النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة: فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد

General theory of contract and private legislation: a different philosophy but interest is the same

نســـاخ فـــطيـــمـــة [1]،

كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، f.nessakh@univ-alger.dz

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

الملخص

ضل العقد من اهتمام المشرع والفقه والقضاء الكل عمل على الإبقاء على العقد عوض انهياره، لذلك كل من النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة اللاحقة للشريعة العامة وسيلة للمحافظة على العقد وذلك لن يكون إلا بالاهتمام بمصالح المتعاقدين معا.

إن اختلاف التصور لكل من الشريعة العامة والتشريعات الخاصة اختلاف في الجوهر وليس اختلاف في الهدف، فكليهما يسعيان إلى تحقيق العدالة و الاستقرار والأمن ولو بآليات مختلفة لكنها في خدمة العقد.

الكلمات المفتاحية: العقد ، النظرية العامة ، التشريعات الخاصة ، العدالة ، الاستقرار

Abstract :

The contract lost the interest of the legislator, jurisprudence, and the judiciary. All worked to keep the contract instead of its collapse. Therefore, both the general theory of the contract and the special legislations following the general Sharia are a way to preserve the contract and that will only be by paying attention to the interests of the contractors together.

The difference in perception of both the general Sharia and the special legislations is a difference in substance and not a difference in purpose. Both seek to achieve justice, stability and security, even with different mechanisms, but they are in the service of the contract.

Key words : Contract, general theory, special legislation, justice, stability

لمؤلف المرسل: نساخ فطيمة، الإيميل: f.nessakh@univ-alger.dz

المقدمة

ورد في تعريف العقد فقها عدة تعاريف عرفه البعض أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني [1]، أو هو اتفاق للإرادة تحقيقا لآثار قانونية [2] ، فهو ظاهرة اجتماعية ووسيلة للتبادل الاقتصادي في نفس الوقت [3] ، نظرا لارتباط العقد بالحياة الاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع كان سببا في التحول الذي أنحى إليه المشرع في إطار التشريع المنظم للعلاقة العقدية ، ففلسفة العقد تغيرت من زمن إلى زمن آخر ، فكان لابد من تبيان هذا التحول والمطالبة بالتجديد والتحيين كهدف لابد من تحقيقه مستقبلا إذا أردنا الحفاظ على ما يسمى بالنظرية العامة للعقد .

فمع التطور أصبح الكلام عن أزمة العقد أي عن عدم مسايرته للمعطيات الجديدة ، وكذلك عن التشريعات الخاصة التي أصبحت تهتم بالعقد فتنظمه بعيدا عن الأحكام العامة بآليات جديدة بالنظر للأحكام العامة ، لذلك قيل أنه اليوم ليس سهلا التكلم عن النظرية العامة للعقود [4] في ظل المعطيات الجديدة الواقعية .

وردت عدة تساؤلات في موضوع التشريعات الخاصة والنظرية العامة للعقد، نحاول معالجة في إطار هذه الورقة البحثية جملة من التساؤلات منها هل التشريعات الخاصة أن تلحق بالأحكام العامة المنظمة للعقد؟ هل في خروج المشرع في تنظيم العلاقة العقدية خارج الأحكام العامة في إطار التشريعات الخاصة اعترافا منه بحلول التشريعات الخاصة محل الأحكام العامة ؟ هل إبقاء المشرع للنظرية العامة للعقد إلى جانب التشريعات الخاصة المنظمة للعقد اعترافا منه على بقاء الهيكل القديم المنظم للعقد ؟

إن النظرية العامة للعقد والتشريعات ينطلقان حقيقة من فلسفة مختلفة لكن لهما اهتمام واحد، نتعرض بالتالي الاختلاف الوارد ما بين النظرية العامة والتشريعات الخاصة من حيث الفلسفة المعتمدة (أولا)، ثم نتناول القاسم المشترك والاهتمام الواحد الذي يجمع بينهما (ثانيا).

أولا: النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة: فلسفة مختلفة

نظم المشرع العقد وفق القانون المدني بمقتضى المواد من 54 إلى 123 ، وتجسد هذه المواد النظرية العامة للعقد أي الشريعة العامة التي تحكم قيام أية علاقة عقدية.

بالرجوع إلى الإحكام العامة نلاحظ جملة من الأفكار ومبادئ جسدت فلسفة العقد القائمة على التصور الفردي من جهة ومن جانب آخر لاحظنا تجسيد للأفكار الاجتماعية ، هذا ما يدل أن المشرع الجزائري في وضع الأحكام العامة للعقد تأثر بالمذهب الفردي والمذهب اجتماعي على حد السواء .

لكن هذا التأثر بالأفكار والفلسفات لم يمنع من وجود فوارق ما بين الأحكام العامة والتشريعات الخاصة، فاختلاف الفلسفة حمل جملة من الفوارق ما بين التصورين ، ففلسفة مختلفة وأسس مختلفة وآليات مختلفة ومتعددة لكنها في كلا النظامين تسعى للإبقاء على العلاقة العقدية على أساس من العدالة والتعاون المتبادل مابين أطراف العلاقة العقدية.

نعالج في هذه الورقة البحثية شبه مقارنة ما بين الأحكام المنظمة للعقد سواء في الشريعة العامة أو في التشريعات الخاصة، للبحث ما يجمع ما بين التصورين وما يفرقهما وما هو الجديد الذي حملته التشريعات الخاصة للعلاقة العقدية والتي بوجودها أصبحنا أمام تساؤل مهما جدا ماذا بقي من النظرية العامة للعقد في ضل تزايد التشريعات الخاصة ؟ هل نحن أمام زوال لهذه النظرية أم أننا مجبرين لتحيين و تجديد هذه الأحكام المنظمة للعقد في القانون المدني ؟ .

للإجابة على هذا الطرح الوارد لابد لنا الرجوع إلى أسس وفلسفة كل من النظرية العامة للعقد وإلى أسس ومبادئ التي تقوم عليها التشريعات الخاصة ، فيظهر لنا بذلك مدى خدمة التشريعات الخاصة للنظرية العامة للعقد في تنظيم العلاقة العقدية والإبقاء عليها لكن مع تحيينها وتجديدها وفق الاهتمامات الحالية.

