

الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد

أد على فيلاي،

أستاذ

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة

ملخص

القانون ظاهرة اجتماعية، يتطور بتطور المجتمع في مختلف جوانبه، وقد يضطر المشرع حفاظا على انسجام القانون مع المستجدات التي يعرفها كل مجتمع، وضع أحكام قانونية جديدة قد تتناقض مع الاحكام السابقة، كأن يفرض قيودا جديدة على غرار ما حصل بالنسبة للحرية العقدية، التي كانت شبه مطلقة لتتراجع بعد ذلك شيئا فشيئا.

ولقد أثار هذا الأمر تساؤلات كثيرة حول الوضع الذي آلت إليه الحرية العقدية، فالبعض يعتقد أننا نعيش أزمة الحرية العقدية في حين يرى آخرون أن تكاثر وتنوع العقود دليل واضح على ازدهار الحرية العقدية التي غزت فضاءات جديدة. تلكم هي الاختلافات التي تتناولها هذه المداخلة.

الكلمات المفتاحية:

حرية عقدية، تدحل المشرع، نظام عام، نظام عام حمائي، اذعان، تحرير مسبق وانفرادي للعقد، سلطان الإرادة، حماية المستهلك، تكاثر وتنوع العقود، العقد مصدر مباشر، القانون مصدر غير مباشر.

Résumé

Le droit en tant que phénomène social évolue au même titre que la société et qu'ainsi le législateur est amené dans le but de préserver l'harmonie entre le droit et les nouveautés sociales de prescrire de nouvelles règles parfois contraires à celles en vigueur, à l'instar des restrictions imposées à la liberté contractuelle qui régresse de jour en jour. Ainsi, s'interroge-t-on sur le devenir de cette liberté contractuelle. Alors que certains parlent de crise de la liberté contractuelle, d'autres estiment, compte tenu de la prolifération des contrats et leur diversification qu'il s'agit plutôt d'un renouveau de la liberté contractuelle. Telle est la question de l'on se propose d'examiner dans le cadre de cette communication.

Mots clés :

Liberté contractuelle, intervention du législateur, ordre public, ordre public de protection, adhésion, rédaction préalable et unilatérale du contrat, autonomie de la

volonté, protection du consommateur, prolifération des contrats, contrat source immédiate, la loi source médiante

ارتأيت من خلال هذه الكلمة الافتتاحية لملتقانا هذا التعرض إلى ثلاث نقاط تبدو لي هامة، هي على التوالي: التذكير بالحرية العقدية كمفهوم تقليدي متداول ومعروف (1)، فالمعالجة التشريعية لمستجدات الواقع التعاقدية (2) ثم الحرية العقدية بين التطور والتجديد (3).

1- الحرية العقدية: مفهوم تقليدي

يبدو من أول قراءة لعنوان الملتقى " الحرية العقدية في اقتصاد السوق " أن الأمر يتعلق ببديهيات، إذ يراد -على العموم- بالحرية العقدية حرية المعاملات، لا من حيث حق الإقدام عليها أو الامتناع عنها، بل تنصرف أيضا إلى حرية اختيار المتعاقد معه وطريقة تجسيد العملية العقدية وشكلها وكذا حق العاقدين في تحديد مضمونها من حقوق وواجبات كل منهما... إلخ. فذلكم هو المقصود المتعارف عليه فقها وقضاء، وكذا لدى الدارسين للنظرية العامة للعقد من أساتذة وطلبة. وكثيرا ما يستشهد، في هذا الإطار، بأحكام القانون المدني، لا سيما المواد 58، 60، 64، التي كرست مبدأ الرضائية والمادة 106 باعتبارها أساس القوة الملزمة للعقد.

نلاحظ أيضا، بالرجوع دائما إلى القانون المدني، أن العقود التي تم تنظيمها بموجب بعض الأحكام الخاصة والتي تسمى بالأصناف الكبرى - البيع، الإيجار، الوكالة، الشركة وغيرها - لم تخرج عن هذا الفهم المتداول لمبدأ "حرية التعاقد" إلا في حالات استثنائية جدا. فدوي الشأن أولى بتنظيم علاقاتهم، ومن ثم فإنه من الطبيعي أن تكون الأحكام المنظمة لهذه العقود ذات طابع مكمل¹.

أما الغرض من تدخل المشرع في تنظيم هذه الأصناف الكبرى للعقود² فهو مجرد مساعدة الأطراف المتعاقدة - عند الحاجة فقط - والجدير بالتذكير في هذا الشأن، أن الإيجاب - باعتباره أول عنصر في العقد- قد يقتصر على المسائل الرئيسية للعقد دون التفصيلية، فقد يتجاهلها العاقدان، كأن يتفق البائع والمشتري -مثلا- على المبيع وثمانه دون تعرضهما لمكان وزمان تسليمه. لا شك أن هذا الاتفاق كاف لإنشاء عقد البيع، غير أن تنفيذه قد يكون محل صعوبات، لو لم يتدخل المشرع لتنظيم هذه المسائل التفصيلية التي أغفلها العاقدان.

إن هذا الفهم العام للحرية العقدية السائد منذ الثورة الفرنسية وعصر الأنوار يستند إلى فلسفة تسمى في جانبها القانوني مبدأ سلطان الإرادة³، ومفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بإرادته، وبالطريقة التي يرغب فيها وفي الحدود التي يريدها. فلا سلطان للقانون -عندئذ- على الفرد، بل هو في خدمته، إذ ليس للقانون من دور غير حماية الحقوق والواجبات التي أنشأها الإنسان بمحض إرادته.

غير أن الواقع التشريعي يبدو -في وقتنا الحالي- على خلاف ذلك تماما، ويكفي في هذا الشأن الإشارة إلى الترسانة القانونية التي صدرت بعد تخطي بلدنا عن الاقتصاد الموجه واعتناق الاقتصاد الحر، ومنها على وجه الخصوص قانون المنافسة، قانون الممارسات التجارية، قانون

¹ - علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، موفوم للنشر، 2018، ص 19.

² - الذي يبدو مناقضا لفكرة الحرية العقدية.

³ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفوم للنشر، ط3، 2013، ص 51.

V.Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris 1980 ; F. Chénédy, *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité*, Droit philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey, Dalloz 2012, 4, pp.155-181. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01071905/document> ; Rodolfo Sacco, *Liberté contractuelle, volonté contractuelle*, R I D C, 2007, 59-4, pp.743-760.

