من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد

In order to reform the general theory of the contract

أحمد بعجي [1]

[1]جامعة الجزائر– 1– ، a.baadji@univ-alger.dz

تاريخ إرسال المقال:2020/07/14 تاريخ قبول المقال: 2020/10/12 تاريخ نشر المقال :أكتوبر/2020

الملخص:

تحتاج النظرية العامة للعقد، إلى إصلاح جذري يمرّ عبر طريقتين، فالطريقة الأولى هي إصلاح عقيدة النظرية العامة للعقد، عبر التخلي عن فرضية هيمنتها على العلاقات التعاقدية، من أجل أن تقبل حلولا و تصوّرات جديدة، عبر تقبّل مشاركة التشريعات الخاصة في مسألة حماية المتعاقد الضعيف، و التنازل عن فكرة الريادة و قبول التنافس مع قواعد التشريعات الخاصة، و كذا فتح المجال لإثراء تلك النظرية بقواعد التشريعات الخاصة، و هذا ما يدفع للبحث عن فلسفة جديدة للنظرية العامة للعقد، بينما المرحلة الثانية من عملية الاصلاح، هي اصلاح تقني ، الذي يمر بدوره عبر إدماج آليات و تقنيات جديدة، و احيانا تفعيل بعض الآليات التي تعرفها القواعد العامة، عبر توسيع سلطات القاضي في العقد.

الكلمات المفتاحية: العقد، الإصلاح، العقائدي، التقني، التشريعات الخاصة.

Abstract:

The general theory of the decade needs a radical reform that passes through two ways, the first way is to reform Dogmatic of the general theory of the contract, by abandoning the hypothesis of its dominance over contractual relations, in order to accept solutions and new concepts , by accepting the participation of special legislation in the issue of protecting the weak contractor, waiving the idea of leadership and accepting competition with the rules of special legislation, and opening the way to enrich that theory with the rules of special legislation, and this is what drives the search for a new philosophy of the general theory of the contract, while the second stage, while The reform process is a technical reform, which in turn passes through the integration of new mechanisms and techniques, and sometimes the activation of some mechanisms defined by general rules, by expanding the powers of the judge in the contract.

Key words: contract, reform, dogmatic, technical , special legislation.

المؤلف المرسل: أحمد بعجي , االاميل : a.baadji@univ-alger.dz

مقدمة:

أدّت خصوصية العلاقات التعاقدية في الوقت الحاضر، إلى ظهور التشريعات الخاصة، كقانون حماية المستهلك[1]، قانون المنافسة[2]، قانون الممارسات التجارية[3]، و في مقابل ذلك تراجع رهيب للنظرية العامة للعقد، باعتبارها نظرية لها نظرة شمولية و مجردة للعلاقات التعاقدية ، بحكم تناسق مبادئها العامة التي تسري على جميع العقود[4]، و مؤسّسة ذلك على فرضية المساواة و الحرية، التي تربط الحماية بكل متعاقد مهما كانت صفته سواء كان مستهلكا أو غير ذلك[5]، و هذا كله عكس التشريعات الخاصة، التي تؤسس قواعدها و توجّهها لأحد الصفات التعاقدية فقط. [6]

إن هذه الاعترافات القانونية، قد أسسّت لتفوق التشريعات الخاصة على النظرية العامة للعقد، إذ أصبحت تشاركها و تقاسمها نفس الاهتمام، و هو حماية المتعاقد الضعيف، و لو بصورة متفاوتة باعتبار أن النظرية العامة لا تعترف كأصل بفكرة الحماية[7]– بحكم طابعها المجرّد للمساواة– ، كما أصبحت التشريعات الخاصة ذو مكانة ريادية، بالنظر إلى قواعده النوعية التي هي في صالح المتعاقد الضعيف، كتدخّل المشرع لفرض التزامات قانونية على المتدخل لصالح المستهلك، كالالتزام بالإعلام، و الالتزام بالمطابقة، و الالتزام بالسلامة، كما صارت التشريعات الخاصة مصدرا لإثراء و مد النظرية العامة بمفاهيم و آليات جديدة للحماية، و عليه صارت هناك مقاربة جديدة جاءت بها التشريعات الخاصة، مغايرة لما كانت عليها هذه النظرية، لكون مسألة تجزء القواعد العامة من أجل حماية الأطراف الضعيفة، تظلّ الفرضية عقائدية، أكثر منها فرضية علمية، لكون تلك القواعد تفتقد للحلول الكافية لحماية الأطراف الضعيفة مع أنها صاحبة الاختصاص.

لعلّ هذا ما طرح مسألة مصير النظرية العامة للعقد في ظل هذه التشريعات الخاصة، و التي رآها جانب من الفقه على أنها مساس و أزمة و خطر يلاحق النظرية[8]، بينما رأى البعض الآخر[9]، بأن مسألة ثبات النظرية العامة أصبحت من الماضي بفعل حركية التشريعات الخاصة و تعدّد أحكامها، في حين دعا البعض إلى تجديد هذه النظرية العامة[10]، و عليه فالقاسم المشترك بين هذه الآراء، هو أن هناك مقاربة جديدة أتت بها هذه التشريعات الخاصة، لكن الاختلاف يدور حول مسألة التجديد أم المساس بالنظرية العامة، يبدو أن الأمر يحتاج إلى إصلاح لهذه النظرية، لأنه لو نظرنا إلى النظرية العامة بأنها صاحبة المجال و الاختصاص، نقول بأن هناك مساس، و بالتالي فالأمر يحتاج إلى إعادة النظر في هذه المسألة العقائدية التي اتصفت بها النظرية و أدحضتها التشريعات الخاصة، أما إذا نظرنا للآليات و تقنيات التي تحملها التشريعات الخاصة، نقول بأنها إثراء و تجديد، و بالتالي فالأمر يحتاج إلى إدماج آليات تعاقدية حمائية جديدة، و من أجل ذلك فإن دراسة هذا الموضوع ستكون على جزئيين، إذ نتناول في الجزء الأول، بأن النظرية العامة قد زالت هيمنتها على العقد، بحكم الإصلاح العقائدي المراد تطبيقه، و كذا بأن النظرية العامة للعقد تحتاج أيضا لإصلاح تقني، من خلال إدماج بعض الآليات.

أولا: تنازل النظرية العامة عن هيمنتها على مفهوم العقد: إصلاح عقائدي

يمر الإصلاح العقائدي الذي يأمل أن يكون ضمن النظرية العامة للعقد، عبر مفاهيم من شأنها أن تعيد النظر في مسألة التشريعات الخاصة و تأثريها على الشريعة العامة، فأوّلها لابد أن نتجاوز فكرة أن النظرية العامة هي صاحبة الاختصاص و الاحتكار للعلاقة التعاقدية، و في نفس الوقت تقبّل عقيدة مشاركة التشريعات الخاصة في ذلك **(1)** و هذا يدفع إلى الانتقال من فكرة ريادة القواعد العامة، إلى قبولها التنافس مع قواعد التشريعات الخاصة **(2)** بالإضافة إلى تغيّر فلسفة إيجاد القواعد الحمائية، فبعدما كانت القواعد العامة تصدّر القواعد، أصبحت تسترد القواعد من التشريعات الخاصة**(3)** و عليه فلم يعد الحديث عن المساس بالعقد، بل بتجديده **(4)** وهذا من شأنه أن يبعث عقيدة و فلسفة جديدة للنظرية العامة للعقد بمعية التشريعات الخاصة.

1) من عقيدة احتكارية إلى عقدية تشاركية :

نظرا لبروز التشريعات الخاصة بقواعدها النوعية و بمجالها الخاص الموجّه لفئات معينة، الذي أثّر على مجال النظرية العامة للعقد[11]، و بدوره أدى ذلك إلى تراجع تصوّرات هذه النظرية، التي تستند على المذهب الفردي للعقد، المجسّد في مبدأ سلطان الإرادة[12]، باعتبارها صاحبة المجال و الاختصاص في ضبط العلاقات التعاقدية، و هذا بحكم قصور القواعد العامة من جهة، و اهتمام التشريعات الخاصة بمسألة حماية المتعاقد الضعيف، من جهة أخرى ،و هذا ما جعل هذه التشريعات تقاسم و تشارك النظرية العامة نفس الاهتمامات، بدرجات متفاوتة، كتشريعات حماية المستهلك، و أيضا قانون المنافسة، و قانون الممارسات التجارية، بحكم أن حماية الطرف الضعيف ضد الطرف القوي فكرة ليست خاصة بقانون الاستهلاك، و أيضا ليست أجنبية عن القواعد العامة في القانون المدني[13]، لأن هذا الأخير يحمي ناقص الأهلية، و الذي وقع في التدليس، و أيضا ضحية الإكراه، و يتحمّس لحسن النية، و يقبل نظرة الميسرة[14]، لكن الفرق يكمن في أنّ التشريعات الخاصة تحمي فئات معيّنة فحسب، عكس النظرية العامة للعقد، بحكم انسجام أحكامها و شموليتها لجميع المتعاقدين، فقد كان لا يتصور خضوع أية علاقة تعاقدية خارج إطار النظرية العامة للعقد بقواعدها و تصوراتها، و عليه هناك مواجهة أكيدة بين النظرية العامة و التشريعات الخاصة، و لعلّ الفاصل بينهما فعالية القواعد، و أيضا تجاوز الاختلافات.

