الأمن التعاقدي: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة

The Contractual security: a classic concept with a new legal approach

أحمد بعجي

جامعة الجزائر-1-كلية الحقوق

a.baadji@univ-alger.dz

تاريخ الارسال:2021/12/25 تاريخ القبول:2022/05/27 تاريخ النشر: جوان 2022

الملخص:

صار مفهوم الأمن التعاقدي، يستجيب لمقاربة جديدة، فرضتها التغيّرات الاقتصادية والاجتماعية داخل العقد، مضمونها تصحيح توقّعات المتعاقدين عبر فرض التوازن التعاقدي، من خلال تدخل القاضي والإدارة لمراجعة العقد، بدل المقاربة الكلاسيكية للأمن القانوني، التي كانت تضمن توقّعات المتعاقدين عبر عدم المساس والتدخل في العقد.

الكلمات المفتاحية: العقد، الأمن القانوني، القاضي، التصحيح، التوقّعات.

Abstract:

The concept of contractual security, which responds to a new approach, imposed by economic and social changes within the contract, is guaranteed to correct the expectations if contractors by imposing a contractual balance, through the intervention of the judge and the administration to review the contract, instead of the classic approach to legal security, which guaranteed expectations by not breaching and interfering in the contract.

Keywords :contract, legal security, judge, correction, expectations.

المؤلف المرسل: أحمد بعجي

مقدمة:

من طبيعة القاعدة القانونية بشكل عام، ارتباطها بالواقع الاجتماعي والاقتصادي للمجتمع، وتتطوّر بتطوّر نظرة أفراده ومن ثمة القانون، وهذا ما يظهر في إطار المعاملات التعاقدية، عبر النظرية العامة للعقد، التي تمثّل جسر تواصل قانوني بين أفراد المجتمع، وتحكم علاقاتهم التعاقدية وتنظّمها على نحو

عادل ومتساوي، تسوده الثقة والأمان في النظام القانوني للبلد، وعلى ضوء هذه الفكرة الأخيرة، تبنى العلاقات القانونية التعاقدية، ويعاد النظر فيها إذا كان هناك مساس بمعادلة العدل والمساواة.

لعلّ أهم عنصر يجسّد طموح الأفراد داخل المجتمع، في ضمان الثقة و الأمان في علاقاتهم التعاقدية، هو فكرة الأمن القانوني، الذي يمتاز بخاصية الاستقرار و الثبات التشريعي، فضلا عن خاصية حماية التوقّعات، و التنبّؤات المستقبلية للأوضاع القانونية المتغيّرة، و ما الأمن التعاقدي إلاّ جزءا من ذلك، و ذلك بحكم التصوّر الكلاسيكي الفردي المهيمن على نظرية العقد، الذي يقوم أساسا على الإرادة الحرّة للمتعاقدين، تترجمه مبادئ تحفظ فكرة الأمن التعاقدي، خاصة مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يضمن احترام توقّعات و تنبّؤات المتعاقدين في علاقتهم التعاقدية، لكون كل متعاقد ملزم بتنفيذ ما تعهّد به اتجاه المتعاقد الآخر، هذا من جهة ، و من جهة أخرى، لا يمكن للمشرّع و القاضي التدخّل في العقد، لأنّ هذا الأخير شريعة المتعاقدين، و لا يمكن لغير المتعاقدين أنفسهم التدخّل لتعديل أو نقض أو إنهاء العقد[1]، و هذا من أجل ضمان استمرار و استقرار المعاملات، لأنّ كل مساس بالعقد، معناه المساس بتوقّعات الأطراف، تلك هي المقاربة الكلاسيكية.

لكن في الوقت الحاضر، تغيّرت نظرة القانون للعلاقات التعاقدية، فقد صار يلتفت كثيرا إلى واقع تلك العلاقات، باعتبارها علاقات غير متساوية و غير عادلة، تمسّكا بالتصوّر الكلاسيكي للعقد، وعلى ضوء ذلك أعيد النظر في تلك المبادئ، بما أنّ العلاقات التعاقدية اليوم، أصبحت تتّصف باللاتوازن التعاقدي و التفاوت بين المتعاقدين[2]، من أي وقت مضى، و هذا ما دفع بالمشرّع لإقامة توازن خارج إرادة أطراف العقد، من أجل إعادة التكافؤ بين التزامات و حقوق المتعاقدين، خاصة ما ظهر في إطار التشريعات الخاصة التي استقلّت بتنظيم خاص[3]، حين لجأت إلى تدخّلات عديدة في العقد، و هذا ما يثير مسألة الأمن

---

[1] – و ذلك من خلال مرحلة تكوين العقد، عبر مبدأ الرضائية ، من خلال نص المادة 59 ق.م، و أيضا مبدأ الحرية التعاقدية، من خلال نص المادة 106 ق.م، أي العقد شريعة المتعاقدين، و مرحلة تنفيذ العقد، عبر مبدأ القوة الملزمة للعقد، المادة 107 الفقرة 1، و مبدأ نسبية العقد، عبر المادة 108 و 109 ق.م، راجع: **علي فيلالي، الالتزامات،النظرية العامة للعقد**،ط.3، موفم للنشر، الجزائر، 2013ص 52 و 53.

[2] إن الحديث عن فكرة استقرار المعاملات، بالنظر إلى القواعد الثابتة في النظرية العامة للعقد، لأمر مفروغ منه و لا يحتاج إلى تأكيد، فمبادئ العقد تضمن لنفسها الأمن القانوني، لكن الذي يحثّ على البحث هو إبراز هذا المفهوم، من خلال ميزة العلاقات التعاقدية الغير متساوية في الوقت الحاضر، بين متعاقد ضعيف معرفيا و اقتصاديا، و متعاقد آخر قوي معرفيا واقتصاديا.

[3] و لعلّ أهم التشريعات الخاصة التي اهتمت بمصلحة المتعاقد الضعيف، نجد القانون **رقم 03/09** المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق **بحماية المستهلك و قمع الغش**، ج.ر العدد 15، المعدّل و المتمّم، بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 10يونيو 2018، ج.ر35. و كذا **القانون 11/90**، المؤرخ في 21 أفريل 1991، **يتعلق بالعلاقات العمل**، ج.ر العدد17، المعدل و المتمم. من خلال **الأمر 03/03** المؤرخ 19 جويلية2003 **المتعلق بالمنافسة**، ج.ر عدد 43 ، المعدّل و المتمّم بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 ، جريدة الرسمية عدد 36 بتاريخ 2 يوليو 2008 ، و كذلك عدل و تمم بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010. **القانون رقم 02/04** المؤرخ في 23 جويلية 2004، **يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، ج.ر العدد 41، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر العدد46.

القانوني، بعد أن صار تصحيح اختلال التوزان التعاقدي، هو تصحيح توقّعات المتعاقدين، وعليه، هل نحن أمام مقاربة جديدة ، أم نحن أمام مساس بهذا المبدأ؟

من أجل تفصيل ذلك، نقوم بتقسيم الدراسة إلى جزئين:

المبحث الأول، ندرس فيه المقاربة الكلاسيكية الأمن التعاقدي، أمّا المبحث الثاني ندرس فيه المقاربة الجديدة لمفهوم الأمن التعاقدي.

