التضامن التعاقدي كأحد مبادئ التوجهات التشريعية الحديثة

Contractual solidarity as a principal of the modern legislative orientations

د.شرشاري فاطنة

charchari2014dc@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/02/02 تاريخ القبول: 2022/06/11 تاريخ النشر: 2022/06/15

ملخص:

تمثل الأخلاق التعاقدية في نظر الفقه الحديث عامل من أجل ترسيخ القواعد الحمائية في العقد نظرا للآليات التي تملكها من أجل توجيه الحماية لكل متعاقد ضعيف ومن أجل خدمة المجتمع، لذلك كانت الضرورة تدعو إلى توجه حديث يتضمن العديد من المبادئ والتي أهمها مبدأ التضامن التعاقدي الذي كان له دور كبير في تحديد قواعد القانون من أجل حماية عامة وشاملة لكافة الوضعيات التعاقدية غير المتوازنة من جهة، وتجاوز التصورات الكلاسيكية للعقد من جهة أخرى، ضف إلى ذلك أن التضامن التعاقدي يعد عاملا من أجل التكيف مع متطلبات العقد الحالية المتمثلة في التوازن والمساواة العقدية.

كلمات مفتاحية: العقد، التضامن، التوجه التشريعي، مبدأ سلطان الارادة.

Abstract:

approaches Contractual ethics in the view of modern jurisprudence is a factor for the consolidation of protection rules in the contract, due to its mechanisms in directing the protection to the weak contractor and for the sake of serving society. So, the necessity calls for a modern approach that includes many principles, the most important of which are The principle of contractual solidarity, which has a major role in determining the rules of law for public protection. It includes all unbalanced contractual situations on the one hand, and goes beyond the classic conceptions of the contract On the other hand. In addition, the contractual solidarity can be adapted to the requirements of the current needs of the contract i.e. the equilibrium and contractual equality.

Keywords: contract, solidarity, legislative orientation, principle of will power.

مقدمة

قد نشأ مبدأ سلطان الإرادة وترعرع في ظل المذهب الفردي بما تضمنه من أفكار فلسفية وعوامل إقتصادية تقدس الفرد باعتباره أساس سعادة المجتمع وقد اعتمد في نشأته على مبادئ وأسس استمدت جذورها من مبادئ المذهب الفردي، غير أن المبالغة في الأخذ بهذا المبدأ وغلوه أدى إلى انتكاسه الأمر الذي تطلب ضرورة إعادة التفكير في الاعتماد على هذا المبدأ مما أدى إلى التوجه الذي يخدم مصلحة الجماعة على الفرد، لذلك كان من الواجب ضرورة مراجعة القواعد الكلاسيكية وفق توجه حديث.

ومن أهم المبادئ التي اعتمدها هذا التوجه هو مبدأ التضامن التعاقدي الذي يعتبر من أبرز المبادئ التي تساهم في تحديد القواعد رغم أنه كان له بعض التشويش على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر القاعدة العامة، إلا أن هذا المبدأ يعتبر من أهم المبادئ التي ساهمت في حماية الطرف الضعيف وحققت التوازن المنشود من إبرام العقود، ونظرا لأهمية هذا الموضوع اعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي التحليلي بعد طرح الإشكال التالي:

ما المقصود بالتضامن التعاقدي وما مدى مساهمته في إعادة التوازن في العقود؟.

وللإجابة على هذا الإشكال قسمنا الدراسة إلى مبحثين المبحث الأول مفهوم التضامن التعاقدي والمبحث الثاني مظاهر التضامن التعاقدي.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ التضامن التعاقدي

إن العقد مخطط للتشارك وتجميع المخاطر والفوائد والمضار الناتجة عن العقد لذلك تتطلب مقتضيات المواطنة العقدية فرض احترام متبادل للمصالح الخاصة للأطراف مع مراعاة خاصة للمصلحة المشتركة للمتعاقدين معا في مواجهة الصعوبات التي تعترض أي منهما، مما يسمح بتأسيس آداب عقدية أساسها التضامن من أجل تحقيق أخوة أخلاقية مع العدالة العقدية[1]، ويعتبر مبدأ التضامن التعاقدي من أهم المبادئ التي يرتكز عليها كل من التشريع والفقه والقضاء للحد من مبدأ السلطان الإرادة وتقييد للحرية التعاقدية، لذلك سنتناول مفهوم التضامن التعاقدي في مطلب ونتناول تقييمه في مطلب آخر.

المطلب الاول مفهوم التضامن التعاقدي

إن تحديد مفهوم التضامن التعاقدي يتطلب البحث عن أصل هذه الفكرة والمبادئ التي تقوم عليها.

الفرع الأول: نشأة فكرة التضامن التعاقدي

[1]جمعة زمام، **العدالة العقدية في القانون الجزائري**، اطروحة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر1 كلية الحقوق 2014/2013، ص192

عند القول "بتضامن عقدي" فهذا يعكس تلك الاشكالية التي وصل إليها قانون العقود من خلال الجمع بين الفعل الاجتماعي السابق على الالتزام الاتفاقي وكذلك العقد الاجتماعي القائم على الفكر الارادي الحر، ويعد التضامن التعاقدي فقه فلسفي سياسي واجتماعي ظهر في أواخر القرن التاسع عشر وقد عرف نجاحا في القرن العشرين بسبب تطور