حماية المستهلك¹ وغيرها. ترمي مثل هذه القوانين بالأساس إلى تنظيم السوق وتنظيم بعض العلاقات منها علاقة الاستهلاك، في حين أن المتعارف عليه - كما سبق ذكره- منذ صدور القانون المدني الفرنسي (1804) والذي اعتمده المشرع -في الواقع - كمرجع أساسي عند إعداد القانون المدني، أن التنظيم مناقض للحرية العقدية.

يعد العقد الأسلوب الرئيسي والوحيد في التعامل بين أشخاص القانون الخاص، وذلك باعتبار المساواة المفترضة بين العاقدين من جهة، وكون الأمر يتعلق بشأن خاص - لا يهم المجتمع- من جهة ثانية. فدوي الشأن أدري بمصالحهم ولهم أن يتولوا تنظيم علاقاتهم العقدية، ويتمتعون في هذا الإطار بالحرية الكاملة مع مراعاة فقط مقتضيات النظام العام وحسن الآداب². ونذكر في هذا المقام أن مجال النظام العام وحسن الآداب كان محدودا جدا بالنظر إلى دور الدولة في المجتمع، فكانت الدولة حارسة فقط، فلم تكن تتشغل بالوضع الاقتصادي والاجتماعي للمواطنين، بل انحصر دورها في توفير الأمن لهم والسكينة. وبالنظر لهذا الدور كان تدخل قواعد النظام العام ذا طابع سلبي، وذلك من خلال تقرير ممنوعات فقط، كأن يمنع الفرد من إثبات سلوك معين.

لقد كانت هذه الاعتبارات وراء تنديدات الفقه ببعض الشروط التي فرضها المشرع في بعض العقود بصفة أمرة - لاسيما في عقد الأيجار³ وعقد العمل- وذلك لمعالجة بعض الظروف الخاصة. لقد أصبح الفقه يتكلم عن أزمة العقد ومن ثم تراجع مبدأ سلطان الإرادة، ووصف تدخل المشرع هذا بالإكراه القانوني في العلاقة العقدية⁴.

إن هذا التدخل لم يكن -في الحقيقة- أمر عارض أو حالة استثنائية يمكن التغاضي عنها، بل هي خطوة أولى تلتها خطوات أخرى حتى أصبح التنظيم ينصرف إلى العلاقة العقدية برمتها وأصبح الفقه يتكلم عن ظاهرة غزو القانون العام للقانون الخاص؟ ولقد استحدث الفقه مصطلحا جديدا أي "عيمة العقد"⁵... إلخ. لقد كان تطور الواقع وراء تدخل المشرع ومن ثم وجب التساؤل عن الكيفية التي اعتمدها لمعالجة هذه الأوضاع الجديدة.

2-المعالجة التشريعية لمستجدات الواقع التعاقدية

يبدو لنا أن تدخل المشرع في تنظيم العلاقة العقدية بأحكام أمرة، لا يستند إلى رغبة الحاكم في فرض سلطان القانون، بل مرد ذلك تطور الواقع الذي نال بعض الشيء من الفرضية التي بنيت عليها النظرية العامة للعقد، أي المساواة وحرية التعاقد. وقد نتساءل في هذا الشأن عن تأثير تطور الواقع الاجتماعي على مفهوم الحرية العقدية. وبعبارة أخرى هل نحن بصدد تطور

¹ - راجع على التوالي الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة المتمم والمعدل (ج ر 2003، العدد43)، القانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل و المتمم (ج ر 2004، العدد41)، القانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المعدل و المتمم (ج ر 2009، العدد 15).

² - علي فيلال، مقدمة في القانون، مفهوم للنشر، ط 2، 2010، ص 102.

³ - إقرار حق البقاء لفائدة المستأجر نتيجة أزمة السكن الذي عرفتها بعد الحرب العالمية (الأولي والثانية)، راجع :

Loi française n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 appliquée en Algérie à partir de 1950.

⁴ - Paul Durant, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, RTD civ. 1944, n°2, pp.73-97 ; du même auteur, *Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat*, RTD civ. 1948, n° 2 pp. 155-182.

⁵ - راجع أكثر تفاصيل فاضل خديجة، عيمة العقد، دكتوراه الجزائر 1، 2016. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية -العقد والإرادة المنفردة- مطبوعات جامعة الكويت ، 1982، ج 1، ص 267. راجع أيضا:

Louis Josserand, *La publicisation du contrat*, Recueil Edouard Lambert, T III, 1938, p.143 ; René Savatier, *Du droit civil au droit public*, Ch. II LGDJ, Paris 1950, p.17 ; Jean Rivero, *Droit public et droit privé, conquête ou statut quo ?* D. 1947, Chr. XVIII pp. 69-72.

لمفهوم الحرية العقدية تبعا لتطور الواقع الاجتماعي، أم يجب البحث عن مفهوم جديد لكون هذا الواقع الاجتماعي المعيش قد مس بجوهر الحرية العقدية؟

لكن قبل تناول هذا الجانب من بين الجوانب الأخرى التي ستثار حتما خلال أشغال هذا الملتقى، ارتأيت تذكير نفسي وإياكم ببعض المسائل التي تبدو من البديهيات، غير أنها مفيدة جدا بالنسبة لمناقشتنا لمختلف محاور هذا الملتقى.

- تتمثل المسألة الأولى في ظاهرة التأثير الثقافي. فالباحث -بصفة عامة- يكتسب خلال مشواره العلمي ثقافة قانونية معينة، كأن يتعود على مفاهيم ومنطق خاص وفلسفة محددة... إلخ، وليس من السهل أن يتخلص من ذلك، فلا يستطيع الإبداع. ولعل ما يدعم كلامي هذا هو الواقع العلمي الذي تعيشه كل جامعات العالم برمتها، فكل المستجديات أو الإبداعات أو المستحدثات من الأفكار والمصطلحات القانونية هي من الباحثين الشباب، فهم أقل تأثرا ثقافيا وأكثر موضوعية وحرية في تقييم ما هو موجود وأكثر استعدادا للتخلي عنه وتقديم البديل. وتتم -عادة- مثل هذه التحديات في رسائل الدكتوراه. فلا تنتظروا - حينئذ- من الجيل القديم ثورة في القانون، فهذه مهمة على عاتقكم أيها الباحثون الشباب.

