

التحولات الراهنة للنظرية العامة للعقد: تجديد للعقد أم تخفيف من حدة القواعد الكلاسيكية
The current transformations on the general theory of the decade: a renewal of the contract or a softening of the classical rules

د/جربوعة منيرة

ط/د بن لعلى عبد النور

كلية الحقوق-جامعة الجزائر 1

كلية الحقوق-جامعة الجزائر 1

djarbouamounira@gmail.com

/benlala_16@outlook.fr

تاريخ الارسال: 2020/12/11 تاريخ القبول 2021/12/ 25 تاريخ النشر: ديسمبر 2021

ملخص:

عمدت التطورات الاقتصادية و التكنولوجية الكبرى التي شهدها العالم إلى فرض العديد من التغيرات على المجتمع و بالخصوص على النظام القانوني للعقود ، و لعل أهم ما يترجم هذه التحولات تأثيرها على النظرية العامة للعقد بحيث مست مباشرة بالأسس التقليدية، التي تقوم على أساسها العقود منذ أمد بعيد مما خلق نوع من التحديث الذي أضفي على الأسس العتيقة في العقد، وبذلك تم هجران المذهب الفردي مما يترجم مساهمة التحولات الاقتصادية و التكنولوجية في خلق تغيرات تدريجية، طغت على النظرية العامة للعقد، و كانت سببا في إزدهار العقد و انتعاش العديد من المبادئ العقدية الكلاسيكية و الجامدة بحيث أنّ هذه التفاعلات التكنولوجية و الاقتصادية عمدت إلى إزالة الغبار عن العديد من المبادئ فأحدث ذلك ثورة عقدية حفزت و أنعشت بعض المبادئ و أصابت بالتقهقر مبادئ أخرى.

الكلمات المفتاحية: العقد المدني التحولات الاقتصادية و التكنولوجية، تحديث مبادئ العقد، ظهور التشريعات الخاصة هجران المذهب الفردي

Abstract

The major economic and technological developments that the world has witnessed have imposed many changes on society, especially on the legal system of contracts, and perhaps the most important thing that translates these transformations is their impact on the general theory of contract as it directly affected the traditional foundations on which contracts are based long ago, which created A kind of modernization that added to the old foundations of the contract and thus abandoned the individual doctrine, which translates the contribution of economic and technological transformations in creating gradual changes that overshadowed the general theory of the contract and was the cause of the flourishing of the contract and the revival of many classic and rigid dogmatic principles so that these Technological and economic interactions removed the dust from many principles, and this led to a creedal revolution that stimulated and revived some principles and caused the regression of others.

Key words the civil contract, the economic and technological transformations, the modernization of the contract principles, the emergence of private legislation, the abandonment of the individualist sect

مقدمة

يعتبر القانون المدني الجزائري قانونا هجيناً بحيث يحمل في فحواه العديد من النظريات القانونية التي تم إستقطابها من قوانين مختلفة كالقانون المدني المصري والألماني والإيطالي و الفرنسي بشكل كبير، مما جعل هذا القانون يحمل تنوعاً في الأفكار و الفلسفات و النظريات¹، ويقوم هذا القانون على أساس مبادئ كلاسيكية ثابتة .

إنّ أهم نظرية في القانون المدني نظرية العقد، بحيث يحتل العقد مكانة مرموقة في كافة النظم القانونية و التشريعات المختلفة، بحيث يعتبر هرماً لكافة المعاملات سواء على الصعيد المحلي أو الدولي فهو وسيلة قانونية و اقتصادية تعتمد عليها المجتمعات منذ زمن بعيد . فيعتبر العقد بناء قانوني يشيد على إثره العلاقات بين الأشخاص فهو المضمار الذي يضمن الوصول إلى الغاية التي يرمى لها الأطراف من خلال التعاقد و المتمثلة في تحقيق الغاية الإقتصادية و لذا تحضى النظرية العامة للعقد بمكانة بارزة في نطاق التشريعات المعاصرة ، فيلعب العقد دوراً هاماً في ترسيخ الحقوق و الواجبات و تداول الثروات، و لكن مع زيادة التطور التكنولوجي و العلمي و الطفرة العلمية التي رافقت هذا التطور و التي مست كافة المجالات جعلت التحولات تضرب في عمق الحياة القانونية و تمس بكافة الكيانات القانونية .

فنتيجة للتحولات و التقدمات التي تشهدها الحياة العملية في الحقبة الراهنة و التي مست الحياة القانونية فقد بقي العقد صامداً على ما يحتويه من أطر قانونية عتيقة و ركائز كلاسيكية جامدة ، مما جعل العقد يصادف الكثير من الأزمات أصطلح على تسميتها بأزمة العقد، مما جعل الهوية القانونية تزداد و الفراغات و الثغرات التشريعية تتباعد ، مما جعل المشرع يعيد النظر في بعض جوانب النظرية العامة للعقد و تحيينها وفق ترسانة قانونية تسمح لها بالتماشي مع التطورات.

فكلما تقدم الزمن و تطورت معه الحياة الإقتصادية و الاجتماعية و الصناعية ظهر العجز و القصور الذي تعاني منه النظرية العامة للعقد ، و ظهرت معه سلبيات التشبث بالمذهب الفردي، الأمر الذي فرض على التشريعات المعاصرة مسايرة هذه التحولات من خلال تحيين و عصرنه قوانينها لتلائم متطلبات العصر، قصد تسهيل المعاملات بين الأفراد و حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية تحقيقاً لقواعد

1 عقب نجاح الثورة الفرنسية عام 1789 ظهرت العديد من النظريات الفلسفية و الأفكار التي تمجد حرية الفرد ، مما أدى بذلك إلى ظهور المذهب الفردي الذي شيد على أساسه القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 1804، ولقد إنتقلت بعض المفاهيم المتجددة في القانون المدني الفرنسي إلى القانون المدني الجزائري نظراً لكون القانون المدني الفرنسي يعتبر أباً للعظم القوانين و بالتالي إنتقلت الأسس الكلاسيكية إلى تلك القوانين.

العدالة و الإنصاف ،و لعل ما فرض إعادة النظر في هذه المبادئ العتيقة الانهيار النسبي للمبادئ العامة للعقد التي ظلت صامدة لردح من الزمن، إلا أن التقلبات التي تفرضها العولمة أبت إلا أن تجعل هذه المبادئ ترضخ لمستجدات العصر، و بالتالي جعلتها مبادئ مرنة تخلت فيها عن هيمنتها المطلقة و لعل الهدف من التطرق للموضوع الإطلاع على الملامح الحديثة للنظرية العامة للعقد وفق منهج وصفي تحليلي للتطرق لتحولات الطارئة على النظرية العامة للعقد ،و عليه تظهر أهمية هذا المقال الذي حاول استعراض التأثيرات التي طرأت على النظرية العامة للعقد و من هنا يمكننا طرح الإشكالية التالية: كيف ساهمت التغيرات الإقتصادية و التكنولوجية في التأثير على النظرية العامة للعقد؟ وهل هذه التحولات قامت بتجديد العقد و تطويره أم أضافت تحدينا للقواعد الكلاسيكية؟ ولإجابة عن هذه الإشكالية سنستعرض التقسيم التالي:

المبحث الأول: أثر التحولات الطارئة على نظرية العقد: بين التقدم و التراجع
المبحث الثاني: تأثير التحولات الراهنة على العقد: بين ثبات النظرية العامة وتحولها

المبحث الأول: أثر التحولات الطارئة على نظرية العقد: بين التقدم و التراجع

لقد أدى التسارع الذي شهدته التحولات التكنولوجية و الإقتصادية إلى التأثير بشكل مباشر على النظرية العامة للعقد بحيث أدت إلى التقدم في بعض جوانبها و التراجع في قواعد أخرى و يظهر ذلك جليا من خلال التطرق إلى القواعد الكلاسيكية التي شيدت على أساسها النظرية العامة للعقد مما يظهر التحيين الحاصل للأسس الكلاسيكية للعقد(المطلب الأول) و تراجع مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تحيين الأسس الكلاسيكية في العقد: إعادة النظر في قواعد العقد

إن القواعد و الأسس العقدية التي ظلت جامدة و سارية المفعول لوقت طويل وجدت نفسها ملزمة بمواكبة الواقع المعاش، و ذلك نتيجة ما فرضته الفقرات الباهرة في المجالات الإقتصادية و التكنولوجية و يظهر ذلك من خلال التطرق لفكرة تطوير المبادئ العقدية (الفرع الأول) انعكاسات التحولات الحديثة على المبادئ التقليدية(الفرع الثاني)

الفرع الأول: تطوير المبادئ العقدية

لقد عملت التحولات على دفع المشرع الجزائري للتعديل في العديد من الأسس التقليدية والعمل على تحديثها مما جعل نظرية العقد تشهد تطورا مع التحديث الحاصل في مبادئها مما جسد فكرة تطوير العقد أولا: مبدأ حسن النية بمفهوم جديد: تجسيد لإملاءات التكافل العقدي

يشكل العقد رابطة عقدية تجمع بين المتعاقدين فيعد أهم أداة للتداول الحقوق و الثروات بين الأشخاص و الدول على حد سواء¹، و نظرا لأهمية العقد فلقد شيد على قواعد أخلاقية و مبادئ سامية و روابط

1 عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزام، نظرية العقد، دار الأمان،المغرب،2013،ص12.

أخلاقية راقية، تضمن حسن سير العلاقة التعاقدية و تضمن حقوق الأطراف و تصون مصلحة الطرف الضعيف ، و يعتبر مبدأ حسن النية من أسمى المبادئ المنبثقة عن الأخلاق و هو يشكل في حد ذاته مبدأ كلاسيكي لازم العقود منذ نشأة النظرية العامة للعقد .

فمبدأ حسن النية بالإضافة إلى أنه مبدأ كلاسيكي فهو كذلك أداة تضمن إستمرار العلاقة العقدية بين الطرفين ، و آلية للحد من طلاقة مبدأ الحرية العقدية من خلال نشر روح التعاون و الثقة و النزاهة و العدل و المساواة بين أطراف العلاقة العقدية، كما أن هذا المبدأ الأخلاقي أدى إلى التخفيف من صرامة الحرية التعاقدية و التي قد يؤدي تطبيقها المطلق و الحرفي إلى الإضرار بأحد أطراف العلاقة العقدية و مخالفة العدالة العقدية، و لعل ذلك ما يمكن ملاحظته جليا في عقود الإذعان¹، فمبدأ حسن النية مبدأ أخلاقي يسعى إلى تجسيد روح العدالة في العقد مما جعله مبدأ أساسي في العقود ، فالعقد بإعتباره أداة إقتصادية يسعى إلى تحقيق تطلعات الأطراف المتعاقدة و تجسيد المنفعة. فقد أصبح يشكل في فحواه معادلة إقتصادية غالبا ما تطغى عليها الحرية التعاقدية و التي بدورها تؤثر سلبا على العقد مما يخلق تصادم لمصالح المتعاقدين تحقيقا للمصلحة الخاصة و دون إقامة أي اعتبار للمصالح الطرف المقابل مما يشكل أزمة تعصف بالعقد، و التي قد تؤدي إلى قطع العلاقة العقدية قبل تمام الهدف منها . فلم تجد التشريعات آلية و مبدأ أفضل من حسن النية لمعالجة هذه الإشكالات.