وازدهار المجال الصناعي الذي أدى إلى إهمال الطبقة العاملة[1] لقيام الصناعات الكبيرة وتأسيس الشركات الضخمة التي أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي، ولعل أهم مؤسسي فكرة التضامن الإنساني الأستاذ "**Léon Bourgeois**" الذي يرى أن التضامن بصفة عامة هو تزاوج للأطروحات التاريخية والأطروحات التعاقدية والتي ينتج عنها شبه العقد الاجتماعي، والذي يقصد به أن كل شخص يلد مدين للكل، وعليه يعتبر هذا تصحيح لمبدأ الفردية بفكرة المجتمع من جهة وتحرير الاشتراكية من جهة أخرى كما يضيف الفقيه "**Démogue**" أن الحالة الطبيعية للمجتمع هي التضامن وبذلك يجب اعتبار الحرية انها متطلبة في بعض الحالات، وبالتالي فالالتزام عمل حر مكرس من أجل التعاون الاجتماعي[2]، ولعل الفقه التضامني ذو تصور مقترح في اختيار الطريق الاجتماعي في تفسير علاقات المجتمع والدولة وحاول الفقه التضامني الفرنسي التخفيف من حدة الصفة الشخصية للعقد المؤسس على مبدأ سلطان الإرادة، حيث جعل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أكثر مرونة[3] إذ يعترف فيها للقاضي بحق التدخل من أجل إعادة التوازن العقدي في حالة اختلال المصالح المشتركة للمتعاقدين[4].

ومن هنا يمكن القول أن التضامن التعاقدي لم يعرف بصفة مباشرة في نصوص قانونية، إلا أنه يمكن القول أنه يقوم على فكرة النظر للعقد على أنه مؤسسة مصغرة تتعاون فيها الأطراف المتعاقدة من أجل تحقيق هدف مشترك، ومن ثم يلتزم كل طرف بأن يأخذ بعين الاعتبار إضافة إلى مصلحته مصلحة العقد ومصلحة الطرف الآخر إلى درجة امكانية التضحية بجزء من المصلحة الخاصة من أجل اعطاء الأولوية لإبرام العقد وتنفيذه والابقاء عليه، ويتأكد ذلك عندما يجمع العقد بين طرفين أحدهما قوي والآخر ضعيف فنيا واقتصاديا[5]، وبالتالي التضامن التعاقدي هو وجوب التعاون بين المتعاقدين من أجل تحقيق محل العقد أو قصد تحقيق سبب العقد.

الفرع الثاني: المبادئ التي تقوم عليها فكرة التضامن

[1]Ghislain Tabi tabi, **les nouveaux instruments de gestion de processus contractuel**, thèse de doctorat, faculté de droit université Laval, Québec, 2011, p93.

[2]Grynbaum Luc, Nicod marc,**le solidarisme contractuel**, économica, 18éme éd, paris, 2004, p02.

[3]المادة 106 ق م ج (العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقدرها القانون)، الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد78، 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية العدد31.

[4]Ghislain Tabi tabi, op cit, p142.

[5]شوقي بناسي، **المبادئ التوجيهية للعقد**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص258.

تقوم فكرة التضامن التعاقدي على ثلاث مبادئ متمثلة في العقد والمبدأ التعاقدي، شبه العقد والدين الاجتماعي، دولة متضامنة.

أولا: العقد والمبدأ التعاقدي

يقبل أصحاب فكرة التضامن فكرة الجمعية حيث يرى أنه من الواجب أن يكون المجتمع نفسه من وجهة نظر القانون كعقد جمعية واسع حيث يجد فيه الاخرون أماكنهم وضماناتهم، لذلك نجد أن المجتمع يعتبر وحدة متضامنة ومن الضروري أن تتضامن الارادات ويتكافل الافراد فيما بينهم لتحقيق مصلحة الجماعة وتحقيق المساواة الفعلية[1]، كما يرى الفقيه "**Bouglé**" بأنه "يجب جعل المجتمع يعيش ويعمل كأنه ناتج عن عقد متفاوض بشأنه وذلك لتحقيق العدالة الاجتماعية" والتي يراد بها تحقيق التكافؤ بين الأفراد بصفتهم أفراد من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق سيطرة الجماعة على الفرد بوصفه عضو في الجماعة تحقيقا للمصلحة العامة[2].

ثانيا: شبه العقد والدين الاجتماعي

إن أصحاب الفقه التضامني أرادوا الاستغناء عن الارادة في العقد الاجتماعي وذلك عن طريق وضع شبه العقد محلها بغرض الأولوية للواقع الاجتماعي قبل الالتزام الاتفاقي، وبالتالي فاعتبار أن الأفراد شبه متعاقدين فهم ملزمين تجاه الغير بسبب هذه الارادة التي ستكون لو كان هناك عقد والتي أدت إلى ظهور التزامات عدة من بينها الالتزام بالتعاون، إذ أن شبه العقد بهذه الطريقة هو الذي يفرض على الأفراد التزامات ويبين وجود فعلي، كما يسمح باقتراح أساس أخلاقي وخاصة قانوني للالتزامات الواقعة على كل شخص[3]، ولكن ما يلاحظ أن شبه العقد هو الشكل القانوني المزدوج الذي يمثل واجب التضامن مع الأمثال وتجاه الأحفاد لذلك يرى الفقيه "**Fouillée**" أن المجتمع الذي نجد فيه أطفال مهملون ملزم اتجاه هؤلاء بما يسميه المشرع شبه العقد فهو مدين لهم بالغذاء وعند منحهم إياه لا يقوم بإيفاد دينه.