يرجع هذا أساسا، إلى قصور و محدودية النظرية العامة للعقد، بشأن حماية المتعاقد الضعيف، و فرض المساواة و التوازن التعاقدي، سواء هذا من حيث التصوّر، عبر تجاوز المساواة المجرّدة إلى اعتراف قانون الاستهلاك و المنافسة بالمساواة الفعلية [14]، و الانطلاق من فرضية الامساواة، و من جهة أخرى، قصور الأساس الفردي للإرادة في مواجهة الأساس الاجتماعي التضامني[15]، خاصة بعد تزايد مظاهر القوة التعاقدية الناتجة عن العلاقات الاقتصادية داخل السوق سواء بين المستهلكين و المحترفين، أو بين المحترفين أنفسهم من خلال مراكز القوة للمتعاملين داخل السوق[16]، و هذا ما دفع بالتشريعات الخاصة لتشارك النظرية العامة للعقد في اختصاصها، عبر إنشاءها لأحكام خاصة، موجّهة لصفة

المتعاقد الضعيف فقط[17]، و الأكثر من ذلك تشكيل خطر يهدّد زوال هذه النظرية[18]، عبر اشتراكهما في عدة آليات حمائية، فعلى سبيل المثال، بقي قانون الاستهلاك، على نفس الخط مع القانون المدني، عبر عدم تكريس الغبن كمبدأ عام[19]، و بالتالي تفضيل سلامة الرضا كأولوية لبعث المساواة، كما أن ظهور منطق القوة في العقد[20]، أفرز تفرّع و تعدّد في الفئات الضعيفة، كقانون حماية المستهلك موجّه بصورة أساسية لحماية فئة المستهلكين، بينما قانون المنافسة و الممارسات التجارية موجه للأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، و عليه فمن جهة، أصبح يهتم بحماية المتعاقد الضعيف، و بالتالي الاشتراك في التوازن مع القواعد العامة، و من جهة أخرى، صار هناك تماثل في آليات الحمائية، كمراقبة الشروط التعسفية في العقد، و لعلّ هذا ما أدى بالفقه إلى القول[21]، بأن تجزّؤ القواعد العامة يستند إلى اعتقاد خاطئ ، و هو عدم قدرة القواعد العامة على مراعاة أوجه التفاوت بين الأشخاص، بحيث أن حماية الضعفاء عادة ما تمرّ و تدخل ضمن اختصاص النظرية العامة للعقد، و ليس عبر القواعد الخاصة المنشئة و المستقلة ، و لعلّ ما يزيد من تأكيد تقاسم و اشتراك التشريعات الخاصة مع القواعد العامة نفس الاهتمامات، هو أن كلا من النظاميين لديهم مجال خاص بهم و قواعدهم الخاصة التي تستقل بها عن الأخرى[22]، كما أنّ التدخّلات التشريعية و القضائية في تنظيم العقد بقيت مسألة التشريعات الخاصة، و ليست من صميم اهتمام القانون العام للعقود، الذي بقي متمسّكا بمبادئه المقدّسة.[23]

لأجل ذلك، فإنّ النظرية العامة للعقد، لم تبقى لوحدها صاحبة الاختصاص في ضبط العلاقات التعاقدية، **أولا:** لأنها كأصل لا تعترف بمسألة حماية المتعاقد الضعيف إلا استثناءا،**ثانيا:** أن العلاقات التعاقدية الحديثة ذات التفاوت بين الأطراف، أظهرت محدودية هذه النظرية، **ثالثا:** كما أن هذه العلاقات أصبحت أكثر تنظيما في إطار التشريعات الخاصة، **رابعا:** أن النظرية العامة للعقد أمام حتمية لقبول التوافق و الاشتراك في الاختصاص، لأنّها أمام خطر يهدّد زوالها بداعي تزايد التشريعات الخاصة، **خامسا:** إن عقيدة تقاسم الاهتمامات، سيساعد في عملية دمج مفهوم القوة التعاقدية ضمن النظرية العامة للعقد، عبر إسراع هذه الأخيرة في ضم فلسفة حماية المتعاقد الضعيف.

2) من عقيدة ريادية إلى عقيدة تنافسية:

كانت النظرية العامة للعقد، هي الأصل العام و القاعدة العامة التي تدير و تنظّم كل العقود، بحكم قواعد تكوينها و تنفيذها التي لا تخلو من أية عقد، بحكم تناسق مبادئها و تجريد و شمولية أحكامها، حتى و إن انفصلت عنها بعض المجالات، كالقانون التجاري بالنسبة للعقد التجاري، أو عقد العمل بالنسبة لقانون العمل، لكن هذه الأخيرة تختلف معها في الجزئيات و تجتمع معها في الكليات، و لعلّ هذا ما عزّز من سيطرة النظرية العامة و ريادتها على العلاقات التعاقدية، لأن كلا الفرعين لا يمكن الحديث عن استقلالهما الذاتي بالرغم من طريقتهما الخاصة، بل لا يزالان خاضعين للنظرية العامة للالتزامات.[24]

لكن اليوم، أصبحت النظرية العامة للعقد في مواجهة حتمية أمام مد التشريعات الخاصة، التي تستند إلى كليات و جزئيات مختلفة تماما عن النظرية العامة للعقد، فتبعا لثبوت تقاسم التشريعات الخاصة

و القواعد العامة نفس الانشغالات، قد نتج عن ذلك اعتراف آخر بتفوّق التشريعات الخاصة على نظريتها العامة، بحكم طبيعة القواعد النوعية التي تحملها، و الغايات التي نشأة لأجلها، و التي تجعل منها رائدة في العلاقات التعاقدية، كقانون حماية المستهلك، الذي جاء لتنظيم علاقة المحترفين من جهة، و المستهلكين من جهة أخرى، أما عن غايته فهو حماية فئة المستهلكين في فرضية الضعف[25]، و بعبارة أخرى فإنّ مجال النظرية العامة سيتدرج إلى الخلف، فاتحا المجال للمنافسة على مصراعيه، بعدما كان الأمر لا يتصوّر في ظل هيمنة التصوّرات الكلاسيكية للنظرية، و لعلّ أحسن مثال على ذلك، هو التنظيم المزدوج لعقد الإذعان، من خلال القانون المدني في المواد 70و 110و 112 ق.م، و كذلك من خلال القانون رقم 02/04 المعدّل و المتمّم، حين وضع تعريف لعقد الإذعان من خلال المادة 3/5 منه، كما أن جل عقود الاستهلاك هي عقود إذعان، لذلك هناك نظامين تولّيا تنظيم عقود الإذعان، فأيهما يفضّل المتعاقد الضعيف؟

ففي هذا الشأن، قلّل بعض الفقه[26]، من الأحكام الحمائية التي يوفّرها عقد الإذعان بالمقارنة مع عقد الاستهلاك، لكون عقود الإذعان تعالج جانب واحد للضعف، و هو الضعف الاقتصادي، أما إذا تمسّك المستهلك، بأحكام قانون حماية المستهلك، إذا كان له صفة المستهلك بموجب عقد الاستهلاك، فإنه فضلا عن وضعه الاقتصادي الضعيف، يضاف إليه الضعف المعرفي الناشئ عن الجهل و عدم الخبرة بأمور العقد، لكن من جهتنا نعتقد، بأن المتعاقد الضعيف، يستجيب لا محالة للأحكام التي توفّر له حماية نوعية و فعّالة، و كما هو واضح من أحكام حماية المستهلك، و كذا قانون الممارسات التجارية، الذي يبيّن تعريف و معيار تقدير الشرط التعسفي[27]، أين يسهّل الأمر على المتعاقد الضعيف للتمسّك بالحماية.