فلقد وضع المشرع الجزائري مبدأ حسن النية كمبدأ من شأنه الحد من التجاوزات التي قد تفرزها مبدأ الحرية العقدية و الالتجاء إلى تفعيل هذا المبدأ، أفرز العديد من الحلول الإيجابية و لعل أهمها إرساء المنفعة المشتركة و المتساوية بين الأطراف المتعاقدة و تقريب المصالح ، و لعل ذلك ما أشار إليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 1/107² و لقد أتى إدراج المشرع لمبدأ حسن النية امتثالا لمرونة الواقع التي فرضتها التحولات الاقتصادية و التكنولوجية و الاجتماعية على النظرية العامة للعقد . فالتغيرات الطارئة على النظرية العامة للعقد و الحاصلة بفعل التحولات الاقتصادية و التكنولوجية أفرزت العديد من التغيرات التي مست أسس العقد، و التي أدت بدورها إلى تحديث مبدأ حسن النية و تطويره فلم يعد يقتصر هذا المبدأ على فكرة مراعاة المتعاقد معه و عدم الإضرار بالمصلحة المشروعة للطرف المقابل في العقد، بل يحمل أيضا مظاهر تتجلى في الالتزام بالنزاهة في التعاقد و يقصد بالنزاهة أن يتجنب المتعاقد كل الحيل من غش أو تدليس أو مناورات من شأنها أن تجعل الإلتزام عسيرا أو مرهقا أو تجعل من تنفيذه مستحيلا و الذي بدوره قد يؤثر على إستمرار العلاقة العقدية مما جعل المشرع يفرض مبدأ حسن النية، و لعل ذلك ما ترجمته نص المادة 01 من القانون 04-02 و التي تنص على أنه

1 أوليد بسيم عبود العنكر، تجديد العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص60.

2 حفيظة عطوي، أثر الظروف الإقتصادية على العقد المدني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 5، العدد 2020، 1، ص617، 616.

يفرض مبدأ الشفافية و النزاهة في الممارسات التجارية القائمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين¹، كما أن مبدأ حسن النية يقوم على مبدأ ثاني يتمثل في الإلتزام بالتعاون و الذي يعد إلتزاما إيجابيا بحيث يلتزم المتعاقد بمساعدة المتعاقد معه و إعلامه و إشعاره بكافة الأحداث و الوقائع التي تخص تنفيذ العقد و تسهيل الوصول إلى تجسيد العلاقة العقدية، و لقد استنبط هذا الإلتزام من التطورات الجديدة التي لحقت بالعلاقة العقدية و ما تمليه متطلبات التكافل العقدي فالعقد علاقة تعاون و مأزرة و ليس علاقة تنافس و مجابهة و اصطدام المصالح²، و لعل هذا التحيين الطارئ الذي لحق مبدأ حسن النية يرجع أساسه إلى التخفيف من الاعتداد بالنزعة الفردية و المفهوم الفردي مما جعل العقد يحمل طابعا اجتماعيا، يهدف تحقيق مصلحة الجماعة لا الفرد³ كما أن المبادئ الكثيرة المقحمة على النظرية العامة للعقد و التي فرضتها التطورات الإقتصادية و التي أسماها التوازن العقدي و المعرفي و العدالة العقدية ألحت على تجسيد مبدأ حسن النية و تحديثه⁴

ثانيا: تقييد مبدأ الحرية التعاقدية:

جعل المشرع الجزائري من الحرية العقدية مبدأ عاما ترسخ له كافة العقود بإعتبار أن الحرية العقدية أساس التعاقد، و يشكل هذا المبدأ مظهر من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة و الذي كان يشكل جوهر القانون المدني منذ نشأة العقد و يضمن هذا المبدأ حقوقا للمتعاقد و هي حق الشخص في إبرام العقد من عدمه ثم حقه في اختيار الطرف المتعاقد معه بإضافة إلى حقه في إختيار مضمون العقد و شروطه و هذه الحرية المخولة للشخص في التعاقد تجسد حتما العدالة العقدية و التوازن العقدي و اللذان يعتبران من مستلزمات العدالة، فيعتبر مبدأ الحرية العقدية من أعتق المبادئ العقدية التي شيدت على أساسه النظرية العامة للعقد.

فيشكل مبدأ الحرية العقدية و دون منازع رمزا من رموز التعاقد و الذي يرافق العلاقة العقدية في جل مراحلها من مرحلة الاتفاق مرورا بمرحلة التكوين ووصولاً إلى مرحلة التنفيذ و إنّ وجود هذا المبدأ القانوني و فرضه لهيئته على المنظومة العقدية، ما هو إلا نتيجة لتأثر القانون بالأفكار الفلسفية و الإقتصادية و التحررية التي برزت في أوروبا عقب الثورة الفرنسية، بحيث جاء القانون المدني الفرنسي الصادر في 1804 مستجيبا لتلك الأوضاع و مترجما لتلك الأفكار و الذي كان يقدر الأفكار الفردية بشكل ملموس، مما جعل مبدأ سلطان الإرادة يظهر كتجسيد لتلك الأفكار و هو الأمر الذي نلمسه في القانون المدني الجزائري بإعتباره أخذ بنفس الفكرة .

1 القانون رقم 04-02 الصادر بتاريخ 23 يونيو سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

2 حفيفة عطوي، المرجع السابق، ص 617

3 فطيمة نساخ، الوظيفة الإجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013، ص 12.

4 جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و

السياسية، جامعة البليدة 2 العفرون، المجلد 6، العدد 2، 2017، ص 226.

لكن هذا المبدأ و رغم عراقته أثبت قصورا في مواكبة التطورات الإقتصادية و الإجتماعية و التكنولوجية الحديثة مما جعل المشرع الجزائري يعمل على إضافة تحديثات على هذا المبدأ الكلاسيكي، بحيث فرضت التحولات الإقتصادية ضرورة التحديث في مبدأ الحرية العقدية، مما جعل المشرع الجزائري يعدل في المبدأ بفرض جملة من الإستثناءات التي من شأنها جعل هذا المبدأ الكلاسيكي مبدأ حديثا في بعض جوانبه.

و لعل نظرية الظروف الإستثنائية التي إستحدثها المشرع في القانون المدني 1975 أحسن مثال عن التحديث التي تم إضافته على هذا المبدأ و يعتبر ذلك تراجع واضح عن طلاقة مبدأ الحرية العقدية¹ بحيث أن التحديث الطارئ على مبدأ الحرية العقدية يسمح سواء للقاضي أو المشرع التدخل في العقد و ضبط هذه الحرية العقدية تجسيدا لفكرة العدالة العقدية و الإبقاء على العقد، و لعل ذلك ما جسده نص المادة 3/107 بحيث يهدف المشرع في هذه المادة لحماية الطرف الضعيف إقتصاديا و الذي أثار عليه التحولات الاقتصادية الطارئة، ففي هذه المادة يتضح أن المشرع قد آثر إعمال نظرية الظروف الطارئة بدلا من الإستناد إلى مبدأ الحرية العقدية مما جعل هذه المادة قييدا يخنق مبدأ الحرية العقدية.

كما نجد أن المشرع الجزائري قد تطرق إلى استثناء آخر نصت عليه المادة 110 من القانون المدني بحيث تضمنت المادة استثناء على مبدأ الحرية العقدية بحيث أنه في عقود الإذعان² إذا تجاوزت الحرية العقدية لأحد الأطراف المتعاقدة على الحرية الأخرى و تسلطت عليها نشأ بذلك عقد الإذعان الذي يخل بأصل العدالة العقدية، مما أوجب تدخل القاضي للعصف بالشروط التعسفية التي أنشأتها الحرية العقدية بحيث أن الحرية العقدية التي من شأنها زعزعة العلاقة العقدية³، و التأثير على المعادلة الإقتصادية في العقد و جب ضبطها من خلال تدخل القاضي و الحد من الحرية العقدية و لم يعد التقديس فقط ساري على الحرية العقدية، و إنما أصبحت تقديس إعتبارات أخرى . كما أن التحديث في مبدأ الحرية العقدية أفرزت عنه العديد من المبادئ لعل أهمها مبدأ حرية الأسعار و الذي انبثق عنه مبدأ مهم متمثل في الإلتزام بالإعلام بالأسعار، بفعل التقلبات الإقتصادية التي قد تطرأ على العلاقة العقدية و الذي نجد أن المشرع الجزائري نص عليه في نص المادة 17 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك⁴ و كذلك المادة 04 من القانون 04-02⁵.

1 علي فيلالي، الحرية العقدية مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة قسنطينة، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 19، 18.

2 خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني و التشريعات الخاصة، حوليات مجلة حوليات، القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر، العدد 2016، 5، ص 309.

3 بيلامي سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، جامعة منتوري، كلية الحقوق، قسنطينة، العدد 5، ديسمبر 2018، ص 68.

4 القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك المعدل بموجب الأمر رقم 18-09 العدد 35

5 القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية العدد 41.

الفرع الثاني: إنعكاسات التحولات الحديثة على المبادئ التقليدية: تجديد للأسس العتيقة

لقد انعكست التحولات الحديثة على النظرية العامة للعقد بحيث قامت بالتجديد في الأسس العتيقة في العقد لعل أهمها مبدأ المساواة و مبدأ التوازن العقدي مما جعل ذلك تحديث في الأسس التقليدية في العقد.