لنا أن نقول أن النظرية العامة للعقد تقوم على أساس المساواة المجردة [1]، أما التشريعات الخاصة فأساسها المساواة الفعلية والواقعية [2].

1 :النظرية العامة للعقد قائمة على المساواة المجردة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة المحرك للعقد اعتمادا على الفلسفية الفردية التي تقدس الحرية الفردية، فالفرد هو محور للقانون وفق التصور الفردي وما المجتمع إلا في خدمته ، ومصلحته الخاصة محور أو الغاية أو من أولويات القانون، فالإنسان وفق هذا التصور الفردي بما أنه أختار التعاقد فإنه يتحمل ما قام به من علاقات عقدية ، فكل ما هو عقدي فهو عادل فالعدالة كلها عقدية ومن قال عقدا قال عدلا كما ذكر Fouillée [5]، ولا يلزم الفرد إلا بإرادته، فتقديس الفرد أو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة أساس النظرية التقليدية للعقد.

يراد بالمساواة المجردة تلك المساواة السياسية أي مساواة في الحقوق والواجبات بغض النظر عن المراكز الاقتصادية للأطراف، وبغض النظر عن معارفهم الفنية ومدى قدراتهم على مناقشة بنود العقد [6].

يمكن لنا أن نقول مبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا تجسيد للمبادئ الفردية التي تقدس الإرادة الفردية، وبمقتضى هذا المنحنى المقدس للفردية أي الفرد ورد ما يعرف بالتصور التقليدي للعقد أو ما يسمى النظرية التقليدية للعقد والمقصود بها " المبادئ التي أستقر عليها العقد أثناء فترة ازدهاره في ضل المذهب الفردي ، وهي مجموعة الأفكار الفلسفية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع الليبرالي " [7].

ووفق مبدأ سلطان الإرادة تولد عنه عدة آثار وهي القوة الملزمة للعقد أي أن الحرية أساس القوة الملزمة للعقد والأثر النسبي للعقد والمتمثل في أن آثار العقد لا تنصرف إلا للمتعاقدين والحرية العقدية فللفرد التعاقد أو عدم التعاقد ممارسة للحرية، وإن كانت مبادئ متولدة عن المبدأ الأم وهو مبدأ سلطان الإرادة ، فبانهياره تراجعت هذه المبادئ المتولدة عنه، وأخذ الفقه القانوني ينكر ما تقضي به تعالم المذاهب الفردية من تقديس الفرد وجعله محور التشريع وغايته، فاتجه عكسيا [8] فلم يعد الفرد يمارس الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد فالفرد أصبح أحيانا اليوم مجبر على التعاقد كالتأمين عن السيارات ، كذلك بالنسبة للأثر النسبي للعقد أصبح العقد لا يقتصر على متعاقديه بل يمتد إلى الغير ، كذلك الحال

بالنسبة للقوة الملزمة للعقد فأصبح القاضي والمشرع يتدخل في العلاقة العقدية لتنظيمها مثل إلقاء المشرع الالتزامات الإضافية على أحد المتعاقدين خاصة في عقود الاستهلاك ، والتدخل القضائي في العقد مثل إقصاء القاضي للشروط التعسفية في العقد وفي حالة الظروف الطارئة كذلك، هذا ما يؤكد أن مبدأ سلطان الإرادة المبني على الحرية الفردية أصبح مع التطور الحاصل في الواقع مجرد أسطورة تراجع مع المساوئ التي ألحقها هذا المبدأ، و مع التطور الحاصل في المجتمع أصبح النظام الاجتماعي في الدولة يهدف أولا إلى الصالح العام وليس إلى صالح فرد معين على حساب الآخرين [9].

إن تراجع مبدأ سلطان الإرادة نتيجة للتحول الحادث في الواقع لأسباب اقتصادية واجتماعية وتكنولوجية [10] يعد من الأسباب التي أثرت على القواعد التقليدية لنظرية العقد ، كمبدأ الرضائية من خلال فرض الشكليات الجديدة ، ومبدأ الحرية التعاقدية من خلال تنظيم مضمون العقد [11].

انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة وتقديس الحرية الفردية فإن المشرع في إطار النظرية العامة لم يعتد بالتفاوت الموجود ما بين الأفراد فمنح المشرع الحماية للمتعاقد باعتباره متعاقد (أ) ، وأن العدالة تتحقق بممارسة الحرية (ب) ، بالتالي الآليات المتوفرة في النظرية العامة قاصرة على تقديم الحماية الجدية للطرف الضعيف (جـ) .

أ: حماية المتعاقد كمتعاقد

إن أساس النظرية التقليدية للعقد التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة هي إرادة المتعاقد، فاهتم المشرع بالإرادة الفردية، فقدم الحماية للمتعاقد كمتعاقد ، وجسد هذه الحماية بما يسمى نظرية عيوب الإرادة، بمعنى اهتم بسلامة الإرادة المتعاقدة، ولم يشترط أبدا ضرورة مناقشة المضمون العقدي ولا التوازن العقدي ، فطالما يلتزم المتعاقد بإرادته الحرة ورضاه سليما خال من عيب ، فله أن يلتزم بما يشاء وبالثمن الذي يريده [12].

فالقواعد العامة المنظمة للعقد تعرف المتعاقد كمتعاقد، ففي عقد البيع تعرف البائع والمشتري ودواليك في كل عقد على حده، فقدم المشرع الحماية للمتعاقد وفق القواعد العامة حماية لاحقة على إبرام العقد وليست سابقة له كإبطال الشروط التعسفية في عقود الإذعان، لذلك قيل أن الحماية المقررة في القواعد العامة للمستهلك ليس باعتباره مستهلكا بل باعتباره مشتري [13].

