائع المتجددة، يستلزم مده بالوسائل والأدوات القانونية التي تؤدي إلى ضمان بقائه واستمراره، ولا شك أن تدخل المشرع بإقراره لالتزامات تحمي الأطراف الضعيفة في العقود التي يختل فيها التوازن العقدي، والسماح للقاضي بالتدخل في العقد لتعديله سيحقق حتما هذه الغاية.

وبغرض تعزيز الحماية المكرسة بموجب التشريعات الخاصة ولا نجدها في الشريعة العامة سنبدي الاقتراحات التالية:

– تعديل نص الفقرة 01 من المادة 90 من القانون المدني، والمتعلقة بعيب الاستغلال، وذلك بتوسيع أسباب استحقاق الحماية منه، لتشمل وجود الشخص في حاجة ماسة إلى الشيء محل العقد، أو

السذاجة أو قلة الخبرة والمعرفة الفنية، وعدم قصرها على حالتي الطيش البين والهوى الجامح، مع ضرورة جعل سلطة القاضي وجوبية وليست جوازية للتدخل لتعديل العقد.

– يتعين على المشرع المبادرة لتعديل نص المادة 185 من القانون المدني ليسمح بزيادة التعويض الاتفاقي كقاعدة عامة وليس استثناء في حالتي غش المدين وخطئه الجسيم.

–النص على مهلة التفكير في التشريعات الخاصة بحماية الطرف الضعيف (المستهلك، العامل.....)، وعدم تركها في نصوص متفرقة، مع ضرورة تنظيم أحكامها من حيث بداية احتساب سريانها من اليوم الموالي لإبرام العقد وتأكيده لعدم إمكانية احتساب يوم التوقيع على العقد والعطل والأعياد في الأجل المحدد لها.

– تحديد مهلة للحق في العدول في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وعدم تركها للتنظيم، خاصة مع التعديل الأخير الذي طرأ على قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وضرورة تنظيم الكيفية التي يتم بها العدول كيف يتم العدول بحيث يجب إرفاق العقد باستمارة الرجوع عنه.

– تخفيف المشرع من الشروط التعسفية الواجبة التوفر لمعاقبة المؤسسة على أساس التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية مع ضرورة تخفيف عبء الاثبات على عاتق الطرف الضعيف.

المراجع:

المراجع باللغة العربية:

أولا: الكتب

1 – العوجي مصطفى: **القانون المدني، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول**، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

2– السيد محمد السيد عمران: **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك**، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.

3– الصغير محمد مهدي: **قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

4– العلالشة عبد الرحمن أحمد جمعة: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.

5– الفتلاوي سلام عبد الله: **إكمال العقد، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.

6– بودالي محمد: **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر**، دار هومة، الجزائر، 2007.

7– علي علي سليمان: **ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

8– علي سيد حسن: **الالتزام بالسلامة في عقد البيع**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

9– فتاك علي: **تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

10– فيلالي علي: **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر، الطبعة الثالثة 2013.

11– موفق حماد عبد: **التزام البائع المحترف بضمان السلامة، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، لبنان، 2016.

12– معوض فؤاد محمود: **دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

ثانيا: الرسائل و المذكرات الجامعية.

I. رسائل الدكتوراه

1– بن شنيتي حميد: **سلطة القاضي في تعديل العقد**، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996.

2– بوختالة سعاد: **دور القاضي في تكملة العقد**، دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2016.

3– زمام جمعة: **العدالة العقدية في القانون الجزائري** ، دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2016.

4– نساخ فطيمة: **الوظيفة الاجتماعية للعقد**، دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2013.

5– عسالي عرعارة: **التوازن العقدي عند نشأة العقد**، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.

II. **مذكرات الماجستير**

1– بوشنافة محمد: **مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة و حرية الأطراف**، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013.