- من المعروف أيضا أن كل ما هو جديد غير مرغوب فيه، بل الكثير يفضل التمسك بما هو موجود ويرفض كل تغيير، ومرد ذلك طبيعة البشر، ويجب أن لا ييأس الباحث من هذا الوضع. ولقد أثبت الواقع أن بعض البحوث التي كانت مهملة في رفوف المكتبات كونها إبداعات فاشلة، أو خيالية، أصبح يقتدى بها بعد وقت قد يكون قصير أو طويل. ناقش -على سبيل المثال- الفقه Boris Starck رسالة دكتوراه عام 1947¹ حاول من خلالها تطوير المسؤولية المدنية مميزا بين وظيفتها التقليدية كعقوبة خاصة بالنسبة للأضرار المادية ووظيفتها الجديدة كضمان بالنسبة للأضرار الجسمانية، ولم تجسد هذه الفكرة إلا في وقتنا الحالي مع ظهور النظام التعويضي الخاص بالأضرار الجسمانية... إلخ.

- إن التغييرات الجذرية في مجال القانون لا تكون -عادة- بمبادرة أو من صنع المثقفين بصفة عامة ولا رجال القانون بصفة خاصة، كما لا تأتي بصفة عفوية، بل أثبت التاريخ أن هذه التغييرات الجذرية، كثيرا ما تحصل نتيجة مطالب اجتماعية، لا سيما طلبات الطبقة التي ترى أن مصالحها مهملة، غير محمية، فهي لا تطالب بقواعد قانون معينة أو نظام قانوني معين، بل تطالب بتوفير حاجات معينة، الأمر الذي يدفع بالسلطة المعنية إلى إصدار قواعد قانونية جديدة، ليأتي رجال القانون فيما بعد للخوض في الجانب النظري، الأمر الذي يحول في كثير من الحالات دون وجود علاقة أو انسجام بين هذه القواعد الجديدة مع فلسفة المنظومة التشريعية، فتصنف كاستثناءات.

إن تزايد هذه الاستثناءات يؤدي حتما إلى تقليص مجال الحلول المبدئية وقد يمثل في نفس الوقت بداية لإصلاح عميق. ويمكننا في هذا الشأن الإشارة -مثلا- إلى مسألة نقل الملكية، فالمبدأ أن انتقال الملكية يتم بموجب المادة 165 مدني بقوة القانون "وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري"، ثم تناوله المشرع مرة ثانية في إطار الأحكام الخاصة بعقد البيع باعتباره من الأصناف الكبرى للعقود في المادة 361 مدني التي تنص: "يلزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع للمشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا"، وأضافت المادة 363-1 مدني: "إذا كان ثمن المبيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء

¹ Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée.

المبيع..."، بينما جاء في الفقرة 3 من نفس المادة: "وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع".

كما تناول المشرع نقل الملكية بالنسبة للحقوق العقارية في المادة 793 مدني التي تقضي: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري". وتعرض المشرع كذلك في الأمر رقم 74-75 (وهو نص خاص) يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري إلى نفس الموضوع من خلال مادته 15 التي تنص: "كل حق للملكية أو لحق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم اشهارها في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية" وتنص مادته 16: "أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية". كما تم معالجة هذه المسألة أيضا في إطار الأحكام التي تنظم بعض العقود الخاصة، فيتم نقل الملكية بالنسبة لبيع عقار مبني في مقابل تسديد السعر من قبل المقتني¹، وتنتقل ملكية الأرض والبنيات في البيع على التصاميم بصفة تدريجية مع تقدم الأشغال وفي مقابل تسديد سعر الانجاز²، و: "... تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ"³. وتنتقل الملكية في البيع بالإيجار: "... وفقا للقواعد المعمول بها بعد تسديد الثمن بأكمله"⁴

تعالج هذه الاستثناءات انشغالات مختلفة، فبعضها يتعلق بضرورة تطهير الملكية العقارية التي تتميز بفضي كبرى لأسباب تاريخية وأخرى ناتجة عن انتقال المجتمع الجزائري من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر وكذا سلوك المواطنين بحاجة للسكن، وضرورة حماية المكتتب من التعسف المحتمل للمرقي العقاري... إلخ. وإن دلت هذه الاستثناءات على شيء، فإنها تدل على تراجع التصور الأصلي للقاعدة التي أصبحت لا تتماشى مع الواقع. ولا شك أن تكاثر هذه الاستثناءات يجعل تمكين المواطن من القانون وحتى المختصين أمرا عسيراً. ونرى أن إصلاح القانون أنجع من سياسة الاستثناءات، غير أن المتعارف عليه أن هناك أيضا جهات لا ترغب في التغيير طالما أن التشريع الحالي يحمي مصالحها.

لقد نالت سياسة التشريعات الخاصة من الأهمية والمكانة التي كان يحتلها القانون المدني، فهو فرع أساسي في القانون الخاص وقد كان في وقت غير بعيد هو القانون الخاص بذاته، إذ ينفرد بتنظيم العلاقات التي تربط بين الخواص لا سيما من حيث الأموال، وهو أيضا بمثابة الشريعة العامة بعد ظهور فروع أخرى في القانون الخاص، ولما كان الأمر على هذا النحو عدت التشريعات الخاصة مجرد استثناءات تعالج حالات استثنائية جديرة بالحماية القانونية، على غرار الاستثناءات الموجودة في كل النصوص القانونية.

لم يقف المشرع عند هذا الحد بل أقدم على خطوة جديدة وأكثر أهمية، وهذا من خلال تنظيمه علاقة الاستهلاك فوضع مبادئ جديدة إلى جانب المبادئ المكرسة في النظرية العامة

¹- راجع القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، حيث جاء مادته 26-1 أن: "عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحول بموجبه المرقي العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة والكاملة للعقار المبني...."، ج ر 2011، العدد 14، ص 14.

²- تنص المادة 28 من القانون رقم 04-11: "... هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنيات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقديم الأشغال. وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز."

³- راجع المادة 31 من القانون رقم 04-11.

⁴- راجع المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105، مؤرخ في 23 أبريل 2001 يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، ج ر 2001، العدد 25، ص 18.

للعقد، مع العلم أن هذه المبادئ المستحدثة تستند إلى تصور ومنهج مغاير تماما لذلك الذي أخذ به القانون المدني.