ب: العدالة تتحقق بممارسة الحرية

إن سيادة الأفكار الفردية التي أساسها الإيمان بالحرية الفردية أدى إلى اتساع فكرة المساواة وانقلبت المطالبة بإصدار حقوق الإنسان إلى المطالبة بالمساواة ما بين الأفراد، ولم يدم الحال على أساس الحرية الفردية وذلك بعد الثورة الصناعية أين أصبحت المطالبة بالمساواة ما بين الطوائف الاجتماعية ثم أتسع إلى المطالبة بالمساواة ما بين الطبقات ثم المساواة ما بين الشعوب [14] ، مرد هذا التحول التغير الحاصل في المجتمعات التي أصبحت تنادي بالعدالة الاجتماعية والتي لن تتحقق بتقديس الفرد.

إن الحرية الفردية هي أساس التعاقد وفق النظرية التقليدية وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة ، فساد بذلك أن ما أختاره الفرد لنفسه فهو عادل ولا يمكن تصور خلاف ذلك، فبما أن المتعاقدين ارتضيا التعاقد فتتحق العدالة بممارسة الحرية، لذلك وفق القواعد العامة ليس للقاضي سلطة واسعة بل عليه احترام إرادة المتعاقدين، فيلتزم القاضي باحترام إرادة المتعاقدين فيما تم الاتفاق عليه بينهما مادامت لا تخالف القاعدة القانونية الآمرة [15] .

جـ : آليات حمائية قاصرة عن تحقيق الحماية للطرف الضعيف

إن تنظيم العقد وفق التصور التقليدي للعقد التي أساسها مبدأ سلطان الإرادة فقدمت الحماية للمتعاقد كمتعاقد ، فلا يمكن أن يعتد وفق هذا التصور بما يعانيه الفرد من ضعف إلا المنصوص عليه في الأحكام العامة ، حقيقة نجد الآليات الحمائية للمتعاقد التي حصرها المشرع في نظرية عيوب الإرادة خاصة في مرحلة إبرام العقد وحماية القاصر[16]، وقدمت مثلا نظرية الظروف الطارئة وقت تنفيذ العقد التي الغرض منها إعادة التوازن العقدي ، وغيرها من الآليات المكرسة في الشريعة العامة ، فلا يمكن لنا أن نجزم أن نظرية العامة للعقد نظرية قاصرة لأنها تقوم على قيم ومبادئ تعارض ما هو من مبادئ وقيم المعروفة في التشريعات الخاصة ، فالنظرية العامة للعقد قدمت الحماية للمتعاقد وفق أرضية فردية ترفض المساس بهذه الحرية ، فهي حماية لاحقة للتصرف أو الواقعة القانونية في شكل جزاء قضائي لا يخدم مصلحة الطرف الضعيف [17] .

لا يمكن لنا أن نقول أن المشرع لم يقدم ولم يعرف صفة الطرف الضعيف ، الحقيقة أن المشرع نظم ما يسمى بعقود الإذعان وفق المادة 70 من القانون المدني ، حيث تناول مباشرة طبيعة إرادة الطرف الضعيف " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها "، هذا التناول من المشرع لإرادة المذعن أنه يقدم تسليم ورضوخ وإذعان تصريحا منه أنه هذه العقود لها من الخصوصية، بالتالي صنف إرادة الطرف الضعيف لكنه لم يوسع من الحماية له بل قصرها في السلطة الممنوحة للقاضي وذلك عند وجود الشروط التعسفية وفق مادة 110 مدني " ... جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ...." .

كذلك بما يعرف بنظرية الضمان في القواعد العامة فأثبت الواقع عدم كفايتها لحماية الطرف الضعيف ، فالضمان وفق القواعد العامة يعطي حلولا ووسائل تكاد تكون غير ملائمة للمتعاقد منها رد المبيع أو استبقاء المبيع زائد التعويض [18] ، في حين في التشريعات الخاصة منها تشريع الاستهلاك فهو التزام قانوني يتقرر بقوة القانون ولا حاجة للاتفاق على ذلك وأحكامه من النظام العام [19] ، وذلك وفق المادة 13 من قانون حماية المستهلك .

2 : التشريعات الخاصة قائمة على المساواة الفعلية الواقعية

ظهرت التشريعات الخاصة لعوامل واقعية بحتة، نظرا لما تحقق من مظالم نتيجة ممارسة الحرية الفردية، فتشكلت ما بين الأفراد جملة من الفوارق سواء اقتصادية أو اجتماعية أو علمية، ما أدى إلى عدم

مسايرة ما هو موجود في الأحكام العامة المنظمة للعقد من مفاهيم وآليات، التي عجزت عن تحقيق العدالة ما بين الأفراد ، فظهرت التشريعات الخاصة التي حملت في طياتها جملة من المبادئ وآليات خدمة للأفراد بصفة عامة وخدمة للفرد المتعاقد الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، لذلك الحماية المقررة للطرف الضعيف في العقد هي حماية سابقة عن حدوث الضرر أو ما يسمى بالحماية الوقائية.

يمكن لنا أن نقول أن هذه التشريعات الخاصة تعتد بالفوارق ما بين الإفراد ، سعيا لتحقيق العدالة العقدية المتخلفة لأسباب خارجة عن التعاقد ، فكان لابد لتحقيق هذه العدالة العقدية التأكيد على عوامل التضامن والتعاون ما بين المتعاقدين أي إضفاء على العقد نوعا من الأخلاق العقدية فأصبح من الضروري على المتعاقد اتخاذ دائما سلوكا إيجابيا في مواجهة المتعاقد الآخر وذلك انطلاقا من العهد الذي أعطاه كل متعاقد وهو أن يكون نزيها ومخلصا وهذه هي المسطرة الأخلاقية التي تنظم قانون العقود [20]، فمن اجل تحقيق العدالة العقدية كان لابد تحول العقد من المفهوم الفردي إلى مفهوم اجتماعي وذلك لإرساء العدالة الاجتماعية [21] .

إن فلسفة التشريعات الخاصة القائمة على الاعتداد بالفوارق الموجودة ما بين الأفراد (أ) ، التي من خلالها سطر المشرع تحقيق العدالة العقدية في العقد (ب) ، وذلك عن طريق التأكيد ضرورة سيادة التعاون والتضامن ما بين أطراف العلاقة العقدية (ج) ، فقدم بذلك وفق هذه التشريعات آليات جدية لحماية الطرف الضعيف في العقد (د) .