كما لاحظ الفقه الحديث في هذا الإطار، بأن التشريعات الخاصة في مواجهة النظرية العامة ، لديها عدة تأثيرات و مبرّرات، و ذلك حسب الزاوية التي ينظر إليها، فمن جهة مكانة قواعد النظرية العامة للعقد، رأى الفقه[28]، بأن قانون الاستهلاك هو مصدر تهديد مباشر للنظرية العامة للعقد، بفعل إحالة القواعد العامة للمستوى الثاني من ناحية التطبيق، لأنّ النظرية في الوقت الحالي تقلّص مجالها بسبب طابعها البديل في حالة وجود تشريعات خاصة، و هو ما يفتح المجال لتراجع النظرية العامة للعقد، و في نفس الوقت يعطي الأولوية للتشريعات الخاصة على حساب القواعد العامة[39]، لأن القواعد الحمائية صارت أغلبها خارج القانون المدني، عبر قواعد أكثر تخصّصا و بصورة آمرة.[30]

كما ذهب اتجاه آخر من الفقه، إلى تحليل و مناقشة فكرة تلاقي القواعد العامة و التشريعات الخاصة، من حيث التكامل أو التبعية، خاصة بعد تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 [31]، فتساءل البعض[32]، هل التشريعات الخاصة هي تابعة أم منافسة للقواعد العامة للعقد؟

فذهب البعض من الفقه[33]، بأن هناك إمكانية تطبيق القانون العام للعقود، و ذلك خارج صرامة مجال القواعد الخاصة، لكن في نظر البعض الآخر، تبقى أولوية التطبيق للتشريعات الخاصة، لأنها

تتوفّر على حلول كثيرة، و مرجعية بالنسبة للمتعاقدين خاصة المتعاقد الضعيف، و هذا في انتظار إقامة توازن بين القانون العام للعقود و التشريعات الخاصة، بينما رأى بعض الفقه[34]، أن القواعد الخاصة لا تخرق القواعد العامة ، بل هو إثراء للقانون العام للعقود من جانب التشريعات الخاصة.

بناءا على ذلك، نعتقد بأن منافسة التشريعات الخاصة للنظرية العامة، هو أمر إيجابي أكثر منه سلبي، **أولا:** لأن المنافسة تعني زوال خطر انهيار النظرية العامة، و من جهة أخرى يفرض عليها تجديد قواعدها لكي تبقى في المنافسة، **ثانيا:** إن المنافسة تجلب قواعد جديدة و تدعو إلى ابتكار و تطوير القواعد، بعيدا عن الجمود، **ثالثا:** التشريعات الخاصة تبقى مصدر إثراء للقواعد العامة، **رابعا:** إن عنصر المنافسة مرهون بعنصر جوهري، و هو ضرورة تجديد النظرية العامة، لأنها بلباسها المجرّد و المثالي في الوقت الحالي لا يمكنها المنافسة، بل هي في زوال و تراجع مستمر.

3) من عقيدة تصديرية للقواعد إلى عقيدة استيرادية :

أتاحت النظرية العامة للعقد، بعض الآليات القانونية للمتعاقد الضعيف، في صورة نظرية عيوب الرضا، و لعلّ هذه الأخيرة بدورها أمدت التشريعات الخاصة، بمفهوم حماية و سلامة الرضا[35]، كما هو الحال في عيب التدليس، الذي يجسّد فكرة الكتمان التدليسي الذي يستوجب الالتزام بالإعلام، و تأكيدا على ذلك أشار إليه التعديل الأخير للقانون المدني لسنة 2016،الذي كرّس الالتزام بالإعلام عبر المادة 1112-1 ق.م، و رأى الفقه حينها[36]، أن هناك ربط بين الالتزام بالإعلام و الكتمان التدليسي، خاصة في حالة الاحتفاظ بالمعلومة بصورة عمدية بواسطة التدليس، و كذلك هو الحال بالنسبة لمبدأ حسن النية الذي ترتّبت عنه و استخلصت منه، مجموعة جديدة من الالتزامات التعاقدية، كالالتزام بالإعلام، و الالتزام بالتعاون، و الالتزام بالنصيحة[37]، أو كما هو الحال في استخدام فكرة السبب لإقامة التناسب ما بين الاداءات التعاقدية[38]، و لعلّ هذا ما كان يكشف عن ثراء قواعد النظرية العامة، لكنه بات غير كافي و لا فعّال مقارنة مع التشريعات الخاصة.

فقد انقلبت المعادلة، فبعدما كانت القواعد العامة هي التي تعطي النماذج القانونية و تمد التشريعات الخاصة، أصبحت هذه الأخيرة هي التي تبتكر و تطوّر القواعد الجديدة ملائمة للعلاقات التعاقدية، و ما تفرضه من إقامة توازن، و عليه انتقلنا من فكرة الإنتاج إلى فكرة الاستيراد –بعد إصلاح النظرية العامة– ، كما يرى البعض، بأن مبادئ المساواة الفعلية، و أيضا مبدأ التوازن التعاقدي، و كذا التضامن التعاقدي، لديها القدرة على تفسير القواعد التي تعاكس النظرية العامة، و من جهة أخرى تسمح بتطوير قواعد العقد عبر تطبيقات جديدة[39]، و لعلّ هذا مؤكد من خلال عدة آليات جديدة، منها ما اعترف به القانون المدني الفرنسي بعد تعديله، بشأن الإكراه الاقتصادي بموجب المادة 1143 ق.م[40]، الذي كرسّه تحت تأثير التشريعات الخاصة، خاصة القانون التجاري، الذي يعترف بالممارسات المقيدة للمنافسة، عبر محاربة وضعية الهيمنة و التعسف في السوق، و قد اعتبره الفقه، عيب جديد للرضا، و هو التعسّف في التبعية الاقتصادية، كما أنه فرضية جديدة للإكراه[41]، كما برّر رأي فقهي آخر هذا

التحديث، بأنه مساهمة من قانون المنافسة، الذي أصبح يمدّ القانون المدني بالآليات المناسبة، لأن هذا الأخير لم يكن يملك الحلول الكافية و الفعّالة.[42]

من جهة أخرى، فالتشريعات الخاصة ازدادت قوة تأثيرها و اتساع قواعدها، بعدما صار الفقه الحديث، يتكلم عن نظرية عامة للتشريعات خاصة[43]، تجتمع حولها مجموعة من القواعد الخاصة تشترك فيها مجموعة من التشريعات الخاصة، فعلى سبيل المثال، نجد الالتزام بالإعلام في إطار قانون حماية المستهلك، و أيضا قانون الممارسات التجارية، و أيضا قانون التأمينات[44]، و انتشار الالتزام بالسلامة في مجموعة كبيرة من العقود[45]، و عليه التساءل ماذا بقي لمجال النظرية العامة للعقد في مواجهة هذا التكتّل الخاص من التشريعات الخاصة ؟

في هذا الشأن، اعترف الكثير من الفقه بضعف النظرية العامة للعقد، من جراء التقنيات النوعية التي تمنحها التشريعات الخاصة للمتعاقد الضعيف، لأن القواعد العامة ستكتمل قواعدها مستقبلا بتأثير القواعد الخاصة عليها[46]، لأن القواعد العامة، جاءت بأحكام جديدة مستوحاة من التشريعات الخاصة، لأجل ملء الفراغ المتروك من التشريعات الخاصة، و هناك من يرى أنه مصدر لتغذية القواعد العامة و المساهمة في إيجاد القواعد الحمائية.[47]

بينما رأى البعض الآخر[48]، بأن هناك مبادئ قانونية جديدة، تظهر كوعاء قانوني يستوعب مجموعة من التقنيات و التطبيقات الجديدة، التي جاءت بها التشريعات الخاصة، كمبدأ المساواة الفعلية الذي يبرّر الالتزام بالإعلام، و مهلة التفكير، و كذلك مبدأ التوازن التعاقدي الذي يواجه الشروط التعسفية، و كذا مبدأ التضامن التعاقدي الذي يسمح بإيجاد الالتزامات جديدة تفرض على المتعاقد القوي.

نتيجة ذلك، فإنّ عقيدة الاستيراد لابد و أن تكون أمرا متقبّلا من جانب القواعد العامة، **أولا:**لأن التشريعات الخاصة تعمل في مجالات أكثر خصوصية، و بالتالي تكون دائما الأقرب للوضعية التعاقدية، من خلال ابتكار الحلول الخاصة و الفعّالة، **ثانيا:** إن التشريعات الخاصة هي تشريعات متنامية لا يمكن إيقافها و لا إيقاف قواعدها الجديدة **ثالثا:** على النظرية العامة للعقد أن تسعى إلى تجديد أحكامها بما يتوافق مع تطوّر العلاقات التعاقدية، و اعتمادها أساسا على ما تملكه التشريعات الخاصة من قواعد مبتكرة، و أخرى متطوّرة–بعدما كانت في القواعد العامة–، **رابعا:** إنّ القواعد العامة ما تزال في بدايتها لمنافسة القواعد الخاصة ، لكون القواعد الخاصة لا تزال قواعد تفضيلية لفئة الضعفاء عكس القواعد العامة.

