



جامعة مصطفى اسطنبولي معسكر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



تطبيق فكرة النظام العام في مجال العقود

أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه - الطور الثالث - في الحقوق

تخصص: قانون العقود الخاصة

تحت إشراف الأستاذة:

أ د شنيني بوريش سورية

من إعداد الطالب:

زياني رشيد

أعضاء لجنة المناقشة

الصفة	جامعة الانتماء	الدرجة العلمية	الأستاذ(ة)
رئيسا	جامعة معسكر	أستاذة التعليم العالي	محمودي فاطمة الزهرة
مشرفا ومقررا	جامعة معسكر	أستاذة التعليم العالي	شنيني بوريش سورية
ممتحنا	جامعة معسكر	أستاذ محاضر (أ)	بهلولي محمد أبو الفضل
ممتحنا	جامعة معسكر	أستاذة محاضرة (أ)	بختي نفيسة
ممتحنا	جامعة سعيدة	أستاذ التعليم العالي	هني عبد الطيف
ممتحنا	جامعة غليزان	أستاذة التعليم العالي	ليلي هواري

السنة الجامعية: 2023-2024

شكر وتقدير

أشكر الله العلي القدير، وأحمده حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذتي الكريمة شنيني بوريش صورية على ما قدمته لي من

نصح وإرشاد ومعونة ووقت وجهد، في متابعة هذا العمل وإكمال نقصه، فجزاها الله

بأفضل ما جزا نبيا عن أمته، وأطال الله في عمرها ومتعها بالصحة والعافية.

كما أتوجه بخالص الشكر لأعضاء لجنة على قبولهم لمناقشة هذه الأطروحة، ومما كرسوه

من وقت لقراءتها وإثراءها فلهم مني خالص الشكر والتقدير.

كما أتقدم بشكر الخاص لكل من أستاذة محمودي فاطمة الزهراء وأستاذة بودالي خديجة،

فلهم كل التقدير والعرفان.

وكذلك أشكر كل من ساعدني من قريب أو بعيد على إتمام هذا البحث.

إهداء...

إلى من فارقتني جسده ولم تفارقني روحه، والذي العزيز طيب الله مثواه.

إلى سندي ومثلي في الحياة، أُمي أطال الله في عمرها.

إلى إخوتي أسعد الله أيامهم، وحقق أحلامهم، وفتح درب النجاح أمامهم.

إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة، إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة، إلى جميع أساتذتنا الأفاضل.

إلى كل أصدقائي وزملائي.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية

ص: صفحة

ع: العدد

ط: الطبعة

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق م م: القانون المدني المصري

ق م ف: القانون المدني الفرنسي

م م ع: مجلة المحكمة العليا

ثانياً: باللغة الفرنسية

Ed : Edition

N°: Numéro

Op.cit : Opere citato

P P : De la page à page

P : Page

S : Suivant

T : Tome

المقدمة

يعتبر النظام العام الإطار الذي تندمج فيه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية لتؤثر في القانون وروابطه، مما يجعله يتكيف مع التطورات، كما أن نطاق مفهوم النظام العام يتوسع أو يتقلص وفقاً لهذه التطورات وطريقة فهم الناس لثقافتهم¹، فلا يمكن حصر مفهوم النظام العام في إطار ضيق بعيداً عن التأثيرات الخارجية. ومع ذلك، فإن معيار هذا المفهوم هو المصلحة العامة، التي تتباين وفقاً لرؤية كل دولة حول مفهوم المصلحة العامة للمجتمع. وهذه المصلحة تعد ضرورية لوجود المجتمع واستقراره وتقدمه، سواء كانت تلك المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية. ولذلك، يتوجب على الأفراد احترام هذا المبدأ وعدم مخالفته، حتى في حال تحقيق هذه المخالفات لمصالح خاصة لهم.²

كما أن فكرة النظام العام مسألة نسبية، فهو ترتبط ارتباطاً مباشراً بالقوانين السارية في الدولة التي يتم فيها تطبيقه. ويؤدي القضاء دوراً مهماً في الحفاظ على النظام العام وتطويره، وتعتبر قواعد النظام العام بمثابة حاجز وقائي يحمي القيم السائدة في الدولة الحديثة، سواء كانت هذه القيم اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، وتحدي تعريف فكرة النظام العام يبدو معقداً، وذلك بسبب ما يتضمنه من ضوابط تختلف وفقاً للزمان والمكان، لذا فإن رؤية النظام العام ليست ثابتة، بل تتغير وتتطور، بالإضافة إلى ذلك، قد يتباين مفهومه من لحظة وضع القاعدة القانونية إلى لحظة تطبيقها، مما لا يثير جدلاً حول تحديد

¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار أحياء التراث العربي، ب ط ، 1953-1954، ص 82.

² جوده السيد عرابي قنديل، النظام العام في العقود المدنية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2011، ص 05.

هذا المفهوم، ولكنه يطرح تحديات في الواقع العملي، مما يتطلب توضيح مضمون النظام العام.¹

كما نجد أن فكرة النظام العام تضيق عندما يشتد المذهب الفردي، الذي يروج لسلطة الإرادة وحرريات الأفراد، في المقابل، يتسع هذا المفهوم في سياق المذهب الاشتراكي الذي يضع مصلحة المجتمع في المقام الأول، حيث تتدخل الدولة لضمان التوازن وتفرض قيوداً لتنظيم عمليات الإنتاج والتوزيع والخدمات بشكل مناسب، ومفاد فكرة النظام العام أن القاضي إذا ترك ليحدد معناها بمفرده، فإن ذلك سيجعله يستند إلى آرائه الشخصية، لذا يجب عليه أن يتجنب هذه الآراء ويستند إلى مجتمع الذي يعيش فيه.²

من المهم الإشارة إلى أن الاعتراف بالمهمة الوظيفية التي أوكلت لفكرة النظام العام في تقليص غلو مبدأ سلطان الإرادة قد كان محدداً للغاية، نظراً لارتباط هذه الفكرة الوثيق بالمجتمع، فقد نشأت هذه الفكرة وتطورت مع المجتمع، ومع مرور الزمن بدأت تمتد إلى مجالات جديدة ومختلفة، فهي فكرة تتسم بالتطور والتغيير في المدلول والمضمون، وذلك تماشياً مع تغير المجتمع ذاته، كل هذه التغيرات تعود بالنفع على نظام الجماعة من خلال حفظ قيمها العليا. بالإضافة إلى ذلك، تتميز هذه الفكرة بالمرونة، مما يؤدي إلى تفاوت مضمونها بين الضيق والانتساع على مر الزمن، وفقاً للأفكار السائدة في كل مجتمع.³

¹ أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، ط 2، 1987، ص 167.

² جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 06.

³ عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 04.

ولم يختلف الفقه في شيء كاختلافهم في تحديد مفهوم النظام العام من حيث محتواه ونطاقه، إذ تُعتبر هذه المسألة من أكثر المواضيع غموضاً في القانون¹، وتعود صعوبة تقديم تعريف موحد لهذه الفكرة إلى طبيعتها الفريدة، فهي تشبه السراب؛ كلما اقتربت منها ابتعدت عنك، ولهذا السبب واجه الفقهاء تحديات كبيرة في محاولة وضع تعريف ثابت لها، حتى أصبح يُعتبر أن من يسعى لتعريف النظام العام كمن يحاول العثور عليه في الرمال المتحركة²، فالنظام العام يستمد عظمته من الغموض الذي يحيط به، فمن مظاهر سموه أنه ظل متفوقاً على جميع الجهود التي بذلها الفقهاء لتعريفه³، ومع ذلك، يتفق الجميع على أن النظام العام يعكس سيادة الدولة، ويعتبر أساساً لتنظيم المجتمع بشكل جيد، يتمثل دوره في الحفاظ على المصلحة العامة الضرورية في المجتمع.⁴

فكل من أراد تقديم تعريف لفكرة النظام العام يواجه مجموعة من التعريفات الأخرى التي تحمل دلالات وتعبيرات مختلفة، مما يعكس صعوبة تحديد هذه الفكرة بدقة، ومع ذلك يتفق معظم الفقهاء مع القضاء على أن القواعد المتعلقة بالنظام العام يجب أن تُحترم ولا يجوز للأفراد انتهاكها، فقد ألزم المشرع الأفراد بطاعتها وإتباعها، وإلا فإن التصرفات التي تتم بالمخالفة تعتبر باطلة.⁵

¹ سامي بديع وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، القاهرة، 1995، ص 140، 141.

² عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مصادر الالتزام، ط 4، دار الأمان، 2014، ص 250.

³ محمد عبد العال مكايي عيسى، أثر فكرة النظام العام على أحكام العقود، دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة طنطا، مصر، 2023، ص 04.

⁴ أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون و الفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 127.

⁵ Jean François Romains, *Ordre public, Notion générale, et les droit de l homme*, *Ordre concept et application*, volume 3 Bruxelles 1995, p 8.

كما أن فكرة النظام العام من الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني، وهي ليست مجرد فكرة قانونية بحتة، بل تم تطويرها من قبل علم القانون لتتجاوز نطاقه، حيث وجدت لها مكاناً بين العلوم الأخرى مثل السياسة والاجتماع والاقتصاد، وقد ساهمت هذه الفكرة في ربط العلوم ببعضها، نظراً لتأثيرها الكبير في المجتمع، لذلك تُعد فكرة النظام العام ضرورية لأي نظام قانوني، حيث تحد من سلطة الإرادة في التصرفات القانونية، وتُعتبر أداة الدولة للحفاظ على مصالحها السياسية والاجتماعية والأخلاقية في المجتمع.¹

على الرغم من الاختلاف الواضح في مفهوم النظام العام وحدود تطبيقه من دولة لأخرى بناءً على الظروف الاجتماعية المتنوعة التي تسود كل منها، فإن ما يُعتبر جزءاً من النظام العام في دولة معينة قد لا يُعتبر كذلك في دولة أخرى، وفي هذا السياق، يُعتبر نظام تعدد الزوجات الذي تتبناه المجتمعات الإسلامية جزءاً من النظام العام في تلك المجتمعات، بينما يتعارض مع النظام العام في المجتمعات الغربية التي لا تقر هذا النظام²، حيث إن هذه الفكرة لا توجد لها قواعد ثابتة تحدها وتضع لها إطاراً ونطاقاً لتطبيقها، ولذلك اختلف الفقه في وضع تعريف لهذه الفكرة وتحديد معيارها.³

من المهم أن نلاحظ أنه لا ينبغي التفريق بين النظام العام والآداب العامة، حيث تُعتبر الأخيرة جزءاً لا يتجزأ من النظام العام، إذ تشكل أحد الأسس التي يقوم عليها هذا النظام، وتعتبر بمثابة الأساس الأخلاقي له، كما أن معظم الفقه الحديث يرفض هذا التمييز، حيث تتحدد معالم النظام العام والآداب العامة من خلال فكرتين رئيسيتين الأولى هي

¹ عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، ط 1، المكتب الإسلامي، 2005، ص 19.

² أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الأحكام القانونية للتطبيقات العملية، النظام العام العقدي، تأصيل قواعد القانون المدني في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2013، ص 05.

³ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 90-91.

الموضوعية، التي تستند إلى القيم الأخلاقية والمصلحة العامة، والثانية هي النسبية، التي تعتمد على تقدير مسألة النظام العام.¹

تعتبر الآداب العامة مثلها مثل فكرة النظام العام، تجاذبتها آراء عدة حيث تباينت الآراء حول تعريفها وتحديدها، خاصة بعد أن ترك التشريع هذه المهمة للفقهاء والقضاء، حيث تُعرف الآداب العامة بأنها مجموعة من المبادئ الأخلاقية التي تشكل أساس المجتمع وهويته المعنوية، لذا تُعتبر جميع القواعد المتعلقة بالآداب العامة قواعد قانونية ملزمة لا يمكن الاتفاق على انتهاكها، نظراً لتأثيرها السلبي على البنية الأخلاقية للمجتمع.²

إن رفض الفصل بين النظام العام والآداب العامة لا يسهم في إزالة الغموض الذي يحيط بمفهوم النظام العام، إذ أن هناك عوامل أخرى تلعب دوراً في ذلك، تتمثل بشكل أساسي في مرونته وعدم وجود توافق حول من يحدد محتواه.

يجد النظام العام دعمه في القواعد القانونية الآمرة التي يضعها المشرع، والتي تُعتبر المصدر الأساسي للنظام العام، لكنها ليست المصدر الوحيد، فلا يمكن للمشرع أن يغطي جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام، وعندما ترتبط القاعدة بالنظام العام وتكتسب صفتها الآمرة، يصبح من غير المسموح للأفراد مخالفتها، وبالتالي فإن أي اتفاق يتعارض مع النظام العام يُعتبر باطلاً، حتى وإن لم يتعارض مع نص تشريعي محدد.³

قد لا يتضمن النص التشريعي ما يدل على الصفة الآمرة أو المكملة للقاعدة القانونية، لذا يتم البحث عن الفكرة الأساسية التي تستند إليها القاعدة والغرض من تشريعها، فإذا وُجد أنها تنظم علاقة جوهرية سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية، فإنها تُعتبر

¹ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص 630.

² أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 20.

³ Jean François Romains, Op, Cit, p 9.

قاعدة أمره وملزمة نظراً لارتباطها بالنظام العام، أما إذا كانت تتعلق بتنظيم علاقة لا تتجاوز أهميتها المصالح الخاصة للأطراف المعنية، فإنها تُعتبر قاعدة مكملة لعدم ارتباطها بالنظام العام.¹

يجب على القاضي توضيح أي قاعدة يمكن اعتبارها جزءاً من النظام العام، وليس فقط الإقتصار على القواعد المدونة، حيث يمكن للقاضي أيضاً استنباط هذه القواعد من القضايا المتنوعة التي تعرض عليه، علاوة على ذلك، لا يحق للقاضي في هذا السياق أن يعتمد على نظرية فلسفية أو دينية في تفسير النظام العام، مستنداً إلى آرائه الشخصية في القضايا الاجتماعية والأخلاقية والدينية²، بل ثمة معيار يتقيد به، وهو ما اتفق عليه في الفقه بمعيار المصالح الأساسية للمجتمع، فمن خلال التزامه بهذا الضابط، يمكنه تحديد العديد من القواعد الضرورية لحماية المؤسسات داخل المجتمع، والتي يجب ألا تمس كيان الجماعة، وبتبينه لهذه القواعد، يكون قد سبق المشرع في فهم هذه القواعد، ومن ثم فإن النظام العام الذي يكتشفه القاضي يصبح بمثابة النظام العام الذي يضعه المشرع.³

إن الدور الذي يقوم به القاضي لا يُترك دون رقابة، بل يخضع لرقابة المحكمة العليا، وهذا يمثل ضماناً إضافية تحد من سلطة القاضي في تطبيق مفهوم النظام العام، فهذا الأخير يُعتبر نظاماً وقائياً وسلبياً يهدف إلى إلغاء أي تصرف يهدد المصالح الأساسية للمجتمع، من خلال فرض عقوبات صارمة تتمثل في بطلان ذلك الاتفاق بشكل مطلق.⁴

¹ عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، بيروت، دار النهضة العربية، 1977، ص 157.

² إدريس العلوي العبدلاوي، الشرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط 1، 1996، ص 461.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 437.

⁴ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 124.

من المهم الإشارة إلى أن القواعد الآمرة ليست جميعها جزءاً من النظام العام، لأنها قد لا ترتبط بالأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تشكل كيان المجتمع، كما أنه لا يمكن حصر جميع القواعد القانونية التي تتعلق بالنظام العام.

قدم الفقه بعض الأمثلة على هذه القواعد والقوانين، ومن بينها القوانين المتعلقة بالنقد والقرض، التي ترتبط بالأسس الاقتصادية الأساسية للمجتمع، كما تُعتبر قواعد الأهلية من القواعد التي تتعلق بالنظام العام، حيث لا يجوز منح شخص أهلية غير متوفرة لديه، ولا يجوز حرمانه من أهلية موجودة أو الانتقاص منها¹، بالإضافة إلى أن الولي أو الوصي أو القيم لا يملك الحق في تعديل اختصاصاته وحقوقه المحددة في القانون، فإن أي تعديل في قواعد الولاية يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وذلك لأن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام، وهي تمس الأسس الجوهرية التي يقوم عليها بناء المجتمع.²

لقد نشأت فكرة النظام العام كوسيلة تساهم في تحقيق هذا الهدف، حيث تُعتبر من أكثر الآليات القانونية قدرة على التكيف مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وتعكس هذه الفكرة بوضوح المبادئ الأساسية التي قد تسود في مجتمع معين خلال فترة زمنية معينة وبالتالي، يمكن أن تمثل هذه الفكرة عنواناً لمرحلة من التغييرات، وحقبة قد تطول أو تقصر، تحمل في طياتها ميزاتها وخصائصها الفريدة.³

لا شك أن مبالغة أنصار مبدأ حرية التعاقد قد بلغت حد التطرف، حيث يرون أن سلطان الإرادة ليس فقط أساس الالتزام العقدي، بل هو أيضاً أساس كل التزام بغض النظر عن نوعه، باعتباره القاعدة التي تستند إليها جميع قواعد القانون، فهم يعتبرون أن التشريع هو تجسيد لمجموع إرادات الأفراد، في هذه المرحلة فرضت فكرة النظام العام

¹ تنص المادة 45 من القانون المدني الجزائري على أنه: " ليس لأحد النزول على أهليته ولا لتغيير في أحكامها".

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص 401.

³ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 13.

بعض القيود التقليدية على مبدأ حرية التعاقد، وهي قيود ارتضاها أنصار هذا المبدأ لتحديد نطاقه، وبسبب محدودية تدخل هذه الفكرة، أطلق عليها الفقه صفة النظام العام السياسي والأخلاقي، الذي غالباً ما يتسم بالطابع السلبي، حيث يقتصر دوره في مجال القانون المدني على حظر العقود التي تُعتبر مخالفة له، سواء من حيث محل الالتزام الناشئ عن العقد أو سببه، وقد تم تحديد معظم هذه القيود خلال مرحلة تكوين العقد.¹

يمكن ملاحظة أن القرن العشرين شهد العديد من الانتقادات للأفكار التي يستند إليها مبدأ حرية التعاقد، خاصة مع بروز المذاهب الاجتماعية، فقد عادت هذه المذاهب إلى مفهوم النظام العام، ولكن ليس بالطريقة التقليدية المعروفة، بل من منظور حديث يتيح التدخل لحماية المصلحة العليا للاقتصاد الوطني من جهة، وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من جهة أخرى، وقد أطلق على هذا المفهوم اسم "النظام العام الاقتصادي".

من المهم الإشارة إلى أن النظام العام، نتيجة لهذا التطور، لم يعد يسعى إلى إلغاء أي تصرف قانوني قد يتعارض معه، بل أصبح يهدف أحياناً إلى تصحيح هذا التصرف من خلال توجيهه بطريقة قانونية، وذلك لحماية أطراف العلاقة التعاقدية من الأضرار الناجمة عن جهلهم بالقواعد القانونية التي تؤثر على صحة التصرفات القانونية، ومع ذلك يبقى الهدف الأساسي هو حماية هذه العلاقة من أي استبداد أو تعسف قد يمارسه أحد الأطراف.²

¹ عليان عدة، المرجع السابق، ص 04-05.

² أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 18.

أولاً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتجلى أهمية النظام العام في تأثيره الكبير على التصرفات القانونية بشكل عام، حيث لا يمكن قبول أي عقد يتعارض مع النظام العام، وقد سعى فقهاء القانون إلى استكشاف هذه الفكرة، إذ لم تتوصل معظم التعريفات الفقهية إلى تحديد قاطع لطبيعتها، وذلك بسبب عدم استقرارها ومرونتها، حيث يُعتبر النظام العام معنياً بالحفاظ على كيان الدولة في مختلف مجالاتها، حيث يحدد الأسس والقواعد التي ينبغي على الأفراد والجماعات الالتزام بها.

تكتسب العقود أهمية كبيرة لأنها تتعلق بحياة الأفراد في تعاملاتهم اليومية، حيث لا يمر يوم على أي شخص دون أن يبرم عدة عقود، وإذا تم منح الأفراد حرية مطلقة في إبرام أي نوع من العقود أو رفضها، فقد يؤدي ذلك إلى حدوث ظلم يتعارض مع مبادئ العدالة والقوانين السارية، لذا تدخل المشرع ليضمن أن تكون هذه العقود متوازنة، بحيث يتحقق التوازن بين حرية التعاقد والعدالة بين الأطراف المعنية.

بالإضافة إلى التحديات المرتبطة بتحديد مفهوم النظام العام واختلافه من مكان لآخر ومن زمن لآخر داخل المجتمعات وفقاً للمذاهب والنظريات، فإن هذه الفكرة لا تزال محاطة بالغموض، إذ أن مجرد الانغماس في هذا الموضوع يشبه محاولة العثور على إبرة في صحراء شاسعة.

ثانياً: الدراسات السابقة:

بعد البحث في موضوع النظام العام في مجال العقود، وجدت مجموعة من المؤلفات والدراسات القانونية التي ساهمت بشكل كبير في توضيح معالم هذا الموضوع، نظراً لارتباطها الوثيق بفكرة النظام العام، من بين هذه الدراسات، أطروحة الباحث عليان عدة بعنوان "النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي"، وهي

أطروحة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد في تلمسان، تعتبر هذه الدراسة قيمة للغاية، حيث تناول الباحث فكرة النظام العام وفقاً للقانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، بالإضافة إلى تناولها من منظور جديد يتعلق بالمنافسة، مع التركيز على الجوانب العملية وليس النظرية فقط.

كما توجد رسالة الباحث جوده السيد عرابي قنديل بعنوان "النظام العام في العقود المدنية"، وهي رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة بنها، حيث ركزت على الجانب النظري دون التطرق إلى التصورات الحديثة لفكرة النظام العام. بالإضافة إلى ذلك، هناك مؤلف قيم للباحث تيورسي محمد بعنوان "الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر"، والذي نشرته دار هومة للنشر والتوزيع، حيث تناول التحولات الجديدة التي شهدتها فكرة النظام العام، خاصة في مجال المنافسة.

رابعاً: صعوبات الدراسة:

من بين التحديات التي واجهتني أثناء إعداد هذه الأطروحة هو اتساع الموضوع وشمول تطبيقاته العملية لكافة فروع القانون الخاص، لذا تم التركيز على القانون المدني وبعض القوانين الفرعية مثل قانون الممارسات التجارية والأمر المتعلق بالمنافسة، بالإضافة إلى ذلك، يفتقر مفهوم النظام العام إلى تعريف ثابت، حيث لم يقر المشرع بتحديدته كما فعلت تشريعات أخرى، وذلك حتى لا يحد من فعاليته كونه قابلاً للتغيير والتطور، حتى القضاء لم يتمكن من وضع تعريف محدد لمفهوم النظام العام، كما يتضح من الأحكام والقرارات القضائية التي تم الاطلاع عليها، علاوة على ذلك، فإن معيار المصلحة العامة، الذي يمكن من خلاله تحديد هذا المفهوم، يفتقر أيضاً إلى العمومية والثبات، إذ يتغير من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر.

خامسا: إشكالية الدراسة:

تظهر الإشكالية الرئيسية التي نتساءل من خلالها عن مدى نجاعة وفعالية فكرة النظام العام في تقييد مبدأ سلطان الإرادة وحماية مشروعية العقد والطرف الضعيف؟

كما تنبثق عن هذه الإشكالية بعض التساؤلات الفرعية[□] تعلق بمدى قدرة كل من الفقه والقضاء إلى تعريف فكرة النظام العام بمفهومها الجديد، وبمعنى أدق مضمونها ووظيفتها خاصة بعد أن أغفلت معظم التشريعات هذا الأمر؟

سادسا: المنهج المتبع:

سيتم تناول هذا الموضوع من خلال عدة مناهج أجملها فيما يلي:

المنهج الوصفي، يُستخدم لاستنباط الأحكام المتعلقة بالنظام العام، وذلك من خلال المراجع القانونية بشكل عام، ووفقاً لفقه القانون المدني بشكل خاص.