لذلك فحسب العدالة العقدية فكل عقد تبادلي يستلزم تقبل الأعباء والأرباح[4] على أساس أنه لا يمكن للفرد أن يتمتع بالفوائد التي تحصل عليها من التضامن الاجتماعي دون تحمل الأخطار والأعباء أي الوفاء بالدين وإلا أعتبر منتهكا للعدالة، وكذا التضامن يسمح للفرد بإدراك التكافل الاجتماعي والتعبير بوضوح عن فكرة الدين[5].

ثالثا: دولة متضامنة

[1]فطيمة نساخ، **الوظيفة الإجتماعية للعقد**، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013، ص43.
[2]نفس المرجع، ص226.

[3]Grynbaum Luc, op cit, p17-19.
[4]Ibid, p90.
[5]Ibid, p13.

يرفض أنصار الفقه التضامني كل فكرة عن سلطة الدولة، حيث يرون أن الدولة اختراع من طرف الأشخاص فالفقيه "**Léon Bourgeois**" يرى أن القانون الأعلى للأفراد لا يمكن تصوره أما الفقيه "**Fouillée**" يرى أن معرفة قوانين التضامن تظهر أن بين الأفراد عدة علاقات ولكن لا تسمح لنا بأن نضع أي شخص خارج عنها، بذلك فإن أنصار الفقه التضامني يمنحون الدولة دور وظيفي حسب الفقيه "**Bouglé**" فالدولة لا تظهر كطرف يكتفي دوره في جعل احترام إرادة الأطراف باستخدام شبه العقد الذي يربطهم، ويكمل الفقيه "**Fouillée**" الفقه التضامني للدولة كالآتي "لكي يكون في الدول أقل قدر من الاستغلال والظلم يجب أن تكون السلطة الاجتماعية متكونة من جميع المواطنين".

ومن خلال عرض هاته المبادئ يتضح أن التضامن التعاقدي يخدم مصلحة الجماعة دون مصلحة الفرد ويقيد الحرية التعاقدية التي أصبحت تؤدي إلى عدم التوازن العقدي، وبالتالي اعتماد هذا المبدأ يضمن التوازن والعدل بين أطراف العقود مما يحسن سير المعاملات.

المطلب الثاني: تقييم مبدأ التضامن التعاقدي

لقد أحيت محاولات "**Ripert**" حول تجسيد القواعد الأخلاقية ضمن العقد في الوقت الحالي بصدد البحث عن أرضيات قانونية تقام على خلفيات أخلاقية، وهذا بفعل تغلغل فكرة القوة التعاقدية وتزايد انشغالات حماية المتعاقد الضعيف، وقد صار الحديث اليوم عن أفكار تعبر عن التضامن التعاقدي من خلال فرض التعاون والنزاهة والالتزام بالمساعدة وغير ذلك من الأخلاق التعاقدية والاهتمام بحماية الطرف الضعيف من خلال فرض الأخلاق التعاقدية عن طريق فكرة التضامن التعاقدي أصبح أمر مؤيد من طرف البعض، إلا أنه منتقد من البعض الآخر.

الفرع الأول: الاتجاه المنتقد لفكرة التضامن

يرى بعض الفقه أن فكرة التضامن التعاقدي هي فكرة خيالية، حيث يرى البعض أن هناك أخوة تعاقدية تفرض التبادلات الاقتصادية بين الأشخاص[1]، والتعاون يمكن أن يتم فرضه على كلا المتعاقدين من أجل عالم تعاقدي أفضل[2]، وهناك من يرى بأن التضامن التعاقدي لا يمارس أي تأثير حول تطور القانون الوضعي، كما يرى البعض أن كل متعاقد حريص على شؤونه ومصالحه[3] لأن الهدف من التعاقد هو محاولة تحقيق مصالح وشؤون كل طرف وليس الهدف منها الاتحاد والتقارب، والقول بأن التضامن التعاقدي هو خيال ذلك لأنه لا يستند إلى أي خلفية حقيقية، كما لا يؤسس على الحقيقة التعاقدية، وانتقد هذا الرأي الفقه الذي يستعمل فكرة مصطلح الأخوة التعاقدية، ويرى أنه يجب الاكتفاء بدور استعمال مبدأ حسن النية في التنفيذ فقط، كما يرى "**j p Ghazal**"[4] بأن إنشاء واجبات تعاقدية ليست ذات طبيعة ثنائية بل

[1]J.P. Ghazal, **politique jurisprudentielle**: absence incohérence ou non-dit, R.D.C, octobre 2003, p121.

[2]أحمد بعجي، **تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق الجزائر، 2019/2018، ص145.

[3]G. Ripert, **la règle morale dans les obligations civiles**, LGDJ, 1949, p89.

[4]J.P. Ghazal, op cit, p121.

هي أحادية مبررها أنها توجد في العلاقات الغير متساوية، وأيضا لوجود عدم التوازن التعاقدي ومثال ذلك الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة هما يشرحان مشكل حماية الطرف الضعيف.

ويرى الدكتور "**أحمد بعجي**" أن طرح ونقد الاستاذ "**Ghazal**" في محله في بعض الوضعيات، ولكن ليس في محله في بعض الأحوال الأخرى، لأنه في فرض التضامن التعاقدي بكل ما يحمله من معاني هو في أساسه وإنشائه موجه لكل المتعاقدين دون تمييز، أما بصدد تنفيذه وتطبيقه فإنه يخص ويوجد للمتعاقد سيء النية أو غير النزيه أو المتعسف في فرض بنود العقد؛ وبصورة أساسية المتعاقد القوي، ومع ذلك فإن هذا لا يعني عدم تحلي المتعاقد الضعيف بدرجة معينة من التضامن والتعاون والنزاهة مع المتعاقد الآخر، ولذلك يكون الجزاء حسب درجة التمسك والتصرف بعقلانية وتضامن؛ بعيدا عن الأنانية وللقاضي تقدير درجة ذلك بمعاييره المرنة[1].