يستند القانون المدني في تصوره لأحكام النظرية العامة للعقد إلى المساواة المفترضة بين العاقدين، فالعبرة بالمساواة المجردة، كأن يكون لكل من العاقدين نفس الحقوق ونفس الواجبات. أما تشريعات الاستهلاك فتسعى إلى تحقيق المساواة باعتبار أن الفرضية التي يستند إليها هي اللامساواة، مع العلم أن التفاوت الموجود بين المستهلك والمتدخل هو ذو طابع اجتماعي واقتصادي.

كما تختلف تشريعات الاستهلاك عن القانون المدني من حيث طريقة معالجتها لمختلف المسائل، فمقاربة القانون المدني هي مقاربة فردية تأخذ بعين الاعتبار المصلحة الخاصة للمتعاقدين فقط في حين أن مقاربة قانون حماية المستهلك هي مقاربة عامة، إذ يتعلق الأمر بمصلحة عامة يتولى المجتمع حمايتها. ويظهر الفرق بين المقاربتين بكل وضوح من خلال الجزاءات المقررة عند مخالفة أحكام كل منهما، فالقانون المدني يكتفي بجزاءات مدنية (الابطال، عدم النفاذ، الفسخ،... إلخ) على أن تكون المطالبة من قبل صاحب المصلحة المنتهكة وله أن يتنازل عن ذلك. أما الجزاءات المترتبة على المتدخل عند الاخلال بالتزاماته، فهي ذات طابع جزائي (الحبس، الغرامة) وإدارية (المصادرة، غلق المحل...)، ولا يملك المستهلك حق التنازل عنها¹.

كرس قانون حماية المستهلك مبادئ جديدة كالالتزام بالإعلام والمطابقة، وغيرهما، ويرى بعض الفقه بالنظر إلى أهمية هذه المبادئ أنها قد تحل مستقبلا محل النظرية العامة للعقد². ونرى أن هذه المبادئ تتمحور حول مسألة الرضا الحر والخالي من كل عيب لا غير، وهذا ما يثبت مرة أخرى فشل المشرع في القيام بإصلاح حقيقي. فمن المتفق عليه من دون نزاع، أن السبب الرئيسي في وجود تشريعات الاستهلاك هي حماية المستهلك، كونه طرفا ضعيفا اجتماعيا واقتصاديا³، وبعبارة أخرى، يتمتع المستهلك بأهلية كاملة وبفلسف الحقوق التي يتمتع بها المتدخل، غير أن وضعه الاجتماعي والاقتصادي يحول دون تمكنه من التمسك بحقوقه، وفي ضوء هذه الاعتبارات كان يتعين على المشرع إيجاد حلول لمعالجة حالة الضعف. فكان عليه توفير حماية اقتصادية واجتماعية، الأمر الذي لم يتحقق. ولعل المسألة الوحيدة التي تندرج ضمن هذا السياق هي حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

إن آخر ما كرسه المشرع في إطار حماية المستهلك هو ما سمي بالعدول، وهذا بموجب المادة 3-19 من القانون رقم 09-18 يععدل ويتم القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴. والعدول بموجب هذا النص: "هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب"⁵. والحقيقة أن إقرار مثل هذا الحق يثير أكثر من تساؤل من الناحية

¹- A. Filali, *Le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats*, Colloque international, Développement, spécificités et impact du droit de la consommation", organisé par l'Université d'Oran, Faculté de droit, et le Laboratoire de droit économique et environnement, les 15 & 16 mai 2013, in *Annales de l'Université Alger*, n°27, t2, 2015, pp. 5-45.

²- بناسي شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه علوم، الجزائر 1، 2016.

N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PUAM 2002 ; J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD Civ. 1994, n°2, pp. 239-254.

³-G.Lahlou-Khiar, *La protection du contractant faible : entre le Droit commun des obligations et le Droit de la consommation*, in *Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques*, 2013, n° 2, pp. 19-56.

⁴- ج ر 2018، العدد 35.

⁵- عرف المشرع العدول على أنه التراجع في حين أن هناك فرق بين العدول والتراجع، فيراد بحق العدول droit de dédire بينما يراد بحق التراجع droit de rétractation. ونذكر في هذا الشأن أن حق العدول مرتبط بصيغة معينة للتعاقد وهو التعاقد بالعربون، وأن العدول هو حق للمتعاقد في العدول أو التخلص من العقد الذي أبرمه في مقابل ثمن معين سلفا دفعه للمتعاقد معه، على أن يكون لهذا

النظرية، لا سيما من حيث أساسه القانوني، إذ نتساءل كيف يمكن للمستهلك بعد انعقاد العقد التراجع عنه، فيصبح كأنه لم يكن. يرى الفقه أن حق التراجع هو بمثابة مهلة إضافية منحها المشرع للمستهلك لتمكنه من التفكير جيدا، فهي بمثابة شكلية مرحلية¹. والحقيقة أنه يستحيل التخلص من التصور التقليدي. واعتقادنا أن الفقه الإسلامي الذي انشغل بتعادل الالتزامات العقدية تضمن الكثير من الأدوات لتحقيق ذلك منها -على سبيل المثال- خيار الرؤية الذي يمكن أن يحل مكان ما سماه المشرع العدول، غير أن ذلك يقتضي أيضا أخذ تصور الفقه الإسلامي، لا سيما مفهوم العقد غير اللازم.

لقد ذهب المشرع إلى حد إعادة النظر في تعريف العقد من خلال المادة 3 النقطة 4 من القانون رقم 04-02 يتعلق بالممارسات التجارية، فهو: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلع أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد طرفي الاتفاق مع اذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه... يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا".

يبدو لأول قراءة لهذا التعريف أنه يختلف بعض الشيء عن ما ورد في المادتين 54 و59 مدني كون: "العقد اتفاق... يتم... بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين...، وأنه يبرز ظاهرة التفاوت بين العاقدين والتي أصبحت بمثابة القاعدة بعد ما كانت مجرد حالة استثنائية أشار إليها القانون المدني بصفة عرضية في مادته السبعين " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم... ". كما أشار التعريف الجديد للعقد إلى انفراد المتعاقد بوضع شروطه، وإلى إذعان الطرف الآخر الذي لا يمكنه إدخال تغييرات حقيقة على مضمون العقد، وأن المعاملة العقدية تحرر في شكل معين.