2– بورنان العيد: **دور القاضي في التعويض الاتفاقي**، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015

3– عنتري بوزار شهيناز: **التعسف في العقود**، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، .2013

4– فاضل خديجة: **تعديل العقد أثناء التنفيذ**، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2002.

5– لمطاعي نور الدين: **الشرط المقترن بالعقد، دراسة مقارنة**، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 1996.

6– مركب حفيرة: **الحماية التشريعية للمستهلك في جودة المنتوج و الخدمة**، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2001.

7 – نجاري عبد الله: **الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، .1983

8– نعيم محمد: **الشرط و الأجل بنوعيهما في القانون المدني الجزائري و في الشريعة الإسلامية**، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1976.

ثالثا: البحوث و المقالات

1– سعداني نورة: **سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري**، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، أكتوبر 2015، كلية الحقوق، جامعة تيارت.

2– لحلو خيار غنيمة: **محاضرات في القانون المدني– تكوين العقد**، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013– 2014.

المراجع باللغة الفرنسية:

I. Ouvrages

1- Chendeb Rabih: **Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative**, édition ALPHA, L.G.D.J, paris, 2010.

2- Jacques Philippe : **Regards sur l'article 1135 du code civil "** , DALLOZ, paris, 2005.

3- Lachachi Mohammed : **L'équilibre du contrat de consommation (étude comparative), mémoire de magistère en droit privé**, faculté de droit, université d'Oran, 2013.

4- Marie Caroline Vincent-Legoux, , **" L'ordre public étude de droit comparé interne ",** 01 ere édition**,** presses universitaires de France, paris, 2001.

II. **Articles et études**

1- Lahlou Kheiar Ghenima: **La protection du contractant faible entre le droit commun des obligations et le droit de la consommation**, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n 02, juin 2013, université d'Alger, faculté de droit,".

2- Trari-Tani Mostapha: **Justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial**, revue des études juridiques, n 06, 2009, faculté de droit, Tlemcen.

الهوامش:

1- Marie Caroline Vincent-Legoux, , **" L'ordre public étude de droit comparé interne ",** 01 ere édition**,** presses universitaires de France, paris, 2001, p 114.

2 – العوجي مصطفى، " **القانون المدني، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول**" ، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 ، ص .178

3 – السيد محمد السيد عمران، " **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك** "، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص 80-81.

4– الصغير محمد مهدي، " **قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة** " ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص .125

5 – المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09:" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم ".

6 - Chendeb Rabih, **" Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative** ",édition ALPHA, L.G.D.J, paris, 2010, p 137.

7 – عرعارة عسالي، **" التوازن العقدي عند نشأة العقد "**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص 257.

8 - Trari-Tani Mostapha, " **Justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial** ", revue des études juridiques, n 06, 2009, faculté de droit,Tlemcen,p85-86.

9 – المادة 18 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل:" يمكن أن يخضع العامل الجديد توظيفه لمدة تجريبية لا تتعدى ستة (6) أشهر، كما يمكن أن ترفع هذه المدة إلى اثني عشر (12) شهرا لمناصب العمل ذات التأهيل العالي، تحدد المدة التجريبية لكل فئة من فئات العمال أو لمجموع العمال عن طريق التفاوض الجماعي".

10- بوشنافة محمد، " **مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة وحرية الأطراف** " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013، ص .28

11- المادة 06 التي تنص على: "يجب أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض، من شأنه السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد "، من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 2015/05/12، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية العدد 24، المؤرخة في 2015/05/13، ص 10.

12 – عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 274.

13 – Marie Caroline Vincent-Legoux, op.cit, p 215.

14 -Lachachi Mohammed, **" L'équilibre du contrat de consommation (étude comparative), mémoire de magistère en droit privé** ", faculté de droit, université d'Oran, 2013, p 63.

15 – موفق حماد عبد، " **التزام البائع المحترف بضمان السلامة، دراسة مقارنة** "، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، لبنان، 2016، ص .213

16 – مركب حفيرة، " **الحماية التشريعية للمستهلك في جودة المنتوج و الخدمة** " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2001، ص23-24.