وحاول الفقه البحث عن مجموعة من الآليات لتحقيق التوازن العقدي ولكن دون اللجوء إلى مفاهيم أقل عمومية وأكثر عملياتية، ذلك أن مبدأ حسن النية قاصرا على أن يلعب هذا الدور باعتبار أنه يكفي أن يتجسد في فكرة التعسف ومعيار الرجل العادي والخطأ والغش، كذلك يرى الفقه أن مجال التوزيع والمنافسة مبدئيا يمثل قانون المحترفين فيما بينهم في حياة الأعمال، لذلك فالغيرة والأخوة ليست لهم مكان في هذا الشأن لكون قانون المنافسة لا يزال يعزل ويقصي فكرة التضامن[2].

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة التضامن التعاقدي

لقد أثرت التغييرات الهامة في القانون الخاص وأيضا تحول دور الدولة على انتقاد التصور الفردي للقانون وظهور التصور الاجتماعي والوظيفة الاجتماعية للقانون، ومن ثمة التصور التضامني للعقد، فالتضامن هو مسألة مصالح بين المتعاقدين، لذلك هناك الكثير من الفقه من يدافع عن مبدأ التضامن التعاقدي وكانت بداية هذا الأمر في منتصف القرن الماضي من خلال تشجيع الفقه المدني على تحدد النظرة إلى نظرة اجتماعية واسعة؛ كانت إحدى بدايتها في سنة 1931 حيث طرح "**Démogue**" النظرة الجديدة لحسن النية في تنفيذ الاتفاقيات بإسم واجب التعاون[3].

وسبقت هذه الفكرة ابتداع الفقيه "**Saleilles**" نظرية المخاطرة في مجال الحوادث الصناعية سنة 1097 ووضع فئة جديدة تسمى بعقود الاذعان سنة 1901، وتطوير النظرية الوظيفية للتعسف في الحق من طرف "**Josserand**" سنة 1927.

---

[1] أحمد بعجي، مرجع سابق، ص147.

[2] نفس المرجع، ص148.

[3] سبقت هذه الفكرة ابتداع الفقيه saleilleنظرية المخاطر في مجال الحوادث الصناعية، ووضع فئة جديدة تسمى بعقود الإذعان سنة 1901، وتطوير النظرية الوظيفية للتعسف في الحق من طرف جوسرون سنة 1927.

فالتضامن التعاقدي هو عبارة عن أداة للتوفيق بين المصالح المتعارضة في الأصل إضافة إلى أنه وسيلة لإزالة التخاصم بين المصالح من أجل إجراء الأخلاق التعاقدية خاصة عبر النزاهة في تكوين العقد، إضافة إلى ذلك صرح الفقيه "**Démogue**" أن المتعاقدين يشكلون عالم صغير ومجتمع صغير وكل واحد يمكنه العمل في هدف مشترك[1]، فالدائن ليس عليه فقط الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقد وتسهيل مهمة المدين في التنفيذ ولكن الالتزام بتقدير أضراره وهي كلها من نتائج مبدأ حسن النية، وقد تبع هذا أيضا رأي "**Ripert**" بأن الأفكار كلها تصب في حماية المتعاقد الضعيف والتي تولد فيهم ترابطية أخلاقية في العقد[2]، وبقي الفقه يقدم دعمه للاتجاه التضامني للعقد.

فالفقيه "**D Mazeaud**" يرى أن التضامن التعاقدي يتكون أساسا عبر احترام كل متعاقد للمصلحة المشروعة للمتعاقد معه لأن ذلك يعني أن الأخلاق التعاقدية المجسدة عبر السلوك الحسن، التناسق والتناسب والتعاون، ومن جهة أخرى تقصي الأنانية وعدم الاكتراث لوضعية المتعاقد الآخر، لذلك فالتضامن التعاقدي يقود كل متعاقد لتنفيذ العقد مع مراعاة مصلحة الطرف الآخر[3].

كما هناك من الفقه من يرى وجود ثقافة تعاقدية جديدة تشكل النظام التعاقدي الجديد وتترجم عبر واجبات الاعتدال والتعاون، خاصة عندما يكون للمتعاقد سلطة إعداد العقد وتحديد وتقرير جزائه وإنهائه، وفي المقابل هناك من يرى أن القيم الجديدة تجدد صورة العقد من خلال بعث هذه الأفكار كتبرير أساسي للقوة الملزمة، ونقل تحولات النظرية العامة للعقد عبر ضرورة توجيه العقد من خلال فكرة التضامن التعاقدي بمعناها الواسع، لأنه من الضروري توجيه العقد نحو فرض النزاهة؛ التضامن؛ حسن النية؛ الذي يقود المتعاقدين للتعاون فيما بينهم[4].

كما يرى الفقيه "**Ch Jamin**"[5] أن الظروف والتصور الاجتماعي للعقد يختلف عن التصور الليبرالي الذي يقصد به أن كل متعاقد هو المدافع الأفضل عن المصلحة الخاصة به، لذلك من اللازم مراجعة الفرضية الليبرالية القائمة على نظرة أكثر مثالية منها للواقعية في القانون، لذلك فهو يرى بأن التضامن التعاقدي يختلف من المذهب الليبرالي لكون العلاقات التعاقدية هي علاقات التضامن أكثر منها مثالية لفكرة الإنسان الطبيعي عبر القرن التاسع عشر، ومن شأن هذا التصور الاجتماعي أن يعلن عن بعض الجوانب منها الالتزام بالاستعلام؛ مبدأ حسن النية؛ التعسف في استعمال الحق.