أ : الاعتداد بالفوارق ما بين الأفراد

يعد تطور وظيفة الدولة من العوامل الرئيسية التي أثرت على مفهوم العقد، فأصبحت الدولة تهتم لحاجيات الأفراد ذوي الدخل البسيط تحقيقا لمصلحته الخاصة هذا ما جسدته خاصة التشريعات الاجتماعية التي هي حقيقة في خدمة الأفراد من الجانب الاجتماعي، فتدخل بذلك المشرع في العقد وقدم الحماية للعامل والمستهلك والمؤمن له في مواجهة الطرف القوي في العقد، فكان تدخل المشرع في إطار العلاقة العقدية بمقتضى قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها وكل اتفاق على مخالفتها يعد باطلا، لكن يجوز مخالفتها وذلك في زيادة للحقوق الطرف الضعيف فقط وهذا هو الجديد في إطار القواعد الحمائية للطرف الضعيف.

إن التفاوت ما بين الأفراد سببا في ضرورة تحيين الأحكام المنظمة للعقد، فتقوم نظرية التقليدية على أساس المساواة المجرد ولا يعتد هذا التصور بالمساواة الفعلية، لذلك بالرجوع إلى التشريعات الخاصة ونذكر منها قانون الاستهلاك فإن المشرع أقام التشريعات الخاصة على عامل التفاوت ما بين الأفراد، سعيا منه لتحقيق المساواة الفعلية ما بين الأفراد تحقيقا للعدالة العقدية، فأصبح بذلك القانون يسعى لتحقيق مصلحة المتعاقد الطرف الضعيف في العقد وكأنه أصبح التعاقد وفق عقود الإذعان هو الأصل وهذا ما نستشفه في فلسفة التشريعات الخاصة خاصة منها التشريعات الاجتماعية، وبذلك يصدق القول هنا أن القانون الصالح هو الذي يحقق السعادة للغالبية، وإن كانت تتعارض مع مزاج الذين يعتقدون أن الأقليات يجب أن تحمى حماية كاملة [22] .

فنلتمس تغير التصور في تعريف العقد وفق ما جاء في المادة 3 الفقرة الرابعة من قانون الممارسات التجارية من تعريف للعقد التي جاء في فحواها أن " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأذيه خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخيرة إحداث تغيير حقيقي فيه " ، ربما أراد المشرع أن يجعل منه أي عقد الإذعان في تعريف العقد بدل التعريف الوارد في المادة 54 مما يعد تجديدا حقيقيا لنظرية العقد [23] .

فالتطور الحاصل في الواقع أثر على الروابط العقدية التي تطورت وتغيرت[24]ولم تعد كما هي عليه مند وضع قانون العقود، هذا ما يستدعي من المشرع تحيين قانون العقود ليعود متماشيا مع الوضع الحالي.

ب: تحقيق العدالة العقدية

إن العدالة قيمة أولية تعتبر غاية للقانون بحد ذاتها ، فهي بذلك روح النظام القانوني والغاية الأسمى له [25]، فالعدالة مفهوم فلسفي مؤداها إعطاء لكل شخص ما يعود له، ويراد بالعدالة في إطار العقد إعطاء لكل متعاقد حقوق التعاقدية التي تعود له [26]، فنتيجة للتطور الحاصل في المجتمعات كان لابد الرجوع إلى القيم الاجتماعية والأخلاقية وذلك لرفع الغبن عن الفرد وحماية للمتعاقد الطرف الضعيف في العقد، فأصبح اهتمام المشرع بتحقيق العدالة العقدية، وذلك أن التصور القائل أن تحقيق العدالة محقق بممارسة الحرية أثبت الواقع عدم صحة هذا التصور، فهذه الحرية قد لا تحقق العدالة من جهة إذا كانت العلاقة بين المتعاقدين غير متكافئة [27] .

من هنا فتحقيق العدالة اليوم هو تحقيق العدالة العقدية المبنية على أساس التعاون والتضامن مابين المتعاقدين لتحقيق المصلحة لكل متعاقد في العلاقة العقدية، فالعدالة العقدية في صورتها الجديدة أو مضمونها الجديد لم تعد تحتكم للمبدأ الحسابي، بقدر ما أصبحت الإرادة المشتركة للمتعاقدين محل اعتبار [28] .

سعيا لتحقيق العدالة العقدية كان لابد التنازل عن مقولة أن العقد هو مجرد تعارض للمصالح والذي يجعل منه أداة للتنافر [29]، فالعقد بعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة أصبح له مفهوم جديد وهو أنه ذلك الإطار الذي لابد أن يسود فيه التعاون والتضامن بين أطراف العلاقة العقدية وذلك لتحقيق العدالة العقدية، والتعاون الذي لابد أن يسود في العلاقات العقدية الغير المتساوية يقتضي مراعاة الجو والمحيط الذي توجد فيه العلاقة العقدية [30] .

جـ : سيادة فلسفة التعاون والتضامن وأخلقه العلاقة العقدية

نظرا لمساوئ التي تولدت عن سيادة المبادئ الفردية وأثرها على الإحكام المنظمة للعقد ، تغير التصور القانوني للعقد، فأعيد التفكير في أحكام العقد، وكان ذلك بالرجوع إلى القيم الاجتماعية والأخلاقية، فأصبح اليوم مطلوب من المتعاقد التعاون والتكافل في العلاقة العقدية مع المتعاقد الآخر، فلابد من الحوار والمساعدة على العمل المشترك وروح المساعدة المتبادلة [31]، فأصبح بذلك على المتعاقد أن يأخذ بعين الاعتبار مصالح المتعاقد معه ، وهذا ما يمكن تسميته بالتكافل التعاقدي [32] .