المبحث الأوّل: عدم المساس بمبادئ العقد: مقاربة كلاسيكية للأمن التعاقدي

ارتبط مفهوم الأمن القانوني طويلا بالنظرية العامة للعقد، وذلك بحكم ارتباط هذه الأخيرة بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح القوة الضامنة للأمن القانوني، وبالتالي الحفاظ على توقّعات الأطراف، ولذلك عدّ مفهوم أصيل **(المطلب الأوّل)** إلاّ أنّ الأمر غير ذلك، فقد تعرّض هذا المفهوم للكثير من النقد، نال من ارتباطه الوثيق، بفعل قصوره عن ضمان العدالة العقدية بمعية الأمن القانوني **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأوّل: الأمن التعاقدي ضمن النظرية العامة للعقد: مفهوم أصيل

تضمن المبادئ الكلاسيكية للعقد أمنه القانوني، بحكم أنّ إرادة المتعاقدين هي أساس ذلك **(الفرع الأوّل)** وقد جسّد ذلك جيّدا في الحفاظ على مبدأ القوة الملزمة من التعديل، حفاظا على توقّعات أطراف العقد **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأوّل: الإرادة الحرّة للمتعاقدين: أساس الأمن التعاقدي

يقوم العقد على فلسفة و تصوّر فردي محض، و الذي يتمثّل أساسا في تقديس إرادة المتعاقدين، وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة[1]، الذي نتج عن التصوّر الفردي للعقد[2]، و من جهة أخرى، ترتبط بهذا المبدأ عدة تصوّرات و فرضيات، من ذلك فرضية المساواة و الحرية، فالأولى معناه أنّ المساواة محقّقة بين المتعاقدين و لا داعي لفرضها، و الثانية معناها أنّ المتعاقد حر في تعاقده أو عدم تعاقده، و هذا في نظر المذهب الفردي الذي يقدّس حرية الفرد على حساب الجماعة، كما جسّده قانون نابليون لسنة 1804، وبذلك فالمتعاقد وفقا لقانون نابليون سنة 1804 هو متعاقد عادي وحر ومتساوي ومسؤول[3]،و بمفهوم المخالفة لا داعي لتدخل أي طرف أجنبي.

---

[1] ***PH. Malaurie,*** *L. Aynes et PH. Stoffel-Munck, Droit des obligations,L.G.D.J ,7édition, 2015,p.185.*

[2] ***F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette****, Les obligations. Dalloz, 11 éd, Tome 1, 2013,p.35 et p.36.*

[3] ***G. Loiseau****, La puissance du contractant en droit commun des contrats.A.J.C.A. décembre, 2015, p.496.*

من أجل ذلك، يعترف الفقه[1] بأنّ التصوّر الكلاسيكي للعقد يساهم في وجود الاستمرارية التعاقدية، لأنّه يشجع القوة الإنشائية للأطراف، من ذلك تكريس مبدأ الرضائية في العقود، طبقا للمادة 59 ق.م، وذلك عبر تلاقي رضا الطرفين لإنشاء الرابطة العقدية، و هذا ما يساهم في إدماج معنى الأمن القانوني، وبالتالي استمرار الرابطة التعاقدية و بقائها، فضلا عن مبدأ الحرية التعاقدية الذي يمنح خيارات متعدّدة للمتعاقدين،

لإظهار حريتهم التعاقدية دون أي إجبار أو الزام من أي طرف، فهذه النتائج السابقة، تدلّ بكل وضوح على تعلّق العقد بإرادة المتعاقدين، و كل ما يخالف إرادة المتعاقدين، فهو شيء غير مرغوب فيه، من أجل ذلك نجد المشرع في إطار النظرية العامة للعقد، حريص على عدم المساس بهذه المبادئ العامة، لأنّها تعبّر عن إرادة المتعاقد في العقد، و تجسّد استقرار المعاملات.

الفرع الثاني: الحفاظ على مبدأ القوة الملزمة للعقد من التعديل

لعلّ أهم مبدأ يجسّد فكرة الأمن التعاقدي، هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، لأنّ القراءة الكلاسيكية لمبدأ القوة الملزمة للعقد، تمنح له قوّته القانونية، التي تظهر عبر صورتين، الصورة الأولى، في سريان العقد اتجاه أطرافه**(أوّلا)** والصورة الثانية سريان العقد اتجاه القاضي**(ثانيا)**.

أوّلا: سريان المبدأ في مواجهة الأطراف: ضمان تنفيذ توقّعات المتعاقدين

ينتج عن التمسّك المطلق بمبدأ القوة الملزمة للعقد، أحد أهم النتائج التي تدعّم فكرة الأمن القانوني، و هي إلزامية كلا المتعاقدين بتنفيذ كل ما جاء في العقد من بنود، لكون المتعاقد عند إبرامه للعقد، يضع في حسبانه أن العقد سوف يتم تنفيذه من جانب المتعاقد الأخر و دون تماطل أو عدم التنفيذ، و هذا بعد أن يضع توقعاته من وراء إبرام هذا العقد، و قد يقيم مشاريع، و قد يدخل في علاقة عقدية أخرى تتوقّف على تنفيذ العقد الذي أبرمه أول مرة...الخ، و غير ذلك من التوقّعات التي تصاحب إبرام العقد، من أجل ذلك حرص المشرع على قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه على أكمل وجه، و هذا مردّه منطق قانوني و تصوّر فلسفي معيّن، مفاده أنّ المتعاقد الذي أبرم العقد بحرية تامة و كاملة، و جب عليه أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به[2]، وهذا الحرص على تنفيذ العقود و استمرارها، هو ما يجعل الأفراد في طمأنينة كاملة في تعاملهم بالعقد، لذلك عدت إلزاميته[3]، كحماية لتوقّعات المتعاقدين.

---

[1] ***Laborderie.A.-S.L**,La Pérennité contractuelle,France, LGDJ.2005, p152.*

[2] راجع، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 372.

[3] **يوسف بوشاشي، " نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات و احترام التوقّعات "**، حوليات جامعة الجزائر-1-،العدد 31 الجزء الأول، جوان 2017، ص 113.

ثانيا: سريان المبدأ في مواجهة القاضي: ضمان لعدم المساس بتوقّعات المتعاقدين

تبعا للتمسّك المطلق بالقوة الملزمة للعقد، و عبر قاعدة أنّ العقد شريعة المتعاقدين، فلا شأن و لا دخل للغير فيه، سواء من المشرع أو من القاضي، حتى و إن صار هناك اختلال توازن تعاقدي، فالأصل هوعدم التدخّل في تعديل العقد، كما أنّ هذا مردّه فلسفة و تصوّر معين، يرتبط بالحفاظ على توقّعات الأطراف و ضمان أمنه القانوني، و بمفهوم المخالفة، فإنّ المساس بالعقد هو إضعاف لمبدأ استقرار المعاملات[1]، الذي يعطّل معه مصالح المتعاقدين و الغير، لذلك يحاول المشرع تفادي قدر الإمكان المساس به، حتى قيل أنّ استقرارا العقد و عدم المساس به أولى من التوازن العقدي[2]، بفعل الحفاظ على مبدأ حياد القاضي، فلا ينحاز لطرف قوي و لا لطرف ضعيف.

لقد كانت هذه الأفكار محل جدل لدى الفقه القانوني بصورة عامة، ولدى فقهاء القانون المدني بصورة خاصة[3]، لأنّ ذلك واقع أمام إلزامية احترام القاضي لمضمون العقد، و اللجوء في تفسيره للعقد، كما أكدّه المشرع الجزائري ضمن المادة111 ق.المدني، و لعلّ هذا ما يؤكّد ضمان الأمن القانوني عبر الحفاظ على توقّعات المتعاقدين، دون البحث عن مراجعة العقد[4]، لكون مبدأ القوة الملزمة للعقد يجسّد الصرامة التعاقدية في عدم التعديل، لذلك يرفض أنصار المذهب الفردي رفضا شديدا تدخل القاضي في مراجعة أو تعديل العقد، لأنّ هناك تدخّل متزايد و متصاعد للقاضي في المجال التعاقدي.[5]

المطلب الثاني: الأمن القانوني ضمن النظرية العامة للعقد: مفهوم منتقد وقاصر

لا تتوقّف مسألة الأمن التعاقدي، على الفلسفة والتصوّر الذي يديره، بل يقوم أيضا على الوسائل والآليات التي تجسّده، وهذا ما يجعله قابلا للتحوّل والتطوّر، من ذلك أن ارتباطه بالتصوّر الكلاسيكي للعقد، قد نتج عنه العديد من المساوئ، أهمها إهدار العدالة التعاقدية **(الفرع الأوّل)** يضاف إلى ذلك، السماح للقاضي بصورة استثنائية للتدخل في تعديل العقد الذي عدّ هو آخر غير كافي **(الفرع الثاني)**.