ومن جهة أخرى فهذا التصور هو الذي أعلن عن الأزمة الحالية التي يمر بها العقد من خلال إعادة النظر في القواعد على ضوء النزعة الاجتماعية التضامنية، كما يرى "**Ch Jamin**" أن الاعتراف بالتضامن التعاقدي لديه أفضل ثنائية

[1]أحمد بعجي، مرجع سابق، ص150.

[2]G Ripert, op cit, p486.

[3]Mazeaud (D), **le solidarisme contractuel et réalisation du contrat**, étude juridique economica, 2004, p58.

[4]أحمد بعجي، مرجع سابق، ص152.

[5]نفس المرجع، نفس الصفحة.

فمن جهة يهيئ الظروف لإمكانية قطع النقاش مع التصور الفردي، وبالتالي إيجاد شرعية لتدخل القاضي أو السلطات العمومية سواء في التكوين كما في التنفيذ، ومن جهة أخرى جعله وسيلة إرغام لوضع الأسس للنقاش القانوني حول هذه الأفكار التضامنية.

ومن خلال الطرح المؤيد لفكرة التضامن التعاقدي فإنه ينتج عنه الكثير من التغييرات التي يجب تطبيقها:

- **ضرورة تدخل المشرع للحد من مبدأ سلطان الإرادة:** في بداية الأمر أقر القانون المدني مبدأ سلطان الإرادة وفسح المجال للحرية التعاقدية، وبالتالي يكون للشخص الحرية التامة في التعاقد أو عدم التعاقد إلا أن القانون الذي تأثر بمبدأ التضامن التعاقدي لم يغفل عن حماية الجماعة والمجتمع من خلال فرض قيود تحيط بمبدأ سلطان الإرادة خدمة لمصلحة المجتمع، سواء عند تكوين العقد أو عند تنفيذه أو حتى بعد تنفيذه، ولم يكتفي المشرع بهذه القيود التي تضمنتها نصوص القانون المدني بل تدخل في الحد من مبدأ سلطان الإرادة من خلال قوانين خاصة في مجالات مختلفة كما في حماية المستهلك؛ وعقد العمل؛ وعقد التأمين؛ وغيرها من المجالات الأخرى.

وتزداد درجة تدخل المشرع في العلاقة العقدية حسب نوع العقد، فإذا تعلق الأمر بالعقود ذات النظام التعاقدي وهي العقود التي يترك فيها للمتعاقدين مجالا واسعا لإعمال ارادتيهما فيكون لمبدأ سلطان الإرادة الدور البارز في تحديد شروط العقد وآثاره، وفي المقابل متى تعلق الأمر بالعقود النظامية وهي العقود التي يتولى القانون تنظيمها وتحديد محتواها وشروطها بل وآثارها أيضا، فإن هذه العقود قد تنعدم فيها الإرادة كما في الاجبار القانوني في التعاقد، وقد ينحصر دور الإرادة في إبداء الايجاب والقبول؛ بينما يتولى القانون تنظيم بقية شروط العقد كعقد العمل وعقد الزواج[1] وقد يتولى المتعاقدين إظهار ارادتيهما مع تحديد شروط العقد، غير أن القانون هو الذي يتولى ترتيب آثارها كما في عقد التأمين أو عقد الاستهلاك.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فنجده قد أخذ بمبدأ سلطان الإرادة بشقيه وهو مبدأ الرضائية المادة 59 ق م ج وبمبدأ الالزامية في العقد وذلك بموجب نص المادة 106 ق م ج، إلا أنه لم يأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه بل حاول مسايرة الاتجاهات المعاصرة لمبدأ سلطان الإرادة[2].

وطبقا لأحكام القانون المدني فإن المشرع قيد دور الإرادة في نطاق العقد متأثرا في ذلك بالأفكار الاجتماعية[3] والاعتداد بالمصلحة الجماعية وتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية فأدى ذلك إلى تقلص دور الإرادة في تنظيم المعاملات

---

[1]علي فيلالي، **مقدمة في القانون**، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص289.

[2]سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، **دور الارادة في تحول العقد، مجلة الدراسات القانونية**، العدد02، بيت الحكمة، بغداد، 2001، ص87.

[3]"يعتقد دعاة المذهب الاجتماعي أن للإرادة دور متواضع في إنشاء التصرفات القانونية، بل ليست المصدر الوحيد للالتزامات كما أنها ليست وسيلة لتحقيق الغايات التي يهدف المجتمع إلى تحقيقها".

إلى حد كبير، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أقر بالمبدأ في إنشاء التصرفات القانونية أو في ترتيب آثارها ولكن في إطاره المعقول، بحيث يأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة والنظام العام والعدالة.

- **الوظيفة الاجتماعية للعقد تستوجب تدخل القاضي**: إن تبني مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ القوة الملزمة للعقد لا يخول للقاضي إمكانية تعديل العقد؛ ذلك لأن كل عمل إرادي له في حد ذاته قيمة قانونية، وبما أن العقد عمل من أعمال الإرادة لذلك ينبغي أن يتوفر على الحماية القانونية، وبذلك ينتج عنه منع القاضي من التدخل كما هو الحال بالنسبة للمشرع الذي يمنع من التدخل في حالة تبني مبدأ سلطان الإرادة، ولكن مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية فقد ساهمت في توجيه العقود والحد من شروطها من طرف المشرع بما يحقق الفائدة المزدوجة للمتعاقدين وللمجتمع وهو الأمر الذي منح للقاضي مجال التدخل في العقود، حيث تم منحه العديد من السلطات للتدخل في تعديل العقد، وفسح هذا المجال هو من صنع المشرع ذاته، ونجد هذا المجال ذو تطبيق واسع في ظل النظرية العامة للعقد، إذ أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي ما هي إلا سد لثغرات تركها التشريع، إذ يمكن له الملائمة بين نصوص القانون وبين خصوصية الوقائع المعروضة عليه كما يمكن له أيضا أن يطور من هذه النصوص إن اقتضى الأمر ذلك[1].