17 – طبقا للمادتين 09 و10 من القانون رقم 09-03 في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 2009/03/28، ص 14-15.

18 – انظر المادة 09 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، و التي تنص على ما يلي: "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة و تتوفر على الأمن بالنظر غلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، و أن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك و أمنه و مصالحه و ذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين ".

19 – على سيد حسن، " **الالتزام بالسلامة في عقد البيع** "، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 38.

20 – فتاك علي، " **تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج** "، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 82.

21– لمطاعي نور الدين، " **الشرط المقترن بالعقد، دراسة مقارنة** " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1996، ص 19-20.

22 – Civ 01er 21/03/1962, bull.civ, 01, n 174, p 154.

23– نعيم محمد، " **الشرط والأجل بنوعيهما في القانون المدني الجزائري و في الشريعة الإسلامية** "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1976، ص 43-44.

24 – عبد الرحمن أحمد جمعة العلالشة، " **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام** "، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 249-251.

25 – القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/02/26، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 2005./07/26

26 – فيلالي علي، " **الالتزامات، النظرية العامة للعقد** " ، موفم للنشر، الطبعة الثالثة 2013، ص 82-86.

27 – نساخ فطيمة، " **الوظيفة الاجتماعية للعقد**"، دكتوراه، جامعة الجزائر 2013 ، ص 42.

28 – بودالي محمد، " **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر** " ، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 23-26.

29 – لحلو خيار غنيمة، " **محاضرات في القانون المدني: تكوين العقد** " ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013-2014، ص 40.

30 -Lahlou Kheiar Ghenima**," La protection du contractant faible entre le droit commun des obligations et le droit de la consommation** ", revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n 02, juin 2013, université d'Alger, faculté de droit, ", p 46.

31 - Lachachi Mohammed, **" L'équilibre du contrat de consommation (étude comparative), mémoire de magistère en droit privé** ", faculté de droit, université d'Oran, 2013, p 175.

32 – فاضل خديجة، " **تعديل العقد أثناء التنفيذ** "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2002، ص 97.

33 – عنتري بوزار شهيناز، " **التعسف في العقود** " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013، ص 84، 86.

34 – Lachachi Mohammed, op.cit, p 175.

34 – فاضل خديجة، " **تعديل العقد أثناء التنفيذ** "، المرجع السابق، ص 97.

35 – عنتري بوزار شهيناز، " **التعسف في العقود** " ،المرجع السابق، ص 84، 86.

36 – سعداني نورة، " **سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري** " ، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، أكتوبر 2015، كلية الحقوق، جامعة تيارت، ص 41.

37 – نجاري عبد الله، " **الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة** "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1983، ص 195.

38 – بن شنيتي حميد، " **سلطة القاضي في تعديل العقد** "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 1996، ص 90.

39– بورنان العيد، " **دور القاضي في التعويض الاتفاقي** "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2015، ص 61.

40 – طبقا للمادة 184 الفقرة 02 من القانون المدني.

41 – زمام جمعة، **العدالة العقدية في القانون الجزائري** ، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2016 ،ص 389.

42 – علي علي سليمان، " **ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري** " ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 89–90.

43 – فؤاد محمود معوض، " **دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي** " ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 232.

44 – Lahlou Kheir Ghenima," **La protection du contractant faible.....**", p 53.

45 – الفتلاوي سلام عبد الله، " **إكمال العقد، دراسة مقارنة** "، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 23، 25.

46 – Jacques Philippe, " **Regards sur l'article 1135 du code civil** " , DALLOZ, paris, 2005, p 234–235.

47 – الفتلاوي سلام عبد الله، المرجع السابق، ص 89.

48– سعاد بوختالة، **دور القاضي في تكملة العقد** ، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2016، ص 113.