---

[1] *«... affirment que la force obligatoire du contrat, voire son effet relatif, doivent être, dans les mêmes conditions, les principes auxquels il ne pourrait* ***être dérogé que de façon exceptionnelle à peine de porter atteinte à la sécurité des relations contractuelles****... » **Ghestin Jacques,** Le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'économie industrielle, vol. 92, 2e et 3eme trimestres2000. Économie des contrats : bilan et perspectives., p89.*

[2] راجع: **فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد**، دكتوراه، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق،2013 ص 164، **عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد**، دكتوراه، جامعة الجزائر- 1- ، كلية الحقوق،2015،ص 79.

[3] *« L'analyse positiviste a également facilité l'évolution de la doctrine civiliste du dogme de l 'autonomie de la volonté vers un débat sur les principes de liberté* ***et de sécurité contractuelles*** *». **Ghestin Jacques.** ibid,p.88.*

[4] ***Laborderie.A.-S.L**, op.cit., p.161.*

[5] ***B. Fages**, nouveaux pouvoir, le contrat est-il encore la « chose » des parties ?, la nouvelle crise du contrat.p.154, **P. Ancel** , la force obligatoire jusqu'ou faut-il la défendre ?p.165,*
*sous la direction, **Ch. Jamin , D. Mazeaud** _ Acte du colloque du 14/mai/2001 ,Dalloz- Sirey, collection thème et commentaire, paru le 30/1/2003.*

الفرع الأوّل: الحفاظ على مبادئ العقد من المساس: إهدار للعدالة التعاقدية

استند ضمان الأمن التعاقدي على خلفيات المذهب الفردي، وعلى حساب العدالة العقدية، بحجة عدم المساس بمبادئ العقد الكلاسيكية الذي فيه مساس بأمنه، من جهة أخرى أعطى ذلك دافعا لإعادة النظر في هذا الارتباط في ظل تزايد مظاهر لا توازن تعاقدي.

نؤّكد في هذا الشأن، بأنّ مسألة الأمن القانوني فكرة متجدّدة وليست خالصة لفترة من الفترات أو لصيقة بنظام قانوني معيّن، أو ناتجة عن تصوّر قانوني معين، بل هي تحيي وتتجدّد مع تغيّر الفكر القانوني وتطوّره، فبعد أن كانت لصيقة بالتصوّر الفردي للعقد، صارت تبحث عن بدائل قانونية مقنعة بعيدا عن ذلك التصوّر، وما خلفه من ظلم تعاقدي وإهدار لتوقّعات المتعاقدين بدل إصلاحها.

من جهة أخرى، كان لتزايد مظاهر الضعف التعاقدي الملازم للقوة التعاقدية[1]، سببا في قصور آليات ضمان الأمن القانوني، فقد ينتج عن عقد معيّن تضاعف السيطرة و القوة التعاقدية للمتعاقد، كأن يمارس التعسف في وضعية الهيمنة في السوق[2]، أو يستغل التبعية الاقتصادية للمتعاقد[3]، لكي يفرض عليه شروط تعاقدية، و قد يستغل متعاقد آخر حاجة المتعاقد معه لفرض بنوده التعاقدية، كما جسّد في إطار عقد الإذعان ما بين المستهلك و المحترف أو العون الاقتصادي[4]، فأين ضمان الأمن القانوني في ظل هذا الاختلال ما بين مراكز المتعاقدين اعتمادا على التصوّر الفردي للعقد؟

فيعترف الفقه في الوقت الحالي[5]، بأنّ مبدأ القوة الملزمة للعقد يعرف الكثير من التعدّيات، لأنّه لم يعد مقبولا اليوم التكلّم عن ثبات هذا المبدأ، في ظل تزايد تدخّلات المشرع والسماح للقاضي بتعديل العقد، الذي يقلّل من الطابع المطلق لهذا المبدأ[6]، لذلك فإنّ الأمن القانوني كمفهوم متطوّر سيساهم في إقصاء التصوّر الكلاسيكي، فالقوة الملزمة للعقد تبقى في بعض الأحيان عاجزة ضمان أمنه القانوني.[7]

---

[1] **أحمد بعجي**، "**أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر بحث" القانون الخاص المقارن" عن جامعة شلف، المجلد06، العدد02، 2020، ص 139. و ما يليها.

[2] كما جاء في المادة3 الفقرةج من الأمر رقم 03/03 المتعلّق بالمنافسة*(ج- وضعية الهيمنة: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شانها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها...).*

[3] كما جاء أيضا في المادة 3 الفقرة *(د- وضعية التبعية الاقتصادية: هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا..).*

[4] كما جاء في إطار القانون رقم 02/04 الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[5] **غستان جاك، المطوّل في القانون المدني، تكوين العقد**، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان،2008، ص170.

[6] كحالة تعديل عقد العمل، فخروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و تطبيقا لنص المادة 63 من قانون رقم 11/90*(يمكن تعديل شروط العمل و طبيعته بناءا على الإرادة المشتركة للطرفين للعامل و المستخدم، مع مراعاة هذا القانون).*

[7] ***Laborderie.A.-S.L**, op.cit., p162.*

الفرع الثاني: التدخّل الاستثنائي القاضي لمراجعة العقد: فعالية غير كافية

سمح المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات الأجنبية، كالقانون الفرنسي مؤخّرا عبر تعديل قانونه المدني، ببعض التدخلات من القاضي لإعادة التوازن التعاقدي المطلوب، لكن ذلك بصورة استثنائية، بغية الحفاظ على توقعات المتعاقدين والأمن القانوني ككل، وتظهر صور هذه المراجعة الاستثنائية للقاضي لحماية المتعاقد الضعيف، وبسط التوازن الموضوعي للعقد في أحوال عديدة، نذكر منها:

أوّلا: تضييق شروط ممارسة إعادة التوازن التعاقدي

إنّ سماح المشرع للقاضي بإقامة قواعد التوازن الموضوعي ضمن النظرية العامة للعقد، ليس معناه إطلاقه بشكل واسع، بل تمّ تضييق من مجال تطبيقه، من خلال الشروط المصاحبة لفرض التوازن، فإذا جئنا إلى نظرية الاستغلال نجد أنّ المشرع بنص المادة 90ق.م[1] ، يشترط عنصران للتمسك بالحماية، هما العنصر المادي و العنصر المعنوي، فأمّا العنصر المادي فيتمثل في اختلال التعادل بين الاداءات، ومن جهة أخرى،لابد من توافر العنصر النفسي للاستغلال، و المتمثّل في استغلال المتعاقد ضعف المتعاقد معه، ويكون كذلك إذا استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح، و لعلّ هذه الشروط هي التي أدت بالبعض إلى القول[2]، بأنّ هذه النظرية تضيّق كثيرا من سلطة القاضي في الإبطال بموجب الاستغلال، خارج الحالات المذكورة في المادة 90ق.م، و هذا مردّه تجنّب قدر إمكان المساس بالعقد، لكن هل هذا فعلا يعبّر عن استقرار العقد، مع العلم أن اختلال التوازن يشكّل تهديد لتوقعات المتعاقدين؟