وقد كان للقاضي دور كبير في تعديل العقد بإعتباره وسيلة للحد من مبدأ سلطان الإرادة وإبراز الوظيفة الاجتماعية للعقد في ظل المفهوم الجديد له، وتظهر مجالات تدخل القاضي في العديد من نصوص القانون المدني ومن أهمها مجال تدخل القاضي في حالة الظروف الطارئة تطبيقا لنص المادة 2/107 ق م ج إذ يمكن له أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك بالزيادة أو النقصان، كذلك نص المادة 110 ق م ج الذي يجيز للقاضي بالتدخل في عقد الاذعان إذا تضمن شروطا تعسفية حيث يمكن له تعديل الشروط أو الاعفاء منها، كذلك نص المادة 182 ق م ج التي تجيز للقاضي تحديد التعويض إذا لم يكن مقدرا في العقد، والمادة 185 ق م ج التي تجيز للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو الزيادة، ضف إلى ذلك نص المادة 561 ق م ج التي تسمح للقاضي بالتدخل في حالة انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية، وبالتالي فإن المشرع فسح المجال للقاضي بالتدخل كاستثناء عن المبدأ العام وذلك تحقيقا للتضامن الاجتماعي وخدمة للفرد والمجتمع.

المبحث الثاني: مظاهر مبدأ التضامن التعاقدي

تتضمن بعض نصوص القانون المدني مبدأ التضامن التعاقدي حتى ولو أن المشرع لم ينص عنها صراحة، وفي نفس الاتجاه يسير قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

[1]لقد كان للقضاء فضل كبير في تطوير النصوص القانونية ومن أهمها فرض التزامات إضافية منها الالتزام بضمان السلامة والالتزام بالإعلام على أساس مبدأ حسن النية المنصوص عنه قانونا كما شارك القضاء في تطوير نظرية العيوب الخفية وغيرها.

المطلب الأول: مظاهر التضامن التعاقدي في نصوص القانون المدني

تسير بعض نصوص قانون المدني في اتجاه التضامن التعاقدي لذلك سنحاول ذكرها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

الفرع الأول: مبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من أسمى المبادئ الأخلاقية التي ارتقى بها المشرع إلى قاعدة قانونية، الذي يقوم على التزام الأمانة والنزاهة في العلاقة العقدية، ويعمل هذا المبدأ على الحد من تجاوزات الحرية العقدية وفي نفس الوقت يلطف من صرامة القوة الملزمة للعقد، ومن ثم كان مبدأ لا يمكن الاستغناء عنه في جميع التشريعات المدنية المعاصرة[1]، وينحصر نطاق تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد حيث نص عنه المشرع في المادة 107 ق م ج على غرار المشرع الفرنسي الذي حدد نطاقه بمراحل التفاوض والتكوين والتنفيذ وذلك بموجب تعديل المادة 1104 ق م ف سنة 2016 والتي جاء نصها على النحو التالي: "يجب أن يكون التفاوض على العقود وتكوينها وتنفيذها بحسن نية"، وقد تأثر المشرع الفرنسي في هذا الصدد بمشروع الأستاذ "**Terré**" الذي نص على حسن النية في المادة 05 على النحو التالي "تتكون العقود وتتضمن بحسن نية ولا تستطيع الأطراف إقصاء هذا الواجب ولا الحد منه"، وإذا كان حسن النية ليس بالأمر الجديد على القانون المدني الفرنسي إلا أن تعديل 2016 تميز بأمرين مهمين: من **ناحية أولى** جعل حسن النية مبدأ من المبادئ التوجيهية للعقد ومن **ناحية ثانية** لم يعد مقتصرا على التنفيذ بل امتد إلى مرحلة التكوين والتفاوض[2].

وكما سبق ذكره يتمثل مضمون حسن النية في الفقه المعاصر في واجبين هما **واجب النزاهة (Devoir de Poyanté)وواجب التعاون(Devoir de coopération)**، وبذلك في النزاهة يقصد به أنه يتعين على كل متعاقد أن يتحلى بالنزاهة من التفاوض إلى تنفيذ العقد مرورا بالتكوين، وذلك أنه يمنع هذا المتعاقد الغش والخداع في مرحلة

تكوين العقد، كما يجب عليه أن يسلك موقفا يتحلى بنشوء الثقة المتبادلة، أما بالنسبة لمرحلة تنفيذ العقد فإنه يستوجب على المتعاقد أن ينفذ التزامه بكل صدق وأمانة وذلك لكي ينتج العقد آثار نافعة، أما بالنسبة لواجب التعاون فالقصد منه وجوب التعاون على تحقيق مصلحة مشتركة بين المتعاقدين، وبالنسبة لهذا الواجب فإنه يختلف باختلاف العقود[3].

الفرع الثاني: الاكراه عيب في الرضا كمنظم للتضامن التعاقدي

[1]شوقي بناسي، مرجع سابق، ص214.

[2]نفس المرجع، ص215.