د: آليات جدية لحماية الطرف الضعيف (ضبط سلوك المتعاقد الطرف القوي، إقصاء الشروط التعسفية)

نظرا للتطور الذي عرفه المجتمع وظهور الفوارق ما بين الأفراد أي المتعاقدين في حالة التعاقد، ونظرا لعدم كفاية القواعد التقليدية لتحقيق الحماية للمتعاقد الطرف الضعيف ، جعل المشرع يفكر ويقدم آليات لحماية الطرف الضعيف في العقد ، فأختار وسيلتين إما ضبط سلوك المتعاقد الطرف القوي في العقد وذلك بإلقاء عليه بعض الالتزامات القانونية وإما مراقبة المضمون العقدي وذلك بإقصاء ما يسمى بالشروط التعسفية، وبذلك أقر للطرف الضعيف في العقد الحماية الجدية سعيا منه لتحقيق التوازن في العلاقة العقدية خدمة للإبقاء على العقد فتحقيقا للأمن القانوني الذي يرتبط على عامل استقرار المعاملات المدنية وعدم انهيارها.

نلاحظ أن مع التطور أصبح للمشرع الدور الرئيسي في تنظيم بعض العلاقات العقدية، لكن هذا لا ينفي أن العقد منشأه الإرادة لكن في العمل على استقراره يعود لدور المشرع والقاضي على حد السواء.

لنا أن نقول على سبيل المثال للدور الفعال للالتزام بالإعلام الذي أقره المشرع حماية للمستهلك على عاتق المتدخل في عقد الاستهلاك ، فيعد هذا الالتزام العامل الرئيسي لتنوير إرادة المستهلك بالتالي يكون المستهلك في مأمن إذا نفذ المتدخل هذا الالتزام بحسن نية وبكل موضوعية.

أما بالنسبة للمضمون العقدي فالمشرع حارب وجود الشروط التعسفية في العقد والتي تضر بمصلحة المستهلك، التي بوجودها في المضمون العقدي تخل بتوازنه، فهي تلك الشروط التي يدرجها المحترف في العقد بالإرادة المنفردة أو يشترطها شفهيا وتحقق هذه الأخيرة فائدة المحترف [33]، فمنح للقاضي سلطة في محاربتها إعمالا بالسلطة المقررة له قانونا لكن مع الإبقاء على العقد وإعفاء الطرف الضعيف منها، وبذلك يكون قد حقق الغاية المتوخاة من وجود هذه التشريعات وهي تكريس الحماية الفعالة للطرف الضعيف في العقد.

يراد بمضمون العقد تلك البنود التعاقدية التي يتفق عليها طرفا العقد [34]هذا هو التعريف الإيجابي للبند التعاقدي التي يفترض أنه يحقق مصالح كلا أطراف العقد ، لكن بالنسبة للبند التعسفي فإن ولو وجد اتفاق ما بين المتعاقدين فإن المشرع حارب هذا المضمون التي ترد فيه الشروط التعسفية وفق للسلطة التي منحها للقاضي.

بذلك قدم المشرع جملة من الضمانات وإجراءات حماية وقائية سابقة وأخرى لاحقة [35] فيما يخص حماية المستهلك ضمانا لأمن وسلامة المستهلك منها الالتزام بالسلامة والالتزام بالمطابقة، والالتزام بالنصيحة والالتزام بالإعلام اللذان يهدفان على حماية المستهلك من خلال نصيحته وإعلامه وإخباره بالأخطار التي تحتويها المنتوجات المعروضة للاستهلاك [36]وغيرها من الالتزامات القانونية التي قررها المشرع خدمة لحماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيف في مواجهة البائع أو ما أطلق عليه المشرع بالمتدخل وفق المادة 2 الفقرة السابعة وهو " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك ".

ثانيا : أحكام النظرية العامة و التشريعات الخاصة : لهما اهتمام واحد

يمكن لنا أن نقول رغم الاختلاف القائم مابين الأحكام والتشريعات الخاصة على أساس الفلسفة المختلفة لكل منظومة، هذا لا يمنع أن نقول أن كليهما يجتمع مع الآخر في فكرة واحدة وهي أن كليهما يهدف إلى الإبقاء على العقد باعتباره وليد الإرادة التي يعتد بها القانون ووسيلة قانونية في خدمة الاقتصاد.

يمكن لنا أن نجسد الاهتمام الواحد ما بين أحكام الشريعة العامة للعقد والتشريعات الخاصة في أن كليهما يسعى إلى إقامة علاقة عقدية متوازنة من جهة (1) ، وكليهما يسعى إلى حماية المتعاقد وإن اختلفت الصفة أو التسمية (2) .

1: إعادة التوازن العقدي قاسم مشترك ما بين الأحكام العامة للعقد والتشريعات الخاصة

نتناول إعادة التوازن العقدي وفق النظرية العامة للعقد وكيف جسد (أ) ، ثم نعرج إلى التشريعات الخاصة ونحدد كيف جسد هذا المغزى (ب) .

أ: إعادة التوازن العقدي وفق النظرية العامة للعقد

حقيقة ليس لنا أن نقول أن المشرع وفق الشريعة العامة كان من اهتماماته تحقيق التوازن في العقد، لكن هذا لا يمكن نفيه بصفة مطلقة، لأن في الشريعة العامة يوجد ما يحيل إلى فكرة إعادة التوازن العقدي، لنا أن نقول مثلا بالنسبة لنظرية عيوب الإرادة فيما يسمى بعيب الاستغلال، وفيه المشرع أجاز للقاضي التدخل لإعادة التوازن العقدي وذلك بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون، نلتمس هنا أن القاضي وإن لم يجعل التوازن العقدي من اهتماماته بصفة مطلقة في الأحكام العامة للعقد فإنه لا يمكن الجزم بعدم وجود هذه الفكرة في الشريعة العامة، فالقاضي يسعى بذلك إلى إقامة التوازن في العقد [37].

نواصل في نفس الطرح بالنسبة للغبن الذي يعتبر عيبا في العقد، فيعرف الغبن أنه عدم التعادل الذي يعاصر العقد بين الالتزامات المتقابلة، فهو الخسارة التي تصيب أحد طرفي العقد في عقود المعاوضة [38]، فالمشرع وظف معيارا ماديا الذي يعتبر دليل على عدم توازن العقد، فأجاز للبائع الحق بالمطالبة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس (4/5) ثمن المثل.