المنهج التحليلي هو أسلوب يُستخدم لدراسة التفاصيل والفروع الناتجة عن تحليل النصوص القانونية، يتضمن هذا المنهج عرض الاتجاهات الفقهية والأحكام القضائية ذات الصلة التي تعزز الفهم الحقيقي للنص، بالإضافة إلى تسليط الضوء على بعض النقاط التي قد تعاني من نقص في بعض الأحيان.

المنهج الاستقرائي يتم ذلك من خلال دراسة مفهوم النظام العام في مجموعة متنوعة من النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، بالإضافة إلى تحليل آراء الفقهاء التي قد تكون متباينة، حيث تتشابه في بعض الأحيان وتختلف في أحيان أخرى، بهدف الوصول إلى فهم دقيق لمعناه وحقيقته.

المنهج يتيح إمكانية مقارنة القواعد القانونية المتعلقة بموضوع البحث ضمن القوانين الداخلية، سواء كانت عربية أو غربية.

المنهج التاريخي تكمن الدراسة التاريخية لفكرة النظام العام في فهم التطورات التي تسهم في تسليط الضوء على الثوابت والمتغيرات في كل مجتمع.

سابعاً: تقسيمات الدراسة:

وللإجابة على الأسئلة التي تم طرحها أعلاه، ارتأينا إلى تقسم موضوع الدراسة إلى بابين رئيسين، وكل باب يتخلله فصلين على النحو التالي:

الباب الأول من هذه الدراسة نتناول فيه تقييم النظرية التقليدية لفكرة النظام العام وجوانب قصورها والذي قسمناه بدوره إلى فصلين، حيث تم التطرق في الفصل الأول إلى فكرة النظام العام كآلية للحد من الحرية التعاقدية، وفي الفصل الثاني ارتباط فكرة النظام العام بتكوين العقد.

أما الباب الثاني فقد خصص لدراسة توسع النظام العام الاقتصادي وأثره في إعادة التوازن العقدي، والذي تم تقسيمه إلى فصلين، حيث تم التطرق في الفصل الأول إلى تدخل النظام العام لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وفي الفصل الثاني تدخل النظام العام لتحقيق المنافسة الحرة.

الباب الأول
تقييم النظرة التقليدية لفكرة النظام العام

لا شك أن مفهوم النظام العام التقليدي قد تم صياغته فلسفياً في إطار المذهب الفردي، مما يتماشى مع المبادئ والقيم الأساسية للفكر الفردي الحر، فالنظام العام والحرية يمثلان وجهين لعملة واحدة، حيث يُعتبر النظام العام شرطاً أساسياً للحرية، ويتعين وجوده من أجل ممارسة هذه الحرية، في إطار المذهب الفردي، إذ تُعتبر الحرية التعاقدية أساس القانون وهدفه النهائي، وذلك من خلال قواعد النظام العام التي تهدف إلى تحقيق حرية كل فرد دون أن تتعارض مع حريات الآخرين، لذا فإن التوازن بين جميع الحريات هو ما ينبغي على المشرع العمل على حمايته.¹

إذا كانت المحاولات الفردية والحريات التعاقدية تتجنب أي انتهاك، فإن المعيار الأساسي هو عدم مخالفة الاتفاق أو التصرف القانوني للنظام العام، ويبدو أن هذا الأخير يلعب دور الدرع لحماية القيم والمصالح داخل المجتمع، مما ساهم في الحفاظ على الأساس النظري الحيوي لهذا المفهوم، الذي يتجدد باستمرار لتلبية احتياجات المجتمعات المعاصرة، وقد تم تبني مصطلح النظام العام من قبل معظم القوانين التي صدرت في أوروبا منذ القرن التاسع عشر وحتى اليوم، حيث تم تحديد مفاهيمه وتنوعت وظائفه، مما جعله موضوع جذب للمشرعين والفقهاء، وقد تميزت هذه الفكرة بمرونة غامضة جعلت الجميع يسعون وراءها، دون أن يتمكن أحد من احتوائها أو تحديدها بدقة أو تعريفها بشكل شامل.²

سيتم من خلال هذا القسم استعراض مفهوم النظام العام كوسيلة للحد من الحرية التعاقدية في (الفصل الأول) ثم إلى ارتباط فكرة النظام العام بتكوين العقد في (الفصل الثاني).

¹ عليان عدة، المرجع السابق، ص 15.

² عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 49.

الفصل الأول: فكرة النظام العام كآلية للحد من الحرية التعاقدية

تحت تأثير الأيديولوجيات المتنوعة، بدأت الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي أدت إلى ظهور نظريات تعزز حرية الفرد واستقلال إرادته خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر في التراجع، وذلك نتيجة التحولات التي شهدتها المجتمعات، فقد ظهرت صناعات كبرى وشركات ضخمة بأشكال متنوعة، مما أدى إلى زيادة رؤوس الأموال وظهور احتكارات في وسائل الإنتاج تحت شعار الحرية الاقتصادية، وقد سعت الطبقة الرأسمالية إلى حماية مصالحها على حساب الطبقات الضعيفة، وجعلت من الحرية الفردية شعاراً لمنع انتشار النقابات التي تدافع عن حقوق أعضائها، مما جعل العمال ضحايا لهذا الاستغلال.¹

في ظل اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية، برزت الثورات العمالية التي شعرت بالاضطهاد نتيجة انتهاك حقوقها، ولم يكن أمام هذه الفئات المستضعفة سوى الانفجار من أجل استعادة التوازن في معظم العمليات التعاقدية وإعادتها إلى مسارها الصحيح، ومع بداية القرن العشرين، بدأت التشريعات تتضمن نصوصاً قانونية ملزمة تهدف إلى حماية المصلحة العامة، وهكذا بدأ سلطان الإرادة يتقلص مع ظهور مفهوم جديد يعرف بالنظام العام، حيث تعززت سلطة الدولة في الوقت الذي تراجعت فيه الحرية الفردية، وقد شهد النظام العام تطوراً في مضمونه ونطاقه وشموليته، مما أدى إلى تعدد تعريفاته وخصائصه، ليصبح سلطانه بلا حدود تقريباً، كما بدأت أنواعه تتشكل وتزدهر في مختلف فروع القانون، إذ أصبحت هذه الفكرة شاملة وتغطي جميع الروابط القانونية.²

بناءً على ذلك سيتناول هذا الفصل مدى تأثير مبدأ سلطان الإرادة على مفهوم النظام العام في (المبحث الأول)، ثم سيتم تحديد مفهوم النظام العام في (المبحث الثاني).

¹ محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري، دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 13.

² أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 85.

المبحث الأول : مدى خضوع مبدأ سلطان الإرادة لفكرة النظام العام

مرت الإرادة بعدة مراحل من حيث حريتها وقدرتها على إنشاء العقود وتحديد آثارها، في البداية كانت هذه الحرية مقيدة بشكل كبير وفقاً للقانون الروماني، لكنها بدأت تتطور تدريجياً تحت مظلة هذا القانون، رغم أنها لم تتحرر بالكامل من القيود والشكليات المفروضة عليها، استمر هذا التطور خلال العصور الوسطى، متأثراً بالقانون الكنسي الذي أزال معظم القيود بفضل المبادئ الدينية، هذا التحول من القانون الروماني إلى القانون الكنسي كان له تأثير كبير على قدرة الإرادة على إنشاء العقود والالتزامات دون التقيد بالشكليات المعقدة، وبالتالي أصبح رضا المتعاقدين كافياً لتكوين العقود والالتزامات نتيجة للشكليات التي فرضها القانون الروماني، نشأ رد فعل ضد أي قيود على الإرادة، مما أدى إلى ظهور رأي يدعو إلى منح الإرادة حرية كاملة وسلطة مطلقة في تحديد الآثار التي تراها مناسبة، مع عدم وجود حدود سوى تلك التي تفرضها المصلحة العامة، ومع ذلك لوحظ أن أنصار المبدأ الفردي قد بالغوا في دعم حرية الإرادة وسلطتها في تحديد الآثار، مما أدى إلى ظهور مذهب يدعو إلى ضرورة عدم منح الإرادة حرية مطلقة في تحديد آثارها، بل إلى ضرورة تقيدها بأقصى الحدود.¹

سيتم تقسيم هذا الفصل إلى قسمين الأول يتناول التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة، بينما الثاني يركز على النتائج المترتبة على هذا المبدأ.

¹ عبد المجيد الحكيم، الوسط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ج 1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967، ص 69-70.

المطلب الأول: التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة

كان لهذا المبدأ تأثير كبير على القانون الحديث، خاصة بعد انتشار المذهب الفردي نتيجة لتطور النظم الاقتصادية، ومع استمرار هذا التطور وظهور الصناعات الكبرى، حدث اختلال في التوازن بين القوى الاقتصادية، مما ساهم في انتشار المذاهب الاشتراكية، وقد تصدت العديد من هذه المذاهب للمذهب الفردي، مما أدى إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة، حيث بالغ خصومه في نقده وعدم الاعتراف به، ومع ذلك ظهر فريق من المعتدلين الذين دافعوا عنه مجدداً، ولكن ضمن حدود معقولة .

سيتم تناول نشأة مبدأ سلطان الإرادة في (الفرع الأول)، ثم المدى الذي وصل إليه في (الفرع الثاني)، وتراجع هذا المبدأ في (الفرع الثالث)، وأخيراً الاعتدال في التطبيق في (الفرع الرابع).

الفرع الأول: نشأة مبدأ سلطان الإرادة

يتجلى سلطان إرادة في إنشاء العقد وتحديد الآثار المترتبة عليه، حيث يمكن للإرادة أن تنشئ عقداً لا يعترف به القانون، وأن تتجه نحو ما يتعارض مع أحكام العقود التي نظمها القانون، وهذا ينطبق أيضاً على جميع الروابط القانونية، حتى تلك التي ليست تعاقدية، فالإرادة الحرة تُعتبر مبدأ القانون والهدف الذي يسعى لتحقيقه، كما أن القانون يهدف إلى ضمان حرية كل فرد، ومع ذلك، يجب أن لا تتعارض هذه الحرية مع حرية الآخرين، لذا فإن التوازن بين جميع الحريات هو ما ينبغي على المشرع أن يولي اهتمامه.¹

¹ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، 1974، ص 40.

أولاً: المذهب في القوانين القديمة

يمكن ملاحظة أن المجتمع البشري في عصر الفطرة كان يعتمد بشكل أساسي على الأسرة كنواة للنظام الاجتماعي، حيث لم يكن الفرد بحاجة إلى معاملات قائمة على التبادل الاختياري، حيث كان رب الأسرة هو المسؤول عن إدارة ما تمتلكه الأسرة من موارد وأفراد، وكانت الأسرة تكتفي بحاجاتها الأساسية البسيطة دون الحاجة إلى التعقيدات التي جاءت بها المدنية، حيث لم تكن الأسرة تتبادل الموارد إلا في حالات نادرة، وعندما كانت تحتاج لذلك، كانت تلجأ إلى التعامل الفوري، حيث تأخذ ما تحتاجه مقابل ما تقدمه في الحال، كما كان من الممكن أن تتفق أسرتان على التزام معين، لكن تنفيذ هذا الالتزام كان يؤجل إلى وقت لاحق، في تلك العصور الأولى لم يكن هناك اهتمام قانوني بتنفيذ العقود، بل كان التركيز على حفظ السلام، الذي لم يصبح جزءاً من أهداف القانون إلا بعد أن تطور المجتمع البشري وتأسست دعائمه.¹

ثانياً: المذهب في القانون الروماني:

كانت العقود في القانون الروماني تعتمد بشكل أساسي على الشكلية، حيث كان من الضروري أن تُعبر الاتفاقات بين الأفراد عن نفسها من خلال أوضاع وأشكال محددة تتضمن حركات وإشارات وألفاظ وكتابة، دون هذه العناصر، لا يُعتبر العقد قائماً، وبالتالي فإن مجرد اتفاق بين شخصين لا يُنتج أي أثر قانوني، ولا يُعتبر عقداً ولا يُولد التزامات، وعندما يلتزم الشخص بالشكليات المطلوبة وفقاً للقانون الروماني، يصبح مدينًا وملزماً بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وذلك فقط لأنه استوفى الأشكال المحددة، ويكون التزامه صحيحاً بغض النظر عن حرية إرادته أو وجود أي عيب فيها، أو حتى إذا كان السبب الحقيقي

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 87.

وراء التزامه غير موجود أو غير مشروع أو مخالفاً للآداب، لذا كان العقد الشكلي يُعتبر عقداً مجرداً يستمد صحته من شكله وليس من موضوعه.¹

كان الاشتراط يمثل الإطار الذي يتم فيه دمج جميع أنواع الاتفاقات القانونية بين الأفراد، وقد كانت هذه العملية القانونية مجردة، حيث كانت صحتها تعتمد على شكلها وليس على مضمونها²، كان يتم ذلك من خلال سؤال يطرحه الشخص الذي سيصبح دائناً، وجواب من الشخص الذي سيصبح مديناً، وكان يتعين أن يتم السؤال والجواب بعبارة محددة وباللغة اللاتينية، ومع مرور الوقت، أصبح بالإمكان إجراء هذه العملية كتابياً، حتى بين الأطراف الغائبة، وباستخدام لغات أخرى مثل اليونانية.³

لكن هذه الوضعية لم تستمر طويلاً، إذ كانت تعيق سير المعاملات، ومع تطور المجتمع الروماني وتعقيد الحياة وتنوع أسبابها، ظهرت الحاجة إلى توزيع العمل وزيادة الإنتاج وتوسيع التجارة، مما أدى إلى ضرورة التبادل السريع في المعاملات، صاحب ذلك تقدم في التفكير القانوني، مما أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقود، وإعطاء الإرادة دوراً في الأثر القانوني، وبالتالي أصبح يُعتبر الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين، وأصبح الشكل مجرد سبب قانوني للالتزام، مع وجود أسباب أخرى، نتيجة لذلك ظهرت إلى جانب العقود الشكلية، العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة، وشملت العقود الرضائية البيع والإيجار والوكالة، حيث انتصر مبدأ سلطان الإرادة بشكل كامل في نطاق العقود الرضائية، كما انتصر هذا المبدأ في مجموعة أخرى

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 91.

² لقد اعتاد العديد من الكتاب الغربيين، وتبعهم في ذلك الكتاب العرب، على استخدام مصطلح "عقد الاشتراط"، إلا أن هذه التسمية ليست دقيقة، فالكلمة "عقد" تشير إلى اتفاق له وظيفة اقتصادية محددة، مثل عقد البيع أو عقد الإيجار، لكن هذا الوصف لا ينطبق على الاشتراط كما كان مطبقاً في القانون الروماني، حيث لم يكن له وظيفة اقتصادية معينة، بل كان الاشتراط وسيلة عامة لإنشاء الالتزامات، أو بمثابة إطار يُستخدم لصهر الاتفاقات وجعلها مضمونة من خلال تقديمها أمام القضاء.

³ عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 71.

من الاتفاقات التي أمر القاضي الروماني بتنفيذها، والتي عُرفت بالاتفاقات البريطورية، نسبةً إلى القاضي الروماني، أما الاتفاقات التي أمر الأباطرة الرومان بتنفيذها، فكانت تُسمى بالاتفاقات الشرعية، ومع ذلك لم يعترف القانون الروماني في أي من عصورها بمبدأ سلطان الإرادة كقاعدة عامة في العقود، بل ظلت الأوضاع هي التي تحدد طبيعة العقد، مع اختلاف في القوة والضعف حسب تطور القانون، واستمر العقد الشكلي حتى آخر عصور القانون الروماني كالإطار الذي يُستخدم لتوثيق الاتفاقات غير المعروفة، مما يمنحها القوة الملزمة.¹

ثالثاً: المذهب في القوانين الجرمانية القديمة:

لم يكن مبدأ سلطان الإرادة موجوداً في القوانين الجرمانية القديمة، بل على العكس، كانت هذه القوانين تحتوي على أشكال وأوضاع محددة لتكوين العقد، وما يُقال عن احترام هذه القوانين للاتفاق منذ بدايتها وجعله ملزماً ليس دقيقاً، فالأمثلة المستمدة من بعض العصور القديمة لا تحمل المعنى الظاهر الذي يفهم منها، وقد أظهرت الأبحاث التاريخية الدقيقة التي أجراها بعض الفقهاء أن العقود في بداياتها كانت تتسم بالشكلية، كما هو الحال في القانون الروماني، ثم ظهرت العقود العينية بجانب العقود الشكلية، ولم تتبلور العقود الرضائية إلا في وقت لاحق، في العهد الفرنجي في فرنسا، تم استخدام طرق شكلية متنوعة للتعاقد، ثم ظهرت العقود العينية مثل القرض، وبدأ البيع يُعتبر عقداً عينياً بعد أن كان يُعتبر عقداً فورياً، ثم تطور ليصبح عقداً رضائياً، وبالتالي فإن الإرادة في تلك العصور لم تكن لها السلطة في تكوين العقود، بل كانت الشكلية هي السائدة.²

¹ عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 72.

² عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 93.

رابعاً: المذهب في العصور الوسطى:

لم تتوقف الشكلية في العصور الوسطى، ولم تستقل الإرادة في تشكيل العقد إلا بشكل تدريجي، وقد استمرت هذه الأوضاع حتى نهاية القرن الثاني عشر، ثم بدأت تتغير، وكان تطورها يميل نحو التناقص ومع مرور الوقت، بدأت الإرادة تزداد تأثيرها في تكوين العقد بشكل تدريجي، وقد ساهم في هذا التطور أربعة عوامل:¹

1 - المبادئ الدينية وقانون الكنيسي:

كانت المبادئ الدينية والقانون الكنيسي تستند إلى تعاليم المسيحية وضرورة الالتزام بالعهد، فإذا أقسم المتعاقد على احترام عقده، فإنه يصبح ملزماً، حتى وإن لم يُصغ في شكل محدد، بل إن عدم الوفاء بالوعد يُعتبر خطيئة دينية، وقد كان من السهل الانتقال من مفهوم العقوبة إلى مفهوم الالتزام المدني، حتى أصبح مجرد الاتفاق يمنح الحق في المطالبة بتنفيذه من خلال دعوى أمام الكنيسة، حتى وإن لم يُصغ في شكل معين.²

2 - العوامل السياسية :

من خلال التدرج في توسيع نفوذ الدولة وتدخلها تدريجياً في الروابط القانونية بين الأفراد، مما أدى إلى تعزيز حماية العقود التي تُعقد بمجرد الاتفاق، وقد نتج عن ذلك تراجع الأوضاع القديمة المعروفة، ليحل محلها أشكال جديدة أقل ارتباطاً بالطبيعة، مثل المصافحة بقبضة اليد، واليمين، والعربون، والكتابة.³

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 93.

² عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 42.

³ عبد المجيد الحكيم، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 74.

3 - العوامل الاقتصادية:

مع تزايد التجارة وارتفاع وتيرة التعاملات، أصبح من الضروري التخلص من القيود والعوائق التي تعرقل سرعة التداول، لذا كانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تصدر أحكامها وفقاً لمبادئ العدالة، حيث لم تكن هذه المبادئ تفرق بين العقد الشكلي والاتفاق البسيط من حيث الالتزام.¹

خامساً: المذهب في العصور الحديثة

رافق النظريات الاقتصادية مجموعة من الأفكار الفلسفية والسياسية، حيث كان الفيلسوف جان جاك روسو من أبرز المدافعين عنها في كتابه المعروف بـ "العقد الاجتماعي" في تلك الفترة كانت الأفكار السائدة تدور حول حرية الفرد واستقلال إرادته، مما يعني أن القانون يجب أن يترك الإرادة تعمل بحرية دون تدخل، إلا إذا كان هناك ضرورة لحماية طرف معين أو للتأكد من توافق النشاط مع المصلحة العامة، وقد اعتبر هذا الوضع هو الأنسب لتحقيق مصلحة الفرد، وبالتالي مصلحة المجتمع ككل، وقد استلهمت الثورة الفرنسية هذه الأفكار، وأسست عليها، مما أدى إلى تقديمها للمشروع الفرنسي في أوائل القرن التاسع عشر، حيث جاء قانون نابليون ليعزز من قيمة الإرادة الفردية بشكل كبير.²

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 94.

² . عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 43.

الفرع الثاني: ثبات مبدأ سلطان الإرادة

استقر مبدأ سلطان الإرادة ليصبح أساساً رئيسياً للنظريات القانونية، حيث تُعتبر الإرادة جوهر جميع أنواع الالتزامات والنظم القانونية، فهي تتحكم في كافة مصادر الالتزام، وتعد الركيزة الأساسية للتصرفات القانونية، فلا يلتزم المتعاقدان إلا بإرادتيهما، ولا يمكن لأي شخص أن يُلزم بعقد لم يكن طرفاً فيه، حتى وإن كان التزامه ناتجاً عن إرادة شخص آخر، كما أنه لا يمكن لأحد أن يكتسب حقاً من عقد لم يشارك فيه، أما بالنسبة لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير، فهي تبدو محدودة في قانون نابليون، ولم يحدث توسع فيها إلا في الآونة الأخيرة، كما أن شبه العقد يعتمد على إرادة مفروضة، في حين أن الجريمة وشبه الجريمة تعودان إلى الإرادة الحرة.، وإذا قام القانون بترتيب التزامات، فإنه يفترض أن الملتزم قد قبلها في ذمته.¹

إن مبدأ سلطان الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزامات فحسب، بل يمتد ليشمل توليد حقوق أخرى، فالملكية تعكس حرية الإرادة، حيث تمثل هذه الحرية في شكلها المادي، كما أن حقوق الأسرة تستند إلى عقد الزواج الذي يتحدد بموجب الإرادة، أما الميراث فيعتمد على وصية مفترضة، مما يعكس عملاً إرادياً، وطرق التنفيذ الإجباري تعود أيضاً إلى الإرادة الحرة، على الرغم من كونها إجبارية، إلا أن المدين قد قبلها عند إبرام العقد، حتى العقوبات الجنائية ترتبط بالإرادة الحرة، حيث إن المجرم الذي يخرج عن القانون قد وافق مسبقاً على تحمل العقوبة، لأن القانون نفسه هو نتاج إرادة المجتمع، التي اختارها الأفراد أو ممثلوهم، وقرروا الخضوع لسلطته.²

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 99.

² عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 77.

ترتبط الإرادة الحرة أيضاً بالآثار المترتبة على الالتزام، ولذا فإن لهذا المبدأ جانبين، الأول هو أن كل ما يوافق عليه الملتزم كدين في ذمته يكون صحيحاً ويؤدي إلى نتائجه، لأن الالتزام يعتمد على إرادته، لذا لا يمكننا تقييد أثر العقد بدعوى وجود غبن لحق أحد المتعاقدين، طالما أنه قد قبل هذا الغبن، كما أن العامل الذي يتعاقد مع صاحب العمل يكون حراً في اختياره، ويجب عليه تنفيذ ما التزم به، ولا يمكنه الاعتراض بأن الشروط التي وافق عليها مجحفة، ليس من الضروري أن يكون هناك توازن بين الشئيين المتبادلين في العقد، بل يكفي أن يكون هناك توازن بين المتعاقدين، حيث يتوفر لكل منهما حرية وإرادة مستقلة، لأن الأصل في الإنسان هو الحرية واستقلال الإرادة، ولا يتغير هذا إلا في حدود يحددها القانون، مثل أن يكون المتعاقد قاصراً في السن أو العقل، أو ضحية للغلط أو الإكراه أو الغش، أما خارج هذه الحدود، فإن الإنسان يكون حراً ومستقلاً في إرادته، وإذا التزم بشيء، فإنه من العدل أن ينفذ ما التزم به، حتى وإن كان هذا الالتزام مرهقاً.¹

بالنسبة لما يُقال عن التضامن الاجتماعي، والتعسف في استخدام الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام، فإنه لا ينبغي أن يؤثر ذلك على تحديد نطاق إرادة الأفراد، وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعني شيئاً، فلا يجوز أن تُعطى الأولوية على إرادة الأفراد أو أن تُعتبر مُلزمة بشكل كامل في تفسير العقود وتحديد النتائج القانونية المترتبة عليها.²

عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 178.

² عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الرجع السابق، ص 101، وقد ورد في حكم أصدره القضاء الانكليزي ما يؤيد هذا المعنى إذ يرى القاضي سيرجل: " إذا كان هناك شيء يقتضيه النظام العام أكثر من غيره فذلك أن الشخص كامل السن والعقل تكون له الحرية المطلقة في التعاقد وأن تكون عقوده التي أبرمها من حرية واختيار مقدسة، ويأمر بتنفيذها القضاء"، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها صادر في 28 نوفمبر سنة 1919 بأنه: لا يجوز للقاضي بدعوى العدالة أن يلغي شروطاً صريحة اتفق عليها المتعاقدين عن حرية وهما مالكان لحقوقهما فإن هذه الشروط تقوم مقام القانون بالنسبة، كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المحاكم لا تملك أن تعدل بدعوى العدالة اتفاق أبرمه الطرفان عن رضا حر وأن تزيد شروطاً جديدة ولا تملك إلا أن توجب احترام هذا الاتفاق.

الفرع الثالث: تراجع مبدأ سلطان الإرادة

إذا كانت العوامل الاقتصادية والسياسية هي التي ساهمت في ازدهار مبدأ سلطان الإرادة وانتشار روح الفردية خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، فإن هذه العوامل نفسها كانت وراء تراجع هذا المبدأ، مما شجع خصومه على مهاجمته وإعلان الحرب عليه، ومع بداية القرن العشرين، ظهرت الصناعات الكبرى وتأسست الشركات الضخمة برؤوس أموال هائلة، مما أدى إلى بروز طبقة العمال، هذا الاختلال في التوازن بين القوى الاقتصادية الجديدة دفع إلى تنظيم نقابات العمال بهدف استعادة هذا التوازن. وهكذا، نشأت قوى اجتماعية جديدة، حيث ظهرت المذاهب الاشتراكية كبديل للمذاهب الفردية التي سادت في القرنين السابقين، والتي دعا إليها الفيزيوقراط، حيث تتميز هذه المذاهب الجديدة بأنها تعطي الأولوية لمصلحة المجتمع على حساب مصلحة الفرد، فإذا تعارضت المصلحتان، فإن المصلحة العامة تُقدم على المصلحة الفردية.¹

لم يكن نقد هذا المبدأ مقتصرًا على الاشتراكيين فحسب، بل شمل أيضاً غيرهم من الذين يؤمنون بنظرية التضامن الاجتماعي وغيرها من النظريات التي تتعارض مع مذهب الفردية، وقد أسفر ظهور روح الاشتراكية ومبدأ التضامن الاجتماعي عن تراجع مبدأ سلطان الإرادة.²

يرى الخصوم أن اعتبار الإرادة مصدراً لكل الحقوق هو تصور خاطئ، حيث إن الالتزامات التعاقدية تعتمد على توافق إرادتين ولا تستند فقط إلى إرادة أحد المتعاقدين، هناك أيضاً اعتبارات اجتماعية تتعلق بالاستقرار والثقة التي تنشأ من التعاقد بين الأطراف، وهي الأساس الذي تستند إليه قوة الالتزام في العقود، قد لا يحدث توافق حقيقي

¹ عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 44.

² عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 79.

بين الإرادتين عند إبرام العقد، ولكن يكفي أن يكون هناك اتحاد بينهما، طالما أن التعاقد قد أسس ثقة مشروعة، مما يؤدي إلى حدوث ضرر في حال الإخلال بها.¹

في رأيهم لا تُعتبر الإرادة هي الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالعقد، بل إن الأساس يعود إلى اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، فالعقد يُعتبر نظاماً من الأنظمة الاجتماعية يهدف إلى تحقيق التضامن الاجتماعي، وليس مجرد الخضوع لإرادة الأفراد.²

كان نقد خصوم المبدأ أكثر منطقية عندما اعترضوا على ربط مصادر الالتزامات غير التعاقدية بالإرادة، وكذلك ربط حقوق أخرى بهذه الإرادة.³

فيما يتعلق بإسناد مصادر الالتزامات الأخرى إلى الإرادة، يرى البعض أن الحجة في ذلك أضعف من إسناد آثار العقد بشكل كامل إليها، وقد اتضح أن ما يُعرف بشبه العقد لا يعتمد على الإرادة، كما أن الجريمة وشبه الجريمة تؤدي إلى نشوء الالتزام من القانون، على عكس ما تسعى إليه إرادة الشخص الذي ارتكب الفعل الضار، لقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً أمام الاعتراف بمسؤولية المجنون والطفل، ولكن الأخذ بهذه المسؤولية يعكس اعتبارات العدالة، وقد بدأت القوانين الحديثة في تبنيها، كما أن نظرية المسؤولية المادية، التي يتبناها تشريع العمل الفرنسي، بدأت تستقر في النظام القانوني، وهي تتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة.⁴

يعتقد معارضو مبدأ سلطان الإرادة أن الملكية ليست تعبيراً عن إرادة مطلقة للمالك، بل هي وظيفة اجتماعية تخضع لقيود يفرضها التضامن الاجتماعي. كما أن الميراث لا يعتمد على وصية مفترضة، بل إن الواقع التاريخي يشير إلى أن الميراث سبق الوصية

1. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 103.

2. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 44.

3. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 80.

4. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 104.

في تطوره، ويستند إلى مشاركة الأسرة في ملكية الأموال، حتى في حالة كون المورث طفلاً أو مجنوناً، لا يمكن اعتبار ميراثه وصية مفترضة، إذ إنه غير قادر على ترك وصية واضحة، وقد أسس المشرع الميراث على اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ومصلحة الأسرة، بالإضافة إلى الإرادة المفترضة للمورث، كما أن الروابط الأسرية لا تنظمها عقود الزواج، ولا تتعلق إرادة الزوجين بالحقوق الأسرية الناتجة عن هذا العقد، حيث يحدد المشرع مركز الزوجين القانوني بما يتماشى مع الصالح العام وصالح الأسرة. أما القول بأن المجرم قد قبل مسبقاً توقيع العقوبة عليه، فهو أمر غير منطقي، لأن العقوبة تُعتبر جزاءً رادعاً يستند إلى اعتبارات تتعلق بسلامة المجتمع وأمنه، ولا تتدخل إرادة المجرم في ذلك.¹

يمكن القول إن العقد، عند إبرامه، يجب أن يخضع في آثاره وتفسيره لسلطة الإرادة، ولكن هذا الرأي لا يمكن اعتباره حجة قوية. ذلك لأن معظم آثار العقد يحددها القانون بشكل تلقائي، دون أن يفكر المتعاقدان في تلك الآثار، فعندما يتفق المتعاقدان على العناصر الأساسية، يتركان الأمور الأخرى للقانون، الذي ينظم آثار العقد وفقاً لمصلحة المجتمع وقواعد العدالة، وليس بناءً على الإرادة المفترضة للمتعاقدين، وفي حال تم فرض أي شيء، فإنه يتعلق بحسن نية المتعاقدين ورغبتهما في التوافق مع المصلحة العامة، بعيداً عن أي ظلم قد ينشأ في تعاملتهما وقد نص القانون الفرنسي في الفقرة 3 من المادة 1104 على مبدأ حسن النية كشرط مفروض في كل من مرحلة تكوين العقد ومرحلة تنفيذه، وجعل هذا المبدأ جزءاً من النظام العام الذي لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفته، وبالتالي فإن العقد لا يلتزم المتعاقدين فقط بما يتضمنه، بل أيضاً بما تقتضيه العدالة والعرف، وما يقرره القانون من أحكام وفقاً لطبيعة الالتزام، فهل بعد كل ذلك يمكن القول إن إرادة المتعاقدين وحدها هي التي تحدد آثار الالتزام؟²

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 105،

² عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 80.

ويعزز معارضو مبدأ سلطان الإرادة انتقاداتهم السابقة بمزيد من الاعتراضات، حيث يرون أن الأساس الذي يستند إليه هذا المبدأ غير صحيح، ويعتقدون أن الإرادة لا تصلح كقاعدة للعقد أو كأساس للقانون.¹

فيما يتعلق بالنقد الأول، يرى النقاد أنه إذا تم التعمق في الأسس التي قامت عليها نظرية سلطان الإرادة، والتي تفترض أن الفرد هو محور القانون، يتضح أن هذا الأساس لا يصمد أمام النقد الموضوعي. فالفرد لا يمتلك حقوقاً إلا في إطار المجتمع، وعندما يكون منعزلاً، يصبح القانون غير ذي صلة به، ومع ذلك فإن فكرة الفرد المنعزل غير قابلة للتصور، إذ أن الإنسان بطبعه اجتماعي ولا يمكنه العيش إلا ضمن جماعة بشرية، وتقوم هذه الجماعة على مبادئ التضامن والمصلحة العامة، مما يجعل الروابط الاجتماعية تتفوق على إرادة الفرد، حيث يهيمن الصالح العام على تلك الإرادة.²

فيما يخص عدم صلاحية الإرادة كأساس للعقد، يطرح المعارضون لهذا المبدأ تساؤلات حول طبيعة العقد القائم على إرادة المتعاقدين، فإذا كان من الممكن أن يغير الشخص التزامه من يوم لآخر، فأى من الإرادتين يجب أن يُحترم؟ لا شك أن مؤيدي مذهب سلطان الإرادة يدافعون عن احترام الإرادة السابقة، ولكن إذا كان منطوق سلطان الإرادة يقتضي أن الإرادة اللاحقة تلغي الإرادة السابقة، فإن المعارضين يردون على ذلك بالقول إن أساس العقد ليس في الإرادة بحد ذاتها، بل في العدالة والمصلحة العامة، ويشيرون إلى أن حرية الفرد لا يمكن أن تتجلى إلا بقدر توافيقها مع المصلحة العامة.³

¹ عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 81.

² عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 107.

³ عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 81.

الفرع الرابع: اعتدال في التطبيق

بالغ أنصار مبدأ سلطان الإرادة في اعتباره مبدأً مطلقاً في جميع جوانب القانون، مما أدى إلى رد فعل قوي من خصوم هذا المبدأ الذين نبذوه بشكل قاطع.، لكن هؤلاء الخصوم بالغوا أيضاً في رفض المبدأ بنفس القدر الذي بالغ فيه أنصاره في دعمه، وقد وجد المعتدلون فرصة لتوضيح الأمور، حيث يرون أن العودة إلى مبدأ سلطان الإرادة كقاعدة عامة يجب أن تكون ضمن حدود معينة.¹

فالعقد يعتمد في قوته الملزمة على إرادة المتعاقدين، إذ تُعتبر هذه الإرادة أفضل وسيلة لتقدير المصلحة العامة في المسألة المتفق عليها، بينما يبالغ خصوم النظرية في التفريق بين مصلحة الفرد والمصلحة العامة، فإن المصلحة العامة تعني ضمان وحماية احتياجات الأفراد، كما أنه لا يجوز استخدام الجماعة لخدمة الفرد، ولا يجوز أيضاً استخدام الفرد لخدمة الجماعة، مما يجعله أداة بلا إرادة في يد كيان وهمي يسلب الأفراد حريتهم، وعندما يُنظر إلى المجتمع ككيان مادي مستقل عن الأفراد، فإنه يصبح مجرد خيال، لا يختلف في الوهم عن خيال الفرد المنعزل عن المجتمع، في نظام اجتماعي يعترف بالملكية الفردية وحرية العمل، ومن ثم يجب أن تُتاح حرية الإرادة، كما يجب احترام ما يفرضه الضمير من الالتزام بالعهد في العقود التي يبرمها المتعاقدون.²

¹ عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 82.

² عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 109.

مع الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة، من الضروري تحديد نطاق هذا السلطان، عند مقارنة آراء مؤيدي المذهب ومعارضيه، يتضح أن الإرادة لا تملك سلطة في مجال القانون العام، حيث إن الروابط الاجتماعية التي ينظمها هذا القانون ترتبط بالمصلحة العامة بدلاً من إرادة الأفراد، أما العقد الاجتماعي المزعوم، فقد أصبح نظرية قديمة وغير مستخدمة.¹

فيما يتعلق بالقانون الخاص، نجد أن دور الإرادة في الأحوال الشخصية محدود نسبياً مقارنة بدورها في المعاملات المالية، فعلى سبيل المثال، عقد الزواج يستند إلى إرادة الزوجين، لكن الآثار المترتبة على هذا العقد لا تخضع لإرادتهما، بل ينظمها القانون وفقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع، وهذا ينطبق أيضاً على باقي الروابط الأسرية التي لا تتدخل فيها الإرادة.²

أما في مجال المعاملات المالية، فإن دور الإرادة يتسع تدريجياً، فقد كانت الإرادة شبه معدومة في القانون العام، ثم بدأت تظهر آثارها بشكل ضئيل في قانون الأسرة، لنتزايد في المعاملات المالية، ومع ذلك فإن الحقوق العينية، رغم أن الإرادة تعد مصدراً للعديد منها، إلا أنها لا تستطيع إنشاء حقوق جديدة، لأن هذه الحقوق محددة في القانون بشكل حصري، كما أن الإرادة لا تستطيع تعديل آثار هذه الحقوق إلا في حالات نادرة، حيث يتولى القانون عادةً تحديد هذه الآثار.³

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 109.

² عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 82.

³ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 46.

في مجال الحقوق الشخصية والالتزامات، أو بعبارة أخرى في مجال التصرفات القانونية، تتمتع الإرادة بقدره واسعة، حيث تُعتبر مصدراً للعديد من هذه الحقوق وتترتب آثارها بناءً عليها ومع ذلك لا تُعد الإرادة المصدر الوحيد لهذه الحقوق والالتزامات، إذ توجد مصادر أخرى غير إرادية لا تقل أهمية، مثل العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون.¹

عند النظر إلى الإرادة من منظور التزامات التعاقد، نجد أنها تنقلص باستمرار، حيث تخضع لقيود النظام العام والآداب العامة، مما يمنع الإرادة من التوجه نحو ما يتعارض معهما، وفكرة النظام العام، كما أشرنا سابقاً، هي فكرة مرنة تتغير وفقاً للأفكار السائدة في المجتمع؛ فهي تكون في أضيق حدودها في ظل المذاهب الفردية، بينما تتسع في ظل المذاهب الاشتراكية، وقد شهدنا تقلصاً في المذهب الفردي في الوقت الراهن، مع انتشار المذهب الاشتراكي بشكل متزايد، إلى جانب نظريات اجتماعية تدعو إلى التضامن الاجتماعي، وقد ترك هذا التحول أثره في التشريع والقضاء والحياة العملية، حيث نجد قيوداً تحد من حرية الإرادة الفردية بشكل كبير في مختلف جوانب الحياة، كما تدخل المشرع في العقود من خلال نصوص ملزمة، مما يقربنا من مفهوم العقد الموجه، وذلك حفاظاً على المصلحة العامة وحماية للجانب الضعيف، ومن الأمثلة على ذلك ما أدرجته التقنيات المدنية العربية الحديثة من أحكام تتعلق بالاستغلال والظروف الطارئة وعقود الإذعان والشرط الجزائي، بالإضافة إلى السلطة الممنوحة للقاضي لاستكمال شروط العقد التي لم يتفق عليها المتعاقدان، كما أن هناك تشريعات خاصة نظمها المشرع، مثل عقود العمل والإيجار وتحديد أسعار السلع.²

¹ عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 82.

² عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 47.

إن الإرادة رغم وجودها ضمن مجموعة من القيود، تظل خاضعة أيضاً لبعض الشكليات التي تفرضها بعض العقود، وذلك لحماية المتعاقد الذي يقدم على اتخاذ قرارات خطيرة، كما هو الحال في الهبة والرهن الرسمي، كما تخضع الإرادة لقواعد الإشهار لحماية الغير حسن النية، وحق الدائنين في إبطال تصرفات مدينهم إذا كانت تهدف إلى الإضرار بهم، وأخيراً تخضع الإرادة لقواعد الإثبات، التي تحد من سلطتها من الناحية العملية، وقد ساهم القضاء بدوره في فرض هذه القيود، حيث لعب دوراً فعالاً في تقليص سلطان الإرادة، حيث كان المشرع يتقدم كلما شعر بوجود خطر في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة بشكل مطلق، وقد استعان القضاء بقواعد النظام العام والآداب لتقييد حرية الأفراد وتحقيق قدر من المساواة الفعلية، وفي الواقع فإن قواعد النظام العام والآداب التي فرضها المشرع كقيود على حرية الإرادة وسلطانها كانت بمثابة الثغرة التي أضعفت مبدأ سلطان الإرادة، خاصة وأن المشرع لم يحدد تلك القواعد بشكل حصري، بل تركها للقاضي ليبت فيها وفق ما تقتضيه الظروف الاجتماعية.¹

علاوة على ذلك، استطاع القضاء من خلال استخدام وسائل فنية أن يغير ويحد من تأثير الإرادة الفعلية للأفراد، فهو الذي يتولى تطبيق عيوب الإرادة، ويراقب مشروعية السبب، ويتوسع في مفهوم النظام العام لحماية الطرف الضعيف في العقد، كما يوسع من مضمون العقد ليضيف التزامات لم يفكر فيها الطرفان، مثل التزام ضمان سلامة المسافرين في عقد النقل.²

في الحياة العملية للمجتمع الحديث، تشكلت مجموعات وطوائف من أصحاب المصالح المشتركة بهدف حماية مصالح أعضائها، كما هو الحال في الجمعيات والشركات والنقابات، وقد أدى نفوذ هذه الجماعات إلى ظهور نوع جديد من العقود يُعرف بالعقود

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 110.

² عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 47.

النموذجية، حيث تُنظم هذه العقود من قبل الجماعة التي ينتمي إليها الأفراد، دون الاعتماد على إرادة كل فرد بشكل منفصل، ومن أبرز هذه العقود هو عقد العمل الجماعي الذي يُبرم بين نقابات العمال وأرباب العمل، ويشمل جميع الأفراد في المهنة، حتى أولئك الذين لم يشاركوا في إبرامه أو ليسوا أعضاء في النقابة، لقد زادت أهمية العقود الجماعية في الوقت الحاضر إلى درجة يمكن القول معها إنها أصبحت مصدراً لما يُعرف بالقانون الجماعي، وتتميز هذه العقود بأن أحكامها تعكس رأي الأغلبية من أصحاب المصالح المشتركة، وتطبق على الأقلية التي لم توافق عليها، ومن التطبيقات التشريعية لهذه الفكرة نجد في القانون التجاري صلح أغلبية الدائنين مع المدين المفلس، وهو عقد يتضمن تسوية بين تاجر مدين وأغلبية دائنيه، مما يساعده على تجنب الإفلاس من خلال تأجيل مواعيد استحقاق ديونه أو تخفيض جزء منها، أو كليهما، ويؤثر هذا الصلح على جميع الدائنين العاديين، حتى أولئك الذين عارضوا الصلح أو لم يشاركوا فيه.¹

بشكل عام، هذا ما انتهى إليه مبدأ سلطان الإرادة، حيث يتضح أن هذا المبدأ لم يعد يحتفظ بالسلطة الواسعة التي اعترف بها أنصار المذهب الفردي والفيزيوقراط، لم تعد الإرادة قادرة على كل شيء، وظلت القاعدة العامة تشير إلى أن الإرادة حرة في القيام بما تشاء من التصرفات القانونية وترتيب الآثار التي ترغب بها، ولكن هذه الحرية ليست مطلقة²، بل لها حدود يحددها القانون، إذ يعترف القانون بهذا السلطان كمبدأ عام، لكنه يحده في إطار معقول يتماشى مع العدالة والمصلحة العامة.³

¹ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 48.

² عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المرجع السابق، ص 84.

³ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 110.

المطلب الثاني: أسس مبدأ سلطان الإرادة

يُعتبر الفرد حراً في اتخاذ قرار التعاقد أو عدمه، وكذلك في اختيار الطرف الذي يرغب في التعاقد معه، بمعنى آخر تكون إرادته حرة في إبرام العقد وإحداث ما تراه مناسباً من آثار في العلاقات التعاقدية، يتم إبرام العقد بمجرد أن يتبادل طرفا العقد التعبير عن إرادتهما، وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وقد تفرع عن هذا المبدأ ثلاثة مبادئ أساسية، أولاً الحرية التعاقدية في (الفرع الأول)، ثانياً، القوة الملزمة للعقد في (الفرع الثاني)، وأخيراً نسبية أثر العقد في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الحرية التعاقدية

تعتبر الحرية التعاقدية نتاج مبدأ سلطان الإرادة، الذي يضع الفرد في مركز المجتمع¹، هذا المبدأ يتيح للفرد حرية التعاقد مع من يرغب في بعض الحالات، كما يمنحه الحق في الامتناع عن التعاقد في حالات أخرى، فلا يوجد نص قانوني يلزم أي شخص بالبيع أو الشراء أو الإيجار أو الزواج، وبناءً على مبدأ الحرية التعاقدية، يتمتع الفرد بحرية تحديد آثار العقد والشروط التي يختارها.²

يكمن جوهر سلطان الإرادة في الحرية التعاقدية ومبدأ الرضائية في العقود، حيث تكون الإرادة الحرة هي العنصر الأساسي في إنشاء العقد، وبشكل عام تعني هذه الحرية أن للفرد الحق في الدخول في أي عقد والتعاقد مع من يشاء أو الامتناع عن ذلك، وعند إبرام العقد يمكن للفرد تحديد محتواه وشكله وفقاً لإرادته، ومع ذلك فإن هذه الحرية ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط وقيود، مما يستدعي من الأفراد مراعاتها عند إجراء أي

¹ Alex Weil et François Terré droit civil, l'obligation, 3 eme 3éd, 1981, p 49.

² توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، ط 3، دار الجامعية، بيروت، 1988، ص 40.

تصرف قانوني، كما أنه لا يمكنهم تجاوز هذه الضوابط، لأنها ترتبط بقواعد أساسية تهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع، مثل النظام العام والآداب العامة.¹

تنص الفقرة الأولى من المادة 1102 من ق م ف على أن لكل فرد الحق في التعاقد أو عدم التعاقد، واختيار الطرف الذي يرغب في التعاقد معه، وتحديد محتوى العقد وشكله ضمن الحدود التي يحددها القانون، كما تشير الفقرة الثانية من نفس المادة إلى أنه لا يجوز أن تتعارض الحرية التعاقدية مع القواعد المتعلقة بالنظام العام.²

وفي هذا السياق تنص المادة 166 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن قانون العقود يخضع لمبدأ حرية التعاقد، مما يتيح للأفراد تنظيم علاقاتهم القانونية كما يشاءون، بشرط الالتزام بمقتضيات النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية الملزمة.

يعكس هذا المبدأ أن الرضا يكفي لإنشاء العقد، حيث يكفي تبادل التعبير عن الإرادتين للوصول إلى توافق، وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية، الذي يعني توافق إرادتين، ويعتبر هذا التوافق كافياً لإنشاء العقد.

ويعتبر مبدأ الرضائية معروفاً في القانون الفرنسي منذ القرن السادس عشر، وقد عرّف الفقيه الفرنسي لوازيل بمقولته الشهيرة، يُقيد الأشخاص بكلماتهم كما تُقيد الثيران بقرونها، فمجرد الوعد أو الاتفاق يعادل العقود اللفظية في القانون الرومان.³

فيما يتعلق بطريقة التعبير عن الإرادة، لا يُشترط أن يكون الرضا في شكل محدد، ما لم ينص المشرع على ذلك. وإذا كان القانون يتطلب أن يكون هذا الرضا في شكل خاص، مثل السند الرسمي، فإن العقد يُعتبر رسمياً، بشكل عام تقوم العقود على رضا

¹ Marie Antoinette Guerriero, L'action Juridique solennel, 1975, p 61.

² المرسوم 2016-131 الصادر في 2016/02/10 الجريدة الرسمية رقم 35 بتاريخ 2016/02/11.

³ Jacques Ghestin, traité de droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J, 3ème éd 1996, p 331.

الأطراف المعنية بشكل اختياري، وفي هذا السياق تنص المادة 176 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن رضا المتعاقدين هو جوهر وركيزة كل عقد، بل لكل اتفاق بشكل عام.