أولاً: التخلي عن المساواة المجردة و تجسيد المساواة الفعلية

يسعى العقد منذ نشأته إلى تجسيد مبدأ المساواة بين أطراف العقد مما يضمن الحماية الفعلية للطرف الضعيف، غير أن هذه المساواة في كثير من الأحيان تبقى فكرة مجردة¹ لا تتصل بالواقع العملي بحيث تشهد في العقود وطأ الإرادة القوية للإرادة الأقل تأثيراً منها، مما خلق نوع من عدم المساواة في العقود. إن التحولات الإقتصادية و التكنولوجية فرضت على المشرع التحديث في أقدم الأسس العقدية بهدف إقامة فكرة المساواة العقدية بين المتعاقدين، و ذلك من خلال السعي إلى التقليل من هيمنة مبدأ سلطان الإرادة و الحد من إمتداد نفوذها، و ذلك من خلال التوسيع في نظرية عيوب الرضا التي تهدف إلى إبطال العقود التي احتل فيها عنصر المساواة، فهي نظرية تقليدية أضفي عليها بعض التحديثات بهدف تجسيد مبدأ المساواة الفعلية بين المتعاقدين. فمع التطور الإقتصادي و التكنولوجي تطورت العديد من المشاكل بحيث أصبح الطرف المتعاقد يستعمل كافة الحيل و التقدمات التكنولوجية للتحايل على المتعاقد معه لتحقيق مصلحته و المنفعة الشخصية، على حساب الإضرار بالمتعاقد معه مما جعل المشرع يقوم بتطوير نظرية الإبطال العتيقة لحماية رضا الطرف الضعيف اقتصادياً و تكنولوجياً.

و بالرجوع إلى عيب الغلط نلاحظ أن المشرع الجزائري قد طور من مفهومه، و قام بتوسيعه فلم يعد المشرع يأخذ بفكرة الغلط في نطاقها التقليدي، فبعدما كان يستند فقط إلى الغلط في مادة الشيء طور من هذا المفهوم و أصبح يأخذ بالغلط الذي يقع في الصفة الجوهرية للشيء².

كما أنه أضاف تحينا آخر على هذه النظرية فبعدما كان المشرع الجزائري يستند إلى المعيار الذاتي في تقدير الصفة الجوهرية للشيء في عيب الغلط، و التي تقام على أساس إرادة المتعاقد الذي وقع في الغلط، ليتوجه بعد ذلك المشرع إلى اعتناق المعيار الموضوعي كنوع من التحديث و الذي يقوم على تقدير الصفة الجوهرية التي تستشف من الظروف المحيطة بالعقد، و رصد المناخ الذي أنشأ العقد في ظله.

كما أنه المشرع قد ثار و تمرد على النزعة الفردية، و تمرد على أفكار و فلسفة المذهب الفردي ليثبت التغيرات الطارئة على نظرية العقد، بحيث أقام تحولا جذريا على فكرة التدليس فلم يعد يأخذ بالفكرة الضيقة للتدليس، و التي تقوم فقط على أساس السكوت العمدي للطرف المدلس، و الذي يعتبر موقفا سلبيا و إنما

1ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد تصور جديد، مجلة حوليات، القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر، العدد

5، 2016، ص. 90.

2المرجع السابق، ص92، 91، وأيضا زمام جمعة، المرجع السابق، ص 230.

انتقل إلى إلزام المتعاقد بتحمل مسؤولية إيصال كافة المعلومات الضرورية للمتعاقد معه بهدف إبرام العقد و إن هذه الخطوة التي وضعها المشرع يكون من خلالها، قد قفز قفزة قطع بها أشواطاً كبيرة بحيث أن تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام يرجح كفة المساواة الحقيقية بين المتعاقدين، و يجمع فكرة المساواة المجردة التي كانت في أغلب الأحيان مجرد وهم و خيال. فنجد أن المشرع قد عمد إلى تحديث عيوب الرضا لجعلها نظريات توافق التقدم الإقتصادي و التكنولوجي .

ثانياً: مبدأ التوازن العقدي: إرساء لقواعد العدالة التبادلية

الأصل في العقود أن يحدد مضمونها بكل حرية من طرف المتعاقدين، بإعتبارها ثمرة ناتجة عن توافق إرادتين ، و باعتبار أن العقد نتاج حرية الأطراف المتعاقدة ففي الوقت الماضي كان التوازن العقدي لا يعتبر مبدأ عاماً في العقد، كما أن التوازن الموضوعي الذي يكون أساس تكوين العلاقة العقدية لا يعد جوهرها في العقد مما أفرز العديد من العقود التي يتخللها عدم التوازن العقدي .

لكن مع التحول الإقتصادي و التكنولوجي و الطفرة التي أنتجها هذا التطور في الحياة القانونية وجد المشرع نفسه ملزماً للتدخل و إعادة الإعتبار للتوازن العقدي في العقود، و إعادة إرساء المعادلة العقدية بين المتعاقدين بحيث يتم التوفيق في العقد بين الحقوق و الإلتزامات و بين كافة البنود المدرجة في العقد بحيث تكون نوع من العدالة فيما يمنحه المتعاقد، و ما يحصل عليه و ما يترتب على عاتقه في إطار تجسيد التوازن الإجمالي في العقد.

لقد أدخل المشرع على قانون العقود جملة من التعديلات الجديدة جعلته قانوناً يهدف إلى مكافحة جل الإختلالات التي قد تطرأ على العقد و تزلزل التوازن العقدي ، و إن كان هذا التوازن يوصف بأنه توازن نسبي لم يرتقي إلى الكمال المطلق لتحقيق التوازن العقدي الحقيقي¹، فلقد أعطى المشرع للقاضي حق الولوج في العقد و إعادة فرض التوازن العقدي إذا ظهر في ملامح العقد عدم تكافؤ بارز في الإلتزامات، فطلب من أحد المتعاقدين يمكن للقاضي التدخل في العقد، و فرض التوازن العقدي و إعادة التوازن الذي أصابه إضطراب و خلل ، و ذلك بهدف إعادة إرساء أسس العدالة التبادلية والقائمة على أساس المساواة المفترضة بين المتعاقدين بحيث يفترض في العقد المساواة بين حقوق و واجبات المتعاقدين، بحيث يكون بذلك التوازن العقدي مفترضا في العقد و باختلاله و جب على القاضي معالجة هذا الوضع. و يظهر جليا التحديثات التي قام بها المشرع الجزائري لإعادة فرض التوازن العقدي في العقود في نص المادة 358 من القانون المدني و الذي فرض فيه المشرع ضرورة إعادة التوازن في عقد بيع العقار الذي وقع فيه غبن ، و يكون بإعادة التوازن في هذه الحالة من خلال مطالبة البائع من القاضي بتكملة الثمن ليعاد التوازن إلى العقد و يبقى قائماً، و كذلك الحال في عقد القسمة و الذي نصت عليه نص المادة 732 من القانون المدني ، و كذلك عقد المقايضة ، و الذي سرت أحكامه في نص المادة 414 من القانون المدني² ، ففي

1 ذهبية حامق، المرجع السابق، ص95.

2 راجع نص المادة 414، 732، 358 من القانون المدني.

نص المواد السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد سمح للقاضي الولوج في العقد و إعادة فرض التوازن العقدي من خلال ضبط أو تكملة الثمن، و ذلك بغرض فرض التكافؤ بين أداءات المتعاقدين¹.

المطلب الثاني: تعارض مبدأ سلطان الإرادة مع مقتضيات التعامل الحديث

باعتبار مبدأ سلطان الإرادة أهم المبادئ الكلاسيكية التي شيدت على إثرها النظرية العامة للعقد فإن التحولات الحديثة أثرت عليها بشدة مما جعلها تصطدم مع هذه الأخيرة

الفرع الأول: قصور مبدأ سلطان الإرادة في أعقاب التحولات الراهنة

لقد أدى التقدم الإقتصادي إلى إنكماش مبدأ سلطان الإرادة و قصوره، فلم يعد ذلك المبدأ الذي يسيطر على العقود و يهيمن على العلاقة التعاقدية بل أصبح هذا المبدأ قاصرا و عاجزا أمام التطورات الهائلة.

أولا: قصور مبدأ سلطان الإرادة: إصطدام بالمستجدات الحديثة

إن التحولات الإقتصادية و التكنولوجية الطارئة على المجتمع ساهمت بشكل واضح في التقليص من الأسس العتيقة التي بنيت على إثرها نظرية العقد، فالتطورات التي فرضتها التحولات الإقتصادية خلقت منعطفا تشريعيا أمام العقد عرقل تقدمه، و هو متقل بذلك الكم من الأسس الكلاسيكية مما جعل المشرع يعيد النظر في الأسس العتيقة، و يقوم بتحديثها وفق ترسانة قانونية حديثة لجعل العقد يواكب التطورات الحاصلة.

و باعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة مبدأ يتسم بطابع الصرامة و التعقيد، فإنه غالبا ما يصطدم مع التطورات التي فرضتها التحولات الاقتصادية و التكنولوجية، مما يثبت أن هذا المبدأ أصبح يعاني القصور في التماسي مع التطورات الراهنة و التحديثات الحاصلة.

فيقصد بمبدأ سلطان الإرادة أن الشخص حر و له الحرية المطلقة في التعاقد و أن الإرادة هي المناط الأساسي لتكوين العقد و إخرجه من حيز التفكير و العالم الافتراضي إلى تجسيده على أرض الواقع و هذا المبدأ جامدا مما دعت الضرورة إلى إضفاء بعض التخفيف عليه و لعل أكبر دليل على التراجع النسبي لهذا المبدأ تراجع مبدأ الرضائية في العقود بشكل كبير و تفاقم ظاهرة الشكلية في العقود مما يدل بشكل واضح على إنتكاسة المبدأ و تراجعها، كما يظهر تراجع مبدأ سلطان الإرادة من خلال تزايد تدخل القاضي في العقد² والتعديل فيه و إعادة التوازن للعلاقة العقدية، مما يشكل حلقة قيدت مبدأ سلطان الإرادة و قلصت من بسط نفوذه و لم يقتصر ظهور قصور هذا المبدأ في هذا السياق، و إنما يظهر جليا في تقزيم مبدأ سلطان الإرادة أمام سمو فكرة النظام العام كما يظهر إنتكاسة المبدأ من خلال تدخل الدولة في توجيه العقد.

1 ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 97.

2 لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية

الحقوق، تلمسان، 2016، ص 227.