لا شك أن مثل هذه الاعتبارات تنال -مبدئيا- من الحرية العقدية، إذ تحرم أحد العاقدين من المساهمة في تحديد شروط العقد وليس له سوى القبول أو الرفض. غير أن الأمر من حيث الواقع ليس على هذا المنوال تماما، بل أن الواقع الجديد في المعاملات هو الذي كان وراء هذا التعريف الجديد.

لقد أصبح المتعامل في مختلف المجالات الاقتصادية (انتاج، توزيع، خدمات... إلخ) يتعامل باحترافية كبيرة مع زبائنه وهذا نتيجة كثرة المنتجات والخدمات وكذا تعقيدها (من حيث تركيبها أو صنعها وتشغيلها وصيانتها وخطورتها إلخ) وتزايد محل التعاملات، ومن ثم تكاثر المعاملات وانتشارها عبر القطر الوطني وحتى خارجه. وبالنظر إلى هذا الوضع الجديد أصبح من غير الممكن اقتصاديا وعمليا إبرام عقود فردية بشروط متفاوتة من زبون إلى آخر بالنسبة

الأخير أيضا نفس الحق أي التخلص من العقد في مقابل رده مبلغ العيوب الذي قبضه مضاعفا (المادة 72 مدني). فحق العدول هو حق يثبت لكلا العاقدين، بموجب اتفاق، ومجاله العقود التبادلية، راجع علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 164 وما يليها. أما حق التراجع فهي حق معترف به للمستهلك فقط أو الطرف الضعيف دون الطرف الآخر، ومجاله كل العقود الاستهلاكية ويكون التمسك بحق التراجع مجانا ودون مبرر. لقد استعمل المشرع أيضا مصطلح العدول بدل من التراجع في المادة 11 المرسوم التنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 23 راجب عام 1436 الموافق 12 مايو سنة 2015، (ج ر 2015 العدد 24)، راجع علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق ص 118 و 119. يجب تفادي الخلط أيضا بين حق التراجع وحق الرجوع الذي أشار إليه المشرع في المادة 137 مدني والمادة 69 من القانون رقم 08-08 يتعلق بمنازعات الضمان الاجتماعي (ج ر 2008 العدد 11)، والذي يرجع بموجبه المتبوع على تابعه أو ترجع به هيئة الضمان الاجتماعي على الغير لاسترجاع كل أو جزء من التعويضات المدفوع للضحايا، راجع علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الطبعة الثالثة 2015، ص 344. راجع بشأن أهمية المصطلح القانوني، علي فيلالي "لغة القانون: علم نسبي وواقع" أعمال الملتقى الوطني الوصول إلى القانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 16-17 فبراير، 2014، ص 9-50، راجع أيضا أعمال يوم دراسي "المصطلح القانوني لغة وواقع عملي"، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، 2018، عدد خاص.¹ راجع مختلف التسميات لهذه الشكليات، بناسي شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 33 هامش 5. علي فيلالي العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 163.

N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, puam, n°572.

لنفس المنتج أو نفس الخدمة... إلخ. فعمليا لا يستطيع المنتج أو الموزع أو صانع منتج معين مسوق عبر التراب الوطني، بكميات كبيرة جدا، كبيع السيارات الجديدة من قبل الوكلاء، أو المشروبات، أو الآلات الكهرو-منزلية وغيرها أن يناقش شروط العقد مع كل من يرغب في شراء ذلك المنتج. وتجاوزا لهذه الصعوبات جرت العادة على أن يقوم البائع أو الصانع... إلخ، بإعداد شروط مسبقة تنظم -مثلا- عملية البيع في جميع مراحلها (من انعقاد العقد إلى تنفيذه)، بما في ذلك تحديد السعر، وهذا ربحا للوقت عند إبرام العقود وتقليل تكاليف العملية وكذا تقادي كل تمييز بين الزبائن. ولقد أصبحت هذه الشروط المحررة مسبقا - التي تسمى بالشروط العامة¹- واجبا قانونيا على كل متعامل².

إن مما لا شك فيه أن من يُعد هذه الشروط المسبقة التي تنظم العمليات العقدية (بيع، خدمات، نقل، وغيرها)، سيرا على حتما مصلحته، غير أنه في ظل منافسة من قبل منتجين آخرين، لا سيما عندما يصبح اقتصاد السوق والمنافسة الحرة واقعا ملموسا، تجعله يراعي مصلحة زبائنه أيضا. ويبدو -عندئذ- أن فكرة الإذعان التي أشار إليها القانون المدني، كأن يكون القبول هو مجرد التسليم لشروط مقررة... مما يفيد سيطرة أو هيمنة المتعاقد القوي على الطرف المذعن قد تراجعت بعض الشيء، إذ أن إعداد شروط مسبقة مع اذعان الطرف الثاني لا تترجم حتما بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، بل قد يكون مردها السبب العملي، وقد نتساءل في هذا الشأن إن كان يمكن للطرف الثاني إعداد الشروط العامة؟ كما يلاحظ اليوم، أيضا أن الشروط العامة ليست دائما من إعداد المتعاقد شخصيا، بل قد توضع من قبل جمعية مهنية، أو خبراء، أو من قبل السلطة العامة في شكل دفتر شروط وغيرها.

3- الحرية العقدية بين التطور والتجديد

نتساءل بعد هذه التوضيحات عما إذا كان هذا التعريف الجديد للعقد ينال من مفهومه التقليدي كما عرفه المشرع المدني وكذا الفقه والقضاء؟ فالعقد هو اتفاق سواء في تعريف القانون المدني أو في تعريف قانون الممارسات التجارية، مع العلم أن هذا العنصر جوهرى في تعريف العقد. وأما عن طريقة تحقيق هذا الاتفاق، فإن القانون المدني لم ينشغل بذلك، واكتفى بتحديد عناصر الاتفاق وهما الإيجاب -الذي يتقدم دائما القبول وقد يصدر من أي من الطرفين - والقبول - الذي يتبع الإيجاب ويكون مطابقا تماما له وإلا كان إيجابا جديدا. أما التعريف الجديد الذي تضمنه قانون الممارسات التجارية، فأحدث بعض التغييرات، تمثلت في أن شروط العقد تحدد مسبقا وبصفة انفرادية وأن المتعاقد معه ليس له غير القبول أو الرفض.