كما أقر المشرع الجزائري في المادة 59 من ق م والمشرع المصري في المادة 89 من نفس القانون مبدأ الرضائية، حيث تنص المادتان على أن العقد يتم بمجرد تبادل طرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية.

يمكن أن يتم التعبير عن الإرادة من خلال اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتعارف عليها، كما يمكن أن يكون من خلال اتخاذ موقف واضح يدل على نية صاحبه.¹

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك، وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون صريحاً.²

كما نص المشرع التونسي في الفصل 23 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه لا يتم الاتفاق إلا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد والشروط المباحة التي اتفقا عليها كركن له.

يجب أن يكون الرضا سليماً، أي خالياً من أي عيب من عيوب الإرادة مثل الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وأن يصدر عن شخص تتوفر فيه أهلية التعاقد، وبالتالي ينعقد العقد بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول، مما يعزز مبدأ حرية التعاقد.

¹ المادة 60 من الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² المادة 61 من الأمر 75-58.

² Alain Bénabent, Les obligations, 5ème éd, 1995, p 63.

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد أولى اهتماماً خاصاً للإرادة، ليس فقط من خلال النص عليها أو تنظيمها، بل تجاوز ذلك ليمنح هذه الإرادة حماية من العيوب التي قد تؤثر عليها، وهذا ما يتضح من المواد 81 و86 و88 من ق م ج، حيث ينص المشرع على أن الجزاء المترتب في هذه الحالات هو البطلان النسبي، الذي لا يمكن التمسك به إلا من قبل الشخص الذي تقرر لمصلحته وفقاً للمادة 99 من ق م ج، ولا يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأنه لا يتعلق بالنظام العام، كما أن هذا البطلان يمكن أن يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية وفقاً للمادة 100 من نفس القانون.

علاوة على ذلك، فإن الحرية التعاقدية لا تقتصر على المتعاقدين فقط، بل تشمل أيضاً القاضي، من خلال سلطته في تفسير عبارات العقد، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 111 من ق م ج على أنه إذا كان هناك مجال لتأويل العقد، يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الاقتصار على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاسترشاد بطبيعة التعامل، وبما يتطلب من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف السائد في المعاملات.

لقد رسخت هذه المواد قاعدة الرضائية في العقود كمبدأ عام، حيث تقوم جميع هذه العقود بمجرد توافق إرادتين، باستثناء بعض الحالات الخاصة التي أوجب فيها المشرع اتباع إجراءات شكلية محددة لصحة العقد¹، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 324 مكرر 3 من ق م ج، التي تنص على أنه يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان، العقود الاحتفائية بحضور شاهدين، ووفقاً لهذه المادة فإن إجراء العقود الاحتفائية بحضور شاهدين يعد إجراءً من النظام العام، وإغفاله يؤدي إلى بطلان العقد

¹ Marie Antoinette Guerriero, op, cit, p 148.

الفرع الثاني: مبدأ إلزامية العقود

إذا نشأ العقد صحيحاً ومستوفياً لجميع أركانه وشروطه، فإنه يصبح حقيقة قانونية تتمتع بالقوة الملزمة، هذه القوة تنبع من المضمون الداخلي لإرادة المتعاقدين، بعد أن يضي عليها القانون صفة الإلزام، على الرغم من أن العقد يستمد قوته الملزمة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذه القاعدة وحدها لا تكفي لإلزام الأطراف بمضمون العقد، حيث يفرض المشرع أحياناً نصوصاً قانونية يتعين على المتعاقدين الالتزام بها.¹

كما أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يستند إلى اعتبارات وأسس تاريخية متعددة، تتعلق بتطور العلاقات القانونية للأفراد، حيث يستمد العقد قوته من القواعد الدينية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع، بالإضافة إلى ذلك يمكن أن تنبع القوة الملزمة للعقد من الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة، في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات القانونية والتعاقدية، ومنها ما يتعلق بالقانون والقضاء.²

الجدير بالذكر أن الجذور الدينية تُعتبر مصدراً مهماً للقوة الملزمة للعقد، حيث أوصت جميع الديانات السماوية بالوفاء بالعهد³، كما كرسّت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ، حيث أمر القرآن الكريم بالوفاء بالعقود لقول تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " ⁴، وكذلك قول تعالى: " أوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً " ⁵، وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا أمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له".

¹ محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007، ص 48.

² نسرين حسين نصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2018، ص 28.

³ إلياس ناصيف موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج 1، ط 3، 1997، ص 51.

⁴ الآية رقم 1 من سورة المائدة.

⁵ الآية رقم 34 من سورة الإسراء.

شك أن القوة الملزمة للعقد تنبع من إرادة الأطراف المتعاقدة، حيث إن الإرادة هي التي تخلق العقد وتحدد الالتزامات المرتبطة به، مما يعني أن الفرد لا يتحمل إلا ما أراده، ومن أبرز الأسباب التي تفرض على المتعاقدين احترام التزاماتهم هو ضرورة استقرار المعاملات، إذا لم يكن العقد ملزماً للأطراف بما يتضمنه، فإن الأفراد سيتجنبون إبرام العقود، مما يؤدي إلى انعدام الثقة بينهم واضطراب المراكز القانونية.

وتجد الإشارة أن القانون هو الذي يحدد القواعد الإلزامية، وكلما كانت علاقات المتعاقدين مشروعة وقانونية، كانت ملزمة، كما أن القانون ملزم أيضاً باحترام العقود المبرمة، حتى في حال صدور قانون جديد، حيث يبقى القانون القديم ساري المفعول على تلك العلاقات التعاقدية ما لم تتعلق قواعد القانون الجديد بالنظام العام، فلا يجوز له المساس بالاتفاقات التي تمت بشكل قانوني.¹

وقد نصت المادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن العقود المبرمة وفقاً للقانون تلزم المتعاقدين، ويجب أن تُفهم وتُفسر وتُنْفذ وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف.

كما تنص المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي على أن العقود المبرمة وفقاً للقانون تُعتبر كالقانون بالنسبة للأطراف التي أنشأتها، وقد أشار الفقيه جون "كاربونييه" إلى أن المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي تُعتبر المصدر الرئيسي للقوة الملزمة للعقد والحسن المنيع لمبدأ سلطان الإرادة.

¹ نسرين حسين ناصر الدين، المرجع السابق، ص 35.

يعتبر العقد بمثابة القانون الذي ينظم العلاقة التعاقدية، وبالتالي فإنه ملزم للقاضي كما هو ملزم للأطراف المتعاقدة، فلا يحق للقاضي تعديل أي جزء من محتوى العقد، بل يجب عليه تفسيره بما يعكس إرادة المتعاقدين، وهذا ما تنص عليه المادة 1188 من القانون المدني الفرنسي، والتي تلزم القاضي بتفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للأطراف، دون الاقتصار على المعنى الحرفي للكلمات.

تشير قاعدة العقد سريعة المتعاقدين إلى أن ما يتفق عليه الطرفان بإرادتهما الحرة يصبح ملزماً لكليهما، فالإرادتان اللتان تحددان عناصر الالتزام هما اللتان تملكان القدرة على تعديل أي عنصر من عناصر التصرف، ولا يمكن للإرادة الفردية أو الإرادة الخارجية إجراء هذا التعديل.¹

وبناءً على قاعدة العقد سريعة المتعاقدين، لا يجوز لأي طرف من أطراف العقد أن ينفرد بإلغاء العقد أو تعديله إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك أو لأسباب يحددها القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 107 والمادة 147 من ق م ج، حيث تنص على أن العقد سريع المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون.

كما نصت المادة 245 من القانون المدني العراقي على أنه لا يمكن فسخ العقود إلا برضا جميع الأطراف التي أنشأتها، باستثناء العقود التي تنتهي بوفاة أحد المتعاقدين، مع تجاهل الفسخ بمعناه الحقيقي.

لا يقتصر الأمر على المتعاقدين فقط، بل يمتد ليشمل القاضي الذي لا يمكنه تجاوز القوة الملزمة للعقد، فلا يحق له نقض أو تعديل ما اتفق عليه الطرفان، حتى وإن كان ذلك يتعارض مع مبادئ العدالة² فلا يحق له نقض أو تعديل ما اتفق عليه الطرفان، حتى وإن

¹ محمد رياض دغمان، المرجع السابق، ص 51.

² نسرين حسين ناصر الدين، المرجع السابق، ص 33.

كان ذلك يتعارض مع مبادئ العدالة، يتعين على القاضي احترام إرادة المتعاقدين كما هي، ولا يجوز له تغيير شروط وبنود العقد، لأن العقد هو نتاج إرادتين، ولا يمكن لإرادة واحدة أن تحل محل إرادتين، كما يجب على القاضي تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذ العقد.¹

استناداً إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يتوجب على الأطراف الالتزام بتنفيذ مضمون العقد بحسن نية، كما نصت على ذلك المادة 1104 من ق م ف، والتي تنص على أنه يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، وبالتالي فإن الالتزام بحسن النية يصبح واجباً منذ مرحلة التفاوض حتى تنفيذ العقد.²

وعلى الرغم من صعوبة مفهوم حسن النية، إلا أن الفقهاء وضعوا تعريفاً له، حيث عُرف بأنه التعامل بصدق واستقامة مع الآخرين، بما يضمن ممارسة الحق ضمن الأهداف العادلة والمفيدة التي أنشئ من أجلها العقد، دون الإضرار بالغير دون مبرر مشروع، مع ضمان إعطاء كل ذي حق حقه بأمانة.³

ويعني واجب الصدق أن المتعاقد ملزم بإبلاغ الطرف الآخر بكل التفاصيل الضرورية لضمان التنفيذ الجيد للعقد، أما واجب التعاون فيتمثل في ضرورة تنفيذ العقد واتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة التي تفرضها المعاملات وحسن النية، وفي هذا السياق يجب على المهنيين الذين يدخلون في علاقات قانونية مع بعضهم البعض أو مع غيرهم الالتزام بهذا الواجب، حيث يتعين على كل مهني إبلاغ الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية لضمان التنفيذ الجيد للعقد.⁴

¹ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 511

² محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات حلبي، 2018، ص 14.

³ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج 1، منشورات حلبي الحقوقية، ص 123.

⁴ Brigitte Hess Fallon et Mary Manz Simon, Droit Civil Aide Mémoire, Dalloz, Paris, France, 12ème éd 2017, p 237.

إن مبدأ حسن النية يضيف على العقد طابعاً من النزاهة والثقة المتبادلة، ويؤسس العلاقات بين الأفراد على أساس الاستقامة والأخلاق.¹

ومن أبرز مظاهر حسن النية هو الالتزام بالوعد، حيث يعكس نية خالية من الرغبة في الإضرار بالآخرين أو الإساءة إليهم، ويعبر عن الامتناع عن الغش والخداع والغدر.²

لذا يجب أن يُعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية الأساسية، تماماً كما هو الحال مع مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق ومبدأ منع الإثراء غير المشروع.³

ومن بين الأحكام الشائعة في القضاء الفرنسي المتعلقة بتطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتنفيذ العقد بحسن نية، نجد الحكم الذي يلزم الناقل بنقل البضاعة عبر الطريق الأنسب والأفضل لصاحبها، بالإضافة إلى الحكم الذي يفرض على المقاول توصيل أسلاك الكهرباء في المنزل باستخدام أقصر وأفضل الطرق.⁴

¹ Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel, Munck, droit civil, les obligations, 2005 p 371.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، ط 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

³ محمد رياض دغمان، المرجع السابق، ص 53.

⁴ نسرین حسین ناصر الدين، المرجع السابق، ص 37.

الفرع الثالث: الأثر النسبي للعقد.

يعتبر مبدأ الأثر النسبي للعقد نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، الذي أصبح من المبادئ الأساسية وركائز النظريات القانونية، فالإرادة الحرة تُعد المرجع الأساسي للآثار المترتبة على الالتزام، مما يعني أن هذه الإرادة تتجلى عند تكوين العقد وفي مرحلة إنتاج آثاره، بحيث لا يرتب العقد آثاره على المتعاقدين إلا إذا كانوا طرفاً فيه.¹

وفي هذا السياق نص المشرع الفرنسي على مبدأ نسبية العقود في المادة 1199 من ق م ف، على أنه لا ينشئ العقد التزامات إلا بين الأطراف، كما أكدت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه لا يجوز للغير أن يطلب تنفيذ العقد، كما لا يمكن إجباره على ذلك، مع مراعاة أحكام الفصل الثالث من الباب الرابع.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 113 من ق م ف على أنه لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً.

كما نصت المادة 225 من ق م ع ل على أن العقد لا ينتج مفاعيله في حق شخص ثالث، مما يعني أنه لا يمكن أن يكسب هذا الشخص حقوقاً أو يجعله مديناً، لأن للعقد مفعولاً نسبياً ينحصر بين المتعاقدين أو من حصلوا على حقوقهم بوجه عام.

يتضح من هذه النصوص أن الالتزامات الناشئة عن العقد لا تنسحب على الغير، مما يجعل هذا المبدأ شبه مطلق، باستثناء بعض الحالات التي ينص عليها القانون أو يتفق عليها المتعاقدون، وذلك لأسباب تتعلق بمقتضيات العدالة أو استقرار التعامل أو غيرها من الاعتبارات.

¹ عاطف النقيب، نظرية العقد، ط 1، منشورات عويدات، بيروت، 1988، ص 395.

يشير مصطلح "الغير" إلى كل من لم يتمكن من الاطلاع على موضوع العقد أو مناقشة شروطه، ولا يُعتبر الوريث، الذي يُعرف بالخلف العام، من الغير في سياق العقد، بل تنتقل إليه حقوق مورثه، وبالتالي لا يمكنه إثبات صورية العقد، أي أنه لا يمكن للوريث المطالبة بإثبات صورية عقد أبرمه مورثه، خاصة إذا كان المورث قد واجه صعوبة في إثبات ذلك، يُعتبر الوريث أحد طرفي العقد، ولا يحق له المطالبة بالصورية إلا بناءً على وثيقة خطية صادرة من الطرف الآخر في العقد.¹

من المهم الإشارة إلى أن العقد يعتمد على إرادة الأطراف، ولا تسري آثاره تجاه الغير، فلا يمكن للأطراف إلزام الغير أو إنشاء دين لصالحه، ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يقتصر على آثار العقد بالنسبة للأطراف، حيث لا يلزم كل فرد إلا نفسه، وقد تما استنتاج الأثر النسبي للعقد من مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يتضح من تحليل العقد، فالقوة الملزمة للعقد تتبع من إرادة الأطراف، لذا من الطبيعي أن تكون آثار العقد ملزمة فقط للمتعاقدين الذين أرادوا هذه الآثار القانونية، ولا تسري على الغير الذي لم يُعبر عن إرادته في هذا السياق، وبالتالي يتماشى مبدأ الأثر النسبي للعقد مع مبدأ سلطان الإرادة.²

منذ منتصف القرن التاسع عشر، أرسى القضاة مبدأً هاماً يتعلق بتحديد الأشخاص الذين تتصرف إليهم آثار العقد، وهو أنه لا يجوز لأي شخص الاستفادة أو الالتزام بشروط عقد لم يكن طرفاً فيه، على الرغم من أن القاعدة العامة تشير إلى أن التوقيع على العقد يمنح صاحبه صفة الطرف، إلا أن هذه النتيجة ليست حتمية وليست المعيار الوحيد،

¹ عفيف شمس الدين، المصنف في قضايا الموجبات والعقود والمسؤولية، 1992، بيروت، ص 89.

² مجاهدين خالد، مفهوم النظام العام في تكوين العقد، أطروحة الدكتوراه، كلية العلوم القانونية، والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، 2004-2005، ص 62.

فقد يظهر اسم الشخص أو توقيعها في العقد، ومع ذلك لا يُعتبر طرفاً فيه، حيث يتوقف الأمر في النهاية على صلته بالأثر الناتج عن العقد.¹

كما يوجد اختلاف بين مبدأ نسبية أثر العقد ومبدأ الاحتجاج المطلق بالعقد، فالأثر الملزم يعني أن شخصاً ما يكتسب حقاً من العقد أو يتحمل التزاماً، بينما الاحتجاج بالعقد هو مجرد التمسك بوجود العقد كواقعة اجتماعية دون ادعاء اكتساب حق أو تحمل التزام، في الواقع يمكن للجميع الاحتجاج بالعقد، ويمكن أن يُحتج به على الجميع، دون أن يتسبب ذلك في أي ضرر لهم، فهم لا يتضررون من الاحتجاج كما لا يكتسبون حقاً من خلاله.²

توجد قيود قانونية على مبدأ سلطان الإرادة، تشكل استثناءً لمبدأ نسبية العقود، مثل الصلح مع التاجر المفلس، حيث يسري هذا الصلح على جميع الدائنين حتى أولئك الذين لم يوافقوا عليه، كما يتأثر الشخص بعقد أبرمه وفقاً لنظرية المظهر الخادع يحمي المخدوع أو مبدأ الغلط الشائع الذي ينشئ الحق فعلى سبيل المثال تسري تصرفات الوارث الظاهر في أموال التركة على الوارث الحقيقي، كذلك في عقود العمل الجماعي، يتعين على جميع العمال الالتزام بها حتى أولئك الذين لم يوافقوا عليها، مما يفرض على الأقلية الالتزام رغم عدم رضاها، في هذه الحالة تتجلى إرادة المشرع التي تتفوق على إرادة المتعاقد، مما يجعل المتعاقد مضطراً للامتثال والخضوع لهذه الإرادة، لذلك يُعتبر أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود.³

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 31 - 32.

² مزوغ يقوته، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ماجستير، جامعة وهران 1، الجزائر، 2015، ص 41.

³ مصطفى العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص 141 - 142.

تتوافق هذه الحالات تماماً مع مبدأ سلطان الإرادة، حيث يتمتع الأطراف بالسيادة فيما بينهم، أما مبدأ الأثر النسبي للعقد، فهو نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة، إذ يتعاقد الأفراد أو يصبحون دائنين بناءً على إرادتهم، هذه القاعدة أساسية وتستدعي حماية ضرورية لأصحاب الحقوق، حيث تقبل جميع الأنظمة القانونية بمبدأ نسبية العقد، مما يجعله مبدأً عالمياً.¹

يُعتبر أثر العقد مقتصرًا على المتعاقدين، اللذين اختارا بإرادتهما إبرام العقد وتحمل تبعاته، ومع ذلك في بعض الحالات، يمكن أن تمتد آثار العقد إلى أشخاص آخرين تربطهم بالمتعاقدين صلة خلافة، مثل الخلف العام والخلف الخاص، وبالتالي فإن هذه الآثار لا يمكن أن تتجاوزهم أو تصل إلى أشخاص أجنب.²

لكن مع تراجع مبدأ سلطان الإرادة، تم التمسك بمبدأ الأثر النسبي للعقد، مما أفقده طابعه المطلق، فالعقد يعتمد على توافق إرادة الأطراف، ومن الطبيعي أن يلتزم به من أبرموه، وقد دفع هذا البعض إلى القول إنه إذا كانت القوة الملزمة للعقد مستمدة من القانون وليس من إرادة الأطراف، فإنه يمكن للمشرع والاجتهاد القضائي، تلبيةً للاحتياجات والمبادئ العامة، توسيع نطاق الأشخاص الذين تسري عليهم آثار العقد.³

¹ مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص 62.

² مزوغ يقوتة، المرجع السابق، ص 42.

³ مجاهدين خالد، المرجع السابق، ص 63.

المبحث الثاني : تحديد فكرة النظام العام في مجال العقود

تباينت آراء فقهاء القانون الوضعي حول مفهوم النظام العام من حيث محتواه ونطاقه، وذلك بسبب صعوبة وضع تعريف موحد لهذه الفكرة، فطبيعتها تجعلها تتسع أو تضيق وفقاً للأفكار السائدة في المجتمع، ففي ظل المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية، تتسع هذه الفكرة لتأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة كأولوية، بينما تضيق في إطار المذاهب الفردية التي تعطي الأولوية لحرية الفرد على حساب المصلحة العامة.¹

علاوة على ذلك، فإن فكرة النظام العام قابلة للتغيير وفقاً للأزمنة والأماكن والمذاهب والنظريات المختلفة، مما يثير العديد من التحديات عند تطبيقها، خاصة فيما يتعلق بتحديد القواعد القانونية التي تُعتبر جزءاً من النظام العام، فالمرونة التي تتمتع بها هذه الفكرة تمنح القاضي حرية واسعة، مما قد يؤدي إلى استخدام هذه الحرية كذريعة لتصنيف أي تصرف على أنه متوافق أو مخالف للنظام العام بناءً على رؤيته الشخصية²، ولهذا سيتم تناول مفهوم النظام العام في (المطلب الأول) ثم استعراض مظاهر النظام العام في (المطلب الثاني).

¹ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 338 - 399.

² أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 85.

المطلب الأول: مفهوم النظام العام

إن الخوض في تعريف فكرة النظام العام يُعتبر تحدياً، إذ يُعد هذا المفهوم من أقل المفاهيم القانونية دقة وأكثرها نسبية، كما أنه يفتقر إلى قواعد ثابتة تحده وتضع إطاراً لتطبيقه، وذلك بسبب التطورات التي شهدتها من حيث المضمون والمجال، بالإضافة إلى خصائصه المتنوعة، فالنظام العام يختلف من دولة لأخرى ومن مجتمع لآخر، وحتى داخل الدولة الواحدة قد يتغير مع مرور الزمن، حيث يعتمد على اعتبارات المصلحة العامة، لذلك اختلف الفقهاء في وضع تعريف موحد لهذا المفهوم وتحديد معاييرها، وبناءً على ذلك، سيتم تناول تعريف النظام العام في (الفرع الأول) ثم خصائصه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف النظام العام

تعددت التعريفات المتعلقة بمفهوم النظام العام، مما يجعل من الصعب الوصول إلى تعريف واحد متفق عليه، لذا سيتم استعراض مفهوم النظام العام في التشريع والفقهاء والقضاء الغربي (أولاً) ثم في التشريع والفقهاء والقضاء العربي (ثانياً).

أولاً: تحديد فكرة النظام العام في التشريع والفقهاء والقضاء الغربي.

سيتم تحديد فكرة النظام العام من خلال التشريع والفقهاء والقضاء الغربي.

أ - التشريعات الغربية:

لقد ظهرت فكرة النظام العام من خلال التشريعات الغربية، وعلى هذا الأساس سيتم التطرق إلى فكرة النظام العام في القانون الفرنسي، ثم القانون الألماني.

1 - القانون الفرنسي:

ظهرت فكرة النظام العام لأول مرة في المادة السادسة القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804، حيث نصت هذه المادة على أن: " كل اتفاق مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام و الآداب يكون باطلاً " .

يتضح من المادة 06 أن المشرع الفرنسي لم يقدم تعريفاً دقيقاً لمفهوم النظام العام، ولم يحدد القوانين المرتبطة به، بل ترك الأمر للفقهاء والقضاء نظراً لصعوبة تحديد هذا المفهوم.¹

وقد أشار نص المادة 06 إلى فكرة النظام العام من زاوية القانون المدني، إلا أن التسمية كانت الأولى من نوعها على مستوى التشريع، ويدل هذا النص على التمييز بين القواعد القانونية الآمرة (المتعلقة بالنظام العام) والقواعد المفسرة (المكملة).

2 - القانون الألماني:

كانت فكرة النظام العام موضوعاً مثيراً للجدل بين المشرعين الألمان، خلال مناقشة مشروع القانون المدني الألماني في مجلس الريشتاخ، الذي تضمن الإشارة إلى النظام العام في المادة 138 من المشروع، حيث نشب نقاش واسع حول هذه الفكرة، مما أدى إلى استبعادها عند صياغة القانون، وبدلاً من ذلك تم الاكتفاء بمفهوم الآداب العامة، وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تمثل فكرة عامة مجردة قد تؤدي إلى نتائج خطيرة، مثل إمكانية أن يستند القاضي إلى فلسفة أو دين خاص به، أو إلى مجموعة من المبادئ الدستورية، أو إلى آرائه الشخصية في القضايا الاجتماعية أو الفلسفية أو الأخلاقية أو الدينية، وهذا ما جعل الحزب الاشتراكي يدافع بقوة بإدراج فكرة النظام العام، حيث كان

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع لسابق، ص 91.