أولاً: تراجع مبدأ سلطان الإرادة: بين تضخم مبدأ النظام العام وإنتكاسة المبدأ

لقد تغول مبدأ سلطان الإرادة في القرن الماضي و بسط سيطرته على كافة العقود حتى أضحى لا يمكن تخيل عقد قائم و صحيح دون إستناده إلى ذلك المبدأ ،و مع إزدهار هذا المبدأ زاد من تطرفه حتى خلقت في ظلها كيانات عقدية شادة عرفت بعقود الإذعان¹، و التي قامت في فحواها على تحقيق المنفعة الخاصة و التفاوت الصارخ بين المنفعة التي يستفيد منها المتعاقدين ،مما خلق شقا أثر على الوظيفة الإقتصادية للعقد ، و لكن مع تطور الإقتصادي وما أنتجه من نتائج خلاقة نجد أن التشريعات عموما عملت على هجران المذهب الفردي. و بتزايد الإلتفاف حول فكرة المنفعة الجماعية و ظهور فكرة العدالة الإجتماعية و الوظيفة النفعية للعقد، نجد أن المشرع قد قلص من مبدأ سلطان الإرادة و ذلك من خلال فرض النظام العام و الآداب العامة كقيد على مبدأ سلطان الإرادة، و إخضاع هذا المبدأ للقواعد النظام العام، بحيث مكن المشرع للقاضي آلية التحقق من العقد إن كان يتطابق مع المصلحة العامة و إن كانت الشروط و الأركان التي يتضمنها متماشية مع فكرة النظام العام .

بحيث يفرض النظام العام قواعد سامية عن مبدأ سلطان الإرادة² و ذلك من خلال رسم أطر قانونية تكون بمثابة إطار تدور فيه الإرادة و لا تتعداه، و ذلك بهدف الحد من الأنانية و كبج الفوضى التي قد تعصف بالعقد ،و المحافظة على المصلحة العامة بحيث أن بالاستناد إلى المعنى الحقيقي لمبدأ سلطان الإرادة يتبين أنه لا توجد حقوق مطلقة للشخص، و إنما تبقى الحقوق رهينة النظام العام الاجتماعي الذي تمارس فيه،و بذلك يكون مبدأ سلطان الإرادة مقيدا بضوابط النظام العام .

لقد دعت الضرورة إلى تدخل الدولة لفرض رقابة على العقود و فرض التوجيه على العقد، و ذلك من خلال اللجوء إلى قواعد النظام العام³،و الذي يعرف بالنظام العام الإقتصادي و الذي ازدهر بتزايد تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي ، مما سمح للدول لعب دور الحارس على العقود ،بحيث أصبحت الدولة من خلال قواعد النظام العام الإقتصادي تلج في العقود و تعمل على إعادة ترتيب العلاقات الإقتصادية من إنتاج توزيعى و تبادل مما أثر هذا التوجه على النظرية العامة للعقد بشكل مباشر مما جعل من المشرع يستحدث أنماط جديدة و صيغ حديثة للشكلية التعاقدية كالرخصة و شهادة المصادقة تكريسا لفكرة النظام العام التوجيهي⁴ .

فلم يقف تدخل الدولة في العقود عند هذا الحد بل ذهبت إلى أبعد من ذلك بحيث عمدت الدولة إلى خلق أجهزة و سلطات إدارية مستقلة تهدف من خلالها إلى ضبط الإقتصاد و تقييد السوق و العقود المتداولة

1خديجة فاضل،المرجع السابق،ص307،306.

2منصف بوعريوة، الحرية العقدية في ظل النظام العام الإقتصادي ،مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال ،جامعة منتوري،قسنطينة،العدد5،ديسمبر2018.

3مصطفى بن أمينة، النظام العام الإقتصادي و تطبيقاته في قانون حماية المستهلك ،مقاربة تشريعية ،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية،جامعة محمد بوضياف،المسيلة،المجلد5،العدد2020،1،ص1184.

4نجيب عبد الله نجيب الجبشه، مفهوم فكرة النظام العام و تطبيقاتها، جامعة النجاح الوطنية،فلسطين،2017،ص82.

فيه، مما جعل طوائف جديدة من العقود و صيغ حديثة للتعاقد تظهر و تحتل الصدارة لعل أهمها عقدي بيع البنائة التي في طور الإنجاز و الذي يكون أساسه التعامل في محل مستقبلي، و كذلك عقد حفظ الحق و البيع على التصاميم وفقا لما تضمنته أحكام القانون رقم 11-04¹.

ثانيا: القاضي كطرف جديد في العقد: هتك لقواعد مبدأ سلطان الإرادة

أدت التحولات الإقتصادية و الاجتماعية إلى تراجع واضح و ملموس في المبادئ التقليدية للعقد و أثرت عليه بشكل ملحوظ مما أدى إلى تقهقر و تراجع في مبدأ سلطان الإرادة، مما خلق لهذا التراجع ثغرة قانونية يمكن من خلالها للقاضي التدخل في العقد، وفرض نوع من الرقابة القضائية كلما دعت الضرورة و مصلحة المتعاقدين بهدف المحافظة على العقد ، مما أصبح يشكل ذلك خروجاً صارخاً على مبدأ سلطان الإرادة مما جعل من القاضي يعتبر كطرف جديد خارج عن العلاقة العقدية.

فقد يتدخل القاضي في مرحلة إبرام العقد من أجل مراقبة السلوكيات الصادرة على الأطراف المتعاقدة و ذلك بهدف حماية الثقة المشروعة من جهة، و من جهة أخرى فرض قيم النزاهة و الإلتزام بالعلاقة التعاقدية بين المتعاقدين، و فرض الجزاء المناسب عند الانحراف على هذا السلوك. ورغم أن مبدأ سلطان الإرادة و القوة الملزمة للعقد كانت تحول دون تدخل القاضي نسبياً في العقد في وقت مضى إلا أنه في الوقت الحالي تبرر مقتضيات المصلحة العامة، و تراجع المبادئ الكلاسيكية للعقد جعلت من النظرية العامة للعقد نظرية منفتحة تسمح للقاضي الولوج للعلاقة العقدية، فيتدخل القاضي إما بدور إنشائي بحيث ينشأ مراكز قانونية أو شروط جديدة وفقاً لما نصت عليه المادة 214 من القانون المدني و المتعلق بنظرة الميسرة، كما يمكن أن يتدخل من أجل تحقيق التوازن العقدي .

الفرع الثاني: التخفيف من حدة القوة الملزمة

يعتبر التخفيف من صرامة و حدة القوة الملزمة أهم مظهر يعبر عن تراجع المبدأ التقليدي المتمثل في مبدأ سلطان الإرادة لأن القوة الملزمة تشكل أهم جزء من مبدأ سلطان الإرادة.

أولاً: الحق في التراجع: بين إضعاف القوة الملزمة و انتهاك للمبادئ المقدسة

يعتبر مبدأ القوة الملزمة من أهم المبادئ التقليدية التي تمخضت على مبدأ سلطان الإرادة ، و هو ركيزة أساسية للنظرية العامة للعقد و الذي وضعت أحكامه في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري و المستوحاة من نص المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي بحيث أنه إذا أنشأ العقد صحيحاً و كامل الأركان و مستوفي الشروط، يكون بمثابة القانون للطرفين و القاضي على حد سواء، فلا يجوز المساس به أو التعديل فيه أو نقضه بإرادة منفردة، و يأخذ هذا العقد قدسيته و حمايته من المبدأ الكلاسيكي المعروف بمبدأ القوة الملزمة للعقد، فهذا المبدأ يعطي حماية و حصانة فائقة للعقد المبرم. باعتباره ثمرة

[1]فتيحة قريقر، حدود سلطان الإرادة في نطاق النظام العام، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة عاشور زيان، الجلفة، المجلد العاشر، العدد الأول، ص 279.

اتفاق الطرفين، وذلك كتجسيد للفكرة مبدأ سلطان الإرادة و مبدأ إستقرار المعاملات¹. لكن على الرغم من أهمية مبدأ القوة الملزمة و ما يفرضه من قيود تحول دون المساس بالعقد، إلا أنه أصبح من الصعب في وقتنا الراهن تطبيق مبدأ القوة الملزمة على طلاقته و بنفس الشكل الذي نشأ فيه وذلك لتغير العديد من المفاهيم .

لقد أدى التطور التكنولوجي و التحول الإقتصادي إلى تنوع في السلع و الخدمات كما أدى هذا التطور إلى خلق وسائل عديدة للدعاية و التسويق و التي أخلت بشكل مباشر في كثير من الأحيان بالتوازن المعرفي للمتعاقدين، بحيث جعلت من إرادة أحد الطرفين ضعيفة أمام إرادة المتعاقد معه لإقتناده للخبرة و الممارسة مما أفرز ظاهرة إختلال التوازن العقدي، و الذي دفع بالمشرع إلى خلق آلية حديثة تهدف إلى حماية الطرف الضعيف.

تعرف هذه الآلية الحمائية بحق التراجع بحيث يمكن للطرف الضعيف التراجع عن العقد، و بالرغم من أن حق التراجع آلية خلاقة تهدف إلى حماية الطرف الضعيف و صون حقه، إلا أنها تبقى آلية تصطدم مع المبادئ الكلاسيكية للعقد، بحيث أنها آلية تخالف ما نظمته القواعد التقليدية للعقد، و في مقدمتها القوة الملزمة للعقد. فحق التراجع هو عبارة عن آلية قانونية فرضها المشرع ليستفيد منها أحد الأطراف المتعاقدة للعدول عن العقد، مما جعل هذه الآلية تضعف من هيمنة القوة الملزمة للعقد، و تقلص من حيز هيمنتها مما جعلها آلية مستحدثة فرضتها الظروف الإقتصادية و التكنولوجية و تؤثر بشكل مباشر على القواعد العامة في مقدمتها مبدأ القوة الملزمة، مما جعل من مبدأ سلطان الإرادة يتراجع و ربما يتلاشى بشكل كلي في المستقبل.

و لقد تطرق المشرع إلى فكرة التراجع في مواد متفرقة تظهر أن المشرع أعطى للشخص الحق في العدول ليس عن العقد فقط بل العدول عن مبدأ القوة الملزمة بطريقة غير مباشرة فنص عليه في القانون 18-09 في نص المادة 2/19-3-4²، مما يظهر أن المشرع قد أورد العديد من النصوص التي تؤثر على المبادئ العامة الكلاسيكية و التي قيدت مبدأ سلطان الإرادة و خففت بشكل واضح من حدة مبدأ القوة الملزمة للعقد و أضعفته.

ثانيا: نظرية إنقاذ العقد: تخفيف من صرامة القوة الملزمة

لقد أدت التحولات الإقتصادية و التكنولوجية إلى فرض العديد من التحديثات التي مست بشكل مباشر الأسس التقليدية في العقد و في مقدمتها أعرق مبدئين مبدأ القوة الملزمة، و مبدأ سلطان الإرادة، فهذه التطورات أدت إلى حياكة نظم قانونية جديدة أثرت بشكل مباشر، أو غير مباشر على مبدأ القوة الملزمة

1 شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2016، ص360، 359.