4) من عقيدة المساس بالعقد إلى عقيدة التجديد:

مما لا شك فيه، بأن التشريعات الخاصة جاءت بقواعد و تصوّرات تناقض كليا النظرية العامة للعقد، فمن حيث التصورات، فبدل التسليم بالمساواة المجردة كان هناك الاعتراف للمساواة الفعلية و الحقيقية ما بين المتعاقدين، و من حيث المبادئ ، فبدل إطلاق الحرية المطلقة كان هناك تقييد للحرية المطلقة، و بالتالي استبعاد مبدأ سلطات الإرادة من تنظيم العقد، و حلّ محله التوجيه التشريعي الذي

يفرض قواعد أمرة بدل قواعد مكلمة لإرادة المتعاقدين[49]، و لم تعد النظرة الفردية لها دور في الوقت الحالي، بل هي عبارة عن منتوج جماعي للقواعد القانونية[50]، و هذا ما أدى إلى طرح فكرة الوظيفة الاجتماعية للعقد.[51]

ففي هذا الشأن، انطلقت التشريعات الخاصة، من فرضية الامساواة بين المتعاقدين[52]، و لعلّ أبرزها، قانون حماية المستهلك، الذي يوجّه حمايته لفئة المستهلكين، و قد جاء بتحديثات مهمة في تنظيم العلاقة التعاقدية، من خلال مرحلة تكوين العقد، عبر مناقضة مبدأ الرضائية بفرض شكلية إعلامية جديدة على عاتق المحترفين من قبل المشرع[53]، و أيضا التدخّل في تنظيم محتوى العقد، و بالتالي تقييد حرية المستهلك و المتدخل في تحديد مضمون العقد، من خلال التزامات مفروضة بقوة القانون في صورة الالتزام بالإعلام، و الالتزام بالمطابقة و الالتزام بالسلامة[54]، أين عدّت هذه التحديثات في مقام تجديد العقد من حيث تكوينه[55]، الأمر كذلك بشأن مرحلة تنفيذ العقد، أين صار المساس بالقوة الملزمة للعقد، عبر الاعتراف بمنع الشروط التعسفية و أيضا تكريس حق التراجع في العقد[56]، و التوسيع أيضا من الأثر النسبي للعقد لصالح الدعوى المباشرة ، و أيضا لصالح نظرية الترابط التعاقدي بين العقود و هذا لصالح صفة المستهلك.[57]

من جهة أخرى، ارتبط مفهوم العقد بالأمن القانوني، الذي معناه الحفاظ على توقعات المتعاقدين، من خلال عدم المساس بمحتوى العقد، و عدم تعديل اتفاق الاطراف، بل يجب تنفيذه لتحقيق توقعاتهم، و بمفهوم المخالفة، فإنّ كل تدخّل لتعديل العقد هو مساس بتوقعات المتعاقدين، لكن حاليا، صار الأمن القانوني يستجيب لمقتضيات جديدة و مغايرة، عبر الانتقال من الحفاظ على توقعات الأطراف إلى تصحيحها، و من عدم المساس بالعقد إلى تعديله و مراجعته، و صار التصحيح هو ضمان لتوقّعات الأطراف، بعد أن كان مساسا.[58]

هذا الأمر جعل بعض الفقه[59]، يدعو إلى إعادة النظر في النظرية العامة للعقد، بفعل جمودها، إذ تصبح قواعد نظرية أكثر منها حيوية، و تصبح غير فعّالة أمام تزايد القواعد الخاصة الحيوية و الفعّالة، و بالتالي فهي تواجه خطر تزايد التشريعات الخاصة،بفعل تضييق مجالها.[60]

مما أدى ببعض الفقه، إلى التفكير في منهجية تغيّر ذلك الفرق الكبير في الأحكام الحمائية بين القواعد الخاصة و القواعد العامة، من أجل بقاء النظرية العامة للعقد في القانون الخاص[61]، كما اقترح البعض، تدعيم و تعزيز القانون العام للعقود من جهة، و إضعاف القواعد الخاصة من جهة أخرى[62]، و عليه نؤكّد بدورنا على ضرورة تقبّل فكرة التجديد، لأنها السبيل الوحيد لاستمرار النظرية العامة للعقد بصورة متوازية مع التشريعات الخاصة، خاصة عبر التعويل على التصوّر التضامني للعقد[63]، لكن هذا الإصلاح العقائدي، لا يمكن أن يكتمل بدون القيام بإصلاح تقني من حيث الآليات و الأدوات.

ثانيا: إعادة النظر في آليات النظرية العامة للعقد: إصلاح تقني

تستلزم الخطورة الثانية من مرحلة إصـــلاح النظرية العـــامة للعقد، القيام بإصـــلاح تقني واسع لهذه

الأخيرة[64]، و لعل هذا يمر عبر فكرة إدماج آليات و تقنيات جديدة، و أيضا تقبل فكرة تفوق التشريعات الخاصة على نظريتها العامة من حيث القواعد النوعية التي يتمسك بها المتعاقد الضعيف، و يمر هذا الإدماج التقني، عبر تفعيل بعض الآليات التي تعرفها القواعد العامة **(1)** بالإضافة إلى ضرورة الاعتراف بالتدخّل في العقد عبر توسيع السلطات المتدخلة**(2)** و من جهة أخرى تقبّل آليات و تقنيات جديدة أتت بها التشريعات الخاصة، و يراد إدماجها ضمن النظرية العامة**(3)**.

1) تفعيل نماذج قانونية ضمن النظرية العامة للعقد:

لقد كشفت التشريعات الخاصة عن قواعد جد نوعية، و صرامة في توجيهها لا يعرف لها مثيل في القواعد العامة ، و هذا الأمر قد كان محل رفض شديد من طرف الفقه من أجل التعويل عليه، لتجديد النظرية العامة للعقد[65]، و هذا ما دفع إلى التعويل و البحث عن آليات قانونية جديدة، تنمو من خلالها القواعد الحمائية، و في نفس الوقت تكون النظرية العامة منطلقها الأول و ليس التشريعات الخاصة.

في هذا الشأن، لوحظ بأن القواعد العامة كانت و لا تزال مصدرا أصيلا للكثير من الأدوات و القواعد التي استخدمت لحماية المتعاقد الضعيف، سواء من طرف الاجتهاد القضائي[66]، أو من طرف التشريعات الخاصة، –كما اشرنا سابقا– ، و من ثمة فإنّ أولى خطوات الإصلاح تبدأ من خلال تفعيل و إحياء المبادئ التي تكتنزها القواعد العامة، و جعلها في خدمة المتعاقد الضعيف، و لعلّ أهمها نجد مبدأ حسن النية ، الذي يحمل دلالات أخلاقية و تضامنية في العقد، و قد دافع الفقه الحديث، عن مبدأ حسن النية، كأحد أهم المقوّمات المعوّل عليها لتحقيق التوازن التعاقدي، إذ يلعب في نظر الفقه، وظيفتين، **فالوظيفة الأولى**، و هي الوظيفة المعدّلة و تسمى برقابة سلوك المتعاقد سيئ النية، أما **الوظيفة الثانية**، و هي الوظيفة المكمّلة ، و التي تسمح للقاضي بإثراء المحتوى الإلزامي للاتفاق[67]، لكون البحث عن تحقيق التوازن العقدي هو غاية المساواة و العدالة التعاقدية، و تحقيق ذلك مرتبط بحسن النية قبولا و ردعا[68]، كما يظل مبدأ حسن النية نموذجا قانونيا ليس له حدودا معينة[69]، بل هو وعاء تستقبل فيه كل الواجبات المفروضة عبر القاضي في شكل الإنصاف و العدالة، و خاصة النزاهة.[70]

من جهة أخرى، فإنّ إصلاح القانون المدني الفرنسي، كان مناسبة لتمديد مجال إعمال مبدأ حسن النية، لأنه كان محصورا في تنفيذ العقد، كما في المادة 3/1134ق.م.الفرنسي قبل التعديل، لكن الآن امتد للمفاوضات و قطع العلاقة التعاقدية، كما جاء في المادة 1104 ق.م، و المادة 1112ق.م ، و بالتالي فهو تحديث جوهري[71]، و قد تفاءل بعض الفقه الفرنسي بهذا الأمر[72]، لأن هذا التعديل لقانون العقود، سمح بتعدّد النماذج القانونية في العقد، لعلّ أبرزها مبدأ حسن النية، و من شأن هذا أن يعطي معيارية للقاضي بشأن واجب النصيحة بين المتعاقدين ، كحال واجب المقرض أو البنكي الالتزام بحسن النية، و هذه الالتزامات يعوّل عليها كثيرا في إثراء العقد، كما يرى البعض الآخر[73]، بأن **حسن النية يعيد التنوّع للقواعد العامة**، من خلال فرض واجبات على المتعاقدين ، كواجب النزاهة في تنفيذ العقد، و أيضا إعادة التفاوض في تكوين العقد، و هذا ما يجعل كل متعاقد ينفّذ التزاماته بصورة نزيهة، و من جهة

أخرى، نأمل من المشرع الجزائري، بأن يقوم بتفعيل المادة 1/107 من ق.المدني، التي تشير إلى مبدأ حسن النية في التنفيذ، عبر توسيع مجالاتها و أدواتها و أيضا الالتزامات الناتجة عنها، كما هو الحال في القانون رقم 02/04 الذي أشار في فصله الرابع، إلى الممارسات التجارية غير النزيهة.