كما اهتم المشرع الجزائري بمسألة الشروط التعسفية في عقد الإذعان ضمن المادة 110ق.م[3]، وأشار فيها المشرع إلى سلطة القاضي في تعديل هذا العقد، من خلال إمكانية الحكم بتعديل الشرط التعسفي و إعفاء الطرف المذعن من تنفيذ تلك الشروط، و لعلّ أهم آلية أقرها المشرع بموجب الشرط التعسفي، هو بطلان الشروط التعسفية المصاحبة لذلك العقد، مع بقاء العقد قائم و مستمر التنفيذ، بمعنى أن الشروط تبطل و العقد يبقى قائم، و في هذا مصلحة للمتعاقد الضعيف، في المحافظة على العقد و استمراره، لكن تبقى أيضا فعالية هذه الحماية قاصرة للوصول إلى تحقيق انسجام فعال ما بين التوازن التعاقدي و الأمن القانوني، بحكم السلطة الاستثنائية في التعديل.

---

[1] تنصّ المادة 90 ق.م*(إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، و تبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا...)*

[2] راجع: **حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد**، دكتوراه، جامعة الجزائر – 1– ،كلية الحقوق، 1996، ص 34.

[3] تنص المادة 110ق.م *(إذا تم العقد بطريق الإذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل من تلك الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).*

لجأ المشرع أيضا إلى تضييق شروط استحقاق الحماية، عبر الشروط الملازمة لنظرية الظروف الطارئة، ففضلا عن شرط الحادث الاستثنائي، وأن يكون غير متوقع[1]، هناك شرط آخر، هو عمومية الحادث، أي الحادث الذي يصيب عموم الناس وليس المدين وحده، والذي يراه البعض[2]، وسيلة لتضييق مجال تطبيق النظرية، لكي يحافظ على القوة الملزمة للعقد، وهذا بداعي استقرار الروابط التعاقدية.

لكن من جهة أخرى، نجد أنّ المشرع الجزائري قد أعمل بعض الخيارات القانونية البديلة لفكرة إنهاء العقد، من ذلك ما يظهر في إطار نظرية الاستغلال، التي تعطي حلا ملائما لمصلحة المتعاقد المغبون في العقد، لتجنّب دعوى الإبطال، فيجوز للمغبون طلب إنقاص التزاماته كوسيلة لرفع الغبن بناءا على طلباته، ويجوز للقاضي أن يحكم بالإنقاص بدل الإبطال[3]. كما تظهر فكرة إنقاص الالتزامات، حين يتدخّل القاضي لتعديل العقد ضمن نظرية الظروف الطارئة[4]، والتي من نتائجها أنّها تجبر القاضي على إنقاص مقدار التزامات المدين إذا صار التزامه مرهقا، وهذا من أجل رفع درجة الإرهاق عنه، كما في إمكانية إعفائه من تنفيذ جزء من الإلتزام كالتخفيف من قيمة ثمن المبيع، أو الإنقاص من مقدار الإلتزام. كما سمح المشرع للقاضي بالتدخّل وتعديل قيمة التعويض الإتفاقي المدرج في العقد، والمعروف بالشرط الجزائي، وهذا استثناءا من الأصل وهو عدم المساس باتفاق المتعاقدين.[5]

ثانيا: تضييق حالات اللجوء إلى التوازن الموضوعي

لجأ المشرع أيضا إلى وسيلة أخرى تصاحب فرض التوازن الموضوعي في العقد، حين حصر مجال ضيّق لتطبيق قواعده، من ذلك أنّه لم يضع الغبن كمبدأ أو كقاعدة عامة تسري على كافة العقود و لفائدة كل المتعاقدين، بل حصر مجاله، فلا يطبّق الغبن إلاّ في عقود محدّدة من جانب المشرع، من ذلك في بيع العقار بنص المادة 358 ق.م[6]، و عقد المقايضة في المادة 415ق.م[7]، و أيضا في القسمة بموجب

---

[1] يستوجب للتمسّك بنظرية الظروف الطارئة أن تتوافر بعض الشروط ، منها أن يكون الحادث استثنائي، أي نادر الوقوع، و العبرة في استثنائية الحادث إنّما تكون بالآثار أو نتيجة الحادث و ليس بالحادث نفسه، كما لابد أن يكون الحادث غير متوقّع ، أي لم يكن في الحسبان توقّعه وقت التعاقد، راجع تفاصيل أكثر، حميد بن شنيتي، المرجع نفسه، ص56 إلى 58، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 396 إلى 399، يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 117 إلى 121.

[2] حميد بن شنيتي، المرجع نفسه، ص 58، يوسف بوشاشي، المرجع نفسه ، ص 120.

[3] حسب المادة 3/90 ق.م (و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن).

[4] تنص المادة 3/107 ق.م (.. جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

[5] كما جاء في المادة 2/184ق.م*(... و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه...).*

[6] تنص المادة 358 ق.م*(إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، و يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع).*

[7] تنص المادة 415 ق.م*(تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، و يعتبر كل المتقايضين بائعا للشيء و مشتريا للشيء الذي قايض عليه).*

المادة 732ق.م[1]، و بالتالي لا يغدو إلاّ حالة استثنائية من الأصل، و هذا من شأنه حماية بعض المتعاقدين دون آخرين[2]، و بمفهوم المخالفة إذا تزايدت حالات الغبن، فإنّها تصبح تهدّد الأمن التعاقدي، وهذا ما يستوجب التضييق من مجال الغبن، فالمشرع بالنظر إلى الحالات الضيّقة التي اعترف بها بالغبن في القانون المدني[3]، فإنه يدّل بكل وضوح على تفضيله استقرار العقد، لكنه من جهة أخرى منح المشرع الخيار للمتعاقد الواقع في الغبن، في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، من أجل تجنّب الفسخ و كذا الإبطال[4]، فضلا عن تحديد مدة التمسّك بدعوى الاستغلال بمدة قصيرة، و في هذه المدة تأكيد على أنّ المشرع يريد الحفاظ على استقرار المعاملات، على حساب التوسّع في الحماية، من أجل ذلك كلّه **لا بدّ من البحث عن مقاربة جديدة للأمن التعاقدي.**

المبحث الثاني: فرض التوازن في العقد: مقاربة جديدة للأمن التعاقدي

عكس ما تم التطرق إليه في السابق، فإنّ مفهوم الأمن التعاقدي قد تغيّر جذريا، فقد كان يجسّد طموح الإرادة التعاقدية، وصار يجسّد طموح ورغبة الجماعة في حماية المتعاقد الضعيف، وفي سبيل ذلك ظهرت عدة قراءات تتبنى مفهوم حديث لفكرة الأمن التعاقدي مع متطلّبات فرض التوازن، ولعلّ هذا ما أضفى قراءة وتصوّر جديد لهذا المفهوم **(المطلب الأوّل)** تبعه تجديد في آليات فرض الأمن التعاقدي المطلوب **(المطلب الثاني).**

المطلب الأوّل: ظهور قراءة جديدة في مفهوم الأمن التعاقدي:

لقد دعا الكثير من الفقه الحديث، إلى إعادة النظر في مفهوم الأمن التعاقدي، وإعطاءه نظرة تجديدية، فاقترح الفقه التصوّر التضامني للعقد بدل التصوّر الفردي **(الفرع الأوّل)** وتغليب التصوّر الاجتماعي للعقد **(الفرع الثاني)** مع تغيير فكرة توقّعات المتعاقدين، من عدم المساس بها إلى تصحيحها **(الفرع الثالث).**

---

[1] تنص المادة 1/732 ق.م *(يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت احد المتقاسمين انه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة...).*

[2] علي فيلالي، المرجع السابق ، ص229، عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 87.