2 راجع نص المادة 19 ف 1، 2، 3، من القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 يعدل و يتمم القانون رقم 09-

03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش

بحيث أدت إلى التخفيف من حدة هذا المبدأ و قلصت بشكل واضح من صرامته ، و الذي ظلت التشريعات عاجزة أمامه لوقت طويل. بحيث ظهرت نظريات تؤثر بشكل كبير على آثار هذا المبدأ لعل أهم هذه النظريات نظرية إنقاذ العقد، و الذي ظهرت في التشريع و الفقه الألماني و التي تتادي بإستعمال كافة الطرق المتاحة و المشروعة بهدف إنقاذ العقد، و تسمح للطرفين و الغير و القاضي و المشرع على حد سواء التعديل في العقد بهدف إنفاذه و الإبقاء عليه، وهو الشيء المخالف للمبادئ القوة الملزمة و التي لا ترضى بأي تدخل يكون خارجا عن نطاق أطراف العلاقة التعاقدية و تحظر المساس بالعقد و التعدي على قدسيته.

فتحمل نظرية الإنقاذ العديد من القواعد القانونية و المبادئ التي تفرض المساس بالعقد بهدف إنفاذه و هو الشيء الذي يدل على أن المشرع قد شرع التخلي على مبدأ القوة الملزمة بهدف المحافظة على العقد، و هو الشيء الذي نلتمسه جليا في نص المادة 104 من القانون المدني، و التي تنص على فكرة إنقاص العقد و التي تشكل جزءا هاما من نظرية الإنقاذ ، و التي تمكن القاضي من بتر جزء من العقد بهدف المحافظة على العقد قائما ، و المادة 105 من القانون المدني التي عالجت فكرة التحول بحيث يمكن تحول العقد من شكل إلى شكل آخر بهدف الحفاظ عليه، و الذي يشكل في حد ذاته خروجاً صارخاً على مبدأ القوة الملزمة و إصطداماً بهذا المبدأ الكلاسيكي.

و ما يمكن ملاحظته أن مبدأ القوة الملزمة و نظرية الإنقاذ تتحد في نفس الهدف و هو الوصول بالعقد إلى التنفيذ و المحافظة عليه إلا أنهما نظريتان تصدم من خلال شروط التطبيق ، و ما يمكنه قوله في هذا السياق أن نظرية الإنقاذ نظرية فرضتها التحولات الإقتصادية و التكنولوجية للمحافظة على العقد و حماية الطرف الضعيف، و هي نظرية تحد من طلاقة مبدأ سلطان الإرادة.

لقد أدى التحول الجذري في الأوضاع الإقتصادية و التكنولوجية إلى التخلي التدريجي عن النظريات التي أفرزتها مبدأ سلطان الإرادة و النابعة من القانون الروماني و الذي هيكلها على أسس دينية و فلسفية و إقتصادية و إجتماعية عتيقة و كان أساسها الحرية الفردية المطلقة¹، و لكن مع التطورات الراهنة يظهر أن التشريعات و في مقدمتها المشرع الجزائري قد بدأ في إضفاء تغيرات على مواد القانون المدني، تظهر بتخليه عن التشبث بمبدأ النزعة الفردية و محاولة تقليصه من طلاقة القوة الملزمة و مبدأ سلطان الإرادة، و لعل إدراجه لنظرية إنقاذ العقد و حق التراجع أكبر دليل على ذلك. فتجدر الإشارة إلى أن مبدأ القوة الملزمة يحمل في طياته شقين شق سلبي يتمثل في الامتناع عن المساس بالعقد بشتى الطرق و الوسائل مالم تكن نابعة عن الطرفين ، و شق إيجابي يتمثل في المحافظة على العقد قائماً و الوصول به إلى تنفيذه. و ما يمكن ملاحظته أن التطورات الإقتصادية و التكنولوجية دفعت بالمشرع إلى التعديل في مبدأ

1 أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2019، ص129.

القوة الملزمة في شقها السلبي بحيث سمح هذا التعديل للقاضي أو الأطراف المساس بالعقد إنقاذاً له و هو الشيء الذي كان محظوراً في وقت ماضي.

المبحث الثاني: تأثير التحولات الراهنة على العقد : بين ثبات النظرية العامة و تحولها

لقد أثرت التحولات الراهنة على النظرية العامة للعقد و على المبادئ الكلاسيكية المشكلة لهذا الكيان مما جعل العقد يتأرجح بين الثبات على المبادئ القديمة و تحولها مما خلق معضلة قانونية سعت التشريعات لحل شفراتها

المطلب الأول: مآل النظرية العامة للعقد في ظل التحولات الإقتصادية

لقد أدت التحولات الإقتصادية إلى التأثير على النظرية العامة للعقد بشكل كبير بحيث قامت بإنعاش بعض المبادئ التقليدية و أصابت بالفتور مبادئ أخرى

الفرع الأول: تأثير التشريعات الخاصة على النظرية العامة للعقد:إرهاق للنصوص العامة

عملت التطورات الراهنة على خلق العديد من التشريعات الخاصة و التي بظهورها أدت إلى التقليل نوعاً ما من أعباء النظرية العامة للعقد مما سبب نوع من الإرهاق و الإرتباك في النصوص العامة.

أولاً قانون المنافسة:تلازم بين تكميل النصوص العامة وحماية الطرف الضعيف

أثبتت النصوص العامة في النظرية العامة للعقد قصورها في مواكبة التطورات التي يشهدها المجتمع بشكل يومي و متسارع، مما جعل من النصوص العامة قاصرة و مرهقة على مسيرة الواقع ، مما جعل المشرع يخلق قوانين خاصة واكبت التحولات الاقتصادية، و أتمت الفراغات التي تركتها الشريعة العامة للعقد فلقد صدر قانون المنافسة لفرض الحماية للمتعاملين الإقتصاديين، و المستهلكين على حد سواء و ذلك بهدف فرض الحماية للطرف الضعيف ،و التي تعد قاصرة نوعاً ما في النظرية الكلاسيكية للعقد وتدارك الهفوات و الفراغات القانونية التي سقطت فيه المشرع في العقد المدني ، بحيث تضمنت قواعد قانون المنافسة العديد من المواد المستحدثة و الهادفة بشكل واضح ،و لعل ذلك ما يظهر جلياً في المادة 01 من الأمر 03-03 و المعدل و المتمم بقانون 08-12¹.

و الملاحظ في نصوص قانون المنافسة أنها نصوص قانونية ذات إعتبارات إقتصادية قد منحت المتعاقد حماية إقتصادية قصوى، و العديد من النصوص المتضمنة في هذا القانون جاءت كردة فعل على الفراغات القانونية و الهفوات التي تضمنتها النظرية العامة للعقد ،فمثلاً نص المادة 11 من نفس الأمر² أنتت كحماية للطرف الضعيف إقتصادياً و عقدياً ،و لقد صدرت هذه المادة نتيجة قصور المادة 124 مكرر من القانون المدني عن توفير هذه الحماية³ . كما يلاحظ أن المشرع قد إستحدث فكرة الإستعمال

1نص المادة 01 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة.

2راجع نص المادة 11 من الأمر السالف الذكر

3راجع نص المادة 124 مكرر من القانون المدني

التعسفي لوضعية التبعية في نص المادة 11 من نفس الأمر، و المستوحاة من فكرة التعسف في إستعمال الحق المنصوص عليها في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، و أن تفعيل هذه المادة في قانون المنافسة قد أعطى المتعاملين الاقتصاديين و كذا المستهلكين على حد سواء الحماية المطلوبة، و قد أرست هذه المادة العديد من الأسس لعل أهمها ضمان حسن سير المعاملات، و ضبط السوق من كافة التداعيات و نشر الشفافية في الممارسات، و على الرغم من الايجابيات الخلاقة التي فرضتها هذه المادة إلا أنها أدت بشكل مباشر إلى التخلي عن المادة 124 مكرر و هجرانها لأنها أصبحت مادة جامدة لا توفر الحماية المنشودة و لعلّ هذه المادة أبسط مثال يدل على أن قانون المنافسة أدى إلى التقليل من التثبيت بالمبادئ التقليدية مع الملاحظة أن المادة 124 تطبق في المسؤولية التصويرية و بقيت كصمام الأمان الذي يدعم هذه المواد المستحدثة.

كما يظهر أن هذا القانون تضمن العديد من المبادئ التي لا نجد لها صدى في النظرية العامة للعقد و لعل أهمها رفض البيع بدون مبرر شرعي التي تضمنتها المادة 1/11، و كذلك فكرة البيع التمييزي التي أشارت إليها المادة 2/11، و البيع المشروط باقتناء كمية دنيا التي أشارت لها المادة 3/11 فنص المادة 11 و في فقرات متتالية وضعت العديد من المبادئ المفقودة في النظرية العامة، إلا أن هذا القانون و إن كان كتكملة للنظرية العامة، فإنه أثبت بجدارة قصور المبادئ الكلاسيكية عن مواكبة الواقع الإقتصادي المعاش و ذلك لإنتماء المبادئ المتضمنة في النظرية العامة للقرن الماضي، و ما يبدو جليا أن تقام التشريعات الخاصة و في مقدمتها قانون المنافسة و الذي أصبح قانونا مهيمنا بفعل التحولات الاقتصادية و الاجتماعية و التكنولوجية، قد مس بشكل مباشر بالمبادئ الكلاسيكية للعقد و في مقدمتها مبدأ الحرية العقدية و القواعد التقليدية بحيث أن هذا القانون المستحدث قد فرض بشكل واسع المساواة الفعلية و قد جسد بشكل واضح العدالة العقدية.