[3]يجب التمييز بين أنواع العقود وبعض أنواع العقود تقوم على التعاون مثل عقد الشركة وهناك عقود تقوم على مصالح متعارضة.

لقد منح المشرع فرصة للمتعاقد بإمكانية إبطال العقد في حالة التعرض للإكراه، بل وقد كان للاجتهاد القضائي دور في استحداث تصور جديد للإكراه وذلك يكون متوافقا مع حقيقة الروابط التعاقدية الحالية، وهو ما تجسد في تكريس عيب الإكراه الاقتصادي كتصور جديد ومختلف عن عيب الإكراه بالمفهوم الكلاسيكي[1]، حيث أنه في بداية الأمر طال وقت التعارض والتناقض بين حقيقة العلاقة التعاقدية وبين مبادئ سلطان الارادة وفرضية المساواة المجردة والحرية المطلقة، لذلك كان الاجتهاد القضائي حيوي وحركي ومتغير مع الاوضاع ومتكيف مع الوقائع، بل كان أكثر عدلا من القواعد العامة للعقد وهنا يبرز دور التضامن التعاقدي في الاتجاه الحديث، إذ أن الأصل أنه الحرية التعاقدية ولكن التشريع فسح ثغرة للقضاء من أجل فرض هذا الالتزام ليقوم بدوره بتوسيع الدائرة لتحقيق التضامن والتوازن.

الفرع الثالث: ضرورة العلم الكافي بالمبيع كمظهر من مظاهر التضامن التعاقدي

ذكر المشرع في تنظيمه للنصوص عقد البيع بأنه لا يسقط حق المشتري في إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إذا أثبت غش البائع وهو ما يستشف من نص المادة (2/352) ق م ج، وقد كان لهذا النص دور كبير في حماية الطرف الضعيف وترسيخ مبدأ التضامن التعاقدي من خلال دور القضاء الذي وسع من مفهوم هذه النظرية ليتم تأسيس هذا الالتزام.

المطلب الثاني: مظاهر التضامن التعاقدي في القواعد الخاصة بحماية المستهلك

يبدو أن قانون حماية المستهلك استعار مبادئ التضامن التعاقدي فلا هو قانون يفاضل فيه بين مصلحة وأخرى نظرا للامساواة الطبيعية بين محترف مطلع ومستهلك غير مطلع، ولا هو بقانون سلطان الإرادة إذ أنه وسيلة لإعادة العلاقات الاقتصادية لتوازنها، ويظهر تأثير الضمان العقدي على عقود الاستهلاك من خلال العديد من الالتزامات التي فرضها المشرع على عاتق المحترف كالالتزام بالإعلام، إضافة الى حظر البنود التعسفية وفرض جزاءات ذات طبيعة خاصة.

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام

إن التطور الملحوظ في الكثير من مجالات الحياة سواء التطور التكنولوجي والمعلوماتي أو الصناعي أو التجاري أو الاقتصادي تابعه كثيرا من التعقيدات التقنية والمعرفية حول المنتوجات والخدمات المعروضة في السوق نتج عن ذلك الكثير من الفوارق بين المتعاقدين في المعرفة والدراية بموضوع وطبيعة العقود التي يبرمونها يوميا لسد حاجياتهم، لذلك فرض المشرع

[1] أحمد بعجي، مرجع سابق، ص183.

على المتدخل الالتزام بالإعلام تجاه المستهلك ويمثل هذا الالتزام أحد الالتزامات الرئيسية لقانون الاستهلاك، حيث أن التوجه التشريعي للاستهلاك لم يترك الفرصة لإرادة الأطراف من أجل الاتفاق على هذا الالتزام، وأيضا لم يترك الدور للنظرية العامة للعقد من أجل تنظيمه بالشكل الكافي، بل نظم أحكامه بقواعد آمرة في القانون 03/09[1] المعدل والمتمم بالقانون 03/18، إذ أن هذا الالتزام لم يكن ليرى التجسيد لولا جهود الاجتهاد القضائي خاصة الفرنسي الذي أسسه على مبدأ حسن النية كما هو منصوص عليه في المادة 3/1134 ق م ف، ويرتبط فرض الالتزام بالإعلام ضمن قانون حماية المستهلك بفكرة القرينة القاطعة على كلا الصفتين، فهي قرينة قاطعة على الجهل بجانب صفة المستهلك وقرينة قاطعة على العلم بجانب صفة المتدخل، وهي بذلك تجسد صرامة التوجه التشريعي لهذا العقد[2]، حيث يرى الفقه أن الالتزام بالتعاون هو الذي يصلح أن يكون أساسا للالتزام بالإعلام، ومن ثم يدعو إلى تفضيل معاني التضامن التعاقدي في تجديد العقد، ذلك أن الالتزام بالتعاون يبرر التزام المتعاقد بالمساعدة والحوار والنصيحة والمعاملة بالمثل مع المتعاقد معه، وبذلك يرتبط الالتزام بالتعاون بمبدأ التضامن التعاقدي ارتباطا وثيقا[3].

حيث يرى البعض أن فكرة التضامن التعاقدي يجب أن تسود العلاقة التعاقدية تبرير أحدهما بإعلام المتعاقد معه وإشعاره بكل حادث يهمه لتنوير رضاءه[4]، والتزامه في حالة جهله لهذه المعلومات بالاستعلام عنها من أجل إعلام المتعاقد الآخر، وفعلا فإن العلاقة العقدية تحتاج للتعاون بين المتعاقدين الذي يتمثل في مفهوم التضامن التعاقدي.