نواصل نفس الطرح والبرهنة أن فكرة إعادة التوازن العقدي ليست جديدة ومن رحم التشريعات الخاصة بل عرفها المشرع في الأحكام العامة منها كذلك نظرية الظروف الطارئة والتي تثار في مرحلة تنفيذ العقد ، فأجاز المشرع للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (مادة 107 /3) .

وفق هذه النماذج من الأحكام المقررة في الشريعة العامة لنا أن نقول أن الاهتمام بالتوازن العقدي حقيقة ليس من اهتمامات الأحكام العامة وذلك ليس إلا لسبب أن هذه الأحكام تجسد التصور القائم على ممـــارسة الحرية حقيقة إلا أننا في القانون الجزائري بالإضافة تأثره بالنظرية الفردية إلا أنه جسد كذلك قيم أخرى.

إضافة للنظريات السابقة الذكر، عالج المشرع مسألة عدم التوازن العقدي في إطار المضمون العقدي أو ما يسمى بمحاربة ما يسمى بالشروط التعسفية ، تناولها المشرع فيما يسمى بعقد الإذعان، فوفق المادة 110 مدني أجاز القانون للقاضي أن يعدل هذه الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها وفق ما تقتضيه العدالة، هذا موقع آخر من خلاله المشرع حاول إعادة التوازن العقدي وذلك بسبب الشروط التعسفية التي تخل بالتوازن العقدي .

ب : إعادة التوازن العقدي وفق التشريعات الخاصة

حقيقة في إطار التشريعات الخاصة وبالتحديد التشريعات الاستهلاكية نلتمس هذا المنحنى في السعي إلى تحقيق التوازن العقدي، ويظهر وجود هذا المسعى بسبب صفة أحد المتعاقدين فوجود طرف ضعيف في العلاقة العقدية يبرر هذا الغرض المسطر في التشريعات الخاصة.

أهم آلية لإعادة التوازن العقدي في إطار العلاقات العقدية القائمة على عامل التفاوت وهي محاربة الشروط التعسفية ، فعرف المشرع في إطار قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية [39] الشرط التعسفي في أنه " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد "، وحصر في المادة 29 من نفس القانون الممارسات التعاقدية التعسفية وأعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود ما بين المستهلك والبائع جملة من الشروط التي تمنح للبائع حقوقا أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك ، كذلك فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد أي البائع بشروط يحققها متى أراد، وغيرها من الشروط التي حددها المشرع باعتبارها شروط تعسفية.

2 : الاهتمام بالمتعاقد قاسم مشترك مابين الأحكام العامة والتشريعات الخاصة

عرف المشرع العقد وفق المادة 54 " أنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين .... " فالعقد علاقة ما بين شخصين ، فيوجد ما يسمى بالمتعاقد التي يصدق على كلا الطرفين ، فالمتعاقد كصفة معروف سواء في الأحكام العامة والتشريعات الخاصة مثلا تعريف العقد وفق قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية 02/04 (المعدل والمتمم) وفق المادة 3 الفقرة الرابعة في أنه " كل أتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأذيه خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخيرة إحداث تغيير حقيقي فيه ".، حقيقة أصبح القانون يتناول مباشرة طبيعة الإرادة المتعاقدة وتكييفها أنه إذعان لا يمكن لها المشاركة في تحديد المضمون العقدي أي أنه طرفا ضعيفا.

أضف إلى ذلك أن حماية المتعاقد مجسدة سواء في الشريعة العامة وفق آليات معينة أين سعى المشرع إلى حماية المتعاقد كمتعاقد وحماية المتعاقد الطرف الضعيف لكن بطريقة ضيقة (أ) ، كذلك وفق التشريعات الخاصة كرس المشرع الحماية لكن بمفهوم مغاير عن الأحكام العامة فكانت حماية للطرف الضعيف فقط (ب) .

أ : وفق أحكام النظرية العامة للعقد : حماية المتعاقد كمتعاقد ومتعاقد طرف ضعيف بطريقة ضيقة

مع التطور الحاصل في الواقع تغير مدلول العقد فالمظاهر الجديدة للعقد كما تستنتج من التطور التشريعي والاجتهادي والعملي ، بدلت في العمق الظهور التقليدي للعقد ، فلم يعد العقد يقتصر على رابطة ما أشخاص أبرموه ، ولكنه يظهر ككيان تعاقدي كامل [40] ، إضافة أنه مع التطور أصبحت المناداة بأخلقة العلاقة العقدية وذلك لاعتبار الأخلاق العقدية في نظر الكثير من الفقه الحديث عاملا مهما في ترسيخ القواعد الحمائية في العقد ، وذلك عبر فرض المساواة والتوازن العقدي [41] .

وبالرجوع إلى الأحكام العامة المنظمة للعقد الواردة في القانون المدني ، نجد اهتمام المشرع في حماية المتعاقد كمتعاقد بغض النظر عن الصفة الملحقة به ، فأورد جملة من النظريات التي تطبق في أي عقد مثل النظرية عيوب الإرادة ، نظرية الضمان وغيرها من النظريات التي هي في خدمة المتعاقد .

ب : وفق أحكام التشريعات الخاصة : حماية المتعاقد الطرف الضعيف أساس وجود التشريعات الخاصة

لا يختلف اثنان حول فكرة التي مفادها أن التشريعات الخاصة قائمة على عامل التفاوت، فالمشرع خرج عن الأحكام العامة إلى التشريعات الخاصة لتحقيق حماية حقيقية للطرف الضعيف في العقد ، وهذا هو عنصر التفرقة ما بين التشريعات الخاصة والأحكام العامة المنظمة للعلاقة العقدية.