[3] *"الواقع كشف أن كثير من حالات اختلال التوازن تفلت من الرقابة فإذا كان أساس مكافحة الغبن المجرد هو المحافظة على اعتبارات لتحقيق نسبة من التوازن بين المتعاقدين و إزالة الضرر عن أطراف العقد و* ***هذا يعني أنّه لا يمكن حصر هذه العملية في نطاق ضيّق...*** *"* عرعارة عسالي ، المرجع السابق، ص94.

[4] تنص المادة 1/358 ق.م *(إذا بيع عقار بغبن يزيد عن(1/5) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة (4/5) أخماس ثمن المثل...) .*

الفرع الأوّل: التضامن التعاقدي بدل مبدأ سلطان الإرادة: تحرّر تصوّري

لقد كان إفراط أحد المتعاقدين في فرض قوّته التعاقدية على الطرف الضعيف، مستغلا بذلك مبدأ سلطان الإرادة، على ضوء بعض المفاهيم الكلاسيكية التي لقّنت كلا المتعاقدين الأنانية التعاقدية، دون البحث عن مصالح الطرف الآخر، سببا جوهريا للبحث عن قراءة جديدة.

في هذا الإطار رأى الفقه الحديث، بأنّه لابد من إعطاء نظرة تجديدية للعقد، عبر تطوّر قانون العقود، يتلخّص ذلك التصوّر في مفهوم التضامن التعاقدي[1]، وفي النظرية التي اقترحها ***غستان***، حول المنفعة والعدل في العقد[2]، والتي تستخلص منها المبادئ المرتبطة بفكرة الأمن القانوني، ومن بين تلك الآليات نجد الغاية التي تسعى إليها العدالة العقدية، التي تبحث عن المساواة والتوازن بين الاداءات.

كما رأى البعض الآخر[3]، بأنّ التصوّر التضامني يختلف مع المذهب الليبرالي، لكون العلاقات التعاقدية هي علاقات تضامن، تتطلّب فرض الالتزام بالاستعلام، ومبدأ حسن النية، والتعسف في استعمال الحق، كما واصل الفقه الحديث ترحيبه بفكرة التضامن التعاقدي، لأنّ ذلك يشكّل ثقافة تعاقدية جديدة، ضمن تطوّر قانون العقود، الذي يحث على واجب الاعتدال والتعاون، خاصة حين يفرض على المتعاقد المهيمن شروطا معينة[4]، ولعلّ من شأن هذه القيّم الجديدة[5]، أن تجدّد صورة العقد عبر بعث هذه الأفكار كتبرير أساسي للقوة الملزمة للعقد.

الفرع الثاني: تفضيل النزعة الموضوعية للعقد:

بالإضافة إلى تفضيل التصوّر التضامن التعاقدي على حساب مبدأ سلطان الإرادة، هناك أيضا تغليب للنزعة الموضوعية على حساب النزعة الفردية الرافضة للمساس بمبادئ العقد، فقد رأى الفقه في هذا الشأن[6]، بأنّ المقاربة الموضوعية تفرض مراجعة العقد، إذا كان فيه اختلال للتوازن، و **لا خوف على توقّعات المتعاقدين من ذلك، بل يعاد تصحيحها و فقط**، و عليه وجب الأخذ بعين الاعتبار الضرورة الاجتماعية

---

[1] ***Laborderie.A.-S.L**, op.cit., p.180.*

[2] *« Il reste en conséquence un accord de volontés destiné à produire des effets de droit dont la force obligatoire dépend de sa conformité au droit objectif. À ce titre il doit être conforme à ses finalités objectives, l'utile et le juste.* ***De la finalité d'utilité sociale se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique*** *et de coopération. ... »* ***Ghestin Jacques**, op.cit,p100.*

[3] ***D. Mazeaud,** les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, la nouvelle crise du contrat, op.cit.,p.137.* ***L. Grynbaum**, la notion de solidarisme contractuel, Le solidarisme contractuel , Sous la direction**, L. GRYNBAUM. et M. NICOD,** Paris, Economica, 2004, p .25.*

[4] راجع على سبيل المثال، ما جاء في الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم، في المادة 6 ، التي تضمّنت منع الممارسات و الأعمال المقيّدة للمنافسة...الخ.

[5] ***P. Lokiec**, Contrat et pouvoir, essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, LGDJ, 2004. p .121.*

[6] ***Laborderie.A.-S.L**, op.cit., p.182.*

للعقد، التي تفرض تعديل أسس العقد، خاصة عبر تدخّل المشرع و القاضي المستمر، و بالتالي فالضرورة الاجتماعية تحدّ من الإرادية في العقد، لكنها تبقي على استمرار العقد و بالتالي أمنه القانوني، فالتشريعات الخاصة اليوم، تبحث عن فرض التوازن قبل و أثناء إبرام العقد و تنفيذه، و تفادي فرضية زوال العقد و فسخه و عدم تنفيذه، إلى فرضيات أكثر ملاءمة للمتعاقد بتنفيذه و استمراراه، كما جاء في المادة 13 من القانون رقم 03/09[1]، التي أعطت بدائل عديدة للمستهلك، كإصلاح أو استبدال المنتوج، عوض فسخ العقد لعدم التنفيذ، ذلك أنّ غاية المشرع من تنظيم العلاقات التعاقدية تمتد للمحافظة على العقد، باعتباره آلية تهدف إلى تحقيق المصالح الخاصة للأطراف و المصالح الاجتماعية و الاقتصادية.[2]

الفرع الثالث: تصحيح توقّعات المتعاقد الضعيف: أولى من عدم المساس بالعقد

عكس ما كان عليه الأمر ضمن التصوّر الكلاسيكي للعقد، بأن كانت الأولوية لعدم المساس بمبادئه، انقلبت الأمور جذريا، فقد صار البحث عن حماية المتعاقد الضعيف، أولى من البحث عن عدم المساس به، فقد كان لتزايد اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بشكل ملحوظ في الوقت الحاضر، ذريعة للمشرع للتدخل لتنظيمه ، وتحقيق العدالة العقدية، كما أنّ الحماية لم تعد كافية في القواعد العامة، خاصة في نظرتها و تصوّرها الفردي[3]، و قد ظهر هذا المسعى جيّدا ضمن التشريعات الخاصة، كما هو على سبيل المثال، في الفعالية المتباينة بين حماية المتعاقد الضعيف في عقد الإذعان، ضمن القواعد العامة بنص المادة 110، و بين حمايته ضمن قانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية[4]، أين حضيت

---

[1] *(يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة او عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان. ويمتد هذا الضمان إلى الخدمات. ويجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في* ***حالة ظهور عيب المنتوج استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج، أو تعديل الخدمة على نفقته****...).* راجع أيضا: المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، يحدّد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، ج.ر العدد49.

[2] **بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر**، ط.1،مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس،2017، ص392.

[3] ***PH. Malaurie, L. Aynes et PH. Stoffel-Munck***, po.cit.,p216.