من جهة أخرى، يدعو الفقه الحديث، إلى التعويل على مفهوم التضامن التعاقدي، الذي يعدّ مبدأ حسن النية أحد محاوره الأساسية ، و وسائله الفعاّلة، لأن التضامن التعاقدي يبرّر الحلول التقنية الأكثر تنوّعا لقانون العقود[74]، لأنه يجدّد صورة العقد ، لينقلها للنظرية العامة للعقد، عبر ضرورة توجيه العقد من خلال فكرة التضامن التعاقدي بمعناها الواسع، عبر فرض النزاهة، التضامن، حسن النية، الذي يقود المتعاقدين للتعاون فيما بينهم.[75]

2) ضرورة إعادة النظر في السلطات المتدخلة في العقد:

تمر أيضا مرحلة الإصلاح التقني للنظرية العامة للعقد، عبر توسيع سلطة القاضي ضمن النظرية العامة للعقد(أ) كما يجب أيضا تقبّل سلطات جديدة، ضمن مسعى إعادة التوازن التعاقدي **(ب)** .

أ) توسيع سلطة القاضي في العقد:

إن تجسيد العقيدة الجديدة التي يأمل أن تعيد النظر في قواعد النظرية العامة للعقد، لابد من إرفاقها بأدوات قانونية فعّالة، و لنا في هذا الإطار دور القاضي الذي طالما كان محل رفض من أنصار المذهب الفردي[76]، و محل ترحيب من أنصار المذهب الاجتماعي التضامني[77]، لأن كل حركة تغيير و تجديد و إصلاح داخل النظرية العامة للعقد، لابد و أن يكون للقاضي الدور البارز فيها.

ففي هذا الإطار، يرى الفقه بأن العقد يتطوّر مع فكرة الموضوعية، التي تفرض تدخلات سلطة خارجية عن الأطراف، و لعلّ أهما سلطة القاضي[78]، من خلال توسيع سلطاته، التي تعيد النظر في القوة الملزمة للعقد من جهة، و من جهة أخرى تساهم في تطوّر القواعد العامة للعقد[79]، و هذا الأمر هو الذي يتجاوز به القاضي المنظور الكلاسيكي للعقد[80]، كما يرى البعض[81]، بأنه ينبغي تجاوز فكرة جوازية تدخل القاضي إلى وجوبية التدخل ، و بالتالي السماح له بالتدخل من تلقاء نفسه.

من جهة أخرى، فقد حمل التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي، اعترافات واسعة لسلطة القاضي في العقد، عبر العديد من التطبيقات و الآليات، من أجل مراجعة العقد، و تحقيق التوازن المطلوب، منها المادة 1135 ق.م الخاصة بتوابع العقد، و من جهة أخرى، فكرة السبب من خلال المادة 1131 ق.م، الذي يتعلّق ببطلان الشرط دون العقد، **و** عليه فالتعديل جاء بأمر جديد، و هو في فرض التدخّل القضائي عبر مضمون العقد، الذي هو بمثابة تطوّر محسوس ، من خلال المادة 1195 ق.م، المتعلّقة بالظروف الطارئة[82]، و التي تسمح للقاضي بمراجعة العقد، لكن مع ذلك هي محبوسة في معالجة ضيّقة فقط، من جهة أخرى فتح إصلاح القانون المدني، طريقتين جديدتين للبطلان الجزئي للعقد، عبر المواد 1170ق.م [83]، و المادة 1171ق.م من القانون المدني، المتعلّقة بعقد الإذعان. [84]

رأى الفقه تعقيبا على هذا التعديل[85]، أن دور القاضي سيحدث طابعا مرنا في العقد، من خلال

توقّعات جديدة لقواعد القانون، و هي تعدّ من الثمار الأليمة للإصلاح[86]، بينما اكتفى البعض الآخر[87]، بالقول بأن الإصلاح حمل هوامش جديدة للقاضي في العقد.

أما عن مكانة القانون المدني الجزائري من هذا التعديل، فيمكن القول بصورة عامة، أنه لا جديد بالنسبة إليه، لكون مسألة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، سبق المشرع الجزائري نظيره الفرنسي بالأخذ بها من القانون المدني المصري، و هو الحال كذلك بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة، و أيضا إمكانية تعديل قيمة الشرط الجزائي بموجب المادة 2/184 ق.م، لكن من جهتنا، نرى بأن للقاضي دور جد مهم في تحريك القاعدة القانونية، من خلال تطوريها و الاعتماد عليها لإيجاد حلول جديدة، و بالتالي يبقى دوره أساسا في العقد، بعد أن كان ثانويا في زمن مبدأ سلطان الإرادة.

ب) الاعتراف بالسلطات الإدارية المستقلة في العقد :

لقد أثّر تطوّر وظيفة الدولة ، و انتقالها من مفهوم الدولة المتدخلة إلى مفهوم الدولة الضابطة على مضمون القواعد القانونية، و لعلّ أهمّها إنشاء سلطات إدارية مستقلة، تتولى مهمة تأطير و ضبط السوق في العديد من المجالات، و الأهم من ذلك ، هو اهتمام هذه السلطات المستقلة، بمراعاة التوازن ما بين الحقوق و والالتزامات ما بين الفاعلين في السوق، و تتولّى الدفاع عن مسألة التوازن التعاقدي ما بين الأطراف، و هذا بعد أن أصبحت السلطات الإدارية المستقلة تمثل مصدرا جديدا في قانون العقود[88]، و بدورها أصبحت تشارك دور القاضي في العقد، من ذلك لجنة البنود التعسفية من أجل إقصاء بعض البنود التعاقدية، و من أجل إجراء رقابة قبلية قبل ظهور الشروط التعسفية [89]، و التي تساهم حسب المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06 / 306 في الدور الوقائي و العلاجي لمواجهة الشروط التعسفية[90]، و برّر الفقه هذا[91]، بعدم فعالية الرقابة القضائية للشروط التعسفية، و بالتالي هناك لجنة الشروط التي لديها هدف وقائي و مسبق،و هذا فضلا عن الاستعانة لاحقة بالهيئات الإدارية المستقلة في صورة مجلس المنافسة كحذف البنود عدم المنافسة[92]، أو تعديل الأسعار التمييزية[93]، و قد برّر الفقه هذا التدخل من السلطات ، من زاوية فشل و عدم قدرة الوسائل الفردية بالمقارنة مع الوسائل الجماعية، كتدخّل مجلس المنافسة أو لجنة الشروط التعسفية، للدفاع عن المصالح العامة و الخاصة في نفس الوقت.[94]

3) تقبّل قواعد و آليات حمائية جديدة:

إن أهم عامل يدفع لقبول قواعد جديدة ضمن النظرية العامة للعقد، هو إدماج معادلة القوة و الضعف التعاقدي، الذي غيبتها فرضية المساواة المجردة و الحرية، و التي كانت مانعا أمام دمج مفهوم التفاوت الاقتصادي في التحليل القانوني[95]، و هذا ما أتت به التشريعات الخاصة، و كرسته عبر آليات مواجهة الضعف للتعاقدي، بشتى وسائله، سواء الضعف المعرفي(أ) أو الضعف الاقتصادي(ب) .