نرى بالنسبة للتحرير المسبق وبصفة انفرادية لشروط العقد، أنه في الواقع إيجاب، مع العلم أن هذا الأخير يتضمن وجوبا الشروط المتعلقة بالمسائل الرئيسية للعقد وقد يتضمن أيضا مسائل تفصيلية وثانوية، وأنه يصدر عن الموجب وليس عن المتعاقدين، وأنه -كما سبق ذكره- يتقدم القبول. فالفرق الوحيد بين " التحرير المسبق والانفرادي لشروط العقد" والإيجاب أن هذا

¹ - راجع أكثر تفاصيل حول الشروط العامة، علي فيلاي، العقود الخاص، المرجع السابق، ص 29.

V. Malinverni, *Les conditions générales de vente et les contrats types des chambres syndicales*, LGDJ, 1978.

² - تلزم المادة 8 من القانون رقم 02-04 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بشروط البيع، ج ر 2004، العدد 41، ص 03، وتعاقب المادة 32 من نفس القانون عدم الإعلام بشروط البيع بغرامة مالية. كما تلزم المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق 9 نوفمبر سنة 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك: "... مقدم الخدمة أن يضع تحت تصرف المستهلك، بصفة واضحة ودون لبس، المعلومات الآتية: ... الشروط العامة المطبقة على العقد..." ج ر 2013، العدد 58.

الأخير قد يليه ايجاب ثاني وثالث... إلخ، وفي مثل هذه الحالات فلا شك في أن الموجب له ساهم ولو بصفة غير مباشرة في تحديد شروط الإيجاب، إلا أن القانون لم يأخذ ذلك في الحسبان، فالمسؤولية إن وجدت تكون على عاتق الموجب فقط. وعليه نرى أن فكرة الشروط المحررة انفراديا ومسبقا لا تتال من جوهر التصور التقليدي للعقد والحرية العقدية.

أما عن الشرط الثاني "إذعان المتعاقد معه" الذي يظهر كقيد أو حد للحرية العقدية، فنتناوله على ضوء أحكام القانون المدني، ثم من حيث أحكام قانون الممارسات التجارية.

عالج القانون المدني "عقد الإذعان" من خلال المادة 70، حيث تنص: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها" يفهم من صياغة هذه المادة والألفاظ المستعملة في وصف القبول: "التسليم"، "شروط مقررة"، "غير قابل للمناقشة"، أننا بصدد أحكام تنظيمية وليست شروطا عقدية. غير أن هذا الاستنتاج مبالغ فيه، وحتنا في ذلك أن المشرع لم يتناول عقد الإذعان إلا من خلال هذه المادة الوحيدة، أي بصفة عرضية، الأمر الذي يفيد حتما أن عقد الإذعان بالنسبة للمشرع هو عقد عادي لا يخرج عن النظرية العامة للعقد، ولا يمس بجوهر الحرية العقدية التي هي روح العقد. فالفرق بين عقد المساومة وعقد الإذعان يتمثل في أن الإيجاب في النوع الأول قد يتبع برفض أو بقبول أو بإيجاب ثان (حالة قبول مع إضافة أو إنقاص شرط) مع العلم أن هذا الأخير لا يلزم قانونا إلا صاحبه، أما الإيجاب في عقد الإذعان يتبع بفرضيتين فقط هما: القبول أو الرفض. وبعبارة أخرى يحرم الموجب له من فرضية ثالثة وهي إصدار إيجاب جديد فقط، كأن نكون بصدد تقليص من الحرية العقدية.

أما عن مرد هذه القيود التي تظهر شيئا فشيئا فهو رغبة المشرع في الحفاظ على انسجام القوانين مع المستجدات التي طرأت على المجتمع والتي لم تؤخذ في الحسبان وقت وضع تلك القوانين.

ونذكر من بين المستجدات التي أثرت على الحرية العقدية، النمو البشري إلى جانب تطور أساليب الإنتاج الاقتصادية التي انجر عنها تزايد في تقسيم العمل وبروز تخصصات وحرف، ومهن جديدة، وكذا منتوجات جديدة أكثر تطورا وتعقيدا في نفس الوقت. كما برزت في هذا الإطار الجديد والمتجدد مصالح جديدة وتعاملات جديدة. ولقد كان لهذا التزايد الهائل في المعاملات عددا ونوعا، أثر كبير على مجال الحقوق والحريات. لا شك أن هناك حقوقا جديدا، غير أنه في مقابل ذلك تراجعت طبيعتها المطلقة، فأصبحت مقيدة بغايتها. كان حق الملكية -مثلا- يعد من أشمل وأطلق الحقوق وأدومها، غير أنه يتبين عند الاطلاع على المواد 690 إلى 712 مدني التي تضمنها القسم الثالث المعنون "القيود التي تلحق حق الملكية" مدى تراجع هذا الحق نتيجة القيود التي وردت عليها حماية للمصلحة العامة وحتى المصالح الخاصة، وهذا بغض النظر عن القيود المقررة بموجب نصوص خاصة. وأصبح الفقه في ضوء هذا الوضع الجديد الذي آل إليه حق الملكية يبحث عن تصور جديد له.

لقد عرفت الحرية العقدية نفس المسار، حيث تراجعت هي أيضا نتيجة العوامل السالفة الذكر. والحقيقة أن تراجع الحرية العقدية لم ينحصر في القيود التي أوردها المشرع فحسب، بل تقلصت أيضا من جراء كل الأحكام ذات الصلة بنظرية الالتزامات، الأمر الذي يتطلب البحث عن فلسفة جديدة¹.

¹ - لا سيما التخلي عن التوجه الشخصي أو النظريات الشخصية واعتناق النظريات الموضوعية والاجتماعية، راجع علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العام للعقد، المرجع السابق، ص 12 وما يليها. فالعقد لم يبق مجرد شأن المتعاقدين، بل أصبح واقعة اجتماعية، كما أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين مالتين بعد ما كان يعتبر علاقة بين شخصين. ويعتبر كل من القانون المدني الألماني وكذا السويسري من بين القوانين الحديثة التي كرست التصور الموضوعي على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي اعتمد بالأساس على المذهب الفردي.