ثانيا قانون حماية المستهلك: حماية للطرف الضعيف أم تجسيد للنظام العام الإقتصادي؟

لقد أثرت تشريعات الإستهلاك على النظرية العامة للعقود بشكل محسوس فلقد أضحت هذه التشريعات تشكل مصادر جديدة تحكم العلاقة العقدية بدل القواعد الكلاسيكية، التي تضمنتها النظرية العامة للعقد و التي أضحت تعاني قصورا واضحا في ضبط العلاقات التعاقدية و مواكبة الواقع و توفير الحماية للطرف الضعيف، فلقد أصبح قانون حماية المستهلك بمثابة قانون يجسد فكرة النظام العام الإقتصادي و يعمل على تحقيق الحماية للطرف الضعيف، و إرساء أسس الحياد و المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية مما جعل من هذا القانون يطغى على القواعد العامة، و يقوم بسد كافة الثغرات و الهفوات القانونية الموجودة في القانون المدني مما جعل من هذا القانون قانونا يواكب التحولات الراهنة و الطارئة على النظرية العامة للعقد، حتى أضحي بعض الفقهاء يطلقون على قانون حماية المستهلك إسم الفرع الخارج عن النظرية

العامه للعقد¹. فقانون حماية المستهلك جاء بمجموعة من القواعد التي لم نلمسها في النظرية العامة للعقد بحيث جاءت فيه العديد من المبادئ المستحدثة، ولعل أهمها تحسين رضا المستهلك من خلال تفعيل الزامية الإعلام و التفكير و إستبعاد كافة مؤثرات اللاتوازن من خلال مكافحة الشروط التعسفية² التي قد تطراً على العقد فضلا عن دعم الالتزامات المهنية، و لعل ذلك ما نلمسه في العديد من النصوص المستحدثة. فلقد استحدثت المشرع فكرة الالتزام بالإعلام في نص المادة 17 من القانون 09-03³ و الذي يسعى إلى حماية المستهلك من كافة المناورات التي يستخدمها البائع ،و ذلك تعريزا للقواعد العامة التي تقتقد إلى هذا النوع من التخصيص و الحماية ، كما يلاحظ في قانون حماية المستهلك قد استحدثت آلية حق التراجع كمكنة حديثة لحماية رضا المتعاقد، و لفرض الحماية على المتعاقد بحيث يمكنه النكول عما قدمه من قبول في أي مرحلة من التعاقد كلما أحس بأنه يتعرض إلى الاستغلال و الإستغلال من طرف المتعاقد معه ، و لعل ذلك ما نصت عليه المادة 4/119 مكرر 1 من الأمر 10-04 المعدل و المتمم لأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض⁴. و ما يظهر جليا أن المشرع قد وضع آليات و قواعد في تشريعات الإستهلاك و أن هذه المواد من جهة قد سدت الثغرات القانونية التي تركت في القانون المدني و من جهة أخرى يظهر أن هذه المواد المستحدثة قد قلصت بشكل واضح من واقع تغول المبادئ الكلاسيكية للنظرية العامة للعقد، بحيث أن هذه الإحداثيات قد طوقت مبدأ سلطان الإرادة و قد حدثت بشكل مباشر من طلاقته ، كما أن هذه التحديثات التي صاغها المشرع أكسبت الطرف المتعاقد نوع من الحماية المفروضة ، و التي ألحت عليها التقدمات الإقتصادية و فرضتها على الواقع المعاش، و لعل هذا الإنتقال الملحوظ في نص المواد، راجع إلى الإنتقال الفكري للمشرع، بحيث تخلى عن المذهب الملهم المتمثل في المذهب الفردي و الذي ظل متشبثا به لردح من الزمن ، و ما يمكن ملاحظته أن التطورات الإقتصادية و التكنولوجية فرضت على المشرع أيضا الإنتقال من التوجه الفردي مما أفرز جل هذه التطورات الحاصلة ، و قد وصلت إلى تحقيق المساواة الفعلية على أرض الواقع بعدما كانت في وقت ماضي مجرد أفكار و تصورات و ضرب من الخيال ،بحيث يرى الأستاذ فيلاي أن تشريعات الإستهلاك قد كرس و بشكل واضح الإنتقال من المساواة المجردة إلى المساواة الفعلية ، و قد انتقلت من فكرة

1 عيسى بخيت، أثر تشريعات الإستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 20، جوان 2018، ص 111.

2 بيلامي سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود و قانون الاعمال، جامعة منتوري، كلية الحقوق، قسنطينة، العدد 5، ديسمبر 2018، ص 71.

3 القانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش الجريدة رقم 15 المؤرخة في 08 مارس 2009

4 راجع نص المادة 119 مكرر 1 من الأمر 10-04 المعدل و المتمم لأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

العدالة التبادلية إلى العدالة التوزيعية ، و أن قانون حماية المستهلك قد جاءت كنتيجة لإنعدام المساواة فقانون حماية المستهلك جاء كتكريس لفكرة المساواة الفعلية و العدالة العقدية¹.

الفرع الثاني: ظهور زمرة العقود المعاصرة: عقود مستحدثة تفرض على الواقع

فلقد أظهرت التحولات الإقتصادية و التكنولوجية النقائص الرهيبة التي تضمنها المذهب الفردي و تداعياته على النظرية العامة للعقد ، و لقد أدى التخلي عن المذهب الفردي إلى التغيير من وظيفة الدولة بحيث انتقلت الدولة من كونها تقوم بوظيفة الحراسة إلى الدولة المتدخلة ، و التي تتحكم في المجال الإقتصادي و التطور المشهود في دور الدولة أدى إلى بزوغ أنواع جديدة من العقود، و التي لم تكن متداولة من قبل لعل أهمها العقود الجماعية و عقود الإدماج.

أولاً: العقود الجماعية: تقنية قانونية ذات بعد إقتصادي

لقد أدى التشبث بالمذهب الفردي الاعتماد المطلق بالمبادئ الكلاسيكية في مقدمتها مبدأ القوة الملزمة و مبدأ الحرية العقدية، و لكن الغلو في تقديس المذهب الفردي أدى إلى ظهور طوائف جديدة تنادي بالتغيير من الفلسفة التقليدية للعقود و اللجوء إلى فلسفة جديدة تقوم على أساس المذهب الإجماعي². إلا أن انتهاج المذهب الإجماعي أفرز العديد من التحديثات التي أقحمت على النظرية العامة للعقد ، و لعل أهمها التخلي عن الإعتداد بالعقود الفردية و هو ما جعل أنصار المذهب الفردي يعتبرون ذلك أزمة أصابت العقد. ففكرة عقود الإذعان و التي كان مناط انتشارها المذهب الفردي و ما خلقت من مشاكل عديد عصفت بالنظرية العامة للعقد. فنجد أن الدولة تدخلت للحد من هيمنة المتعاقد في العقد من خلال فرضها نوع جديد من العقود تتمثل في العقود الجماعية ، و التي تعتبر عصاره إنتهاج المذهب الإجماعي و إضفاء الطابع الإجماعي على العقود، فالعقود الجماعية هي نوع من العقود التي تجسد فكرة الوظيفة الإجماعية للعقد و إضفاء الصفة الإجماعية على العقد، و تعتبر علاقات العمل المجال الخصب لتطبيق هذا النوع من العقود ، مما جعلها تضمن تحقيق المساواة الفعلية في المراكز التعاقدية رغم التباين و الاختلاف بين الثروات التي يملكها كل متعاقد. فهذا النوع من العقود تحمي الطرف الأكثر ضعفاً و تخفف من قوة الطرف القوي في التعاقد بحيث تساوي بين الأطراف المتعاقدة على أساس مبدأ العدالة التوزيعية و مبدأ العدالة الإقتصادية، و لعل ذلك ما كانت تصبو إليه الدولة من خلال إنشائها للعقود الجماعية³ ، و ذلك كنتيجة حتمية عن عدم قدرة المذهب الفردي إستيعاب التطورات الحاصلة و ضمان التوازن العقدي مما جعل الدولة تتعلق بالمذهب الإجماعي المسابر للتطورات و الضامن لتحقيق التوازن

1 أنسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018 ص 394.

2 علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 92، 90.

3 المرجع السابق، ص 92.

العقدي و القضاء على كافة الإختلالات التي قد تطرأ على إلتزامات المتعاقدين. و ما ظهور العقود الجماعية إلا نتيجة لتطور العقد و الذي كان بسبب التحولات العميقة في الحياة الإقتصادية و الإجتماعية و التكنولوجيا على حد سواء مما جعل الدولة تفرض هذا النوع من العقود و تدخلها إطار التنفيذ ، و ما يمكن ملاحظته أن هذه العقود قد قدمت العديد من الإيجابيات لعل أهمها خلق المساواة الفعلية في العقود و تحقيق مبدأ التوازن العقد و التقليل من دائرة عقود الإذعان .

ثانيا: عقود الإدماج : عقود هجينة في صيغة قوالب جاهزة

تعتبر عقود الإدماج من العقود المستحدثة و التي لم تكن معروفة في الوقت الماضي ، فمع التطورات الإقتصادية و التكنولوجيا التي أثرت بشكل مباشر على المجتمع، وجدت الدولة الجزائرية نفسها في مواجهة أزمة حقيقية وهي شبح البطالة فعمدت الدولة إلى معالجة الوضع المعاش عن طريق إنشاء صيغة جديدة من العقود و التي اكتسحت الواقع بشكل متزايد حتى غطت بشكل مبالغ فيه مما أدى بذلك إلى تراجع عقود العمل محلها عقود التشغيل و الإدماج .و تعتبر عقود الإدماج أفضل مثال عن العقود النموذجية بحيث تشكل قوالب جاهزة للتعاقد، و لا يكون فيه للمتعاقد دور سوى الإمضاء أو الرفض دون أن تتسنى له الفرصة للمناقشة شروط العقد مما جعل الكثير من الدراسات تعتبره مزيج بين العقود النموذجية و عقود الإذعان، و تكون هذه العقود محددة المدة ، و مع ذلك تختلف إختلافا جوهريا عن عقود العمل المنصوص عليها في قانون العمل الخاضع للقانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.و تخضع عقود الإدماج إلى مرسوم تنظيمي¹ و تكون هذه العقود مقصورة على فئة محددة و هي فئة حاملي الشهادات و التكوين المهني، و تكون هذه العقود ثلاثية العلاقة بحيث يكون فيها العقد مرتبطا بين ثلاثة أطراف المستخدم و المستفيد و الوسيط ممثلا في الوكالة الوطنية للتشغيل كما أن الأجر في هذه العقود يكون جزئيا بحيث جزء يدفعه المستخدم و المتمثل في 70 % من الأجر و 30 % تدفعه الوكالة الوطنية للتشغيل، و هنا يظهر الخلاف الواضح بين هذا العقد و عقود العمل التي تكون واسعة يتصل بها كل شخص طالب للعمل و تكون ثنائية العلاقة و يكون الأجر من جهة المستخدم فقط ، و ما يظهر جليا أن الدولة قد استحدثت هذا النوع من العقود بهدف التقليل من شبح البطالة الذي فرضته التحولات الإقتصادية على المجتمع مما جعل من الدولة تنقضى نوع جديد من العقود يسمح لها بخلق وظائف و لو بصورة مؤقتة.