[4] لقد أضاف المشرع الجزائري، تنظيم آخر لمسألة الشروط التعسفية في العقد، بموجب القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، و قد عدّد مجموعة من البنود التعسفية في المادة 29 منه (تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :-أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و /أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،- فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،-امتلاك حق تعديل العناصر الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك...) و جاء أيضا المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج.ر العدد 56، و أضاف مجموعة من البنود التعسفية ، كما نصت عليها المادة 5 منه (تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: "- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 2 و 3 أعلاه.- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك.-عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع التعويض....) هذا و قد أشار القانون رقم 02/04 إلى تعريف الشرط التعسفي و معياره، و قائمة الشروط التعسفية، لكنّه **أغفل** تنظيم مهّم و هو **الجزاء المدني المصاحب لوجود الشرط التعسفي**، العكس من ذلك فان المشرع الفرنسي بموجب قانون الاستهلاك ، أشار و أكد على الجزاء المدني، و هو **بطلان الشرط دون بطلان العقد**، أي بقاء العقد قائم دون الشرط التعسفي، كما جاء في المادة L.132-1 الفقرة 6 على (الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة) « les clauses abusives sont réputées nom écrites » و قد عدّل قانون الاستهلاك الفرنسي، سنة 2016، من خلال الأمر رقم 2016-301، المؤرخ في 14 مارس 2016، و أشار في المادة L.241-1إلى الجزاء المتعلّق بالشروط التعسفية ، من خلال اعتبارها كأنّها غير مكتوبة، كما أنّ القانون المدني الفرنسي المعّدل في سنة 2016، لم يتوانى في التأكيد على الجزاء الذي نص عليه قانون الاستهلاك

صفة المستهلك بحماية مناسبة و مختلفة عن القواعد العامة، و هذا بحكم أنّ هذه التشريعات الخاصة اهتمت اهتماما بالغا بمصالح المتعاقد الضعيف[1]، خاصة مع تفضيل فكرة بطلان الشرط التعسفي في العقد عوض بطلان العقد[2]، أو بطلان الشرط التعاقدي أو الالتزام دون بطلان العقد، كما أظهرته المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم المتعلق بالمنافسة.[3]

من جهة أخرى، فإنّ توقّعات المتعاقد الضعيف لا تتحقّق، ويتحقّق معها الأمن التعاقدي إذا لم يتدخّل المشرع لحمايته، ويقيم قواعد حمائية تبعث الاطمئنان لديه، وتكون معلومة لديه بصورة مسبقة، وهذا مبرّر في أحوال عديدة، من ذلك قد يجد المتعاقد نفسه مستغلا من جانب متعاقد آخر، أو يستخدم قوته ونفوذه الاقتصادي، لكي يفرض عليه شروط التعاقد، التي لا خيار له فيها سوى التسليم والقبول، ويصبح المتعاقد في وضعية ضعف أمام المتعاقد الآخر، فأين توقّعات المتعاقد الضعيف من العقد؟ وكيف يتحقّق الأمن التعاقدي إذا لم تفرض رقابة موضوعية في العقد تصحّح الأوضاع المختلة، وفي هذا احترام لتوقّعات المتعاقد، ومن أجل ذلك، يمكن القول أنّ التوازن العقدي، وسيلة لتعزيز أو ضمان التوقّعات المستقبلية للمتعاقدين، لكونهما يتوقّعان من بعضهما البعض تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، ويضع أيضا توقعاته المستقبلية من العقد الذي أبرمه، لكون القواعد القانونية تنّظم أحوالا وظروفا تقع في المستقبل، وتنصرف آثارها للمستقبل.

المطلب الثاني: تجديد آليات ضمان الأمن التعاقدي:

لا تقتصر المقاربة الجديدة لمفهوم الأمن التعاقدي، على تجديد التصوّرات، بل ترتبط أيضا بتفعيل الآليات، التي تجسّد فعلا مفهوم الأمن التعاقدي في صورته الجديدة، عبر توسيع سلطة القاضي عكس ما كانت عليه في السابق **(الفرع الأوّل)** فضلا عن الاعتراف بدور الإدارة كفاعل جديدة في العقد **(الفرع الثاني)** وهذا من أجل أن يتوافق مفهوم الأمن التعاقدي مع التوازن التعاقدي **(الفرع الثالث)**.

الفرنسي، حين اعتمد نفس الحل في الجزاء ، حالة وجود شروط تعسفية، و التي اعتبرتها المادة 1171 ق.م.ف، شروطا غير مكتوبة و باطلة، و هذا ما يوافق الجزاء المكرّس في قانون الاستهلاك الفرنسي، راجع: **شوقي بنّاسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، دكتوراه ، جامعة الجزائر– 1–، كلية الحقوق، 2016، ص370 و ما يليها، **بعجي أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد**، دكتوراه، جامعة الجزائر–1–، كلية الحقوق، 2019، ص 210و ما يليها.

[1] راجع أكثر: أحمد بعجي، المرجع نفسه، ص 41 و ما يليها.

[2] ابتكر الاجتهاد القضائي الفرنسي آلية جديدة لكي يحقّق بها التوازن العقدي بين الاداءات، و المتمثّلة في فكرة السبب الجزئي كآلية لتحقيق التوازن، راجع:

***Jacques moury** , une embarrassante notion : l'économie du contrat, chroniques, Dalloz ,22 Juin 2000,n°24, p 385.*

[3] المادة 13*(دون الاخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10و 11و 12 أعلاه).*

الفرع الأوّل: من تضييق سلطة القاضي إلى توسيع سلطته:

بغية الحفاظ على التوازن التعاقدي وحماية المتعاقد الضعيف، فقد صار لزاما على المشرع أن يوسّع من سلطة القاضي في العقد **(أوّلا)** وهذا ما يساهم في تجديد مبدأ القوة الملزمة للعقد على ضوء المفهوم الجديد للأمن التعاقدي **(ثانيا)**.

أوّلا: دور القاضي في ضمان الأمن التعاقدي:

بعد أن كانت سلطة القاضي في العقد محل رفض مطلق من قبل أنصار المذهب الفردي، صارت حاليا محلّ ترحيب من أنصار النزعة التضامنية و الاجتماعية، خاصة مع تغيّر مفهوم الأمن التعاقدي الذي صار يلازم تصحيح توقّعات المتعاقدين، فقد ذهب العديد من الفقه إلى ضرورة تغليب التصوّر الموضوعي على التصوّر الفردي، لأنّ العقد صار يتكوّن و يتأسّس أكثر على سلطة المشرع و من بعده القاضي[1]، كما يضيف البعض الآخر[2]، بأنّ التطوّر الحالي لقانون العقود، يفرض التوازن العقدي الذي يقود للمساس بالقوة الملزمة، عبر فكرة التوقّعات و الاستقرار القانوني، من أجل ذلك لابد من تركيب قانون العقود مع أفكار جديدة في سلطة القاضي، المتمثّلة في الإنصاف، النزاهة، التناسب، و بالتالي إضفاء ثقافة تعاقدية جديدة، للقاضي الدور البارز فيها.

من جهة أخرى، فقد كان تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، فرصة جديدة لتوسيع دور القاضي في العقد و تمديد سلطاته، و هذا ما كان محل نقاش من جانب الفقه الفرنسي، فقد رأى البعض منهم[3]، أنّ إصلاح قانون العقود أتى بسلطات واسعة للقاضي مقارنة بما كان عليه في السابق، لأنّ الجديد الذي أتى به الإصلاح هو فرض التدخّل القضائي عبر مضمون العقد، الذي هو بمثابة تطوّر محسوس، من خلال المادة 1195 ق.م المتعلّقة بالظروف الطارئة[4]، و التي تسمح للقاضي بمراجعة العقد، لكن مع ذلك هي محبوسة في معالجة ضيّقة فقط، من جهة أخرى فتح إصلاح القانون المدني، طريقتين جديدتين للبطلان الجزئي للعقد، عبر المواد 1170ق.م [5]، و المادة 1171ق.م [6] من القانون المدني، المتعلّقة بعقد

---

[1] ***Th. Revet** , objectivation ou subjectivation du contrat, quelle valeur juridique ? la nouvelle crise du contrat. Op.cit.,p.93.*

[2]***D. Mazeaud,** les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, la nouvelle crise du contrat,op.cit., p.136.*

[3] ***L. Aynès**, le juge et le contrat : nouvaux roles ?, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, Avril 2016,p.14 .*

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

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

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

الإذعان، بينما رأى البعض الآخر[1]، بأنّ الإصلاح حمل هوامش جديدة للقاضي في العقد، تظهر بطبيعة الحال سلطات أكثر توسّعا مما كانت عليه في السابق.