يسعى إلى اعتبار أي عقد يتعارض مع مبادئ حماية الطبقة الاجتماعية مخالفاً للنظام العام، ومع ذلك كانت هذه النتائج هي التي جعلت غالبية أعضاء مجلس الريشتاخ يتجنبون النص المتعلق بالنظام العام، ويفضلون وضعاً عملياً يعتمد على العرف والمبادئ المستمدة من الآداب العامة، وبالتالي لم تكن الاتفاقات التي أشار إليها الحزب الاشتراكي باطلة وفقاً لمبادئ الاشتراكية، بل كانت بناءً على الاتجاه الاجتماعي للآداب العامة.¹

الجدير بالذكر أن المشرع الألماني سعى للتخلص من مفهوم النظام العام نظراً للمرونة الكبيرة التي يتمتع بها، وقد اكتفى بالاعتماد على مفهوم الآداب، معتقداً أنه بذلك قد حل المشكلة، ومع ذلك فإن الحقيقة تشير إلى أن المشرع الألماني لم يتمكن من حل المسألة كما كان يتصور بل ظلت المشكلة قائمة.²

ب - الفقه الغربي:

لم يرق كل من التشريع الفرنسي والألماني بإعطاء تعريف لفكرة النظام العام مما تعين الرجوع إلى الفقه الفرنسي والانجليزي.

الفقه الفرنسي:

ذهب بعض فقهاء مدرسة الشرح على المتون إلى الأخذ بظاهر النصوص، معتبرين أن الاتفاقات التي تتعارض مع النظام العام تعتبر باطلة إذا كانت مخالفة لنص تشريعي، وبالتالي فإن مفهوم النظام العام والآداب لا يمكن أن يوجد خارج النصوص التشريعية

¹ حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، ط 1، دار السنهوري، لبنان، 2016، ص 28.

² حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 28.

التي تحظر بعض الاتفاقات الخاصة، مما يجعل هذا المفهوم جامداً ومرتبباً بوجود نصوص قانونية تحدده. ¹

في المقابل يرى اتجاه آخر من فقهاء نفس المدرسة أن صياغة المادة 06 غير دقيقة، حيث إذا كان المقصود بالآداب العامة هو القواعد القانونية المنصوص عليها في القانون، فإن مفهوم الآداب يُعتبر جزءاً من النظام العام، لأنه يعكس الأسس الأخلاقية للمجتمع، وبما أن الآداب العامة ذُكرت بجانب القوانين المتعلقة بالنظام العام، يتضح أن المشرع يقصد أن التصرفات تكون باطلة إذا تعارضت مع النظام العام أو خالفت قاعدة أخرى من قواعد الآداب العامة غير المنصوص عليها في القانون، وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى نص المادة 1133 من ق م ف، التي تنص على بطلان أي اتفاق يكون سببه مخالفاً للقانون أو للآداب العامة أو للنظام العام. ²

كما أن هناك جانب من الفقه ذهبوا إلى أن فكرة النظام العام تتجاوز نطاق القواعد القانونية، وأن الاتفاقات يمكن أن تكون مخالفة للنظام العام، دون أن تصطدم بنص معين في القانون، كالاتفاق على عدم ذكر الثمن الحقيقي في عقد البيع، حيث يعتبره عقداً سورياً للتهرب من دفع الضريبة، واستندوا في ذلك إلى نص المادة 1133 ق م ف، والتي نصت على بطلان الاتفاق الذي يكون سببه مخالفاً للقانون أو للنظام العام. ³

كان القضاء الفرنسي يعتبر أن الاتفاق الذي يفيد حق المالك في التصرف في ملكه إلى الأبد يعد مخالفاً للنظام العام، ومع ذلك شهدت هذه الرؤية تغييراً جذرياً، حيث سمحت

¹ Georges ripert, La Ragle morale dans les obligations civil, LGDJ, 2013, p50.

² طه إبراهيم سيد، مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 83.

³ Jacques Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, 1982, p 84.

المحاكم الفرنسية لاحقاً بأن يتضمن الاتفاق الناقل للملكية شرطاً يمنع المالك من التصرف، إذا كانت هناك مصلحة خاصة جدية تبرر هذا الشرط.¹

لم يتمكن الفقه الفرنسي من تقديم تعريف واضح لمفهوم النظام العام، ويرجع ذلك إلى طبيعة هذا المفهوم المرنة التي تتغير وفقاً للظروف الزمنية والمكانية، فما يعتبر نظاماً عاماً في مكان ما أو زمان ما قد لا يكون كذلك في مكان أو زمان آخر، سواء بين دول مختلفة أو داخل نفس الدولة عبر الزمن، على سبيل المثال في فرنسا يُعتبر تعدد الزوجات مخالفاً للنظام العام، بينما لا يُعتبر كذلك في بعض الدول العربية مثل الجزائر أو مصر.²

لجأ لجا الفقهاء إلى وضع تعريفات مطولة في محاولة للوصول إلى مفهوم موحد لهذا المصطلح، لكنهم لم ينجحوا في ذلك، فقد جمع الفقيه الفرنسي فيليب مالوري أكثر من عشرين تعريفاً لمفهوم النظام العام، وخلص إلى أن جميع هذه التعريفات لا تكفي لتحديد هذا المفهوم بدقة، ومن بين التعريفات التي جمعها مالوري لبعض الفقهاء في هذا السياق:

(الفقيه ديموغ) " يقول إن النظام العام يتألف من الأفكار التي كونها المجتمع مستبعد الحرية بشأنها لأنه يعتقد بأن هذه الأفكار تشكل حقيقة ".

(الفقيه دوغي) " يقول أن لا يمكن أن يكون النظام العام سوى المصلحة الاجتماعية مهما كان مفهومها " .

(الفقيه أيسمن) " يقول إن القواعد النظام العام هي تلك الموضوعة لحماية المصالح حتى الفردية منها و التي تعتبر أساسية للمحافظة على سلام و ازدهار المجموعة الاجتماعية موضوع الاهتمام " .

¹ Jacques GHESTIN traité de droit civil. Les effets du contrat, Op, cit, p390.

² أشرف الرفاعي، النظام العام و التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 1996، ص 16.

(الفقيه هيمار) " النظام العام هو مجموعة القواعد الموضوعية من قبل المشرع لحماية المصالح الحيوية في المجتمع ".

دوباج " القانون المتصف بالنظام العام هو المتعلق بالمصالح الأساسية للدولة أو المجموعة و الذي يحدد ضمن إطار القانون المدني الأسس القانونية الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي و الأخلاقي في المجتمع".

سافيني " النظام العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تعتبر بالنظر إلى الأفكار الخاصة المقبولة في بلد معين ماسة بالمصالح الجوهرية لهذا البلد و لا يهم بعد ذلك ما إذا كان الأمر يتعلق بمصالح دينية أو خلقية أو سياسية أو اقتصادية ".¹

أما الفقيه " فيليب مالوري" فقد عرف النظام العام بأنه : " حسن سير المؤسسات الضرورية للمجتمع أو اللازمة للجماعة ".

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه يتميز بالمرونة من المنظور التقليدي، حيث يُعتبر النظام العام حامياً لأمن وسلامة المجتمع وتنظيمه في مواجهة التصرفات الفردية، حيث يسعى للحفاظ على القيم الأساسية في المجتمع خلال فترة معينة، وخاصة حرية التعاقد بين الأفراد، أما من الناحية الحديثة فإن النظام العام ينقسم إلى نوعين نظام عام اجتماعي واقتصادي توجيهي وآخر حمائي، وكلاهما يستمدان قوتهما من القانون، حيث يعود للمشرع تحديد نطاق هذا النظام، خصوصاً عند تحديده للأجر الوطني، بالإضافة إلى منع الشروط التعسفية في العقود، كل ذلك يهدف إلى توفير الحد الأدنى من الحماية للأطراف المعنية في العلاقة التعاقدية، وخاصة الطرف الأضعف فيها.²

¹ Philippe Malaurie, L'ordre public et Le contrat, Op, cit, p 59 .

² رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، 1992، ص 221.

ج - القضاء الغربي:

لقد قام كل من القضاء الفرنسي، وقضاء الانكليزي بإعطاء تعريف للنظام العام.

1 - القضاء الفرنسي:

لقد كان للقضاء الفرنسي دور بارز في تحديد مفهوم النظام العام من خلال الاجتهادات القضائية التي أصدرها، وقد كانت لمحكمة النقض الفرنسية الأهمية الكبرى في مراقبة قضاء الموضوع عند تطبيقهم لمفهوم النظام العام، ففي قضية تتعلق بتنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية، قررت محكمة الاستئناف بباريس أن القانون الألماني الواجب التطبيق يتعارض مع النظام العام الفرنسي، حيث استبعدته لعدم اعترافه بقاعدة التعويض عن الضرر المعنوي، ومع ذلك اعتبرت محكمة النقض أن محكمة الموضوع قد أخطأت في قرارها، حيث رأت أن التعويض الذي تفرضه القواعد الأخلاقية الآمرة في مجال المسؤولية التقصيرية يعد جزءاً من النظام العام المتعلق بتنازع القوانين، وبالتالي فإن القانون الألماني الذي لا يعترف بالتعويض عن الضرر المعنوي لا يعتبر مخالفاً للنظام العام الفرنسي.¹

2- القضاء الإنكليزي:

ظهرت فكرة النظام العام في أحكام القضاء الإنكليزي، حيث تم تعريفه في بعض القضايا بأنه كل ما يضر بمصالح المجتمع يعد مخالفاً للنظام العام، وقد أشار أحد القضاة الإنجليز إلى صعوبة تعريف النظام العام بقوله: " إذا حاولت تعريف النظام العام، فإنك تركب حصاناً جامحاً لا تعرف إلى أين سيقودك"، كما تم التأكيد في بعض القضايا على أن

¹ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 101-102.

العقد الذي يتعارض مع التشريع يكون باطلاً إذا كان المشرع يهدف من خلال التشريع إلى حماية النظام العام، وكان هذا العقد يعرض تلك الأهداف للخطر.¹

ثانياً: تحديد فكرة النظام العام في التشريع العربي.

لقد كان لفكرة النظام العام نصيب في الدول العربية حيث قام كل من الفقه والقضاء والتشريع بالتطرق لفكرة النظام العام.

أ - التشريعات العربية:

لقد قامت العديد من التشريعات العربية بتعريف النظام العام، وعليه سيتم الاكتفاء بالمشروع المصري والمشرع الجزائري.

1 - التشريع المصري:

لقد نصت المادة 135 من ق م م على أنه: " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً".

يتضح من المادة 135 أن المشرع المصري لم يعترف بشكل صريح بمفهوم النظام العام كأداة قانونية لإبطال التصرفات المخالفة له، بل اعتبر هذا المفهوم قيداً على مبدأ سلطان الإرادة، ومعياراً للتفريق بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة، كما أنه يشكل عائقاً أمام تطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي، يهدف النظام العام إلى حماية المبادئ العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها كيان المجتمع، ومع ذلك

¹ حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 25.

لم يتم تعريف أو تحديد هذا المفهوم بشكل واضح، بل ترك الأمر للفقهاء والقضاء، وتجدر الإشارة إلى أن استخدام مفهوم النظام العام يرتبط بجميع فروع القانون الداخلي.¹

2 - التشريع الجزائري:

لقد أشار المشرع الجزائري إلى فكرة النظام العام ضمن نظرية المحل والسبب، حيث نصت المادة 93 من ق م ج على أنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته ذاو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ".

وكذلك في المادة على أنه: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظم العام أو للآداب، كان العقد باطلا ".

كما تطرق المشرع الجزائري إلى فكرة النظام العام في نصوص عامة، كالمادة 24 من ق م ج والتي نظمت روابط ذات عنصر أجنبي، حيث نصت على أنه: " لا يجوز تطبيق قانون أجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ".

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري قد تناول مفهوم النظام العام في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، مما يشكل قيوداً على صحة بعض التصرفات، ومع ذلك لم يقدم تعريفاً محدداً للنظام العام، مما يترك المجال للفقهاء والقضاء الجزائري لتحديد معناه.²

¹ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 104.

² عليان عدة، المرجع السابق، ص 30.

ب - الفقه في الدول العربية:

لقد تطرق الفقه في الدول العربية بإعطاء تعريف لفكرة النظام العام، وهذا ما سيتم التعرض إليه.

1 - الفقه المصري:

سعى الفقه المصري إلى توضيح هذه الفكرة من خلال تقديم تعريفات مفصلة، ومن بين هذه التعريفات ما ذكره الفقيه عبد الرزاق السنهوري، حيث قال: " إن القواعد القانونية التي تُعتبر جزءاً من النظام العام هي تلك القواعد التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع ككل، وتُفوق في أهميتها مصلحة الأفراد، إن عظمة النظام العام تتبع من الغموض الذي يحيط به، ومن سماته البارزة أنه يظل متفوقاً على جميع المحاولات التي يبذلها الفقهاء لتعريفه، فالقواعد القانونية التي تُعتبر من النظام العام تهدف إلى مصالح عامة تتجاوز مصالح الأفراد، ولا يمكن لأي شخص أن يتجاوز حدودها.¹

2 - الفقه الجزائري:

يعرّف خليل أحمد حسن قداة النظام العام بأنه: "مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة، سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، وتعتبر هذه المصلحة أعلى من مصلحة الأفراد، أما الآداب العامة فهي مجموعة من القواعد الأخلاقية التي تتبناها الجماعة في زمن معين وبيئة محددة، وتعود في الغالب إلى مجموعة من المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة، بالإضافة إلى ما استقر عليه العرف وتوافق عليه الناس، كما أن للدين تأثيراً كبيراً في تحديد الآداب العامة؛ فكلما كانت

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص 339.

الحضارة أقرب إلى الدين، زادت القواعد المتعلقة بالآداب العامة، بينما كلما ابتعدت الحضارة عن الدين، انخفضت هذه القواعد".¹

يرى الأستاذ صبري محمد السعدي أن جوهر فكرة النظام العام هو المصلحة العامة، التي تشمل المصلحة الاجتماعية والسياسية والأدبية والاقتصادية، كما أن أساس حسن الآداب يعتمد على الرأي العام وما يتأثر به من قيم ومبادئ أخلاقية واجتماعية مستندة إلى الدين والعرف والتقاليد.²

ج - القضاء في الدول العربية

قام القضاء في كل من مصر والمغرب بإعطاء تعريف لفكرة النظام العام.

1 - القضاء المصري

لقد كان للقضاء المصري دورٌ مهمٌ في السعي نحو وضع تعريف يساهم في توضيح مفهوم النظام العام، حيث عرفت محكمة النقض المصرية النظام العام بأنه: "مجموعة القواعد التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، تتعلق بالنظام الأعلى للمجتمع، وتفق في أهميتها مصلحة الأفراد، لذا يتعين على الأفراد مراعاة هذه المصلحة والعمل على تحقيقها، ولا يجوز لهم معارضتها من خلال اتفاقات فيما بينهم، حتى وإن كانت تلك الاتفاقات تحقق مصالح شخصية فردية".³

¹ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 79.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 213.

³ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 107.

أوضحت محكمة النقض المصرية مفهوم النظام العام، خاصة في سياق التنازع الداخلي بين الشريعة الإسلامية والشرائع المالية لغير المسلمين، حيث أكدت أن " النظام العام يتضمن القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتقوم في أهميتها مصالح الأفراد ".¹

2 - القضاء الجزائري:

لم يحدد المشرع الجزائري مفهوم النظام العام من خلال نص تشريعي، مما أتاح للجهات القضائية مجالاً للاجتهاد في تفسير هذا المفهوم، مع مراعاة الظروف الزمنية والمكانية، وأهمية حماية المصلحة العامة والامتثال للقوانين الإلزامية، ومن بين ما جاء في حيثيات قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء العاصمة بتاريخ 17/01/1982، أن " النظام العام يشير إلى مجموعة القواعد الضرورية لحماية السلم الاجتماعي، والتي يجب أن تتوفر لتمكين كل فرد من ممارسة حقوقه الأساسية في جميع أنحاء الوطن ضمن إطار حقوقه المشروعة... ".²

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 109.

² مراح وردة، الحبسة ودورها في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2003-2004، ص 169.

الفرع الثاني: خصائص النظام العام

تتميز خصائص النظام العام بتنوعها، وذلك بسبب المميزات التي تحملها هذه الفكرة، كما أن أهداف هذا النظام تتضح بشكل كبير كنتيجة للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تسود المجتمع، لذا يجب أولاً تحديد مفهوم المعيار، ثم تناول حركية وعدم استقرار النظام، وأخيراً استعراض الطابع الإيجابي لفكرة النظام العام.

أولاً: فكرة المعيار

إن أفضل ما يوضح مفهوم النظام العام هو معيار المصلحة العامة، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، فهذا النظام يعكس أهمية المصلحة العامة وتفوقها على مصالح الأفراد، كما أن هذا المعيار يتمتع بطابع موضوعي وليس ذاتي، مما يستدعي تقليص مبدأ سلطان الإرادة، فأنصار هذا المبدأ يرون أن النظام الاجتماعي يعتمد على الفرد، الذي يُعتبر الهدف الأساسي، حيث يُكرّس المجتمع جهوده لخدمته، ولا يمكن للفرد أن يحقق شخصيته إلا من خلال الحرية، إذ إن الإرادة الحرة المستقلة هي تجسيد لهذه الشخصية، وعندما يعيش الفرد في المجتمع، يجب أن تكون الغاية الأساسية هي احترام حريته وإرادته، لذا ينبغي أن تكون علاقاته مع الآخرين مبنية على الإرادة الحرة، بحيث لا يتحمل أي واجبات إلا باختياره، وبالتالي فإن الإرادة الحرة تمثل مبدأ القانون وهدفه النهائي، حيث تسعى القوانين إلى تحقيق حرية كل فرد دون أن تتعارض مع حريات الآخرين، ويجب على المشرع أن يولي اهتماماً خاصاً لتحقيق هذا التوازن بين الحريات.¹

¹ جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 89.

يعتبر أنصار مبدأ سلطان الإرادة أن مفهوم النظام العام يمثل قيماً على الحرية الفردية، ومع ذلك فإن هذا القيد يكتسب مبرراته من الأفكار الاجتماعية التي تضع الفرد ومصالحه تحت سلطة الدولة، كما أن هذا القيد، الذي يحدد نطاق سلطان الإرادة، يُعتبر قيماً استثنائياً، وتبرز أهميته في حالات التنازع بين المصالح العامة والمصالح الخاصة، حيث تهدد بعض التصرفات الفردية، والتي تكون في شكل العقود المصلحة العامة، وبالتالي يكون النظام العام في هذه السياقات لصالح المصلحة العامة.¹

وقد أخذ المشرع الجزائري معيار النظام العام من حيث سمو المصلحة العامة وعلوها على المصالح الخاصة من المشرع الفرنسي، حيث نصت المادة 93 من ق م ج على أنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً ".

كما نصت المادة 97 من ق م ج على أنه: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلاً ".

ونصت المادة 204 ق م ج على أنه: " لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً أما إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام ".

يتضح مما سبق أن فكرة النظام العام فكرة معيارية، حيث يتمثل معيار هذا المفهوم في المصالح العامة، لذلك تقتصر القواعد المتعلقة بالنظام العام على تلك القواعد التشريعية التي ينص المشرع بوضوح على عدم جواز الاتفاق على مخالفتها، ومع ذلك يمتد نطاق

¹ أسعد علي حسين الشمري، فكرة النظام العام وأثارها في الاتفاقات العقدية، ط 1، مركز عين للدراسات والبحوث المعاصرة، 2019، ص 65.

هذه القواعد ليشمل أيضاً القواعد التشريعية التي قد لا يوضح المشرع عدم جواز الاتفاق على مخالفتها، ويتعين على القضاء أن يراعي أن مخالفتها تتعارض مع الصالح العام.¹

ثانياً: النسبية

تعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة، مما يجعلها صعبة التعريف بشكل ثابت، إذ تركز على المصالح الأساسية للجماعة، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وهذه المصالح تتسم بالتغير والمرونة، إن النسبية هي سمة أساسية للنظام العام، التي تتعارض مع استقرار النصوص القانونية، لذا لا يمكن للمشرع أن يحدد مضموناً ثابتاً لها، وأي محاولة من المشرع لتعريف هذه الفكرة قد تؤدي إلى تشويه طبيعتها، مما يعيق دوره كأداة لتحقيق التطور الاجتماعي، ما يمكن للمشرع فعله هو تحديد فكرة النظام العام بمضمونها العام، مع ترك مهمة تحديد التصرفات المخالفة للنظام العام للقضاة والفقهاء.²

يتضح من وصف النظام العام بأنه الوضع الطبيعي للمجتمع أنه يتطور بتطور المجتمع نفسه، وبالتالي يكون نسبياً، يختلف من مكان لآخر ومن زمن لآخر، نظراً لاختلاف المبادئ حسب الجهات والأوقات والأفكار والمعتقدات، لذا لا يمكن تحديد مضمونه إلا في إطار أمة معينة وجيل محدد.³

¹ جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 90.

² أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 192.

³ جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 93.

ثالثاً: حركية وعدم الثبات

يقتصر النظام العام على القواعد القانونية ذات الطابع السياسي والإداري، لكنه يمتد أيضاً ليشمل مجالات القانون الخاص، فهو لا يقتصر على ميدان واحد أو مجالات محددة من التنظيم القانوني، بل يتغلغل في جميع المجالات، فعندما يفرض التنظيم القانوني اتجاهات معينة، تصبح هذه الاتجاهات جزءاً من مفهوم النظام العام.¹

كما تتميز قواعد النظام العام بتنوعها، حيث تعكس المصالح والقيم التي يسعى النظام لحمايتها، فعلى سبيل المثال إذا كانت القواعد مرتبطة بالنظام الاقتصادي، فإنها تتغير وفقاً للسياسة الاقتصادية المعتمدة، مما يعني أنها تتطور مع الظروف الاقتصادية ومعالجة الأزمات.²

ومع ذلك ليس من الصحيح القول أن القواعد يجب أن تتغير باستمرار، إذ قد تستمر سياسة معينة، سواء كانت اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، لفترة من الزمن، مما يؤدي إلى ثبات قاعدة النظام العام المرتبطة بها، ومع ذلك فإن ثبات هذه السياسة لا يعني أن القاعدة تظل ثابتة، بل إن قاعدة النظام العام تكون دائماً مستعدة للتكيف والتغيير وفقاً للظروف المحيطة بها.³

أما بالنسبة لحدود نطاق النظام العام، فقد شهدنا تزايد التقارب بين الحضارات والثقافات، حيث أصبح ما كان يُعتبر غريباً ومخالفاً للعدالة في الماضي مقبولاً اليوم، على سبيل المثال الطلاق بالإرادة المنفردة، الذي يُعرف في الدول الإسلامية، أو التأمين على

¹ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 187.

² أسعد علي حسين الشمري، المرجع السابق، ص 69.

³ P. Raynaud, L'ordre public économique, Cours de D.E.S. Droit prive, 1965-1966, p.10.

الحياة الذي كان محظوراً وأصبح مسموحاً، وهكذا يتضح أن النظام العام يتمتع بحركية تتكيف مع مختلف الأزمنة والأماكن، وفقاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.¹

رابعاً: الطابع الإيجابي

تتجلى إيجابية النظام العام في دوره الحمائي الذي يسهم في تعزيز مبدأ التوازن في العمليات التعاقدية، والحد من مبدأ سلطان الإرادة، كما يلعب النظام العام دوراً توجيهياً من قبل الدولة لترسيخ سيادتها على إقليمها، حيث يوجد في كل دولة نظام قانوني متكامل يتضمن مجموعة من القواعد القانونية، حيث يقوم القاضي بتطبيق هذه القواعد على العلاقات الخاصة سواء كانت داخلية أو دولية.²

كما أن هناك اتجاهاً إيجابياً في تحديد واجبات الدولة لتحقيق مصلحة الجماعة ورفاهيتها، نتيجة لتوسع دور الدولة وزيادة تدخلها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وقد أدى ذلك إلى توسيع مفهوم النظام العام، الذي اكتسب طابعاً إيجابياً وأصبح له أهداف متنوعة، في هذا السياق يرى البعض أن وظيفة النظام العام ليست سلبية فحسب، بل يمكن أن تتسم أيضاً بطابع إيجابي ووقائي، وأحياناً بطابع إنشائي، خاصة في المجال السياسي الذي يمكن أن يكون له تأثير كبير على الحياة المدنية.³

تجلت هذه الخاصية بوضوح من خلال التطورات التي شهدتها نظرية العقد، حيث أصبح المشرع ينظر إلى التصرفات كأداة ووسيلة للتبادل أو لتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع، كما أن الإيجابية التي يتمتع بها النظام العام تعود إلى الدور الفعال الذي تقوم به الدولة في تنظيم الحياة اليومية لأفرادها، فعلى سبيل المثال

¹ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 189.

² سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 157.

³ حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 69.

تتولى الدولة تحديد الأسعار، وتمنع أو تأمر بإبرام عقود معينة، كل ذلك بهدف توفير الحد الأدنى من الاستقرار في المجتمع.¹

خامساً: الطابع الجزائي

يتميز النظام العام التقليدي بما يترتب عليه من جزاء، والذي يكون دائماً بطلاناً مطلقاً في حال مخالفة أي تصرف قانوني يقوم به الأفراد لمبادئ النظام العام، فالبطلان الناتج عن النظام العام يمكن أن يتمسك به الأطراف المعنية، وكذلك القاضي الذي يمثل المصلحة العامة، وهذا البطلان لا يمكن إزالته بإرادة المتعاقدين، كما أن البطلان الذي يفرض كجزاء لمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام يختلف عن البطلان الذي يفرض لمخالفة قواعد لا تتعلق بالنظام العام، رغم أن القانون يسعى في جميع تنظيماته إلى حماية النظام العام بمعناه الواسع، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر.²

أما بالنسبة للنظام العام الحديث، الذي ينقسم إلى نوعين اقتصادي واجتماعي حمائي، وآخر توجيهي، فإن الأمور تختلف اختلافاً جوهرياً حسب الحالات المعروضة والمخالفة لمبادئ النظام العام، حيث نجد أن موضوع الجزاء لا يطرح بنفس الحدة الموجودة في النظام العام التقليدي.³

¹ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 190.

² حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، 69.

³ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 194.

المطلب الثاني : مظاهر النظام العام

استمر النظام العام لفترة طويلة في التميز بالوحدة، حيث اعتبره الفقه التقليدي نظاماً واحداً لا يقبل التقسيم أو التنوع، وقد ساهمت المذاهب الفردية السائدة في القرن التاسع عشر في تعزيز هذا المفهوم، إذ كانت تضع الفرد وحرية في صميم القانون، وبالتالي كان النظام العام يُعتبر وضعاً استثنائياً نادر التطبيق، مما لم يستدعي الحاجة إلى تعدده أو تنوعه، ومع ظهور المذاهب الاشتراكية وزيادة تدخل الدولة في إدارة وتخطيط الاقتصاد، بدأت تظهر نظم قانونية متعددة تتضمن قيوداً على حرية الفرد في تنظيم آثار الالتزامات أو التصرفات، بهدف تحقيق التوازن الاقتصادي، وقد استلزم هذا التنوع في النظم القانونية أن يكون لكل منها نظام عام يحافظ على أسسه ودعائمه، وهكذا بدأ نطاق النظام العام يتسع تدريجياً، مما أدى إلى تفتيت وحدته وتوزيعه بين عدة أنظمة عامة.¹

وكما أشرنا سابقاً أن النظام العام نوعان النظام العام التقليدي(الفرع الأول) والنظام العام الحديث (الفرع الثاني).

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 318.

الفرع الأول: النظام العام التقليدي

يعتبر النظام العام السياسي النموذج التقليدي للنظام العام، حيث يهدف بشكل خاص إلى حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، من خلال حماية الدولة والأسرة والفرد، وفي جميع المجالات يوفر القانون المدني حماية فعالة لإبطال الاتفاقات التي تتعارض مع هذه المبادئ الأساسية.¹

يرى الأستاذ محمد شلح أن النظام العام التقليدي يتجسد في القواعد التي تضمن الحد الأدنى من الاستقرار، خاصة في الظروف التي تكون فيها الأوضاع الاقتصادية مستقرة والأحوال الاجتماعية هادئة.²

كما أن مبدأ سلطان الإرادة قد تداخل في القانون المدني، حيث يكاد لا يظهر في صلبه المواد المتعلقة بالنظام العام، التي تحد من هذا المبدأ إلا في بعض الحالات المحددة في المحل والسبب والشرط، وقد لوحظ أن نظرية الرضا في العقود قد توسعت من حيث تطبيقاتها، مما يثير القلق من إمكانية ظهور بعض الأوضاع التي تتحقق من خلال الحرية التعاقدية، وهذا يستدعي ضرورة تقييد هذه الحرية بفكرة عدم المساس بتنظيم بعض المؤسسات التي تعتبر أسمى من الفرد، بالإضافة إلى بعض المبادئ الأخلاقية، والحد الأدنى من الاستقرار الذي يسعى النظام العام التقليدي لتحقيقه، والذي يتمثل في احترام الدولة والأسرة والقواعد الأخلاقية.³

¹ جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 178.

² محمد شلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الرباط، 1993، ص 191.

³ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 321.

أولاً : حماية الدولة

لقد أضفى المشرع حماية خاصة على كيان الدولة بشكل عام، كعقوبة لكل ما قد يهدد هذا الكيان من خلال المساس بسيادة الدولة واستقلالها، أو بنظامها الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، وكذلك بنظام الحكم والأمن الداخلي، في هذا السياق يلعب القانون المدني دوراً مهماً في إبطال أي اتفاق يتضمن خطراً على كيان الدولة، مثل الاتفاقات التي تهدف إلى ارتكاب جرائم الاعتداء على الدفاع الوطني، حيث تُعتبر هذه الاتفاقات باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها للنظام العام، كما ألغى المشرع الاتفاقات التي تهدف إلى تأسيس جمعيات أو هيئات تعارض الدولة، وذلك لحماية السيادة الداخلية من المخاطر التي تهدد المبادئ الأساسية لهذه السيادة.¹

كما يظهر احترام الدولة أيضاً من خلال الالتزام بقوانينها المتعلقة بتنظيم مؤسساتها، مثل الاتفاق بين متعامل اقتصادي وموظف عمومي لإبرام عقد يتعارض مع قانون الصفقات العمومية، أو تلقي الموظف لرشوة مقابل الخدمات التي يجب عليه تقديمها مجاناً، كما تشمل الاتفاقات غير المشروعة بين الراشي والمرتشي مقابل أداء عمل أو الامتناع عن القيام بواجبات وظيفية، ويعتبر الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً، سواء تم بين الراشي والموظف مباشرة أو عبر ممثل عنه، أو في حالة دفع المرشح لرشوة خلال الحملات الانتخابية بهدف الفوز، جميع هذه الاتفاقات تُعتبر باطلة لارتباطها بالنظام العام.²

¹ جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 179.

² أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 322.

ثانياً : حماية الأسرة

تعتبر الأسرة الوحدة الأساسية في المجتمع، ولذلك أولى المشرع اهتماماً كبيراً بها، حيث وضع تشريعات خاصة لحمايتها من أي اعتداء، لضمان قيامها بدورها في تنشئة جيل خالٍ من الظواهر السلبية التي قد تؤدي إلى تفككها، وبذلك أصبح القانون هو الذي ينظم أوضاع الأسرة من حيث التأسيس والآثار، بما في ذلك الحقوق والالتزامات بين الأزواج وأبنائهم، فالأسرة تنشأ من عقد قانوني بين رجل وامرأة موضوعه تكوين أسرة، لذا قام المشرع بتحديد وتنظيم العلاقات بين الأفراد، موضعاً حقوقهم والتزاماتهم، و كذلك حافظاً على بعض المراكز القانونية الخاصة.¹

إن أي مساس بالأسرة يؤثر حتماً على المجتمع، مما يبرز أهمية القواعد التي تنظم شؤون الأسرة كجزء من النظام العام، فلا يحق للأفراد تعديلها من خلال اتفاقات خاصة بينهم، وأي اتفاق في هذا الشأن يُعتبر باطلاً.²

كما أن روابط الأحوال الشخصية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، لذا فهي أيضاً من النظام العام، ولا يمكن للأفراد تعديلها باتفاقات خاصة، على سبيل المثال لا يمكن تعديل الحالة المدنية لشخص أو علاقته بأسرته من خلال اتفاق خاص، مثل تغيير الجنسية أو الاسم أو التنازل عن البنوة، كذلك فإن قواعد الأهلية تُعتبر من النظام العام، فلا يمكن لأي شخص التنازل عن أهليته أو تعديلها باتفاق خاص، وفي جميع هذه الحالات يتم تقييد حرية الفرد في التعاقد، حيث تخضع هذه الأمور لنظام تشريعي، والذي يُعتبر جزءاً من النظام العام.³

¹ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 323.

² جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 181.

³ حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 59-61.

ثالثاً : احترام قواعد الأخلاق:

الأخلاق هي مجموعة من القواعد التي تساعد الفرد على تحقيق مستوى من الكمال من خلال تشجيعه على اتباع الخير ومنعه من ارتكاب الشر، بالإضافة إلى توجيهه نحو سلوك معين في تعامله مع نفسه، وهو ما يعرف بالأخلاق الفردية، أما في تعامله مع الآخرين، فتسمى بالأخلاق الاجتماعية، حيث تعكس القيم العليا التي ينبغي أن يتحلى بها سلوك الأفراد في المجتمع.¹

كما تتعدد العوامل التي تشكل الناموس الأخلاقي، فهي ناتجة عن المعتقدات والعادات والتقاليد المتجذرة في النفوس، بالإضافة إلى العرف والدين، ويشعر الناس بالالتزام باتباع هذه القواعد وفقاً لوازع أخلاقي يؤثر على تصرفاتهم ويحدد علاقاتهم الاجتماعية، تشمل هذه القواعد دعوات للتعاون على الخير، مثل الأمر بالعدل والإحسان، كما تتضمن نواهي عن التعاون في الإثم والعدوان، مثل النهي عن الفحشاء والمنكر، كما توجد قواعد تدعو إلى الوفاء بالعهد والصدق في القول، وأخرى توصي بأن يحب الإنسان للآخرين ما يحب لنفسه، بالإضافة إلى قواعد تشجع على التضحية والإيثار.²

تتضافر هذه العوامل لتشكل الناموس الأخلاقي الذي يخضع له الناس، حتى في غياب أوامر قانونية، كما أن معايير الآداب العامة ليست ذاتية، حيث لا يعتمد كل فرد على تقديره الشخصي، بل هي معايير اجتماعية تستند إلى ما يتفق عليه الناس، وفي الوقت نفسه فإن هذه المعايير ليست ثابتة، بل تتطور مع تطور الأفكار الأدبية في حضارة معينة.³

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 324.

² عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون. منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 22-23.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص 436-437 .

الفرع الثاني: النظام العام الحديث

بعد تدهور النظام العام التقليدي وفشله في إيجاد الحلول اللازمة لحمايته، وهذا نتيجة لتطور النشاط الاقتصادي وانتعاش الحياة الاجتماعية، أصبح من الضروري تدخل المشرع لتنظيم حركة الحياة الاقتصادية والاجتماعية، من خلال إنشاء النظام العام الحديث كبديل للنظام العام التقليدي، حيث تدخلت الدولة في مختلف المجالات التعاقدية، مثل تنظيم العلاقات بين أصحاب الأعمال والعمال، وبين المؤجرين والمستأجرين، والتجار والمستهلكين، بالإضافة إلى تنظيم البيوع والقروض والتأمين، حيث كان الهدف من هذا التدخل إما مراجعة هذه العلاقات أو تحديد أسعارها أو حماية الطرف الأضعف، وحتى تجميدها إذا لزم الأمر، وذلك للحد من الإفراط في الحرية التعاقدية، سواء من خلال المنع أو التوجيه أو المراقبة، بعد أن كانت العقود تُترك لإرادة المتعاقدين فقط، مع إضافة أفكار الاشتراكية، توسعت فكرة النظام العام وخلقت مجالات جديدة اقتصادية واجتماعية لتعزيز الروابط العامة في المجتمع¹

كما يقوم المشرع بتنظيم هذه الأمور من خلال إصدار القوانين والقرارات والأنظمة، التي تُعتبر جزءاً من النظام العام، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يتعارض معها، ويسمي الفقهاء هذه الدائرة من النظام العام بالنظام العام الاقتصادي، مع العلم أن مفهوم هذا النظام في القانون المدني المعاصر يختلف تماماً عن النظام العام الاقتصادي السابق، حيث يهدف النظام العام الحديث إلى التدخل في حرية الأفراد.²

بناءً على ذلك، سيتم تناول النظام العام الاقتصادي التوجيهي (أولاً) ثم النظام العام الحمائي (ثانياً).

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 329.

² حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 102-103.

أولاً: النظام العام الاقتصادي التوجيهي

يقصد بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي بأنه: "مجموعة من الضوابط الموضوعية التي يتدخل المشرع من خلالها في العقود للحد من الأحكام التي اتفق عليها الطرفان، بحيث تضمن عدم تعارض هذه الأحكام مع النظام العام الاقتصادي، يهدف ذلك إلى جعل العقد وسيلة لتنظيم وإرادة محددة للاقتصاد الوطني، من خلال استبعاد كل ما يتعارض مع المصلحة العامة وفرض ما يسهم في تحقيقها.¹

يعرف الفقيه سافيني النظام العام الاقتصادي التوجيهي بأنه: " القيود التي تفرضها السلطة على الحرية التعاقدية وفقاً للفقهاء الاقتصادي"، يشير في رأيه إلى أن مفهوم النظام العام الاقتصادي أقل اتساعاً مما يراه بعض الفقهاء، حيث إن فهمه بشكل موسع قد يؤدي إلى فقدان أصالته، كما أن هذه التعريفات تتضمن كيفية توجيه الاقتصاد من خلال مجموعة من القيود التي تهدف إلى خدمة المصلحة العامة، ومنع أي تصرف قد يضر بمصلحة الجماعة، وبالتالي يُعتبر أي تصرف يقوم به الفرد يتعارض مع هذه التوجيهات مخالفاً للنظام العام التوجيهي، مما يستوجب بطلان هذا التصرف.²

فالنظام العام الاقتصادي التوجيهي هو مجموعة من التوجيهات التي تضعها السلطة، والتي يتعين على الأفراد الالتزام بها واحترامها لضمان تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماع، ومع ذلك فإن تأثير هذا النظام على قدرة الأفراد على ترتيب الآثار القانونية، أو ما يعرف بالحرية التعاقدية، يعتمد على مدى تدخل الدولة في العلاقات التعاقدية الخاصة، حيث يتضح من ذلك أن هذا النظام يهدف إلى تقليص نفوذ الحرية التعاقدية للأفراد، حيث أصبح توجيه الاقتصاد ظاهرة شائعة في معظم الدول، رغم

¹ جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 206.

² أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 330.

اختلاف أنظمتها، كما يختلف نطاق هذا التوجيه من دولة لأخرى بناءً على مستوى تدخلها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فالدولة تقوم بتوجيه الاقتصاد من خلال سياسات متنوعة، تستخدم فيها أدوات متعددة مثل الاقتصاد والمال، بما في ذلك المجال النقدي والضريبي، ويعتبر التشريع أداة قانونية أساسية ضمن هذه السياسات، حيث يبرز ما يمكن تسميته بقواعد النظام العام التوجيهي، وبالتالي يمكن القول إن هذا النظام يهدف إلى توجيه الاقتصاد الوطني من خلال قواعد ملزمة، تظهر بشكل خاص في مجالات الأسعار ومراقبة الصرف، كما يرتبط النظام العام الاقتصادي التوجيهي بالأسس الجوهرية لقيام الدولة، وأي مخالفة له تؤدي إلى البطلان.¹

تتدخل الدولة اليوم في الاقتصاد ليس فقط كحكم بين القوى الاقتصادية المتنافسة، بل أيضاً كرب عمل في بعض القطاعات العامة للإنتاج القومي، إن ما يهمها بشكل مباشر هو ضمان سير الاقتصاد الوطني بشكل جيد، ومن بين أخطر القيود على الحرية الاقتصادية، هو تطبيق النظام العام الاقتصادي الموجه، ويظهر ذلك عندما يتدخل المشرع في تشكيل العقود المدنية، حيث استمد النظام العام الاقتصادي قوته من المفهوم التحكيمي لسلطات الدولة في الشؤون الاقتصادية، مع الاستعانة بإجراءات الضغط الجزائي، مما أدى إلى زيادة النصوص الجزائية التي تنظم الشؤون الاقتصادية، كما أن تأثير النظام العام الاقتصادي على الحرية التعاقدية يعتمد على مدى تدخل الدولة في العلاقات التعاقدية الخاصة بين الأفراد.²

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 331.

² جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 207.

النظام العام الاقتصادي التوجيهي هو الإطار الذي يوجه الأفراد نحو الالتزام بالأنظمة المعمول بها، مما يسهم في تحقيق المصلحة العليا التي تفوق المصلحة الفردية، ويظهر ذلك من خلال النظام الاقتصادي الذي يعتمد على القوانين التي تنظم الملكية الفردية والأموال العامة، بالإضافة إلى بعض الأنشطة الاقتصادية التي تتدخل الدولة في تنظيمها، مثل نظام البورصة، ونظام الشركات، ونظام التأمين، وقوانين النقل بمختلف أنواعها، وحماية المستهلك، كما تشمل هذه القوانين تنظيم انتقال الملكية والهبات والوصايا، وتجدر الإشارة إلى أن تدخل المشرع من خلال قواعد ذات طابع نظامي أصبح واضحاً في النظام الاقتصادي المعاصر، ويتجلى أيضاً في النظام السياسي من خلال القوانين الدستورية والتشريعية والإدارية والحريات العامة، وبما أن القانون قد وضع البطلان المطلق لحماية المصلحة العامة، فإنه يحق لكل فرد له صفة أو مصلحة أن يطلب بطلان العقد الذي يتعارض مع النظام العام التوجيهي، كما يحق للقاضي أن يثير هذا البطلان من تلقاء نفسه إذا لاحظ وجود مساس بالنظام العام، وتظهر سيادة الدولة وسلطتها في توجيه وحماية الاقتصاد من خلال طريقتين.¹

1: التدخل المجرد أو الحر:

يهدف هذا التدخل إلى تنظيم استخدام الحرية التعاقدية بطريقة لا تتعارض مع النظام العام ولا تسبب أضراراً للاقتصاد الوطني، ويشمل ذلك جميع القواعد التي تنظم المنافسة المشروعة وتمنع المضاربة، بالإضافة إلى التصرفات التي تؤثر على الأسعار وتؤدي إلى أزمات اقتصادية، مثل مخالفة التسعيرة الجبرية، والامتناع عن البيع، وإجراء تفضيلات في الأسعار دون مبرر.²

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 332.

² جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 207.

كما ينبغي تجاوز النظام العام الاقتصادي التوجيهي الحالي، الذي يقتصر على التدخل البسيط، نحو مزيد من التدخل لتحقيق توازن اقتصادي فعلي وتقليل الأسعار الخاضعة للرقابة لصالح المستهلكين، وبالتالي فإن الضوابط الموضوعية الناتجة عن هذا التدخل تمثل المعيار الأساسي لتحديد مشروعية أو عدم مشروعية بعض التصرفات، مثل تجاوز التسعيرة الجبرية، أو الامتناع عن البيع، أو مخالفة الأحكام التعاقدية الأخرى، مما يستدعي فرض الجزاءات الجنائية في هذا السياق.¹

2: الإدارة المباشرة للاقتصاد

يتضمن هذا النوع تأثيراً حقيقياً على مبدأ الحرية التعاقدية، حيث لا يقتصر التنظيم القانوني على مجرد مراقبة التصرفات القانونية والتدخل للحد من تأثيرها على النظام الاقتصادي، بل يتجاوز ذلك إلى التأثير على اتفاقات الأفراد والتدخل المباشر في تبادل الأموال وتوزيع السلع والخدمات، ومن أبرز عناصر التدخل في مجال التصرفات القانونية هما:²

أ - التخطيط:

يتعلق الأمر بوضع برامج اقتصادية واجتماعية مستقبلية محددة تهدف إلى تعزيز الاقتصاد الوطني بشكل شامل، تدخل هذه البرامج ضمن النظام العام التوجيهي، ويتم إصدارها بقانون وتنفيذها وفقاً لمراسيم وقرارات تنظيمية، تقوم الدولة بالتخطيط لتنظيم النشاط الاقتصادي بناءً على خطة محددة مسبقاً، بحيث تتحكم هذه الخطة في إبرام التصرفات بين الأفراد، مما يؤثر على تداول الأموال والثروات والسلع والخدمات المرتبطة بالاقتصاد القومي، وبالتالي تعتبر هذه الخطة قيوداً موضوعياً هاماً على الحريات

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 333.

² جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 207.

التعاقدية للأفراد، وتؤثر على قدرتهم على تحديد الآثار المترتبة على التصرفات القانونية.¹

ب - القطاع العام:

لا تكتفي الدولة بالتدخل في العقود والتصرفات الخاصة بهدف تنظيمها بما يتماشى مع المصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية، ولا تقتصر على مجرد تخطيط الأنشطة الخاصة بما يتوافق مع هذه المصلحة، بل تقوم الدولة بنفسها بممارسة أنشطة متنوعة كانت في السابق مقتصرة على الأفراد، مما يتطلب أن تحل الدولة محل الأفراد من خلال مؤسساتها العامة وشبه العامة والمؤممة، وهو ما يُعرف بالقطاع العام، كما أن هذا القطاع يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتخطيط، حيث يمثل كلا النوعين عنصراً من عناصر التدخل المباشر في المجالات التعاقدية، وبالتالي يُعتبر هذا النوع من النظام العام الاقتصادي والاجتماعي قيدياً موضوعياً على التصرفات القانونية، مما يعني أنه يجب أن يتماشى مع التوجهات العامة للدولة.²

ثانياً: النظام العام الاقتصادي الحمائي

لقد أصبح النظام العام الحمائي في الوقت الراهن ذا أهمية كبيرة، حيث يُعتبر فرعاً أساسياً من فروع النظام العام الاقتصادي، يمكن تحديد هدف هذا النظام من خلال القوانين الخاصة بحماية المستهلكين، والتي يصعب حصر التشريعات المتعلقة بها، بالإضافة إلى النصوص الحديثة التي تشير إلى هذه الحماية، حيث يتضح ارتباط هذه النصوص بالنظام العام الحمائي من خلال عناوين القوانين ذات الصلة، كما يسعى النظام العام الحمائي إلى إيجاد الوسائل الأكثر فعالية لتوفير حماية حقيقية للمتقاعدين، حتى وإن كانت هذه القوانين

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 337.

² أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 337.

تتعلق بالنظام العام، الذي يُعتبر استثناءً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وبشكل عام يركز النظام العام الحمائي على العقود التي تنفجر إلى المساواة الاقتصادية بين الأطراف، حيث يميل إلى حماية المتعاقد الضعيف اقتصادياً من الطرف الأقوى، لذلك فإن القوانين المتعلقة بحماية وإعلام المستهلكين، بالإضافة إلى القوانين التي تتصدى للشروط التعسفية في العقود النموذجية، تُشكل فرعاً جديداً من النظام العام، والذي يُعرف في الفقه بالنظام العام الحمائي.¹

يستند النظام العام الحمائي إلى النظام العام التقليدي، حيث يركز على حماية الطرف الأضعف في بعض العقود، مثل عقود العمل والتأمين والنقل، والتي تُعرف بعقود الإذعان، في هذه العقود يكون الطرف المذعن ملزماً بالشروط التي يفرضها الطرف الأقوى، وهنا يتدخل القاضي وفقاً لمفهوم الحماية الذي يتطلبه النظام العام الاقتصادي، حيث يسعى إلى تحقيق التوازن بين طرفي العقد ويعمل على إلغاء الشروط التعسفية والالتزامات المرهقة المفروضة على الطرف الضعيف، كما أن تنظيم هذا النوع من العقود يعد جزءاً من النظام العام، وبالتالي فإن الهدف من هذه الحماية غالباً ما يكون حماية المصالح الفردية التي يسعى النظام العام لتحقيقها.²

من الجدير بالذكر أن القواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي تركز بشكل أساسي على حماية الطرف الضعيف أثناء إبرام التصرفات القانونية وإعادة التوازن العقدي، فهي قواعد لا تستهدف مباشرة تحقيق أهداف اقتصادية معينة، بل تهدف إلى حماية فئات وأطراف في المجتمع يعتبرها المشرع الأضعف في العملية العقدية، والهدف منها هو

¹ حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، 103-106.