لذلك وفق التشريعات الخاصة فإن المشرع وسع من نطاق القواعد القانونية المنظمة للعلاقة العقدية مثل التوسع فيما يسمى بالالتزام بالضمان العيوب الخفية فلم يعد منحصرا في إطاره الكلاسيكي ، وإنما عرف تطورا مذهل خاصة على يد الفقه والقضاء الفرنسي ، وأصبح نقص الأمان بالمنتجات من قبيل التعيب المادي في السلعة [42] ، وجاءت صيغة القاعدة القانونية بخصوص هذه الالتزامات في شكل قواعد آمرة في حين أن في القواعد العامة المنظمة للعلاقة العقدية الأصل هي قواعد مكملة وتضييقا للقواعد الآمرة التي كانت غالبا في حدود عدم مخالفة النظام العام ، وفي التشريعات الخاصة الحمائية أصبح مخالفة بعض القواعد القانونية التي هي في مصلحة الطرف الضعيف التي في مخالفتها يعد مساسا بالنظام العام ، فالآليات التي تولدت وفق فلسفة التشريعات الخاصة منبثقة عن فكرة التضامن التعاقدي والتي يأمل فيها تجديد النظرية العامة للعقد [43] .

خاتمة

لا يمكن لنا الولوج في دراسة الأحكام العامة المنظمة للعقد دون الاستمرار في دراسة القواعد المنظمة للعقد في ضل التشريعات الخاصة، عرف العقد في كلا المنظومتين ولو وجد الاختلاف بينهما، والاختلاف راجع للتصور والمبادئ والأسس التي يقوم عليها كل تنظيم للعقد.

لذلك ليس لنا قطع صلة التشريعات الخاصة بمفهوم العقد المنظم وفق الشريعة العامة ، فحقيقة طرح الإشكال عن هذه التشريعات الخاصة ومدى صلتها بالشريعة العامة، وهل وجودها وقيامها على مبادئ جديدة وفلسفة خاصة يسمح لها أن تتكون نظرية عامة لمجموعة العقود التي نظمتها، هذه هي

جملة التساؤلات والإشكاليات والتي اختلف فيها الفقه القانوني ، لذلك إن بقاء النظرية العامة للعقد لا جدل فيه، وما التشريعات الخاصة إلا منفذ من خلالها يمكن أن تحين بها الشريعة العامة وهذا هو المنتظر من المشرع الجزائري حيث يقع عليه تحيين وتجديد الأحكام العامة المنظمة للعلاقة العقدية وفق التطورات والتحولات التي عرفها المجتمع من كل النواحي مثلما حدث في التشريع الفرنسي الذي قام بتجديد قانون العقود في 2016 .

أصبح من الضروري تحيين وتجديد الأحكام المنظمة للعقد الواردة في الشريعة العامة وذلك بتوظيف الحلول الموجود في التشريعات الخاصة ، وذلك بتجسيد الفلسفة القائمة في التشريعات الخاصة مع الفلسفة السائدة في الأحكام العامة ، علما أن الآليات المكرسة في التشريعات الخاصة لها من الجذور والمفهوم في الأحكام العامة منها نظرية الضمان ونظرية عيوب الإرادة ونظرية الشروط التعسفية وكلها ظهرت بصور أخرى في إطار التشريعات الخاصة ، فالتجديد في القواعد المنظمة للعقد ضرورة حتمية وذلك لتأقلمه مع المعطيات الجديدة ، وبذلك يتحقق مبدأ التوازن في العلاقة العقدية الذي أصبح من سمات هذا الزمن ، وبذلك يتحقق الاستقرار للمعاملات المدنية فتحقيقا للأمن القانوني.

فلابد على المشرع الجزائري إصلاح النظرية العامة للعقد من أجل الإبقاء عليها ، ويكون عن طريق تعميم التقنيات والآليات التي وردت في التشريعات الخاصة وذلك لملائمة الأحكام العامة للعقد مع التحولات الحاصلة في المجتمع ، حقيقة هناك بعض التقنيات في التشريعات الخاصة لا يمكن تبريرها في القواعد العامة مثلا مهلة التفكير وحق الرجوع عن التعاقد ، هذا لا يمنع من أن يبرر وجودها أو إدخالها في الأحكام العامة بطريق صحيحة ، فهذه التشريعات الخاصة حقيقة هي انقلاب جدري وثوري وعميق على القواعد العامة ، لكن يمكن أن تستقبل هذه الأحكام الخاصة في أحكام قانون العقود كمجموعة أحكام مصدرها التشريعات الخاصة.

بقي السؤال وارد لماذا بقي قانون العقود لحد الآن بعيد عن الإصلاح جدي تماشيا مع التحولات الحاصلة في الواقع ، لعل مستقبلا تكون مبادرة من المشرع في تجديد قانون العقود وذلك لإعادة الاعتبار للنظرية العامة للعقد .

المراجع

الكتب

ـ أيمن إبراهيم عشماوي : مفهوم العقد وتطوره (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 25

ـ ماهر نسيم : الحرية والأخلاق والقانون ، مطبعة الرسالة ، ، بدون تاريخ ، ص 46 .

ـ عبد المنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة 1991 ، ص 40

ـ علي فيلالي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الطبعة الثالثة ، 2013 ، ص 51 .

ـ فتحي الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، 1977 ، ص 309 .

ـ زاهية حورية سي يوسف : دراسة تحليلية للقانون رقم 03.09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم ، دار هومة ، 2019 ، الطبعة الثانية ، ص 37 .

ـ ريما فرج مكي : تصحيح العقد ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2011 ، ص 18 .

ـ جميل محمد بني يونس : مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص ، دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2012 ، الطبعة الأولى ، ص 113 .

ـ ولد عمر طيب : ضمان عيوب المنتوج في القانون الجزائري والمقارن ، دار الخلدونية ، 2017 ، ص 189

الكتب باللغة الأجنبية

- –Lamis Al Haj Diab : Essai sur l'interprétation , l'interprétation au service de l'équité contractuelle , étude comparé franco-italien , thèse , université Panthéon – Assas , 2012 , p29 .

- Gérard Farjat : droit privé de l'économie- théorie des obligations , presse universitaire de France , Paris ,1975 , p 47 .

— Yves Lequette : bilan des solidarisme contractuel , économie ca , étude de droit privé , 2008 , p 252 .

الأطاريح و المذكرات

ـ نساخ فطيمة : الوظيفة الاجتماعية للعقد ، دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، 2013/2012 ، ص 197 .

ـ زمام جمعة: العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2016، ص 383.

ـ بعجي احمد : تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، 2019/2018 ، ص 151 .