ففقود الإدماج هي نوع من العقود المستحدثة من قبل الدولة² و التي إعتبرت كنوع من العقود الهجينة تضمن العديد من الخصائص المستقطبة من فئات مختلفة من العقود ، و أن هذه النوع من العقود قد

1 اراجع نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 19 أفريل 2008 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني.

2 اراجع المرسوم التنفيذي رقم 11-105 المؤرخ في 06 مارس 2011 الذي يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 19 أفريل 2008 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني.

لجأت إليها الدولة الجزائرية بهدف إمتصاص البطالة و تحقيقا لمواكبة التطورات الإقتصادية و الإجتماعية مما جعل الدولة تتدخل بصفة مباشرة لخلق طائفة جديدة من العقود و توجيهها إلا أن هذا التدخل الصادر عن الدولة خلق نوع من الهيمنة الإجتماعية على العقود ،بحيث فرض العديد من الإلتزامات القانونية و التنظيمية إلا أن هذه المتغيرات قد أثرت بشكل واضح و مباشر على النظرية العامة للعقد بحيث أن هذا التغيير قد اثر بشكل مباشر على مبدأ الحرية العقدية بحيث أصبح منعدها في هذا النوع من العقود بحيث أصبح المتعاقد ملزما بما تحويه هذه العقود دون أن يتسنى له مناقشة بنود العقد أو الأجر .

المطلب الثاني: مستقبل النظرية العامة للعقد في ظل التحولات التكنولوجية

إن التغيير الذي لحق بالقواعد التقليدية للنظرية العامة للعقد ينبع أساسا من تأثير هذه الأخيرة بالتحولات التكنولوجية التي عرفها العالم في العقدين الأخيرين نتيجة للمؤثرات الخارجية التي تصب في نطاق العولمة الإقتصادية، مما خلق تحديثات قانونية واسعة تتمثل في استخدام الوسائل الإلكترونية في مجال التعاقد.

الفرع الأول: ظهور العقود الإلكترونية: تراجع عن العقود الورقية

لقد أدى التطور الهائل للتكنولوجيا الحديثة إلى تطوير كافة وسائل الإتصال مما أدى إلى فضح القصور الذي تعاني منه النظرية العامة للعقد و العقود بصفة عامة في حلتها الكلاسيكية ،و مع التطور الهائل الذي خلقه التقدم التكنولوجي و ما أفرزه من تقدم في وسائل الإتصال قاطبة ظهرت مع هذا التقدم حلة جديدة في العقود تسمى بالعقود الإلكترونية و الذي يعتبر ركيزة حقيقية في المعاملات الحديثة و دعامة أساسية في التجارة الإلكترونية نظرا لسهولة و سرعة إبرامه، و لقد عرف الفقه الفرنسي العقد الإلكتروني على أنه : "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول بشأن الأموال و الخدمات عبر شبكة دولة للإتصال عن بعد، و ذلك بوسيلة مسموعة و مرئية ،تنتج التفاعل الحواري بين الموجب و القابل"¹، كما عرف أيضا على أنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول بشأن الأموال و الخدمات عبر شبكة دولية للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة و مرئية،تنتج التفاعل الحواري بين الموجب و القابل"²، و لقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من التعاقد بموجب القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية³ فلقد قام المشرع بتطوير النظرية العامة للعقد بحيث أنشأ نوعا جديدا من العقود و التي يمكن للمتعاقدين إبرامه دون اللجوء إلى الحضور الفعلي في مجلس العقد و الإكتفاء بالتعاقد الافتراضي، و يبرم العقد عن طريق وسيلة من الوسائل الإلكترونية و أن هذا العقد ظهر نتيجة عصاره التطور التكنولوجي و الاقتصادي.

أولا: المحل الإلكتروني: مفهوم جديد فرضته التطورات

1يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني،دراسة مقارنة،جامعة الجزائر 1،كلية الحقوق،بن عكنون،الجزائر،2012،ص7،6.

2المرجع السابق،ص8.

3القانون رقم18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

لقد كانت العقود التقليدية تقوم على أساس ركن المحل التقليدي، و الذي قد يكون عقارا أو منقول أو سلعة و التي كانت توصف على أنها ركن مادي ، لكن مع التطور التكنولوجي و ظهور العقود الإلكترونية ظهر مع هذه العقود بعض الأركان العقدية المستحدثة لعل أهمها المحل¹، بحيث بعدما كان المحل في العقود الورقية محل مادي يخضع للشروط معينة عالجت أحكامه النظرية العامة للعقد التقليدية فإن العقد الإلكتروني بظهوره فرض نوع جديد من المحل المستحدث المتمثل في المحل الإلكتروني، الذي يضم السلع الإلكترونية و الخدمات الرقمية و التي توصف بأنها عبارة عن محل غير مادي . بحيث يكون المحل منتج رقمي، و المنتجات الرقمية في عمومها تكون منتجات غير مادية و هو الأمر الذي كان غير منطقياً و غير مقبول في النظرية العامة للعقد التقليدية ، مما يبين أن التطور التكنولوجي قد أثر على النظرية العامة للعقد بفرضه عقود جديدة و بأركان مستحدثة ، فأصبح المحل في شكل معلومة رقمية تعبر عبر شبكة الانترنت، و لعل مثالها بيع الكتب الإلكترونية، و الأفلام ،و البرامج الآلية ،و الصحف ،و المؤلفات و التي تكون في شكل بيانات رقمية و تصبح في شكل حروف و رموز و أشكال ترسل من البائع للمشتري في شكل معلومة رقمية ، و هذا الشيء الذي كان يصعب تصوره في وقت قد مضى، كما يمكن أن يكون المحل في شكل خدمة رقمية يمكن خدمتها عن بعد عبر الوسائط الإلكترونية أو شبكة الأنترنت ،و هي تختلف عن الخدمات التقليدية المباشرة التي كانت تتم في شكل خدمات مباشرة و حضورية في أغلب الأحيان ، فلقد سهلت التكنولوجية تقديم الخدمات الرقمية عن بعد للمتعاملين و دون الانتقال كخدمة الدفع عن بعد و خدمة التصديق الإلكتروني، و الصيانة عن بعد الخاصة ببرامج الكمبيوتر و غيرها. و ما يمكن ملاحظته أن التطور التكنولوجي قد أدى بصفة مباشرة إلى إنشاء عقود جديدة تعرف بالعقود الإلكترونية تتميز بخصائصها الحديثة عن العقود الورقية التقليدية كما أن هذه العقود يكون فيها ركن المحل مستحدثاً ومختلفاً عن ركن المحل التقليدي.

ثانيا الحق في العدول في العقد الإلكتروني: حماية لرضى المتعاقد أم نكول عن العقد؟

الأصل في العقود عموماً أنها إذا قامت صحيحة مستوفية لجميع شروط الإنعقاد و كاملة الأركان فإنها تصبح بمثابة قانون بين الطرفين فلا يجوز نقضها ،و لا تعديلها، و لا إلغاؤها إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون و ذلك طبقاً لما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني.

و لكن باعتبار أن العقد الإلكتروني من العقود المستحدثة فإن المشرع قد خصها بخصائص لا نجدها في العقود الكلاسيكية ،بحيث أن المتعاقد في العقد الإلكتروني ليس له السلطة الواسعة في معاينة محل التعاقد و السلعة نظراً لكون التعاقد يصدر عن بعد و بالتالي، فإنه يفتقد لمعاينة المحل و عدم الإلمام بتفاصيل السلعة قبل التعاقد فإن التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد، و التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أجازت للمتعاقد، الذي صدر عنه القبول العدول و الرجوع عن العقد بعد صدور قبوله و بعد تنفيذ العقد، إذا تبين له أنه قد تسرع في التعبير عن إرادته و إصدار قبوله . فالحق في التراجع عبارة عن

1 ماجد محمد سليمان أبا الخيل،العقد الإلكتروني،مكتبة الناشر،الطبعة الأولى،2009،الرياض،ص100.

آلية خص بها المشرع العقود الإلكترونية و جعلها صفة ملازمة للعقود الإلكترونية، و هي وسيلة لحماية رضى المتعاقد من كافة الأخطاء و التسرع في إصدار القبول، كما أنه عبارة عن ضمان لصد كافة التحايلات و المناورات، التي قد يستخدمها المتعاقد المالك للسلعة أو الخدمة فيتلاعب بالتقنيات و المعلومات فيؤدي إلى إغراء المتعاقد معه و السيطرة عليه و إضعافه لدفعه إلى إبرام العقد، فالحق في التراجع عبارة عن آلية تشريعية إضافية أضافها المشرع للعقود الإلكترونية كضمان لتوفير الحماية القصوى للطرف الضعيف، فالحق في التراجع مظهر من مظاهر الحماية التي كرسها المشرع للمتعاقدين في العقود الإلكترونية، و التي أثرت بدورها على العديد من المبادئ التقليدية التي تحكم النظرية العامة للعقد، و ما تقرير هذا الحق إلا بهدف حماية المتعاقد و إعادة التوازن للعلاقة العقدية .

الفرع الثاني: انعكاسات التقدم التكنولوجي على ظاهرة إثبات العقود: ازدهار ظاهرة الإثبات

لعلّ أهم انعكاس يثبت تأثير التقدم التكنولوجي على العقود، إكتساح ظاهرة الإثبات الإلكتروني الواقع القانوني و تطويره من شكلية الإثبات وتغييره من صيغ الإثبات التقليدية و إعطائها صيغ حديثة تتماشى مع التطورات الراهنة.