الفرع الثاني: مكافحة الشروط التعسفية كمظهر من مظاهر التضامن التعاقدي

يظهر تأثير الضمان العقدي على عقود الاستهلاك وذلك من خلال مسألة حظر البنود التعسفية التي من شأنها خلق لا توازن معتبر في العقود بين المستهلك والمحترف، وتنظيمها من طرف المشرع بإعادة العقد لتوازنه المختل بحكم الممارسة من طرف سلطة تعسفية للمهني وذلك عن طريق تدخل القاضي بتعديلها أو الاعفاء منها، وهو تكريس واضح لما وصفها الأستاذ "**Gounot**" "بوضع عقد على أساس مبدأ من الاتحاد والتضامن"[5]، وهي أيضا مناط إنتقادات الأستاذ "**Saleilles**" الذي ركز على تقنين العقد بطابع الاجتماعي[6].

الفرع الثالث: طبيعة جزاء مخالفة الالتزام في قانون حماية المستهلك كمظهر للتضامن

[1]القانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 2009/03/08 المعدلة والمتممة بالقانون 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، الجريدة الرسمية عدد 02.

[2]أحمد بعجي، المرجع السابق، ص198.

[3]Y.Picod, **rapport introductive, colloque organisé 24-25 octobre 1997**, droit de marché et droit commun des obligation, RTD.com, 1998, nº1, p07.

[4]Ibid, p07.

[5]جمعة زمام، مرجع سابق، ص192.

[6]نفس المرجع، ص197.

لو تعمقنا في أحكام قانون حماية المستهلك سنلاحظ تأثير التضامن بشكل واضح على المستوى الجزاءات التي أقرها المشرع على غرار أحكام عقود الاستهلاك، فالأمر يتعلق بالبطلان كجزاء كلاسيكي، أما المفاهيم التضامنية التي تم إدراجها في قانون الاستهلاك فالطبيعة الآمرة لقواعدها وتكييفها بالنظام العام ملحقة بنص خاص يرتب عن الإخلال بهذه القواعد جزاءا جنائيا وإداريا، وهذا مندرج في العديد من النصوص القانون 03/09 ومثال ذلك مبدأ المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالأمن من المنتوجات المضرة والخطيرة والذي هو انبثاق مباشر عن مبادئ التضامن العقدي.

كما حدد المشرع عقوبة محاولة خداع المستهلك وذلك في المادة (68) من القانون 03/09، وأيضا عقوبة التزوير وعدم المطابقة في المادة (69) من نفس القانون، إضافة إلى عقوبتي إلزامية سلامة المواد الغذائية وإلزامية النظافة في المادتين (72،71) من القانون 03/09.

الخاتمة

يعتبر مبدأ التضامن التعاقدي من أهم المبادئ التي اعتمدها كل من الفقه والقضاء والتشريع لإزالة اختلال التوازن العقدي، حيث كان له دور كبير في تطوير القواعد الكلاسيكية حيث أدى اعتماده إلى ظهور العديد من النتائج والتي أهمها:

- انشاء التزامات ذات طبيعة أخلاقية في العقد مما يسمح بمراقبة سلوك وتصرفات المتعاقدين.
- حماية الطرف الضعيف واستعادة التوازن العقدي.
- يعتبر مبدأ التضامن التعاقدي عامل للتكيف مع متطلبات العقد.
- يعتبر مبدأ التضامن التعاقدي أداة مرنة تخدم التوجه التشريعي من جانبين خدمة الطرف الضعيف الذي يخدمه التوجه التعاقدي، وخدمة الطرف الثاني الذي لا يخدمه التوجه نظرا لصرامته الذي لا يستفيد من قواعد حماية المستهلك.
- بالرغم من العيوب التي يتضمنها مبدأ التضامن التعاقدي كونه خرق لمبدأ سلطان الارادة إلا أنه يتضمن العديد من المزايا.

وبالتالي من خلال النتائج المتوصل إليها ظهرت بعض الاقتراحات يجب مراعاتها في اعتماد مبدأ التضامن التعاقدي وهي:

- التشديد على معاقبة المتعاقد المخالف للقواعد التضامنية.

- توسيع المجال للقاضي بالتدخل والتوسع في التفسير لإيجاد التزامات ذات طبيعة أخلاقية تعاونية وفقا لما يخدم المصلحة الجماعية.

قائمة المراجع:

1- أحمد بعجي، **تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق الجزائر، 2019/2018.

2- جمعة زمام، **العدالة العقدية في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر1 كلية الحقوق 2014/2013.

3- سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، **دور الارادة في تحول العقد**، مجلة الدراسات القانونية، العدد02، بيت الحكمة، بغداد، 2001.

4- شوقي بناسي، **المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة**، المجلد 06، العدد 02، 2020.

5- علي فيلالي، **مقدمة في القانون**، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

6- فطيمة نساخ، **الوظيفة الإجتماعية للعقد**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013.

7- Ghislain tabi tabi, **les neveaix instrument de gestion de processus contractuel**, thés de doctorat, faculte de droit université laval, québec, 2011.

8- Grynbaum Luc, **Nicod marc,le solidarisme contractuel**, économica, 18éme éd, paris, 2004.

9- G. Ripert, **la règle morale dans les obligations civiles**, LGDJ, 1949.

10- J.P. Ghazal, **politique jurisprudentielle**: absence incohérence ou non-dit, R.D.C, octobre 2003.

11- Mazeaud (D), **le solidarisme contractuel et réalisation du contrat**, étude juridique economica, 2004.

12- Y.Picod, rapport introductive, colloque organisé 24-25 octobre 1997, droit de marché et droit commun des obligation, RTD.com, 1998, nº1.