ثانيا: دور الأمن التعاقدي في تجديد مبدأ القوة الملزمة للعقد:

تبعا لتوسيع دور القاضي في العقد من أجل خدمة مصلحة الطرف الضعيف، وضمانا للأمن القانوني في نفس الوقت، فالمتأثّر الأوّل من ذلك هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي صار تأثّره ايجابيا عبر تجديد مفهومه ومنطلقاته.

فقد رأى الفقه الحديث، أنّ العقد صار يشهد حيوية قانونية بفضل تطوّر العلاقات و تعدّدها، و بالتالي فتدخّل المشرع و القاضي المستمر لتوجيه العقد نحو التوازن، هو دور مقبول[2]، لأجل تقدير اعتدال بعض التعهّدات التعاقدية، و لحماية المتعاقد الضعيف، و فرض النزاهة التعاقدية، ليكون أكثر مرونة و عدلا و نفعا من الناحية الاقتصادية[3]، و من جهة أخرى، ذهب رأي فقهي[4]، إلى أنّ هناك تطوّر للقواعد العامة للعقد من خلال إعادة النظر في القوة الملزمة، عبر توسيع سلطات القاضي، لأنّ القراءة المطلقة لهذا المبدأ أظهرت نتائج غير مستقرة، من أجل ذلك فإنّ الأمن القانوني يبحث عن تغيير طبيعته، فالغاية و المصدر صارت تسمح بحماية الطرف الأكثر ضعفا، و عليه فقد ظهر جليا بأنّ هناك تطوّر و اختلاف جذري في آليات تحقيق الأمن القانوني، الذي انعكس على مبدأ القوة الملزمة للعقد، عبر توسيع سلطة القاضي، فضلا عن الاعتراف دور السلطات الإدارية المستقلة.

الفرع الثاني: دور السلطات الإدارية المستقلة في الاستقرار التعاقدي:

نظرا للتطوّر الذي عرفته وظيفة الدولة، بانتقالها من مفهوم الدولة المتدخّلة إلى مفهوم الدولة الضابطة، كان لذلك أثر في المجال الاقتصادي عن طريق ضبط المعاملات و الأنشطة الاقتصادية بغية ضمان التوازن ما بين مصالح الفاعلين داخل السوق، مما سمح للسلطات الإدارية المستقلة لتبسط رقابتها على مختلف المجالات المفتوحة على المنافسة، و كل ذلك بمعية القواعد التعاقدية، التي تعدّ أداة فعّالة في توجيه السياسة التنافسية لأي سوق، لذلك لم تغب فكرة الأمن التعاقدي عن وظائف السلطات الإدارية المستقلة، التي كثيرا ما استحدث آليات جديدة و متنوّعة تصب كلها في استمرار العلاقة التعاقدية بعد إزالة

[1] ***H. Barbier,*** *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10février 2016, RTDciv, n° 2, avril- juin, p. 256.*

[2] عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص 221.

[3] ***P. Ancel*** *,op.cit., p.166.*

[4] ***C. Thibierge-Guelfucci,*** *Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997, p.371.*

العيوب (القانونية و الإدارية) عن موضوع التعاقد، بحيث صارت تمثّل سلطات شبه قضائية، تختص بتوقيع و تسليط الجزاء المناسب[1].

نشهد تغيّرا جذرجيا في بعض المسلّمات القانونية، منها استحداث المشرع الجزائري مفهوم جديد لفكرة المحافظة على العقد بدل زواله، في حالة وجود القوة القاهرة تعترض تنفيذه، و التي تؤدي لا محالة استحالة تنفيذ الالتزام[2]، لكن المشرع أراد غير ذلك فقرّر توقيف العقد بدل انهاءه لقوة قاهرة، و هذا بغية المحافظة على الأوضاع مستقرة داخل السوق[3]، و من جهة أخرى، و لنفس الهدف(الاستقرار التعاقدي) قرّر المشرع الجزائري انقاذ العقد من الفسخ لعدم التنفيذ، فسمح باستبدال صفة المرقي العقاري[4] في حالة سحب اعتماده، و نشهد آلية أخرى في مجال التأمين، أين سمح المشرع أيضا بتحويل محفظة عقود التأمين إلى شركة أخرى، في حالة سحب لجنة الإشراف على التأمينات الرخصة من شركات التأمين أو إحدى فروعها، وتحوّل محفظة عقود التأمين إلى شركة أخرى.[5]

الفرع الثالث: توافق الأمن القانوني مع التوازن التعاقدي:

بالرغم من معارضة بعض الفقه، لفكرة التوازن التعاقدي و التضامن التعاقدي، لفرضية مساس بالأمن التعاقدي الذي هو أداة للتحكّم في المستقبل، إلاّ أنّ هذه النظرة المعارضة لتطوّر مضمون الأمن التعاقدي، قد ردّ عليها بعض الفقه[6]، لكون تصوّرات القوة الملزمة تختلف عن التدخّل القضائي في العقد، لأنّ الأولى معناها احترام أقوال المتعاقدين من جهة، و من جهة أخرى هي أداة للتوقّع، فبالنسبة للأولى فهي تظهر كمقاربة كلاسيكية للمبدأ، أمّا عن اعتبار المبدأ أداة للتوقّع، فإنّ تدخّل القاضي لإصلاح التوازن التعاقدي، ينتج عنه انعدام الأمن التعاقدي الذي يمكن تفاديه، خاصة من خلال فكرة إعادة التفاوض، ومن شأن هذه الفكرة أن تدعّم النزاهة التعاقدية من خلال إعادة بناء التوقّعات، نتيجة الظروف السيّئة التي تحيط

---

[1] أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 405.

[2] المادة 307 ق.م (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته).

[3] قرار مؤرخ في 9جمادي الاولي عام 1437 الموافق 18فبراير سنة 2016، يتضمّن الموافقة علي منح الخدمة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية لشركة اتصالات الجزائر، ذات أسهم، الصادر عن وزارة البريد و تكنولوجيات الإعلام و الاتصال، العدد25. قد نصت المادة 10 منه(في حالة اضطرار أحد الأطراف إلى الانقطاع عن **القيام بالتزاماته على إثر حالة القوة القاهرة، يتمّ تعليق تنفيذ العقد**، و خلال هذه المدة التي يستحيل أثناءها بشكل واضح على الطرف المقصّر ضمان تنفيذ دفتر الشروط ، أو التي لا يمكن خلالها أن ينفّذ التزاماته إلا في ظروف مكلّفة جدا مقارنة بالظروف الأولية، يؤدي وقوع حالة القوة القاهرة إلى **التعليق الفوري لدفتر الشروط** و إعفاء الطرف المقصّر من المسؤولية **طيلة فترة التعليق** هذه، ابتداء من إبلاغ الطرف المعني ، و شريطة أن يتمّ ذلك عن طريق البريد المضمون إشعار بالاستلام مبلغ في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ...) .