أ/ إدماج قواعد جديدة لمواجهة الضعف المعرفي:

لاحظ الفقه، بأن قانون حماية المستهلك جاء بنزعة جماعية و وقائية في معالجة الضعف الاحق بفئة المستهلكين، و بذلك اختار منطقا مغايرا عن النظرية العامة للعقد، بشان نزعتها العلاجية في صورة

عيوب الرضا، و الفردية لحماية المتعاقد الواحد و فقط [96]، و من أجل ذلك فإن تعزيز مكانة النظرية العامة مقارنة مع التشريعات الخاصة، يمر عبر تصدير هذه الأخيرة للآليات الجديدة التي طورتها بشأن حماية و سلامة رضا المتعاقد الضعيف، و يمر هذا الأمر، من خلال تعزيز و الاعتراف الصريح بالالتزام بالإعلام ضمن النظرية العامة، كما هو الاعتراف بشأنه ضمن قانون حماية المستهلك، بنص المادة17 [97]، و أيضا نص قانون الممارسات التجارية رقم 02/04، على الالتزام الإعلام بالأسعار و التعريفات و شروط البيع، فيما بين الأعوان الاقتصاديين في المادتين 7 و 9 [98]، و هذا ما سارع إليه تعديل القانون المدني الفرنسي، الذي كرس الالتزام بالإعلام بصورة صريحة عبر المادة 1112-1 ق.م[99]، و نحن بدورنا نفضل تكريسه من منطق الالتزام بالتعاون[100]، الذي يفرضه التضامن التعاقدي ما بين المتعاقدين[101]، و ما يعزّز هذا الالتزام هو الاعتراف بالشكلية الإعلامية التي أصبحت ميزة العلاقات التعاقدية، عبر تدخل المشرع لفرض مجموعة كبيرة من البيانات الإعلامية الإلزامية على مجموعة من العقود، التي تستهدف ضرورة حماية ضعف المعرفي للمتعاقد، عبر تنوير رضاه و جعله متبصرا قبل دخوله العملية التعاقدية.[102]

يضاف إلى ذلك، الحث على تكريس مهلة التفكير، من أجل تجنّب فرضية الموافقة دون تفكير مسبق و مستنير لبناء قرار سليم حول إبرام العقد من عدمه، و في هذا تدعيما للالتزام بالإعلام، و بالتالي تحقيق التكاملية في حماية سلامة الرضا[103]، و هذا في انتظار تكريسها فعليا من قبل القانون الجزائري[104]، كما فعل المشرع الفرنسي في عدة عقود. [105]

ب/ إدماج قواعد جديدة لمواجهة الضعف الاقتصادي:

عبر تأثّر التشريعات الخاصة، كقانون حماية المستهلك، و خاصة قانون المنافسة، و قانون الممارسات التجارية، بمظاهر القوة التعاقدية، فقد كان ردها ايجابيا عبر الاعتراف بآليات قانونية تواجه بها هذه القوة، و ظهر هذا الأمر بداية من القانون رقم 02/04، أين كرّس تعريفا جديدا لمفهوم العقد، وهو عقد الإذعان الذي اعترف به صراحة، عبر المادة في المادة 3 / 4 إلى تعريف عقد الإذعان (عقد : كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه) و لعلّ هذا الاعتراف راجع إلى الاهتمام الصريح من قبل المشرع الجزائري بحقيقة العلاقات التعاقدية، التي صارت غير متوازنة، الامر الذي دفعه للاهتمام أكثر بالشروط التعسفية، من خلال تعريفها و وضع قائمة من تلك الشروط، تضمّنتها المادة 29 من هذا القانون[106]،و اتبعت بقائمة أخرى تضمّنتها المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 [107]، و في هذا الشأن فإنه ينبغي أخذ هذا التعريف بعين الاعتبار ضمن النظرية العامة للعقد، مفهوما و تطبيقا[108]، كما فعله التعديل قانون العقود في فرنسا، من خلال المادة 1110ق.م.ف، و هذا يمثّل في نظر الفــقه، الوجه الجديد للقواعد العامــة المقابل لعقد المــساومة، و الذي كرّس التصوّر الحديث للعقد.[109]

من جهة أخرى، واجه قانون المنافسة، مظاهر القوة التعاقدية فيما بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، عبر وجود وضعية الهيمنة في السوق للمتعاقد نحو المتعاقد الآخر[110]، كما نصت عليه المادة 3/الفقرةج[111]،من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدّل و المتمّم، أو التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية لأحدهم اتجاه الآخر[112]، كما نصت عليه أيضا المادة 3 الفقرة د[113]، من الأمر رقم 03/03.

في هذا الإطار، كان القانون المدني الفرنسي في تعديله لقانون العقود، سباقا للاعتراف و دمج آلية جديدة تواجه بها مظاهر القوة الاقتصادية، من خلال تكريس عيب الإكراه الاقتصادي، الذي دافع عليه الاجتهاد القضائي كثيرا من أجل محاربة الوضعيات التعسفية الاقتصادية ما بين المتعاقدين[114]، و ذلك بموجب المادة 1143 ق.م[115]، و قد أثنى معظم الفقه بعد إصلاح قانون العقود على تكريس المشرع الفرنسي لعيب الإكراه الاقتصادي، و أبدى ارتياحه بموجب ذلك التكريس، فقد لاحظ البعض[116]، بأن هناك تطوّر في إصلاح قانون العقود، و الاهتمام بوضعية تعسف المتعاقد في قوته التعاقدية. [117]

يبدو بأن عيب الإكراه الاقتصادي، سيساهم من جهة في تطوّر قواعد النظرية العامة للعقد، باعتباره يعطي تصوّر جديد لعيب الإكراه، و من جهة أخرى يوسّع من مجال تطبيق القواعد العامة، لكي تنصرف إلى قدر أكبر من العقود و الأطراف، كفئة المحترفين.

الخاتمة:

نخلص للكلام من خلال هذه الدراسة، أن الإصلاح العقائدي، مغزاه إعادة النظر في طريقة التعامل مع التشريعات الخاصة، باعتبارها مصدر و عاملا لتطوير القواعد بعدما كانت ضمن النظرية العامة عبارة عن قواعد جامدة، و من جهة أخرى هي عامل لإثراء محتوى هذه النظرية، عبر تقبّل تفوّق قواعدها الخاصة، و التي تدفع بدورها النظرية لإحياء تصوراتها الجامدة، و عليه نؤكد بأن بقاء المنافسة بين التشريعات الخاصة و العامة، هي حقيقة لا بد من الاعتراف بها، كما أنّ التشريعات الخاصة ظاهرة متنامية و متزايدة، يصعب التحكم فيها و إيقافها.

لذلك، ندعو إلى إصلاح مستعجل للنظرية العامة للعقد، إن أريد لها البقاء، و هذا أخذا بعين الاعتبار الحقائق الجديدة للعلاقات التعاقدية، لأن مصير الإصلاح النظرية العامة للعقد، لا بد أن يقع على الكليات و ليس على الجزئيات و فقط، و بمعنى آخر لا بد أن يقع التجديد على التصوّرات الكلاسيكية للنظرية، كالانتقال من المساواة المفترضة إلى المساواة الفعلية، و كذا الانتقال من الحرية التعاقدية المطلقة إلى الحرية التعاقدية المقيّدة، و ليس الاكتفاء بالتقنيات المجسّدة لذلك، في صورة بعض التطبيقات، بل لابد من تغيير النظرة، عبر فرض المساواة و العدالة التعاقدية.

الهوامش:

1- القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر العدد 15، المعدّل و المتمّم، بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 10يونيو 2018، ج.ر35.

2- الأمر 03-03 المؤرخ 19 جويلية2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 ، المعدّل و المتمّم بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 ، جريدة الرسمية عدد 36 بتاريخ 2 يوليو 2008 ، و كذلك عدل و تمم بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 18 اوت 2010.

3- القانون رقم 02/04 الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 27 جوان 2004 ، ج.ر العدد 41، و المعدل و المتمم بالقانون رقم 06/10 ج.ر العدد 46.

4- سواء من حيث تكوين العقد، عبر مبدأ الرضائية، و الحرية التعاقدية، أم من حيث تنفيذ العقد، عبر مبدأ القوة الملزمة للعقد، و كذا مبدأ نسبية العقد.

5 -**J-P. Pizzio**, op.cit, p53. **G. Loiseau**, La puissance du contractant en droit commun des contrats, .A.J.C.A. décembre, 2015, p.496.

6 **-C. Noblot**, op.cit,p02, voir aussi, **J-P. Chazal** ,op.cit,p 10.