إن تمسك بعض الفقه بمبدأ سلطان الإرادة كأساس الحرية العقدية رغم كل التطورات التي شهدتها نظرية الالتزام بصفة عامة ونظرية العقد بصفة خاصة، هو موقف منتقد، فالأحكام الجديدة التي وضعت من أجل مواكبة المستجدات أثبتت أن هذا المبدأ أصبح غير صالح، فكيف يمكن -على سبيل المثال- التمسك بمبدأ سلطان الإرادة في حين أنه لا نزاع اليوم في أن القانون هو الذي يؤهل العقد كمصدر للحقوق والالتزامات؟ وأن العبرة بالتعبير عن الإرادة وليس بالإرادة الباطنة، وأن الغلط الذي يعتد به هو ذلك الذي يتعلق بالصفة الجوهرية التي يراها المتعاقدان أو تكون كذلك بالنظر إلى شروط العقد و حسن النية¹ وفي حالة تأويل العقد يجب: "البحث عن الإرادة المشتركة دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة المعاملة و بما ينبغي أن يتوافر من أمن و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات"²... إلخ، هذا من جهة.

نرى من جهة أخرى - على خلاف ما يراه بعض الفقه أيضا - أن هذه القيود التي فرضها المشرع لم تؤد إلى أزمة العقد ولا تمس بالحرية العقدية، بل بالعكس يتبين من الواقع الذي نعيشه أن العقد والحرية العقدية يعرفان فترة ازدهار³، وحثتنا في ذلك ظهور عقود مسماة جديدة باستمرار، واستعانة الدولة بالأسلوب التعاقدية في كثير من المجالات، في حين أنها ليست بحاجة إلى ذلك.

ويبدو أن عامل التأثير الثقافي - كما سبق الإشارة إلى ذلك- هو الذي جعل بعض الفقه يتمسك بمبدأ سلطان الإرادة ويحتج بتراجع الحرية العقدية⁴. فالعقد باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام، على غرار القانون والمصادر الأخرى (العمل المستحق التعويض، شبه العقد) يراد به المصدر المباشر، أي السبب المنشئ أو المولد للالتزام، على أن يكون ذلك في إطار

القانون، كونه مصدرا غير مباشر للعقد وكذا مصادر الالتزام المباشرة الأخرى.

إنّ القانون باعتباره مصدرا غير مباشر هو الذي يؤهل أو يكرس المصادر المباشرة، على غرار ما تم سنة 2005، عند تعديل القانون المدني، حيث كرست الإرادة المنفرد كمصدر جديد للالتزام⁵. كما يتولى القانون - كمصدر غير مباشر أيضا - تحديد الأحكام التي تدير المصدر المباشر، كأن يشترط في العقد وجود: رضا صحيح وخال من العيوب، ومحل ممكن و معين أو قابل للتعين، وغير مخالف للنظام العام و الأداب العامة، وسبب مشروع⁶. كما يتولى القانون

¹ راجع المادة 82-2 مدني.

² أساس القوة الملزمة للعقد بعد تكريس نظرية الظروف الطارئة؟ راجع :

« La force obligatoire du contrat ne vient pas donc de la promesse, mais de la valeur que la loi attribue à la promesse », F. Terré, P. Simler, Y. Laquette, Les obligations, Dalloz, 7^e ed. 1999 n° 27 ; voir également, J. Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, chron. pp. 1-10 ; du même auteur, *Le contrat en tant qu'échange économique*, Revue d'économie industrielle, 2000, 92, pp. 81-100.

³ راجع علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص 26. راجع أيضا:

Ph. Le Tourneau, *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p.349 & s.

⁴ راجع -على سبيل المثال - آثار التأثير الثقافي على القانون الجزائري، رشيد لوراري، واقع المصطلح القانوني في الجزائر والبلاد العربية، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، عدد خاص، 2018، ص 38-55، راجع أيضا

A. Filali, *Bilinguisme et bi juridique, l'exemple du droit algérien*, in Annales de l'université d'Alger, 2012, numéro spécial, pp. 70

⁵ راجع المادة 123 مكرر مدني، المستحدثة بموجب القانون رقم 10-05.

⁶ - « L'Etat intervient ici à la marge, en fixant les règles du comment contracter mais il ne vient nullement règlementer les échanges c'est-à-dire le que contracter » R. Huber, *Droit du contrat de travail et socialisation des contrats* ; Thèse Lille 2, 2005, p.61. Contracter écrit J. Ghestin « ce n'est pas seulement vouloir, c'est aussi employer un instrument forgé par la loi », loc. cit.

كمصدر غير مباشر تحديد آثار العقد باعتباره مصدرا مباشرا، منها القوة الإلزامية للعقد، ونسبية آثاره... إلخ.

يقتصر العقد كمصدر مباشر للالتزام على إنشائه، ومن ثم فالحرية العقدية تقتصر -مبدئيا- على حرية الإقدام على التصرف أو الامتناع عن ذلك، ولكن لما كانت غاية القانون تقتصر على تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع والمحافظة على النظام العام وحسن الآداب، فإنه من الطبيعي أن يترك لذوي الشأن كل المسائل التي لا تدخل في هذا النطاق¹. ونذكر في هذا السياق أن المشرع لم ولن يتدخل في تنظيم العقد إلا بالنسبة للمسائل التي تهم النظام العام. والحاصل إن مقتضيات النظام العام وحسن الآداب تتغير وتتطور تماشيا مع مستجدات المجتمع وتطوره، بحيث أن بعض المسائل التي كانت متروكة لتنظيم ذوي الشأن، كونها مصالح خاصة، أصبحت تعني المجتمع برمته على غرار مصلحة العمال، والمستهلكين، إذ أن إهمال مصالح هذه الفئات قد يهدد النظام العام، ومن ثم يتولى المشرع تنظيمها بأحكام أمرة². وقد يحصل العكس، كأن تكون بعض التعاملات ممنوعة، كونها منافية لحسن الآداب، ثم تصبح مباحة، على غرار التعامل في العملاء. كما نذكر أيضا أن معالجة المستجدات التي تطرأ على المجتمع قد تتطلب مقاربة جديدة، فالمنع من سلوكيات معينة لم يعد كافيا للمحافظة على النظام العام، بل يجب على المعنيين إتيان سلوكيات إيجابية³، وهذا ما يبرر تطور النظام العام من حيث كيفية تدخله ومن حيث مظاهره (النظام العام الحمائي)⁴.