ـ عزيزي جميلة: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضل التشريع الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2003/2002، ص 7.

المقالات

ـ شوقي بناسي : تأملات في تعريف العقد ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، العدد 32 ، 2018، ص 11 .

ـ أبو اليزيد علي المتيت : الحرية التعاقدية والنظام الاقتصادي العام ، مجلة المحاماة ، السنة 41 ن العدد 5 ، ص 715 ــ رضوان قرواش : ترقية المركز القانوني للمستهلك . دراسة مقارنة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة بحماية المستهلك ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد 14 ، 2017 ، ص 300 .

ــ نساخ فطيمة : أخلقة العلاقة العقدية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، العدد 4 ، 2015 ، ص 303 .

ــ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي : مضمون العقد ، دراسة مقارنة بين النظام الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016 ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 17 ، العدد 1 ، 2018 ، ص 669 .

ـ François Diesse : Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat . archiv . Phil, droit , 43 (1999) . www.Philosophie-droit , asso.fr/APDpounveb71.pdf .

الملتقيات

ـ ذهبية حامق : النظرية العامة للعقد : تصور جديد ، مداخلة ضمن أشغال الملتقى 25/24 أكتوبر 2016 : القانون المدني بعد أربعين سنة ، ، جامعة الجزائر 1 ، 2016 ، العدد 5 ، ص 79 .

الهوامش

1 : عبد المنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة 1991 ، ص 40

2 : Lamis Al Haj Diab : Essai sur l'interprétation , l'interprétation au service de l'équité contractuelle , étude comparé franco-italien , thèse , université Panthéon – Assas , 2012 , p29 .

3: شوقي بناسي : تأملات في تعريف العقد ، حوليات جامعة الجزائر 1 ، 2018 ، العدد 32 ، ص 11 .

4 : Gérard Farjat : droit privé de l'économie- théorie des obligations , presse universitaire de France , Paris ,1975 , p 47 .

5: أيمن إبراهيم عشماوي : مفهوم العقد وتطوره (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2002 ، ص 25 .

6: شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 15 .

7: علي فيلالي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2013 ، ص 51

8: فتحي الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، 1977 ، ص 309 .

9: أبو اليزيد علي المتيت : الحرية التعاقدية والنظام الاقتصادي العام ، مجلة المحاماة ، السنة 41 ن العدد 5 ، ص 715 .

10 : « Pour l'étude de la théorie classique des contrats , il faut d'abord mentionner les transformations sociales avant d'envisager les nouvelles caractéristiques juridiques du droit des contrats" , Gèrard Farjat , op cit , p 57 .

11: ذهبية حامق : النظرية العامة للعقد : تصور جديد ، مداخلة ضمن أشغال الملتقى 25/24 أكتوبر 2016 : القانون المدني بعد اربعين سنة ، ، جامعة الجزائر 1 ، 2016 ن العدد 5 ، ص 79 .

12: علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 53 .

13: رضوان قرواش : ترقية المركز القانوني للمستهلك . دراسة مقارنة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة بحماية المستهلك ، مجلة الاجتهاد القضائي ، 2017 ، العدد 14 ، ص 300 .

14: ماهر نسيم : الحرية والأخلاق والقانون ، مطبعة الرسالة ، القاهرة ، بدون تاريخ ، ص 46 .

15: رضوان قرواش ، المرجع السابق ، ص 300 .

16 : أبو اليزيد علي المتيت ، المرجع السابق ، ص 719 .

17: نساخ فطيمة : الوظيفة الاجتماعية للعقد ، دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، 2013/2012 ، ص 197

18 : رضوان قرواش ، المرجع السابق ، 307 .

19 : زاهية حورية سي يوسف : دراسة تحليلية للقانون رقم 03.09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2019 ، ص 37 .

20 : نساخ فطيمة : أخلقة العلاقة العقدية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، 2015 ، العدد 4 ، ص 303 .

21 : نساخ فطيمة ، الوظيفة الاجتماعية للعقد ، دكتوراه ، الجزائر ، 2013 ، ص 197 .

22 : ماهر نسيم ، المرجع السابق ، ص 60 ز

23 : شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 15 .

24 : ريما فرج مكي : تصحيح العقد ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2011 ، ص 18 .

25 : جميل محمد بني يونس : مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص ، دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 2012 ، ص 113 .

26: Lamis Al Haj Diab , op cit , p36 .

27 : أيمن إبراهيم العشماوى ، المرجع السابق ، ص 136 .

28 : زمام جمعة : العدالة العقدية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، 2016 ، ص 383 .

29 : François Diesse : Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat . archiv . Phil, droit , 43 (1999) . www.Philosophie-droit , asso.fr/APDpounveb71.pdf .

30 : Yves Lequette : bilan des solidarisme contractuel , économie ca , étude de droit privé , 2008 , p 252 .

31 : ذهبية حامق ، المرجع السابق ، ص 98 .

32: علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 56 .

33: عزيزي جميلة: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضل التشريع الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2003/2002 ، ص 7 .

34 : حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي : مضمون العقد ، دراسة مقارنة بين النظام الإنكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016 ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 17 ، 2018 ، المجلد 17 ، العدد 1 ، ص 669 .

35 : رضوان قرواش ، المرجع السابق ، ص 301

36 : ولد عمر طيب : ضمان عيوب المنتوج في القانون الجزائري والمقارن ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2017 ، ص 189 .

37 : ذهبية حامق ، المرجع السابق ، ص 95 .

38 : جميل محمد بني يونس ، المرجع السابق ، ص 38 .

39 : قانون رقم 02/04 مؤرخ في جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 41 ، السنة 41 ، ص 3 ، المعدل والمتمم بقانون 06/10 ، الجريدة الرسمية ، العدد 66 ، السنة 47 ، ص 11 .

40 : ريما فرج مكي ، المرجع السابق ، ص 19 .

41 : بعجي احمد : تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد ، دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، 2019/2018 ، ص 151 .

42: ولد عمر الطيب، المرجع السابق، ص 189.

43 : بعجي أحمد ، المرجع السابق ، ص 150 .