² محمد وحيد رضا سوار، المرجع السابق، ص 128.

استعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين نتيجة التعسف الاقتصادي، بحيث يتم ذلك دون استغلال من أي طرف أثناء إبرام التصرفات القانونية.¹

في هذا السياق ينص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 107 من ق م ج على أنه إذا حدثت ظروف استثنائية عامة لم يكن من الممكن توقعها، وأدت إلى أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، رغم عدم استحالة ذلك، أصبح مرهقاً للمدين بشكل يهدده بخسارة كبيرة، فإنه يجوز للقاضي، وفقاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يعدل الالتزام المرهق إلى حد معقول، ويعتبر أي اتفاق يتعارض مع ذلك باطلاً

كما تنص المادة 110 من نفس القانون على أنه إذا تم العقد بطريقة الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية، فإنه يجوز للقاضي تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف منها، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويعتبر أي اتفاق يتعارض مع ذلك باطلاً.

لقد أشار المشرع بوضوح إلى إمكانية تعديل العقد والتخفيف من التزامات المدين أو إعفائه منها، سواء في حالة استحالة الالتزام التعاقدي أو في حالة وجود شروط تعسفية في العقد، وبالتالي فإن كلا من المادة 107 الفقرة الثالثة والمادة 110 من ق م ج تشكلان الإطار الرئيسي لتطبيق النظام العام الحمائي.

ولقد أصدر المشرع الجزائري في هذا الشأن قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03-09 معدل والمتمم، وكذلك القانون رقم 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، حيث عرفت المادة 03 الفقرة الخامسة من هذا القانون الشرط التعسفي بأنه: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ".

¹ أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 346.

خلاصة الفصل الأول:

كان سلطان الإرادة في القانون الروماني محدوداً للغاية، نتيجة للقيود والشكليات المفروضة، حيث كان يتعين صياغة الاتفاقات بين الأفراد في ظروف معينة، ومع ذلك نشأت ردة فعل ضد هذه القيود، مما أدى إلى ظهور رأي يدعو إلى منح الإرادة حرية مطلقة، لكن أنصار هذا المبدأ بالغوا في دعم حرية الإرادة وسلطانها، مما أدى إلى ظهور العديد من المذاهب التي تعارض المذهب الفردي، وفي النهاية برز فريق من المعتدلين الذين ينادون بعدم منح الإرادة حرية كاملة في تحقيق ما ترغب به من آثار، بل يجب أن تكون مقيدة ضمن حدود معقولة.

كما تعتبر فكرة النظام العام من المفاهيم القانونية التي تفتقر إلى الدقة وتتميز بالنسبية، حيث لا توجد قواعد ثابتة تحدها، ويعود ذلك إلى التطور الذي شهدته من حيث مضمونها ومجالها، بالإضافة إلى خصائصها التي تجعلها تتسع أو تضيق وفقاً للأفكار السائدة في المجتمع، فهذه الفكرة تتسع في ظل المذاهب الاشتراكية التي تراعي المصلحة العامة، بينما تضيق في ظل المذاهب الفردية، مما أدى إلى اختلاف الفقهاء في وضع تعريف موحد لها.

لفترة طويلة كان النظام العام يُعتبر وحدة واحدة في نظر الفقه التقليدي، دون تقسيم أو تجزئة، وقد ساعد على ذلك انتشار المذاهب الفردية في القرن التاسع عشر، ومع ظهور المذاهب الاشتراكية، برز النظام العام الحديث نتيجة لتزايد تدخل الدولة في مختلف المجالات التعاقدية، مثل تنظيم العلاقات بين أصحاب الأعمال والعمال، وبين المؤجرين والمستأجرين، والتجار والمستهلكين، بهدف تحديد الأسعار أو حماية الطرف الأضعف، وحتى تجميدها إذا لزم الأمر، كل ذلك للحد من الإفراط في الحرية التعاقدية.

الفصل الثاني: ارتباط فكرة النظام العام بتكوين العقد

تم تنظيم العقد من خلال إصدار قواعد أمرّة، والتي غالباً ما تأتي على حساب القواعد المكملّة، وقد أدى ذلك إلى ظهور وضع جديد أصبحت فيه العديد من العقود مخالفة للنظام العام، وهذا يعزز الحاجة إلى مراجعة هذه القواعد الجديدة للنظام العام، التي تشكل اليوم ما نعرفه بالنظام العام بتنوع أشكاله، حيث اتجهت معظم القوانين إلى تنظيم العقود وفق قواعد وشروط تهدف إلى استقرار الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأخلاقية، ورغم ذلك أصبح الأطراف في العلاقة التعاقدية بعيدين عن المشاركة في تشكيل هذا العقد، مما يمكن وصفه بتحول العقد نحو الموضوعية، والابتعاد عن الذاتية التي كانت تهيمن عليه من خلال مبدأ سلطان الإرادة.¹

سيتم في هذا الفصل مناقشة تدخل النظام العام في مضمون العقد من خلال (المبحث الثاني) ثم تناول تدخل النظام العام في تنظيم شكلية التعاقد في (المبحث الثاني).

المبحث الأول : تدخل النظام العام في مضمون العقد

تظهر فكرة النظام العام في القانون المدني، وخصوصاً في مجال العقود المدنية، حيث تتعلق بعناصر تكوين العقد، وبما أن الإرادة تعد جوهر العقد، فإنه من الضروري أن يتفق الطرفان على التعاقد، إذ يُعتبر التراضي أساس العقد الذي يؤدي إلى إنشاء الالتزام، ومع ذلك فإن معظم الشراح يميلون إلى اعتبار المحل والسبب ركنين أساسيين في العقد، حيث إن عدم توافر شروط أي منهما قد يؤدي إلى بطلان الالتزام وبالتالي بطلان العقد، وعليه سيتم تناول ضوابط النظام العام المتعلقة بالمحل في (المطلب الأول) ثم ضوابط النظام العام المتعلقة بالسبب في (المطلب الثاني).

¹ أبو جعفر عمر منصور، المرجع السابق، ص 692-693.

المطلب الأول : ضوابط النظام العام الخاصة بالمحل

يجب أن يكون محل العقد مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وفي حال انتهاك هذا الشرط، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان العقد وفقاً للمادة 93 من ق م ج، لذا ينبغي تناول الأسس الفقهية لمحل العقد في (الفرع الأول)، ثم دراسة قابلية المحل للتعامل في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التأصيل الفقهي للمحل

لم يقم المشرع الجزائري بتعريف المحل كما فعلت باقي التشريعات المقارنة تاركاً هذه المهمة للفقهاء، كما ظهر جدل بين الفقهاء حول محل الالتزام ومحل العقد.

أولاً: المقصود بالمحل

نستطيع أن نعرف محل الالتزام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله.¹

يرى عبد الرزاق السنهوري أن موضوع الالتزام يمكن أن يتمثل في نقل حق عيني، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام به، وقد جرت العادة على تمييز نقل الحق العيني عن القيام بعمل، رغم أن الالتزام بنقل حق عيني هو في جوهره التزام بعمل، ونظراً لأن هذا الالتزام يُنفذ بمجرد نشوئه، فقد اختلط مفهوم نقل الحق بالحق نفسه، وأصبح من الشائع أن يُعتبر محل الالتزام بنقل حق عيني هو ذلك الحق العيني، ثم حدث خلط آخر عندما تعلق الأمر بحق الملكية، حيث تم دمج حق الملكية مع الشيء الذي يُمارس عليه هذا الحق، مما جعلهما شيئاً واحداً، وبالتالي أصبح الالتزام بنقل الملكية موضوعه هو الشيء ذاته الذي تنتقل ملكيته، ومن الناحية المنطقية كان من الأدق القول إن محل هذا

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 205.

الالتزام هو العمل المتمثل في نقل الملكية، بينما موضوع هذا العمل هو حق الملكية، الذي يُمارس على الشيء الذي اعتاد الناس أن يعتبرونه محل الالتزام، وذلك اختصاراً في التعبير.¹

إن محل الالتزام يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فعلى سبيل المثال التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع يُعتبر التزاماً بعمل، وكذلك التزامه بتسليم الشيء، أما التزامه بعدم التعرض للمشتري فهو التزام بالامتناع عن عمل، ومن الأمثلة على الالتزام بإعطاء أو إنشاء حق عيني، نجد التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، حيث يُعتبر هذا التزاماً بنقل حق عيني، بينما الالتزام بإنشاء حق عيني يمكن أن يتجلى في إنشاء حق الرهن أو حق الارتفاق، كما يمكن أن نرى الالتزام بعمل من خلال التزام ممثل بأداء دور معين، أو التزام مهندس معماري بتقديم تصميمات هندسية لمستشفى، ومن جهة أخرى نجد الالتزام بالامتناع عن عمل، مثل التزام ممثل بعدم التمثيل في فرقة أخرى، أو التزام تاجر بعدم منافسة تاجر آخر، أو التزام شخص اشترى قطعة أرض بعدم البناء عليها.²

كما يجب أن تتوفر في المحل شروط معينة كما نصت عليها المادتان 92 و96 من ق م ج، وهذه الشروط تشمل أن يكون محل الالتزام ممكناً وغير مستحيل، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب.

أما محل العقد، فهو العملية القانونية التي يتفق الطرفان على تحقيقها، مثل البيع والإيجار والتأمين، في حين أن محل الالتزام هو ما يتعهد به المدين، وبالتالي نجد أن محل العقد يتعدد بالالتزامات الناتجة عنه، فعلى سبيل المثال عقد البيع يولد التزامين

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 465.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 205.

أساسيين، الأول على البائع وهو الالتزام بنقل الملكية، والثاني على المشتري وهو الالتزام بدفع الثمن، لذا فإن محل عقد البيع هو البيع والثمن.¹

غالباً ما يحدث خلط بين محل العقد وموضوعه، حيث أن محل العقد هو في الواقع محل الالتزام، بينما موضوع العقد يتعلق بحكمه الأصلي، مثل نقل الملكية في عقد البيع. الحكم الأصلي في العقد يمثل الغاية الأساسية المقصودة منه، والتي تم إنشاء العقد من أجلها، مما يوضح الفرق بين المحل والموضوع بشكل جلي.²

كما تنص المادة 186 من ق م ع ل: " إن الموضوع الحقيقي لكل عقد هو إنشاء الموجبات، على أن هذا الغرض لا ينال إلا إذا كان للموجبات نفسها مواضيع توافرت فيها بعض الصفات"، يمكن ملاحظة أن المشرع اللبناني استخدم مصطلح "الموضوع" بدلاً من "المحل"، وبالتالي لا يوجد أي لبس في هذا السياق.

ثانياً: الجدل الفقهي بين محل العقد ومحل الالتزام

أثار ركن المحل بعض التساؤلات الفقهية حول ما إذا كان يتعلق بمحل الالتزام أو بمحل العقد، حيث يُعتبر كل منهما عنصراً مستقلاً عن الآخر، أو أن المحل يرتبط بالالتزام فقط دون العقد، وبالتالي قد يكون الأمر مجرد نقص في دقة التعبير، ويتضح من أحكام القانون المدني أن المشرع الجزائري أشار في النصوص المتعلقة بمحل العقد، الذي يُعتبر الركن الثاني في العقد، إلى محل الالتزام، حيث تنص المادة 92 من ق م ج على أنه: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً محققاً غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان ذلك برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 205.

² معروف عريبي محمد، نظرية محل العقد بين الشريعة والقانون، دبلوم الدراسات العليا، الجزائر، 1974، ص 13.

تناولت المادة 92 في الفقرة الأولى مفهوم محل الالتزام، أي ما يتعهد به المدين، بينما تناولت في الفقرة الثانية العملية القانونية المتعلقة بتعامل في شركة شخص على قيد الحياة.

انقسم الفقهاء حول هذه المسألة، حيث يرى فريق ضرورة التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام، بينما يعتقد فريق آخر أن الأهمية تكمن في محل الالتزام وليس في محل العقد، يدعم أصحاب الرأي الأول وجهة نظرهم بالاختلافات في الأحكام التي يخضع لها كل من محل الالتزام ومحل العقد، فقد يكون محل الالتزام صحيحاً في حد ذاته، بينما يكون العقد باطلاً، كما في حالة التعامل في شركة شخص حي، حيث إن نقل حقوق مستقبلية يعد مشروعاً، لكن التعامل في شركة شخص حي يعد غير مشروع، كما تمنع المادة 402 من ق م ج على شراء الحقوق المتنازل عنها من قبل القضاة والمحامين والموتقين وكتاب الضبط إذا كان النزاع ضمن اختصاص المحكمة التي يعملون فيها.

كذلك تمنع المادة 403 من قانون المعاملات المحامين من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع عليها، سواء كان ذلك بأسمائهم أو بأسماء مستعارة، إذا كانوا هم من تولوا الدفاع عنها، وإلا فإن المعاملة تكون باطلة، يتضح من هذه الأمثلة أن محل الالتزام، المتمثل في "نقل الحقوق"، هو أمر مشروع، لكن العملية القانونية المتعلقة بالحقوق المتنازع عليها هي أمور غير مشروعة.

يعتقد أنصار الرأي الأول أن محل العقد هو نفسه محل الالتزام الرئيسي الذي ينشئه، ويقوم بعضهم بتمييز ثلاثة عناصر، محل العقد الذي يتمثل في العملية القانونية التي يتفق عليها الطرفان مثل البيع أو إنشاء شركة أو إنهاء دين محل الالتزام، الذي يتضمن الأداء الذي يتعهد به المدين، سواء كان التزاماً بمنح شيء أو الامتناع عن فعل شيء؛ ومحل الأداء، الذي يتمثل في الشيء أو العمل المتعهد به، بناءً على ذلك قاموا بتصنيف العقود وفقاً لوظيفتها الاقتصادية إلى عقود ناقلة للحقوق أو الأموال، وعقود تتعلق باستعمال

الشيء أو الانتفاع به، وعقود خاصة بالنشاط البشري (خدمة، عمل، امتناع)، وعقود إطار وعقود منظمة.

أما الرأي الثاني والذي يعتبر الرأي الراجح، فيرى أن العبرة تكون بمحل الالتزام، لأن العقد في حقيقته ليس له محل، بل يترتب عليه آثار تتمثل في إنشاء الالتزامات، وهذه الأخيرة هي التي لها محل، كما يقول معروف عريبي محمد: "المحل باعتباره الشيء الذي يلتزم المدين القيام به يمثل ركناً في الالتزام لا في العقد، ومع ذلك فهو ليس غريباً عن العقد، إذ يعتبر في نفس الوقت محلاً غير مباشر للعقد الذي يولده"، وبالتالي فإن استخدام مصطلح "محل العقد" يعد غير دقيق، إذ أن المقصود به في الواقع هو محل الالتزام الناشئ عن العقد.¹

في الواقع يُعتبر المحل عنصراً أساسياً في الالتزام، وعاملاً غير مباشر في العقد، ذلك لأن الإرادة التي تسعى إلى إبرام العقد تكون دائماً واضحة بشأن المحل، أو لأن العملية القانونية هي التي تخلق الالتزام، وبناءً على ذلك يمكن القول أن محل الالتزام هو في الوقت نفسه محل العقد بطريقة غير مباشرة.²

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 69.

² أحمد شكري السباعي، المرجع السابق، ص 152.

الفرع الثاني: قابلية المحل للتعامل

يعود عدم قابلية المحل للتعامل إلى عدة أسباب، منها طبيعة المحل، حيث يمكن أن يكون الشيء غير قابل للتعامل أو خارج نطاق التعامل أو الغرض الذي خصص له، أو مخالفته لنص قانوني أو للنظام العام أو للأداب العامة.

أولاً: الأشياء غير القابلة للتعامل بطبيعتها

يعتبر محل الالتزام غير مشروع إذا كان الشيء الذي يُعقد عليه الحق غير قابل للتداول، أو لا يصلح لأن يكون موضوعاً للتعاقد بطبيعته، مما يمنع أي شخص من استئثار بحيازته، وقد نصت المادة 682 من ق م ج على أن كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يمكن أن يكون محلاً للحقوق المالية، كما أوضحت الفقرة الثانية من نفس المادة أن الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي تلك التي لا يمكن لأحد أن يستأثر بحيازتها، بينما الأشياء الخارجة بحكم القانون هي التي يسمح القانون بأن تكون محلاً للحقوق المالية، وبالتالي تُعتبر الأشياء خارجة عن نطاق التعامل عندما يتعذر حيازتها، مثل أشعة الشمس أو الهواء أو ماء البحر، حيث أنها أشياء غير قابلة للتملك ولا يجوز التعاقد عليها، والمقصود هنا هو عدم قابلية التعامل مع الشيء ككل، مما يعني أن طبيعة هذه الأشياء لا تجعلها مناسبة لتكون محلاً لحق خاص.¹

الجدير بالذكر أن الأشياء التي لا يمكن التعامل بها بطبيعتها تُعتبر مستحيلة، ولكن إذا زالت هذه الاستحالة وأصبح الفرد قادراً على السيطرة على الشيء، كالحيوانات البرية أو الطيور الحرة بعد اصطيادها، فإنها تصبح قابلة للتداول، ويكون محل العقد مشروعاً.²

¹ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 694.

² عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 487.

ثانياً: الأشياء غير القابلة للتعامل بحكم القانون

يعتبر محل الالتزام غير مشروع إذا كان محظوراً بموجب القانون، وذلك لمخالفته للنظام العام، على الرغم من أن هذا المحل يمكن حيازته والتعامل فيه من حيث طبيعته، إلا أن القانون يمنع ذلك لأسباب تتعلق بالأخلاق أو مقتضيات النظام العام أو المنفعة العامة أو لأسباب أخرى.

كما أن الأخلاق تمنع التعامل في جسم الإنسان وحياته وصحته، حيث تُعتبر هذه الأمور مقدسة ولا يجوز بيعها أو شراؤها أو تملكها، وهذا هو السبب من وراء حظر التعامل في الأعضاء والأنسجة البشرية، إذ إن القيم الإنسانية أعلى وأهم من أن تُقاس بمقياس مادي، لذلك يُعتبر التبرع بالدم أو بعض الأعضاء البشرية مثل الكلية أو قرنية العين أمراً مباحاً، بينما يُحظر التعامل فيها مقابل مادي.

وفي هذا الصدد جرم المشرع الجزائري في قانون الصحة كل فعل يمس جسم الإنسان، حيث نصت المادة 430 من قانون الصحة على أنه: " يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها طبقاً لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات "، كما نصت المادة 341 على أنه: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من هذا القانون، المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، طبقاً لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات " ¹.

¹ القانون رقم 18-11 المؤرخ 2018/07/02، المتعلق بالصحة المعدل، ج ر، ع 46، المؤرخة في 2018/07/29.

بالرجوع إلى القانون العقوبات فقد نص المشرع من خلال المادة 303 مكرر 16 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها"، ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: " تطبق نفس العقوبة على من يتوسط قصد التشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص ".

كما نصت المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ".

لا يُسمح أيضاً التعامل في الأملاك الوطنية، حيث شهد هذا النظام القانوني عدة مراحل، وذلك بسبب الارتباط الوثيق بين نظام الملكية بشكل عام والنظام السياسي والاقتصادي السائد، فقد اعتمد المشرع في البداية على فكرة وحدة الأملاك العامة، نظراً لأن الدولة كانت تتبنى النظام الاشتراكي الذي يتدخل في جميع المجالات، وبالتالي لم يكن هناك مجال لتطبيق النظرية التقليدية التي كانت تعزز ازدواجية الأملاك، والتي تم استبعادها صراحة بموجب القانون 84-16.¹

جاء دستور 1989 ليعيد تأكيد النظرية التقليدية التي تميز بين الأملاك العمومية، التي تهدف إلى خدمة المصلحة العامة، والأملاك الخاصة التي تمتلكها الدولة والجماعات

¹ القانون 84-16 المؤرخ في 30/06/1984 المتعلق بالأملاك الوطنية، ج ر، ع 27، المؤرخة في 03/06/1984، الملغى.

الإقليمية، وبناءً على ذلك فإن هاتين الملكيتين تخضعان لحمايات وأنظمة قانونية مختلفة، وذلك وفقاً للمادتين 17 و18 من دستور 1989، كما تم إصدار قانون التوجيه العقاري رقم 90-90-25، الذي عزز هذه المبادئ في المواد 24 و25 و26، تلاه صدور قانون الأملاك الوطنية رقم 90-30 الذي حدد الأملاك الوطنية ونظامها.²

قد تستدعي المصلحة العامة أيضاً حظر التعامل في الممتلكات التي تتدرج ضمن الأملاك العامة، والتي يُستخدم فيها بشكل جماعي مثل الطرقات والجسور والسكك الحديدية، وهذا ما نص عليه القانون 90-30 المؤرخ في 14/12/1990، الذي يتضمن قانون الأملاك الوطنية.

يميز القانون 90-30 بين الأملاك العمومية والأملاك الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، حيث تُستثنى الأملاك العمومية من التمليك بحكم طبيعتها أو غرضها، ولا يمكن التصرف فيها أو كسبها بالتقادم، كما لا يمكن الحجز عليها، وقد نصت المادة 21 من هذا القانون على تعريف الأملاك بأنها: "الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والمخصصة تحت تصرف الجمهور، سواء بشكل مباشر أو من خلال مرفق عام....".

تشمل الأملاك الطبيعية ما ورد في المادة 15 من نفس القانون، حيث تنص على أن: "شواطئ البحر، قاع البحر الإقليمي وما يحتويه، المياه البحرية الداخلية، مناطق الطرح والمحاسرة... المجال الجوي الإقليمي، الثروات والموارد الطبيعية السطحية والجوفية... المحروقات"، أما بالنسبة للأملاك العمومية الاصطناعية، فقد أشارت المادة 16 إلى أن:

¹ القانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر، ع 49، المؤرخة في 18/11/1990.

² القانون 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل، ج ر، ع 52، المؤرخة في 02/12/1990.

"... السكك الحديدية وما يتصل بها من مرافق ضرورية لاستغلالها، الموانئ المدنية والعسكرية،... المطارات المدنية والعسكرية، الطرق العادية والسريعة... المنشآت الفنية الكبرى... الآثار العامة والمتاحف والأماكن الأثرية، الحدائق المهيأة، والبساتين العامة...".

وفقاً للمادة 689 من ق م ج، يُمنع التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو اكتساب ملكيتها بالتقادم، وتُعرف أموال الدولة وفقاً للمادة 688 من القانون المدني، بأنها العقارات والمنقولات التي تُخصص فعلياً أو بموجب نص قانوني لمصلحة عامة، أو لإدارة أو مؤسسة عمومية، أو هيئة ذات طابع إداري، أو مؤسسة اشتراكية، أو وحدة مسيرة ذاتياً، أو تعاونية ضمن نطاق الثورة الزراعية، وتُعتبر المنفعة العامة معياراً لتحديد الأملاك العمومية التي تخرج عن نطاق التعامل، كما أن الأشياء التي تُعتبر جزءاً من السلطة العمومية، مثل الوظائف العامة وحق التصويت، تُعد أيضاً خارجة عن نطاق التعامل.

بالإضافة إلى ذلك تُعتبر الأراضي التي تم تأميمها وإدماجها ضمن الصندوق الوطني للثورة الزراعية من الأملاك العمومية، ولا يمكن حيازتها أو اكتساب ملكيتها بالتقادم.¹

مع ذلك يُسمح للأفراد، بموجب ترخيص خاص من الدولة، باستئجار بعض الأماكن، بشرط ألا يتعارض ذلك مع الغرض المخصص لها، وهو تقديم خدمة للمجتمع، ومن الأمثلة على ذلك استئجار الأسواق العمومية والمقاهي في محطات النقل البري أو السكك الحديدية، أو إقامة حمام على الشواطئ.²

¹ قرار المحكمة العليا الغرفة العقارية 2002، ع 1، ص 275.