أولاً: التوقيع الإلكتروني كنموذج لظاهرة الإثبات الإلكتروني

لم يقتصر التقدم التكنولوجي فقط على التغيير في صيغة العقود و فرض العقود الإلكترونية كواقع متجدد بل أن التقدم التكنولوجي قد فرض أيضاً وسيلة حديثة للإثبات الحقوق و المعاملات و العقود، تتجسد في التوقيع الإلكتروني مما أضفى ازدهارا واضحا على عملية الإثبات، فلقد كان يقتصر الإثبات في النظرية العامة للعقد على الإثبات بالكتابة، و الإثبات عن طريق الشهود، أو القرائن، أو الإقرار، أو اليمين و ذلك ما رسخه المشرع في المواد من 323 إلى 350 من القانون المدني¹، غير أن هذه الوسائل عبارة عن وسائل تقليدية لا تواكب العقود الإلكترونية، و لا يمكن إثباتها مما جعل التطور التكنولوجي يفرض التوقيع الإلكتروني كمصطلح جديد نشأ نتيجة لاستخدام الحاسوب في المعاملات بين الأفراد والمؤسسات، وكذلك نتيجة لاستخدام التعاقد عن طريق الوسائل السمعية البصرية والانترنت، مما يترتب عنه التبادل الإلكتروني للبيانات والمعطيات، وبالتالي كنتيجة حتمية لذلك، الاتجاه نحو التوقيع الإلكتروني و البصمة الإلكترونية كوسائل حديثة تعمل على إثبات العقد الإلكتروني، فالتوقيع الإلكتروني هو عبارة عن إشارة و تعبير عن الإرادة في شكل مكتوب و قد يكون عبارة عن رموز، أو أرقام، أو في شكل اسم صريح و الذي يتم في شكل رموز تستخدم فيها تقنية تكنولوجية، و يكون التوقيع في أشكال متعددة فقد يكون التوقيع الإلكتروني عن طريق استخدام القلم الإلكتروني يكون متصلا بالحاسوب ينقل التوقيع الصادر من الشخص إلى العالم الافتراضي، و يوثق كآلية إثبات، أو يكون التوقيع في شكل توقيع رقمي يحمل دلالات

¹راجع نص المواد 323 إلى 350 من القانون المدني

رياضية أو حسابية يقوم على أساس التشفير ،كما يمكن أن يرد التوقيع في شكل الضغط على مربع الموافقة و القبول مما يجعل هذه التوقيعات تعبر بصفة واضحة عن إرادة المتعاقد و كدليل لإثبات التزامه التعاقدى و هي توازي التوقيع الكتابي، و الإمضاء بخط اليد من حيث الحجية،فلقد أولاه المشرع أهمية بالغة من حيث إعتباره أداة للإثبات و لعل ذلك ما نص عليه المشرع في المرسوم التنفيذي07-162 المنظم لنشاط التصديق الإلكتروني في نص المادة 76 منه¹ و كذلك نص المادة 39 من القانون 03-2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات السلكية و اللاسلكية².

ثانيا البصمة الإلكترونية كبديل عن البصمة التقليدية

لقد كانت العقود الورقية و الكلاسيكية عموما تقوم على أساس البصمة التي يضعها المتعاقد عن طريق إدخال السبابة في الحبر، و لقد لجأ المشرع قديما إلى هذه الآلية لشيوع الأمية و عدم معرفة الكتابة في طبقات المجتمع القديم ،فكانت هذه الوسيلة تعد وسيلة للإثبات وضعها المشرع لحماية فئة من المتعاقدين لكن مع التطور التكنولوجي و التغيير في طبيعة العقود و ظهور طائفة العقود الإلكترونية ،لم تضمحل فكرة البصمة و إنما تطورت لتساير التقدمات الحديثة، كما أنها أصبحت وسيلة للإثبات تزداد أهميتها عن التوقيع لكونها آلية مزدوجة تثبت الصفة للمتعاقد من جهة ،و من جهة أخرى آلية للإثبات العقد و كأداة حجية بحيث أصبحت البصمة تشكل نوع من أدوات الإثبات البيومترية مثلها مثل بصمة العين أو القزحية و نبرة الصوت و الحمض النووي³، و ما يمكن ملاحظته أن التقدم لم يلغى فكرة البصمة رغم قدمها إلا أنه أعطاها نوع من التحديث،و جعلها تواكب العقود الإلكترونية حتى أضحت كأداة لإثباتها بحيث يمكن للمتعاقد التهرب من الإمضاء و الدفع بالتزوير إلا أنه لا يمكنه ذلك مع البصمة فهي أداة حجية ووسيلة إثبات حقيقية.

الخاتمة:

ما يمكن استخلاصه أن التحولات الإقتصادية و التكنولوجية أثرت على النظرية العامة للعقد بشكل واسع و أن هذا التأثير من جهة بين قصور المبادئ العتيقة التي تضمنتها النظرية منذ نشأتها، إلا أن هذه التحولات قد أفرزت العديد من الإيجابيات من جهة أخرى ،لعل أهمها المساهمة في تطوير العقد و إزدهاره مما جعله يواكب التطورات الحديثة فلم تكفي التحولات بالتقليص من دور المبادئ القديمة بل قامت بالتجديد في العقد و ازدهاره و من خلال دراستنا توصلنا إلى النتائج التالية:

1المرسوم التنفيذي 07-162 المنظم لنشاط التصديق الإلكتروني.

3القانون 03-2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات السلكية و اللاسلكية

³نورة جبارة، أثر التحولات التكنولوجية على النظرية العامة للعقد الإلكتروني،بحوث جامعة

الجزائر،العدد2020،14،ص174،و أيضا حبيب بلقنيشي،إثبات التعاقد عبر الأنترنت،رسالة دكتوراه،جامعة

السانيا،وهران،2011،ص171،172.

لقد أدت التحولات الراهنة إلى فرض تحديثات في المبادئ العقدية الكلاسيكية لعل أهمها مبدأ الحرية العقدية و حسن النية، كما أن هذه التطورات عمدت إلى التجديد في الأسس العتيقة كنتكريس مبدأ المساواة في العقد و إرساء أسس التوازن العقدي.

لقد أدت التطورات الراهنة إلى التأثير على أهم مبدأ المتمثل في مبدأ سلطان الإرادة بحيث تراجع بفعل اصطدامه بالمعطيات الحديثة و لعل أكبر دليل على ذلك خضوع هذا المبدأ للنظام العام و تراجع مبدأ سلطان الإرادة و تزايد دور القاضي في العقد بحيث أصبح يشكل طرفاً جديداً في العقد مما أثر ذلك بشكل مباشر على قواعد مبدأ سلطان الإرادة.

كما أدت التحولات الراهنة إلى التخفيف من صرامة القواعد الكلاسيكية و يظهر ذلك من خلال التخفيف من حدة القوة الملزمة و ذلك عن طريق تزايد فكرة التراجع عن العقد، و ظهور فكرة إنقاذ العقد و التي قلصت من طلاقة مبدأ القوة الملزمة.

لقد أثرت التحولات الإقتصادية بشكل مبالغ فيه على العقد مما جعل القوانين الخاصة كقانون حماية المستهلك و قانون المنافسة تطغى على القانون المدني، وقد أدى هذا التسارع إلى ظهور عقود جديدة في الواقع كالعقود الجماعية و عقود الإدماج .

كما أنه أثرت التحولات التكنولوجية على العقد بحيث ظهرت العقود الإلكترونية و التي أصبحت تنافس العقود الورقية و ما أنتجت من مفاهيم جديدة تسايها كالمحل الإلكتروني، و ظهور تغير واضح في قواعد الإثبات و ذلك عن طريق ظهور التوقيع الإلكتروني و البصمة الإلكترونية.

قائمة المراجع و المصادر:

نصوص قانونية:

1. القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك المعدل بموجب الأمر رقم 18-09 العدد 35 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش الجريدة رقم 15 المؤرخة في 08 مارس 2009
2. القانون رقم 04-02 الصادر بتاريخ 23 يونيو سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
3. القانون 03-2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و الإتصالات السلكية و اللاسلكية ج ر رقم 48 المؤرخة في 06 اوت 2000.
4. القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك المعدل بموجب الأمر رقم 18-09 العدد 35 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش الجريدة رقم 15 المؤرخة في 08 مارس 2009
5. القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 يعدل و يتم القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.
6. القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية. مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018.
7. المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 19 أبريل 2008 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني

8. المرسوم التنفيذي 07-162 المنظم لنشاط التصديق الإلكتروني
9. المرسوم التنفيذي رقم 11-105 المؤرخ في 06 مارس 2011 الذي يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 19 أبريل 2008 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني
10. المرسوم التنفيذي 07-162 المنظم لنشاط التصديق الإلكتروني المؤرخ في 30/05/2007.
11. الأمر 10-04 المعدل و المتمم لأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 26/08/2010.
12. الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة.

الكتب

1. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، 2016.
2. عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزام، نظرية العقد، دار الأمان، المغرب، 2013.
3. علي فيلال، النظرية العامة للعقد، موقف للنشر، الجزائر، 2013.
4. ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الناشر، الطبعة الأولى، الرياض، 2009.
5. نسرین حسین ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
6. وليد بسيم عبود العنكز، تجديد العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
7. يوسف محمد قاسم عبيدات، مصادر الإلتزام، دار الميسرة، الأردن، 2008.

الرسائل

1. أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2019.
2. حبيب بلقنيشي، إثبات التعاقد عبر الأنترنت، البريد المرئي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة السانبا، وهران، 2011.
3. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2016.
4. عبد الحميد بن شنياتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، دت.
5. لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة دكتوراه، جامعة إبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2016.
6. فايزة طيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين و التنفيذ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019.
7. فطيمة نساخ، الوظيفة الإجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013.
8. نجيب عبد الله نجيب الجبشه، مفهوم فكرة النظام العام و تطبيقاتها، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2017.
9. يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2012.
10. يسين سعدون، أثر الظروف الإقتصادية على العقد، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.

المقالات

1. بيلامي سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود و قانون الاعمال ،جامعة منتوري، كلية الحقوق، قسنطينة، العدد 5، ديسمبر 2018.
2. جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة البليدة 2 العفرون، المجلد 6، العدد 2، 2017.
3. حفيظة عطوي، أثر الظروف الإقتصادية على العقد المدني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 5، العدد، 2020.
4. خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني و التشريعات الخاصة، حوليات مجلة حوليات، القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر، العدد 2016، 5.
5. ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد تصور جديد، مجلة حوليات، القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر، العدد 2016، 5.
6. عيسى بخيت، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، جامعة حسنية بن بوعلي، الشلف، العدد 20، جوان 2018.
7. علي فيلال، الحرية العقدية مفهوم قديم وواقع متجدد مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، جامعة قسنطينة، العدد الخامس، ديسمبر 2018.
8. فتيحة قريقر، حدود سلطان الإرادة في نطاق النظام العام، مجلة القوق و العلوم الإنسانية، جامعة عاشور زيان، الجلفة، المجلد العاشر، العدد الأول.
9. منصف بوعريوة، الحرية العقدية في ظل النظام العام الإقتصادي، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، جامعة منتوري، قسنطينة، العدد 5، ديسمبر 2018.
10. مصطفى بن أمينة، النظام العام الإقتصادي و تطبيقاته في قانون حماية المستهلك، مقارنة تشريعية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 5، العدد 2020، 1، ص 1184.
11. نورة جبارة، أثر التحولات التكنولوجية على النظرية العامة للعقد الإلكتروني، بحوث جامعة الجزائر، العدد 2020، 14.