نرى في النهاية أن الغاية من تدخل المشرع ليس لتقييد الحرية العقدية، بل يسعى إلى توفير الوسائل القانونية التي تمكن المتعاقدين من الإقدام على المعاملات بكل حرية. وأول ما تقتضيه الحرية العقدية أن يكون المتعاقد على بينة من أمره. فالمنتجات المتداولة في الوقت الحالي متطورة ومعقدة، فكثيرا ما يصعب التمكن منها من قبل المعجبين بها والراغبين في اقتنائها. كما أصبح المتداولين لهذه المنتجات، لا سيما المنتج والموزع و التاجر وغيرهم، مهينين يلجؤون إلى مختلف وسائل الإشهار قصد إغراء المستهلكين ودفعهم لاقتناء السلع المعروضة. وحماية للمستهلك من هذه الاغراءات وجهله الكلي للمنتوج، فرض المشرع عدة واجبات على المتدخل، منها الالتزام بإعلام المستهلك بكل ما يتعلق بالمنتوج واستعماله وكذا شروط العقد. فالغرض من هذا الالتزام هو جعل المستهلك على بينة من أمره، كأن تكون كل المعلومات تحت تصرفه، ومن ثم فله أن يقدم على التصرف أو يمتنع. وبعبارة أخرى، فإنه طالما وفرت للمستهلك المعلومات التي كان يجهلها (وهو الضعف الذي يشكي منه) فإنه حر في تصرفاته، ولا دخل للمشرع إن كان التصرف جيدا يحقق له ربحا أو سيئا يلحق به خسارة.

أما الأمر الثاني الذي تقتضيه حتما حرية التعاقد هو تمتع المتعاقد بحق الاختيار بين أمرين -على الأقل- وهما حق إبرام العقد وحق الامتناع، على أن يتحمل المتعاقد المسؤولية الكاملة عند استعمال حقه في الاختيار. أما إذا انعدم الاختيار انعداما مطلقا، أي بغض النظر عن كل الاعتبارات الشخصية، كأن يعيش ظرفا اقتصاديا، أو اجتماعيا، أو نفسيا صعبا جراء ضائقة

¹ - غير أن هذا لا يمنع من الشرع من تنظيمها قانونا، على أن يكون ذلك بأحكام مكملة، على غرار -مثلا- المواد 355-1، 356، 363، 365، 368، 377، 384، 387، 386، 388، 389، 392 (عقد البيع)، -و المواد 419، 423، 425، 426-2، 428-2، 429، 435، 439-2 (الشركة)، إلخ.

² - لقد تطور مفهوم المصلحة العامة، حيث أصبحت المجتمع ينشغل -مثلا- بمصلحة العامل والمستهلك، وحماية الطرف الضعيف، راجع علي فيلالي، العقود الخاصة، المرجع السابق، ص20.

³ « L'ordre public contemporain a un esprit novateur, voire révolutionnaire. Parfois, il ne se borne pas à interdire, mais impose, de manière positive des obligations aux parties ; il aménage autoritairement les effets de certains contrats », Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph Sofftel-Munck ; Droit civil, Les obligations, Defrénois, 2 éd , 2005, 2 éd, p.316.

⁴ - راجع علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 294 وما يليها.

مالية أو غيرها¹، فتنعدم الحرية العقدية. واعتقادنا أن استحداث حق *العول* يندرج ضمن هذا الانشغال، إذ يستفيد من مهلة تفكير إضافية، فإن ندم فله أن يتراجع عن العملية العقدية.

يتعين في الأخير أن يراعي الفرد عند تمسكه بحريته العقدية مقتضيات النظام العام وحسن الأداب، حيث تمارس الحرية العقدية في الإطار أو الفضاء المحدد لها قانوناً. لقد أصبح - على سبيل المثال - المتعاقد "القوي" يتحمل قانوناً بعض الواجبات تجاه المتعاقد "الضعيف" لا يمكن التنازل عنها، كالالتزام بحد أدنى في مجال ضمان المنتوجات، أو الالتزام بسلامتها وغيرها، فهذه الالتزامات تندرج ضمن مقتضيات النظام العام لاسيما النظام العام الاجتماعي، ولعل ما يؤكد ذلك هو الطابع الجزائي للجزاءات المقررة عن مخالفة تلك الواجبات. فطالما تهدف هذه الواجبات إلى الحفاظ على أمن واستقرار المجتمع فلا يمكن تكييفها كقيود على حرية التعاقد².

وخلاصة القول أن جوهر الحرية العقدية يكمن في إقدام الفرد على عملية التعاقد وهو على علم بكل ملاساتها في شفافية تامة من جهة، وأن تكون لديه حرية الاختيار بين أميرين كأدنى حد -القبول أو رفض-، وقد يكون له أكثر من خيارين من جهة ثانية، مع مراعاة من جهة ثالثة مقتضيات النظام العام، لاسيما نزاهة المعاملات، وحسن الأداب. وللمتعاقدين أن يتحمل في إطار تمسكه بحريته في التعاقد المسؤولية الكاملة بشأن تبعة المعاملة العقدية، علماً وأن العبرة بحرية التعاقد وليس بتعادل الالتزامات العقدية.

¹ - يرى البعض أن القانون يفرض في بعض الأحيان على الفرد مباشرة التعاقد تحت طائلة عقوبات جزائية، ومن ثم تنعدم حرية التعاقد على غرار الزامة التأمين على السيارات، واعتقادنا أن مقتضيات القانون أو الواجبات القانونية لا تعد بأي حال من الأحوال - أكرهاها وإلا كان القانون في حد ذاته أكرهاها، كما أنه لا يعدم الحرية العقدية، طالما يتمتع المعني بحرية الاختيار، فله أن يقدم على إبرام العقد أو الامتناع على أن يتحمل بكل حرية في الفرضيتين المسؤوليات المترتبة على ذلك. فالإكراه المادي - مثلاً - يعدم الرضا لأن المكره لا يستطيع الاختيار في حين أن الإكراه المعنوي لا يعدم الرضا بل يعيبه فقط، لأن المكره يتمتع في هذه الحالة بحرية الاختيار، فله أن يرضخ للتهديدات فيبرم العقد وله أن يوجهها فلا يبرم العقد ويتحمل مسؤولية ما يترتب على هذه التهديدات.

² « *Le droit de l'Etat prime les droits subjectifs des individus, ce changement de conception induit pour l'Etat, en tant que garant du bon ordre et de la bonne marche de la société, le droit d'intervenir et de régler les contrats* », R. Huber, op.cit., p.98.