7- لكن اعترفت النظرية ببعض الآليات بمسألة تصحيح المساواة و التوازن، من ذلك عبر نظرية عيوب الرضا، أنظر المواد بداية من المادة 81 إلى المادة 91 من القانون المدني ، أو عن طريق الغبن، أنظر المادة 358 بشأن بيع العقار، و المادة 415 بشأن عقد المقايضة، و المادة 732 بشأن القسمة من القانون المدني، أو عن طريق نظرية الظروف الطارئة، انظر المادة 107 الفقرة 3 من القانون المدني، و الاعتراف بالحماية للطرف المذعن في عقد الإذعان، المادة 110 و أيضا المادة 112، ق. المدني.

8- أنظر على سبيل المثال:

Ch. Jamin , D. Mazeaud, la nouvelle crise du contrat. _ Acte du colloque du 14/mai/2001 , organisé par le centre René Demogue de l'université de Lille II ; Dalloz-Sirey, collection thème et commentaire, paru le 30/1/2003, **E. Savaux**, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? LGDJ, 1994,p 05.

9 **-C. Noblot**, la qualité du contractant comme critère légal de protection, L.G.D.J ,2002, p 699.

10- أنظر: **شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة الجزائر-1- ،2016/2015. ص 31 و ما يليها، **بعجي أحمد، تأثير التّوجيه التشريعي على النّظرية العامة للعقد**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-، 2019/2018، ص 143 و ما يليها.

C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997,p357.

11- أنظر، **نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد**، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-، 2013/2012، ص 61 و ما يليها، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 02 و ما يليها، بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 03 و ما يليها.

12 -**F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette**, Les obligations, Dalloz, 11 éd, Tome 1, 2013.p.34.

13 -**Ph. Stoffel-Munck .** L'autonomie du droit contractuel de la la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, RTD com, 2012., p 709et 710.

14- أنظر المادة 281 من القانون المدني.

15- **Ph. Stoffel-Munck**, ibid, p 715

16 - أنظر:

L.GRYNBAUM. et M. NICOD, Le solidarisme contractuel **,** Paris, Economica, 2004.

17- **M. Claude Mitchell et T. de Lannoy**, Abus de Puissance Contractuelle et Pratiques Commerciales Restrictives .A.J.C.A. Décembre 2015, p 499.

18- **C. Noblot**,op,cit,p06.

19- **E. Savaux**,op.cit, p 05.

20 -**J. Calais-Auloy**, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ. 1994,p240, et 245.

21- **P. Lokiec**, Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004, p36.

22- **J-P. Chazal**, De la puissance économique en droit des obligations, thèse, Grenoble, 1996,p21et 25 .

23- **G. Loiseau**,op.cit, p496.

24- **Th. Revet**, une philosophie générale ? , colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série, n°15.

25 -**J-P. Chazal,** op.cit, p70et 71 et 72.

26- **J.calais –Auloy et H-temple**, droit de la consommation, 9 édition, Dalloz .2015, p02et 03.

27- **حسين محمد عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية**، دار النهضة العربية، 2007، ص 107.

28- كما جاء في القانون رقم 02/04، حين عرّف و حدّد معيار تقدير لشرط التعسفي، في نص المادة 3 الفقرة 5(كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد).

29 -**J-P. Pizzio**, La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, in droit du marché et droit commun des obligations, RTD com. 1998, p55.

30 -**جاك غستان ، المطوّل في القانون المدني ، الجزء الأول ، تكوين العقد** ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ، 2008، ص 103 و 104.

31 -**E. Saveaux**, exciste-t-il une thérie générale des contrats spéciaux, LPA , 28 novembre 2012, n°238, p02.

32 - كان لإصلاح قانون المدني الفرنسي سنة 2016، تأثيرا مهما على القواعد الحمائية، بحكم التلاقي المباشر بين الشريعة العامة للعقود و التشريعات الخاصة، من تلك القواعد ، هناك تنظيم مسألة الشروط التعسفية، و الاعتراف بعقد الإذعان في القانون المدني الفرنسي، زيادة على قانون الاستهلاك و القانون التجاري، انظر في هذا الشأن:

M. changny et **E. Claudel**, réforme du droit des contrats et droit de la concurrence : des filiations multiples, RTD.Com, n°3, 2016, p 452.

-33 -**H. Barbier**, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10février 2016, RTDciv, n° 2, avril- juin, p250.

34 - **N. Balat**, Réforme du droit des contrats: et les conflits entre droit commun et droit spécial?, chro,D, 2 Avril 2015, n°13.p 700.

35 -**H. Barbier**,op.cit, p 251.

36- " أعتقد جازمة أن نظرية عيوب الرضا هي مصدر كثير من المبادئ التي صيغت بحجم أكبر في القواعد الخاصة لتقيم التوازن العقدي، بل هي نواة لكل الحلول و الحماية الواردة لاحقا..." **عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد،** أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1- كلية الحقوق، 2015/2014، ص 278.

37 - **O. Deshayes**, la formation des contrats , colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série, p 26 et 27.

38 - **G. Ripert**, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 1949,p 157. **C. Thibierge-Guelfucci** , op.cit ,p 375.

39 -**H. Barbier.**op.cit,p 259. **A. Bénabent. L. Aynes,** Réforme du droit des contrats et des obligation : Aperçu générale, Dalloz , 25 Févier 2016,n°4,p 435.

40**. Thibierge-Guelfucci**,, op.cit, p 357.

41- **Article 1143 «** Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

42 - **O. Deshayes**, op.cit, p27 et28.

43 - **B. Montels**, la violence économique , illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTDcom , n°3 , 2002, p417.

44 -**F. Collart Dutilleul**,la théorisation des contrats spéciaux ; du droit des contrats au droit des biens, RDC .2006/2 , P 605. **E. Saveaux**, exciste-t-il une thérie générale des contrats spéciaux, LPA , 28 novembre 2012, n°238, p02.

45- كما جاء في الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، المؤرخ في 25 جانفي 1995، ج.ر العدد 13، المعدل و المتمم، و على سبيل المثال ما جاء في المادة 15 من هذا الأمر، التي تلزم المؤمن له إعلام المؤمن، بالبيانات اللازمة و الضرورية لتقدير الخطر في أية مرحلة كان عليها العقد.

46- **أنظر، شوقي بناسي، الالتزام بالسلامة: تطوّر مستمر بأبعاد مختلفة،** مجلة معارف، جامعة البويرة، العدد24، جوان 2018، ص 13.

47 -**M. changny** , réforme du droit des contrats et droit de la concurrence : sur le titre : des filiations multiples le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats, RTD.Com, n°3, 2016, p 458.

48- مثلا، أنظر بخصوص هذه الفكرة، مسألة الإكراه الاقتصادي قبل إدماجها في القانون المدني الفرنسي:

B. Montels,op.cit, p 416.

49- شوقي بناسي، الرسالة السابقة، ص 554.

50 - أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 102 و ما يليها.

51- **R. Savatier,** Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'Aujourd'hui,op.cit, p27.

52- فطيمة نساخ، المرجع السابق، ص 02 و ما يليها.

53-**Y. Guyon** , rapport de synthése, colloque organisé 24-25 octobre 1997, droit du marché et droit commun des obligation ; RTD.Com,1998, n°1 , p 128.

54- أنظر: ، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 32 و ما يليها، أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 90 و ما يليها.

F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit, 2013 p 160.

55-**.j. Calais-Auloy**,L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, op.cit,p239.

56 - أنظر، شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 314 و 315.

57 -أنظر شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 317 و ما يليها. أحمد بعجي، المرجع نفسه، ص 120 و ما يليها.

58- **J-P. Pizzio**, op.cit, p54.

59- أنظر، أحمد بعجي، **الأمن القانوني: مفهوم ملازم للتوازن الموضوعي في العقد**، مداخلة مقدمة، ضمن فعاليات اليوم الدراسي المنظّم بجامعة الجزائر-1- ، كلية الحقوق ، " الأمن القانوني في الجزائر"، 05 ديسمبر 2017، ص 16.

60- **R. Cassin**, Lois spéciales et droit commun, D. 1961, Chron, n°18.

61-**N. Balat**, op.cit, p 699.

62- **E. Savaux**, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, op.cit, p 5.

63- « ne peut être sauvegardée qu'à la condition d'un renforcement du droit commun et un affaiblissement des contrats spéciaux » **L. Cadiet,** Interrogations sur le droit contemporain des contrats, in Le droit contemporain des contrats, Economica 1987, p.7 et suiv., n°25, cité par, **J-P. Chazal**, op.cit , p 165.

64- أنظر، أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 433.