[4] المادة 54 من قانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدّد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ج.ر العدد 14.(يؤدي كل **حسب الاعتماد من المرقي العقاري لأخذ الأسباب المحددة أدناه أو لأي سبب آخر إلى حلول صندوق الضمان**، قانون محل المفتشين و يحق له حق متابعة عمليات إنجاز البيانات **بموجب التزام مرقي عقاري آخر على حساب المرقي العقاري الأصلي** وبدلا عنه وذلك في حدود الأموال المدفوعة ...).

[5] راجع المادة 220 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلّق بالتأمينات، العدد 13، الصادر في 08 مارس سنة 1995، المعدّل و المتمّم، بالقانون رقم06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر العدد15، الصادرة في 12 مارس 2006.

[6] **Y.-Marie Laithier**, l'obligation d'excuter le contrat de bonne foi –est-elle susceptible de clause contraire ?Dalloz, 09 janvier 2014, p.40.

بالمتعاقد، خاصة الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية، الذي يعدّ بمثابة تقنية لتصحيح توقّعات العلاقات التعاقدية، و بالتالي فالأمن التعاقدي غايته تحقيق العدالة التعاقدية، و لا يستهدف المساس بالتوازن الكامل لكل العقود، مع أنّه يغيّر من الاشتراطات التعاقدية، لكن ذلك يبدو أكثر فعالية، لأنّ تطبيق مبدأ القوة الملزمة قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة، خاصة إذا علمنا بأنّ مفهوم الأمن التعاقدي، هو مفهوم نسبي، يتطوّر باستمرار، وهو الآن في حالة توافق مع ضرورة التضامن التعاقدي.

الخاتمة:

تبين لنا من خلال هذه الدراسة الفقهية القانونية، أنّنا فعلا أمام مفهوم جديد لفكرة الأمن التعاقدي، الذي ارتبط مجاله كثيرا بثبات المبادئ الكلاسيكية للعقد، إلى أن ظهرت مقاربة جديدة تدعو إلى تطوّر هذا المفهوم، من الحفاظ على توقّعات الأطراف إلى تصحيحها، ومن عدم المساس بالعقد إلى تعديله ومراجعته، وصار التصحيح هو ضمان لتوقّعات المتعاقدين.

و عليه، يظهر أنّه لابد على المشرع الجزائري في إطار النظرية العامة للعقد، أن يواكب تطوّر الفكر القانوني، الذي صار يلتفت إلى واقع العلاقات التعاقدية لا إلى خلفياتها النظرية، و لنا أحسن مثال على ذلك، هو تبني التشريعات الخاصة المستقلة عن القانون المدني، فكرة الأمن التعاقدي بمفهومه الجديد، حين أقامت هذه التشريعات حماية جد فعّالة للمتعاقد الضعيف، و هو ما فرض إعادة النظر فيه، الذي لا خوف عليه في ظل البحث عن التوازن التعاقدي، الذي يهدف هو الآخر إلى الإبقاء على العلاقة التعاقدية بعد تصحيح أوضاعها المختلة.

من أجل ذلك كلّه، وجب على المشرع الجزائري، أن يستفيد من التقنيات التي جاءت بها التشريعات الخاصة التي تزداد يوما بعد يوم، من خلال إحياء تصوّرات قانونية كانت خفية، وتوسّعت في إطار التشريعات الخاصة، كالتضامن التعاقدي، وتجديد بعض المبادئ أهمّها مبدأ القوة الملزمة للعقد، من أجل بناء قراءة قانونية جديدة للأمن التعاقدي، مع ضرورة التحرّر من القيود الكلاسيكية للنظرية العامة للعقد، ولا يتأتى ذلك إلاّ بتجديد النظرية العامة للعقد من حيث المبادئ والتصوّرات، لا من حيث التطبيقات والاستثناءات.

يمكن القول أن مسألة الأمن التعاقدي بمقاربتها الجديدة هي مسألة أصل لا مسألة استثناء في قانون العقود الحديث.

قائمة المصادر والمراجع:

باللّغة العربية:

أولا / قائمةالمصادر:

1-النصوص التشريعية:

1-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 10/05المؤرخ في 20جولية 2005، ج.ر العدد 44.

2- القانون 11/90، المؤرخ في 21 أفريل 1991، يتعلّق بالعلاقات العمل، ج.ر العدد17، الصادر في 25 افريل سنة 1990.

3- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلّق بالتأمينات، العدد 13، الصادر في 08 مارس سنة 1995، المعدّل و المتمّم، بالقانون رقم06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر العدد15، الصادرة في 12 مارس 2006.

4- الأمر 03/03 المؤرخ 19 جويلية2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 ، الصادر في 20جويلية 2003، المعدّل و المتمّم بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 ، ج.ر عدد 36 بتاريخ 2 يوليو 2008 ، و كذلك عدل و تمّم بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 المتعلّق بالمنافسة ، ج.ر عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010.

5- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر العدد 41، المعدّل و المتمّم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر العدد46.

6- القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلّق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر العدد 15، المعدّل و المتمّم، بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 10يونيو 2018، ج.ر العدد 35.

7- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدّد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ج.ر العدد 14.

2- النصوص التنظيمية:

8-المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج.ر العدد 56.

9-المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، يحدّد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج.ر العدد 49.

ثانيا /قائمة المراجع:

أ-الكتب:

1- بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، ط.1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس،2017.

2-علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط.3، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

3-غستان جاك، المطوّل في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان،2008.

ب-الرسائل الجامعية:

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

2- حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر- 1- ،كلية الحقوق، 1996.

3-شوقي بنّاسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر- 1-، كلية الحقوق، 2016.

4- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر- 1- ، كلية الحقوق،2015.

5- فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر-1-، كلية الحقوق،2013.

د-المقالات في المجلات:

1- أحمد بعجي، "أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر بحث" القانون الخاص المقارن" عن جامعة شلف، المجلد06، العدد02، 2020(ص 138-ص157).

2-يوسف بوشاشي،" نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات و احترام التوقّعات"، حوليات جامعة الجزائر-1-،العدد 31 الجزء الأول، جوان 2017(ص111-ص133).

- **باللّغة الفرنسية:**

**** Ouvrages:***

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

2- *PH. Malaurie, L. Aynes et PH. Stoffel-Munck. Droit des obligations, LGDJ7°édition,2015.*

**** thèses et monographies :***

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

2- Laborderie.A.-S.L,La Pérennité contractuelle,France, LGDJ.2005.

3- Ch. Jamin , D. Mazeaud, la nouvelle crise du contrat. _ Acte du colloque du 14/mai/2001, organisé par le centre René Demogue de l'université de Lille II ; Dalloz- Sirey, collection thème et commentaire, paru le 30/1/2003.

4- L.GRYNBAUM. Et M. NICOD, Le solidarisme contractuel, Paris, Economica, 2004.

**** Articles et chroniques:***

1- *C. Thibierge-Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ. 1997(pp. 357-385).*

2- *Ghestin Jacques, Le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'économie industrielle, vol. 92, 2e et 3eme trimestres2000. Économie des contrats : bilan et perspectives.(pp. 81-100).*

3- *G. Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats.A.J.C.A. décembre, 201(pp.496-499).*

4- *H. Barbier, Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10février 2016, RTDciv, n° 2, avril- juin, (pp.247-261).*

5- *Jacques moury , une embarrassante notion : l'économie du contrat, chroniques, Dalloz ,22 Juin 2000,n°24(pp.382-386).*

6- *L. Aynès, le juge et le contrat : nouvaux roles ?, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, Avril 2016(pp.14-16).*

7- *Y.-Marie Laithier, l'obligation d'excuter le contrat de bonne foi –est-elle susceptible de clause contraire ?Dalloz, 09 janvier 2014.(pp.33-40).*