65 - يرى البعض، بأن عملية الإصلاح التقني لقانون العقود، يمر عبر عدة آليات، من بينها، تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد، تكريس الحلول الوقائية إلى جانب العلاجية، إصلاح نظام عيوب الرضا، تفعيل دور حسن النية، النص على أحكام الشكلية، تجديد فكرة النظام العام، الاهتمام بظاهرة الترابط بين العقود، تقوية سلطات القاضي، تنظيم مدة العقد، التخلي عن بعض النظريات الكلاسيكية، تلطيف قواعد البطلان و الفسخ، توضيح قواعد الاسترداد، اعتماد جزاءات جديدة، أنظر: **شوقي بناسي ، مقدمة في الالتزامات**، الطبعة 2018، دار الخلدونية، ص 516.

66 - **P. Lokiec**, op.cit, p76

67 -و على سبيل المثال، استخدام ففكرة السبب، عبر المادة 1131 ق.م قبل التعديل في إقامة التناسب بين الاداءات التعاقدية، أنظر في هذا الشأن:

D. Mazeaud, Le nouvel ordre contractuel, op.cit, p 296 et 310.

68-Y.-Marie Laithier, l'obligation d'excuter le contrat de bonne foi –est-elle susceptible de clause contraire ?Dalloz, 09 janvier 2014, p 37.

69-عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص205.

70- T. Genicon, obligations d'exécuter le contrat de bonne foi : beaucoup de modération, R.D.C/ Mars n°1,2017, p 14.

71- **J. P. Chazal** , Les Nouveaux devoirs des contractants:est-on alle trop loin ? **Ch. Jamin , D. Mazeaud,** la nouvelle crise du contrat. _ Acte du colloque, op.cit, p115.

72- **D. Mazeaud,** Observations conclusives, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série, p54 et 57.

73 - **L. Aynès**, le juge et le contrat : nouvaux roles ?, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série,p15.

74 **-F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette**, op.cit, p 50.

[1] 75- **P. Rémy**, la genèse du solidarisme, Le solidarisme contractuel, op.cit, p 04.

76- **L. Grynbaum**, la notion de solidarisme contractuel, Le solidarisme contractuel , op.cit, p 25. **C. Thibierge-Guelfucci** , op.cit ,n°02.

77 - **J. P. Chazal** , Les Nouveaux devoirs des contractants:est-on alle trop loin ?op.cit, p 105 et 106. **P. Ancel** , la force obligatoire jusqu'ou faut-il la défendre ? **Ch. Jamin , D. Mazeaud,** la nouvelle crise du contrat. _ Acte du colloque ,op.cit, p165.

78 - **B. Fages**, nouveaux pouvoir, le contrat est-il encore la « chose » des parties ?, la nouvelle crise du contrat. sous la direction, **Ch. Jamin , D. Mazeaud _** Acte du colloque op.cit, p154.

79 - **Th. Revet** , objectivation ou subjectivation du contrat, quelle valeur juridique ?, la nouvelle crise du contrat. sous la direction, **Ch. Jamin , D. Mazeaud _** Acte du colloque op.cit,p93.

80 - **C. Thibierge-Guelfucci**, ibid, 371.

81 - **D. Mazeaud**, Le nouvel ordre contractuel, op.cit,p 319 et 320.

82 –شوقي بناسي، الكتاب السابق، ص 521.

83 - **Article 1195 aliéna1 «** Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation… »

84- **Article 1170 «** Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

85- Article 1171 « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »

86 - **L. Aynès**, le juge et le contrat : nouvaux roles ?, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série, p 14 et 15.

87- **L. Aynès**,ibid, p 15.

88 - **H. Barbier**,op.cit, p 256.

89 - Le renouvellement des sources du Droit des obligations, Association Henri Capitant, journées nationales, Tome 1,L.G.D J , Paris, 1996.

90 – لقد نظّم المشرع هذه الهيئة الإدارية عبر المرسوم التنفيذي 06 / 306 من خلال المادة 8 منه، وحدّد تشكيلة لجنة البنود التعسفية، " تتكون اللجنة من الأعضاء الأتي ذكرهم : –ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة ، مختص في مجال الممارسات التجارية رئيسا،–ممثل (1) عن وزير العدل ، مختص في قانون العقود،–عضو (1) من مجلس المنافسة ،–متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة و مؤهلين في قانون الأعمال و العقود،–ممثلين (2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال و العقود، أما عن كيفية تحديد الأشخاص في هذه اللجنة فيكون حسب نص المادة (09) من المرسوم 306/06 بموجب قرار من الوزير المكلف بالتجارة ، باقتراح من الوزراء و المؤسسات المعنية و ذلك لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد.)

91 – تتمثّل مهام اللجنة حسب المادة 7 ، في: (–البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين و البنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ التوصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية،–إمكانية القيام بكل دراسة و أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين،–مباشرة كل عمل أخر يدخل في مجال اختصاص كل لجنة).

92- **A. Sinay-Cytermann,** la commision des clauses abusives et le droit commun des obligation, RTD civ, 1985,n°3, p 474.

93 –تنص المادة 23 من الأمر رقم 03/03(تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص"مجلس المنافسة" تتمتّع بالشخصية القانونية و الاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة).

94– أنظر المادة 11 من الأمر رقم 03/03 الذي يحضر الممارسات التي تؤدي إلى التعسّف في وضعية التبعية الاقتصادية.

95-**J.Rochefeld**, nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats,RTDciv,2001, p 677.

96- **J-P. Chazal**, op.cit, 1996, p 16.

97-**J. Calais-Auloy**,op.cit, p 241.

98– المادة 17 من القانون رقم 03/09 المعدل و المتمم(يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم و وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة....)

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

100 -**Article 1112-1** « 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. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation...»

101 -**C. THIBIERGE- GUELFUCCI,** op.cit, p384.

102 – أنظر، أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 200.

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

104- أحمد بعجي، المرجع نفسه، ص 207.

105 -أنظر، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 126.

106- **D. Ferrier**, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D. 1980.n°9.

107- تظهر المادة 29 من القانون رقم 02/04 مجموعة من البنود التعسفية محظورة بقوة القانون،تبدو على شكل مراحل، فالشروط المقترنة بمرحلة تكوين العقد، تضمنتها الفقرة 1 و2 من المادة (أخذ حقوق و التزامات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة معترف بها، بينما المتعلقة بتنفيذ العقد، تضمنتها الفقرة 3 و 4 5 و 7(-امتلاك حق تعديل العناصر الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعسفية. - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها).أما الفقرة 7 (فتنص على (التفرد بتغيير أجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ الخدمة) بينما الشروط المتعلقة بانحلال العقد، تضمنتها الفقرة 6 و 8 من نص المادة 29، (رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته) أما الفقرة8 (تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة).

108- تضمّن أيضا المرسوم التنفيذي رقم 306/06 عدة شروط تعسفية من خلال المادة 5 منه، و التي تظهر أيضا على مراحل، فالشروط المتعلقة بتكوين العقد، نصت عليها المادة 5 في الفقرة 2 (تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2و3 أعلاه)، أما الفقرة 7 (فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد)، بينما تتمثل الشروط المقترنة بالتنفيذ، وذلك في عدة فقرات بدءا من الفقرة 3 (الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك) أما الفقرة5(التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته) كذلك الفقرة8(الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه) أما الفقرة 9(تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته) أما الفقرة10(فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك) الفقرة11 (الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الجبري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق)،أما الفقرة12(يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطه). بينما الشروط المتعلقة بانحلال العقد، تضمنتها الفقرة الفقرة 4 من المادة5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06(عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع التعويض).

109- راجع مبرّرات أكثر، أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 211 و ما يليها.

110 -**Th. Revet**, Les critéres du contrat d'adhésion, Article 1110 nouveau du code civil, Dalloz ,15septempre 2016, n°30, p 1771.

111- كما نصت عليه المادة 15 من القانون رقم 02/04(تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذ كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو الخدمة متوفرة، لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات و المنتوجات المعروضة بمناسبة المعارض و التظاهرات)

112 -"...ج- **وضعية الهيمنة:** هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شانها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها، .."

113 - كما أشارت المادة 11 من الأمر رقم 03/03 المعدّل و المتمّم (يحظر على كل مؤسّسة التعسّف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان يخل بقواعد المنافسة، يتمثّل هذا التعسف على وجه الخصوص في:

-رفض البيع بدون مبرر شرعي،

-البيع المتلازم أو التمييزي،

-الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،

-قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة،

-كل عمل من شأنه أن يقلّل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق.).

114 -"...د- **وضعية التبعية الاقتصادية:** هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا..."

115- **B. Montels**, op.cit, n°12.

116- **Article 1143 «** Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

117- **G. Loiseau**, op.cit, p497.