² إبراهيم عبد العزيز شيخا، الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة، الجز الأول، الأموال العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 558 .

كما لا يُسمح أيضاً بالتصرف في الأملاك الوقفية بعد إنشائها، حيث تصبح غير قابلة للتملك ولا يمكن إجراء أي تصرفات عليها، مثل البيع أو الهبة أو القسمة. ومع ذلك، يمكن تأجيرها. كما لا يجوز أن تكون الأملاك العقارية موضوع قسمة، ولا يُسمح بتحرير عقد مشهر على أرض وقفية بهدف تملكها.¹

ثالثاً: مطابقة المحل للنظام العام والآداب العامة

إن دراسة مشروعية محل الالتزام في تنفيذ عمل أو الامتناع عن القيام به تتم وفقاً لمتطلبات النظام العام والآداب العامة، كما يجب أن يكون محل الالتزام مشروعاً، ولا يتعارض مع قواعد النظام العام وحسن العامة.

على سبيل المثال عقد الإيجار الذي يُستخدم لتأجير منزل لممارسة الدعارة يُعتبر غير قانوني، حيث يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 97 من ق م ج: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً ".

يعتبر المحل غير صالح للتعامل إذا كانت طبيعته تتعارض مع الغرض المخصص له، وما يهمنا هنا هو أن الالتزام الذي يتعارض مع النظام العام يُعتبر غير مشروع، مما يحظر التعامل به، وعدم المشروعية قد يكون ناتجاً عن مخالفة النظام العام أو الآداب العامة، أو قد يكون منصوفاً عليه بشكل صريح، فالنصوص التي تمنع الشخص من التنازل عن أهليته، أو تعديل أحكامها، أو تحظر التعامل في المخدرات أو في تركة مستقبلية، تمس النظام العام، وبالتالي فإن محلها يُعتبر غير مشروع.²

¹ قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية 2010، ع 2، ص 151.

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع لسابق، ص 80.

عند الالتزام بتقديم شيء، يجب أن يكون هذا الشيء قابلاً للتعامل إذا كان المحل يتعلق بعمل أو امتناع عن عمل، فيجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع مشروعاً في الحالتين، يتعين النظر إلى مشروعية المحل، أي عدم مخالفته للنظام العام، وبناءً على ذلك، فإن القانون عند تنفيذ العقد هو الذي يحدد شروط المحل مثل الوجود والإمكان والتعيين أو القابلية للتعيين، وهو الجهة الوحيدة المخولة بتحديد مشروعية المحل، وتوضيح ما إذا كان النشاط الذي يمارسه الشخص مسموحاً به أم لا.

كل ما سبق يُعتبر مخالفاً للنظام العام، مما يوضح أن النظام العام وُجد للحد من مبدأ سلطان الإرادة في حال مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وهذا يتم من خلال تدخل المشرع وفق قواعد توجيهية أو حمائية والتي تهدف أساساً إلى حماية كيان الجماعة وأسسها الجوهرية.

المطلب الثاني: ضوابط النظام العام الخاصة بالسبب

الأصل أنه يجب أن يتوفر لكل التزام عقدي سبب مشروع، وسبب الالتزام كملءه، يجب أن يكون موجودا ومشروعا وإلا كان ذلك الالتزام باطلا¹، ويظهر جليا أن فكرة السبب قد ارتبطت بشكل وثيق بالإرادة ودورها في تكوين العقد، فلم يكن للسبب أهمية تذكر في المراحل التي تميزت بالشكلية المطلقة، وبالمقابل بدأت تظهر أهميته بظهور الإرادة وانحسار الشكلية.²

في هذا السياق سنقوم بدراسة نشأة السبب في (الفرع الأول) ثم نتناول مشروعية السبب في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نشأة نظرية السبب

ترتبط فكرة السبب بالقانون الروماني في مراحل متأخرة من تطوره، حيث كانت العقود في بداياتها تخضع للشكلية، ولم يكن للسبب دور في نظرية الالتزام، ومع ظهور العقود الرضائية مثل البيع والإيجار والوكالة والشراكة، أدرك الرومان ضرورة تقييد الإرادة في إبرام هذه العقود بسبب مشروع، ومع ذلك كان السبب الذي اعتبره فقهاء الرومان هو الغرض القريب والمباشر، دون الالتفات إلى الأسباب البعيدة أو غير المباشرة، وقد أدى ذلك إلى تصور فقهاء الرومان أن السبب في العقود الملزمة لجانبين، مثل البيع، هو التزام كل طرف تجاه الآخر؛ فالسبب في التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن، والعكس صحيح.³

¹ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 696.

² درماش بن عزوز، نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث، ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006، ص 6.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 218.

انتقلت فكرة السبب من الرومان إلى فقهاء القانون الكنسي، الذين قاموا بتوسيعها لتشمل جميع العقود، حيث تعمقوا في مفهوم السبب وجعلوه يتجاوز الغرض المباشر الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه إلى الدافع الذي دفعه للتعاقد.¹

كما استبدل فقهاء الكنيسة السبب بالشكل، معترفين بالإرادة كعنصر أساسي في تكوين العقد وإنشاء الالتزام، وفي نظرهم لا يكون العقد صحيحاً إلا إذا أعلن الواعد عن قصده، مما يمنح هذا القصد الداخلي قوة لالتزامه حتى وإن لم يتخذ إحدى صور العقود التقليدية، بشرط أن يكون معقولاً، وقد أوضح الفقهاء الكنسيون معالم فكرة السبب كنظرية شخصية ذات طابع اجتماعي، حيث تعكس الشخصية الباعث الشخصي الذي وجه الإرادة نحو التعاقد، والذي يختلف من متعاقد لآخر، أما الطابع الاجتماعي فيعود إلى ضرورة مشروعية السبب.²

بعد هذه النظرة التاريخية حول السبب في القانون الروماني والكنسي، ينبغي الانتقال إلى مناقشة ركن السبب في النظرية التقليدية والحديثة.

أولاً: النظرية التقليدية في سبب

ابتداءً من القرن التاسع عشر، استلهم الفقهاء الفرنسيون القداماء مفهوم السبب كما تم تصوره من قبل البريتور الروماني، حيث اعتبروه الغرض القريب والمباشر الذي يسعى الملتزم لتحقيقه من خلال التزامه، دون التعمق في استكشاف الدوافع البعيدة التي أدت إلى ذلك، وكان الفقيه "Domat" من أوائل من تناولوا هذا المفهوم، حيث استلهم "Poitiers" فكرة السبب من "Domat"، ومن هذين الفقيهين انتقلت هذه الفكرة إلى التقنين المدني الفرنسي الذي صدر في عام 1804، وتحديداً في المواد 1108 و 1131 و 1133، بعد

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 218.

² جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 293.

ذلك قام شراح القانون الفرنسي القديم، وخاصة "Domat"، بتطوير هذه الفكرة حتى أطلقوا عليها اسم النظرية التقليدية.¹

تقوم النظرية التقليدية على أساس أن سبب الالتزام هو ما يتعلق بالغرض المباشر الذي يسعى الملتزم لتحقيقه من خلال التزامه، وليس سبب العقد، كما أنها تميز بين الغرض المباشر الذي يسعى الملتزم لتحقيقه، وبين الأغراض الأخرى التي قد تدفعه إلى الالتزام.²

يتضح مما سبق أن النظرية التقليدية تركز على التمييز بين الغرض المباشر القريب الذي يسعى الملتزم لتحقيقه من خلال قبوله الالتزام، وبين الأغراض الأخرى البعيدة أو غير المباشرة، حيث تقتصر على المعنى الأول فقط، وهذا ما يُعرف بسبب الالتزام، بينما تعتبر الأغراض الأخرى مجرد دوافع تدفع الملتزم إلى قبول الالتزام، على سبيل المثال في عقد البيع، نجد أن الغرض المباشر الذي يسعى البائع لتحقيقه من العقد والذي كان سبباً لالتزامه بتسليم المبيع إلى المشتري، هو الحصول على الثمن، أما بالنسبة للمشتري، فإن الغرض المباشر من دفع الثمن هو امتلاك المبيع، ومع ذلك فإن الدوافع التي دفعت البائع إلى قبول الالتزام تختلف من شخص لآخر ومن حالة لأخرى، فقد يكون هدف البائع هو استغلال الثمن لشراء شيء آخر، أو القيام برحلة، أو العلاج، أو الإنفاق على أسرته، أو التجارة بالثمن، وغيرها من الأغراض التي لا حصر لها.³

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 219.

² عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ص 577.

³ جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 297.

تعتبر النظرية التقليدية أن السبب القصدي، أي الغرض المباشر الذي يسعى إليه المتعاقد، هو أساس الالتزام في العقد، وتؤكد هذه النظرية أن السبب هو عنصر موضوعي لا يتأثر بنوايا الأطراف، حيث يكون السبب في عقد البيع هو الحصول على ثمن المبيع، بغض النظر عن نية البائع أثناء عملية البيع، إذ يتعلق السبب بموضوع العقد نفسه ولا يرتبط بشخصية المتعاقدين.¹

كما يُعتبر السبب عنصراً داخلياً، أي أنه موجود ضمن العقد ذاته، ولا يُبحث عنه خارج نطاقه، على عكس الباعث الذي يُعتبر عاملاً خارجياً، فعلى سبيل المثال الحصول على الثمن الذي يسعى البائع لتحقيقه من خلال عقد البيع هو جزء من العقد نفسه، بينما الرغبة في استثمار هذا الثمن أو إنفاقه في القمار تُعتبر خارج نطاق العقد.²

وبما أن السبب القصدي الذي تتبناه النظرية التقليدية هو سبب ثابت لا يتغير في العقود المتشابهة، فإن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر، وذلك في جميع أنواع العقود دون تمييز³، كما تحدد النظرية التقليدية أنواع العقود بناءً على اختلاف الأسباب، وتوضح السبب في كل نوع منها، ومن أبرز هذه الأنواع العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين، ففي العقود الملزمة لجانب واحد، إذا كان العقد رضائياً مثل الوعد بالبيع، فإن سبب التزام المتعاقد هو الوفاء بالتزام سابق ناتج عن الوعد، وهو إتمام العقد الموعود به، أما في العقود الملزمة لجانبين، فإن النظرية التقليدية تعتبر أن سبب التزام المتعاقد الأول هو محل التزام المتعاقد الثاني، والعكس صحيح،

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 262.

² جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 298.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 220.

حيث يكون سبب التزام البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه.¹

من المعروف أن العقود العينية تتطلب التسليم لتكون صحيحة، مثل القرض والوديعة والعارية، وبالتالي لا يُعتبر العقد مُعقداً بمجرد تطابق الإرادتين، بل يجب أن يتم تسليم الشيء، كما أن سبب التزام المستعير برد الشيء المستعار هو تسلمه لهذا الشيء من المعير، وسبب التزام المقترض برد مبلغ القرض هو استلامه المسبق لمبلغ القرض، وينطبق الأمر نفسه على الوديعة، حيث يكون سبب التزام المودع لديه برد الشيء هو تسلمه المسبق للوديعة، وتجدر الإشارة إلى أن عملية التسليم تُعتبر ركناً أساسياً في العقد، ويكون سبب التزام المتعاقد هو الاستلام المسبق للشيء.²

على الرغم من النجاح الكبير الذي حققته النظرية التقليدية وتبنيها من قبل معظم الفقهاء في القرن التاسع عشر، بدأت تظهر انتقادات ضد هذه النظرية وعناصرها، مما شكل نواة لظهور فقه مضاد للسببية، حيث اعتبر زعماء هذا التيار أن السبب بالمفهوم التقليدي هو عنصر غير ذي جدوى وغير صحيح، ورغم أن هذا التوجه لم يؤثر بشكل كبير على التشريع والقضاء، إلا أنه ساهم بشكل فعال في إعادة صياغة النظرية التقليدية، مما أتاح حصر مفهوم السبب وتطويره من خلال التعديلات التي أقرها السببيون الجدد، وعلى رأسهم "Capitaine".³

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الأول، 1984، ص 435.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 260.

³ درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 29.

يتلخص النقد الموجه إلى العقود الملزمة للجانبين في أن التزام أحد المتعاقدين يعتمد على التزام المتعاقد الآخر، مما يستلزم أن يسبق أحد الالتزامين الآخر، وهو أمر غير منطقي، إذ أن نشوء الالتزامين يحدث بشكل متزامن، كما أنه لا يمكن أن يسبق الأثر أو المسبب سببه في الوجود، وبالتالي يجب أن يكون التزام أحد المتعاقدين غير مرتبط بالتزام المتعاقد الآخر، إلا إذا كان قد سبق في الوجود، إن التزام المترامن بين الطرفين يتعارض مع ما تذهب إليه النظرية التقليدية، التي تفترض أن كل التزام هو نتيجة لالتزام آخر، وإلا فلن يمكن لأي منهما أن ينشأ.¹

يرى مؤيدو النظرية التقليدية أن السبب في عقود التبرع هو نية المتبرع، مما يستدعي الاعتراف بأمرين، إما أن تكون نية التبرع هي الدافع، مما يعني عدم إمكانية فصل النية عن الدوافع التي أدت إليها، وهو ما يعتبر خلطاً بين السبب والدافع، وهو ما يرفضه الفقيه "Domat"، أو أن تفصل النية عن الدوافع، ليكون سبب الالتزام بالتبرع هو إرادة المتبرع، أي أن المتبرع يلتزم بالتبرع لأنه أراد ذلك، وهو ما يعتبر غير صحيح.²

كما يعتقد مؤيدو النظرية التقليدية أن السبب في العقود العينية هو التسليم، لكن معارضي هذه النظرية ينتقدون ذلك بالقول إن التسليم هو شرط لقيام العقد العيني³، مما يؤدي إلى خلط بين سبب الالتزام ومصدره، فسبب التزام المستعير هو الاستلام المسبق للشيء المستعار، وهو في الوقت نفسه شرط لانعقاد العقد، وبالتالي يعتبر الاستلام في هذا السياق سبباً لالتزام المستعير، وهو أيضاً ركن من أركان العقد، مما يؤدي إلى الخلط بين السبب كغرض مباشر والسبب المنشئ.⁴

¹ Jacques Flour , Jean Luc Aubert, Eric Savaux : Les obligation N 1, 9 éme édition, Dalloz, Paris, 2000, p 180.

² حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة، بيروت، 1982، ص 81.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 224.

⁴ علي فيلال، المرجع السابق، ص 264.

دافع الفقيه الفرنسي "Capitaine" عن النظرية التقليدية ورد على الانتقادات السابقة، حيث اعتبر أن النقد الموجه يعتمد على مغالطة، إذ إن المقصود بالسبب هو الغرض المباشر المراد تحقيقه، وليس السبب المنشئ كما يفهمه معارضو هذه النظرية، فالسبب في العقد الملزم للجانبين هو التنفيذ المقابل وليس الالتزام المقابل، وهو ركن من أركان العقد، ولا يوجد ما يمنع أن يكون الالتزامان المتقابلان سبباً لأحدهما الآخر بهذا المعنى، وأنهما ينشآن في نفس الوقت، فالبائع يلتزم بنقل ملكية الشيء لأنه يرغب في الحصول على الثمن، بينما يلتزم المشتري بدفع الثمن لأنه يريد الحصول على المبيع.¹

كما حاول "Capitaine" الرد على النقد الموجه حول الخلط بين نية التبرع والرضا، حيث أكد أن نية المتبرع تتكون من عنصرين، الأول هو إرادة المتعاقد في الالتزام، وهو ركن الرضا، والثاني هو نية التبرع، أي اتجاه إرادته نحو الالتزام دون مقابل، وهو ركن السبب، والدليل على ذلك هو إمكانية وجود العنصر الأول دون الثاني، كما في حالة توقيع شخص على سند دين لشخص آخر ثم إثبات عدم وجود هذا الدين، مما يعني إثبات صورية السبب، في هذه الحالة يكون عنصر الرضا موجوداً، ويمكن للمستفيد من السند إثبات نية التبرع لدى من وقع السند للحصول على قيمته، وإذا لم يتمكن من إثبات ذلك، فإن الالتزام يكون غير موجود لعدم وجود السبب.²

بناءً على نظرية السبب، يكون الالتزام باطلاً إذا لم يكن له سبب، لأن السبب يعد ركناً أساسياً في الالتزام لا يمكن الاستغناء عنه، أو إذا كان السبب غير مشروع، حيث لا يُعتبر السبب غير المشروع في نظر القانون.³

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 265.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 224.

³ جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 298.

ثانياً: النظرية الحديثة في السبب

لم تقتصر النظرية الحديثة للسبب على السبب القصدي، الذي يفهم على أنه الغرض المباشر الذي دفع المتعاقد إلى قبول الالتزام، بل تجاوزت ذلك لتشمل أغراضاً أخرى، بما في ذلك الدوافع التي أدت إلى التعاقد، شريطة أن تكون مرتبطة بالمتعاقد الآخر، بمعنى أن يكون هذا الأخير على علم بها أو على الأقل قادراً على معرفتها.¹

أصبح التركيز الآن على سبب العقد بدلاً من سبب الالتزام، حيث يُعتبر الدافع هو السبب، وليس الغرض المباشر، حيث يتمثل السبب في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت الأطراف إلى إبرام العقد، وهي المبررات التي كانت وراء قرارهم القوي على تنفيذ العملية العقدية، تختلف هذه الدوافع من شخص لآخر، وقد تتنوع من حيث الأهمية، لذا فإن العبرة تكون بالدافع الرئيسي وليس الثانوي، ولا يُعتد إلا بالبائع الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد.²

من بين الفقهاء الذين توسعوا في تحديد مفهوم الباعث، نجد الفقيه "Josserand"، الذي يعتبر أن السبب هو الغرض النهائي البعيد الذي يأتي بعد التعاقد، ويسميه "الغائي"، ويعتقد أن هذا الغرض هو الذي يُنتج الالتزامات، حيث يرى أن الملتزم لا يلتزم إلا لتحقيق غاية معينة، وهذه الغاية لا تتحقق إلا بعد إبرام العقد، فعلى سبيل المثال إذا كان هناك شخص يشعر بالمعاناة لأحد أقاربه، فإن هذه المعاناة تمثل سبباً سابقاً على التعاقد، لكنها تدفعه للتعاقد من خلال تقديم هبة لهذا القريب، وعند لحظة إبرام العقد، لا يتجلى من الأسباب سوى نية التبرع، وهذه النية تُعتبر سبباً مصاحباً للعقد.³

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 227.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 268.

³ درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 37.

الفرع الثاني: مشروعية السبب

ترتبط فكرة المشروعية بمفهوم النظام العام الذي يؤثر على مفهوم السبب، سواء كان هذا النظام توجيهياً أو حمائياً، إذ أن النصوص القانونية الملزمة التي وضعتها التشريعات تفرض ضرورة وجود سبب مشروع، مما يسهم في تحقيق التوازن في العملية التعاقدية ويقرب الالتزامات بين الأطراف المعنية، وهذا يتجاوز الفكرة التقليدية التي كانت تميز بين طرف قوي وآخر ضعيف في هذه العملية، حيث يتدخل النظام العام بشكل واضح في تحديد مفهوم السبب من حيث مشروعيته، مما يترك تأثيره بشكل مباشر أو غير مباشر على مفهوم العقد، فالهدف من ذلك هو أن يؤدي العقد وظيفته الاجتماعية والأخلاقية من خلال التبادلات التعاقدية بين الأفراد، ويساهم في تعزيز الاقتصاد الوطني، لذا أصبح العقد يُنظر إليه ككيان اجتماعي بدلاً من كونه مجرد بناء فردي، مما يمنحه وظيفة اجتماعية واقتصادية يسعى لتحقيقها من خلال مشروعية سببه وعدم تعارضه مع النظام العام.¹

ولقد لُقد نص المشرع الجزائري على مشروعية السبب في المادتين 97 و98 من ق م، حيث تنص المادة 97 م. ج على أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً " .

كما تنص المادة 98 من ق م ج على أنه: " كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. "

يُعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يُثبت دليل على خلاف ذلك، فإذا وُجد دليل يُظهر صورية السبب، فإن من يدعي وجود سبب آخر مشروع للالتزام يتعين عليه إثبات ما يدعيه.

¹ أبو جعفر عمر المنصوري، المرجع السابق، ص 697-698.

يتضح من المواد في الجزائر أن الأهمية تكمن في مشروعية السبب وليس في وجوده، وهو الموقف الذي كان يتماشى مع السياق القانوني والاجتماعي والاقتصادي السائد عند إصدار القانون المدني، ففي عام 1975 كانت الجزائر تسعى لبناء مجتمع اشتراكي، حيث تولت الدولة مسؤولية جميع مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وأصدرت عدة قوانين لتحقيق هذا الهدف، وبالتالي أصبحت مراقبة المعاملات ضرورة ملحة لضمان عدم الإخلال بالنظام الاقتصادي والاجتماعي، وقد أُلزم القضاة بالدفاع عن الثورة الاشتراكية من خلال مراقبة المعاملات وفهم النوايا الحقيقية للمتعاقدين، أي الدوافع الأساسية التي أدت إلى إبرام العقد، وهذا يتماشى أيضاً مع التطورات التي شهدتها القانون المدني، خاصة بعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة، والحقيقة أن النظرية الحديثة للسبب تتماشى أيضاً مع مفهوم الدولة المتدخلة حتى وإن كانت تستند إلى الاقتصاد الحر.¹

تجدر الإشارة إلى أن هذين النصين من القانون المدني الجزائري يعتمدان على السبب ويعتبرانه عنصراً جوهرياً في التعاقد، كما هو الحال في القوانين اللاتينية، فإذا كان السبب مفقوداً أو غير مشروع، فإن العقد يُعتبر باطلاً، ويُعرف هذا البطلان في الفقه بالبطلان المطلق، كما يتضح أن القانون المدني الجزائري يتبنى النظرية الحديثة للسبب، بمعنى أنه يأخذ بعين الاعتبار الباعث الدافع مع الأخذ أيضاً بالسبب القسدي، إذ لا يمكن تصور التزام المتعاقد بدون سبب، ما يشير إلى ذلك هو العبارة "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف"، حيث يتضح أيضاً أن الالتزام يجب أن يكون له سبب، ويجب أن يكون هذا السبب مشروعاً.²

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 272.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 223.

إذا كان الدافع الذي جعل المستأجر يستأجر الشقة هو رغبته في استخدامها كبيت للقمار أو كمخزن لإخفاء أشياء مسروقة أو مهربة من الجمارك، فإن سبب عقد الإيجار يعد مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي يكون غير مشروع، وكذلك إذا كان الدافع الذي دفع الواهب إلى إبرام عقد هبة لامرأة هو رغبته في إقامة علاقة خارج إطار الزواج، فإن سبب هذه الهبة يعتبر غير مشروع أيضاً.¹

يتطلب الأمر أيضاً مراقبة مشروعية المعاملات دون النظر إلى وجود السبب، حيث يُعتبر الغلط في هذه الحالة هو الغلط في الباعث، ولما كان الباعث لا يمكن أن ينعقد، فإن الغلط فيه لا يُعتمد به إلا إذا كان له صلة جوهرية بالشئ، كما في حالة شراء لوحة فنية على أنها لرسام مشهور ثم يتضح أنها ليست كذلك، أو إذا كان الغلط في الباعث متصلاً بصفة جوهرية في الشخص المتعاقد، في مثل هذه الحالة ينبغي تجنب الغلط في تحديد السبب ضمن إطار نظرية السبب.²

عند الرجوع إلى النص الفرنسي للقانون المدني الجزائري، وإلى التعبير المستعمل في المادتين، نجد أن المادة 97 تشترط وجود السبب والمشروعية، مما يدل على أن المشرع اعتمد ازدواجية السبب، حيث لم يتخل عن النظرية التقليدية باشتراطه وجود السبب، وفي الوقت نفسه أخذ بالنظرية الحديثة بمطالبتة بمشروعية السبب، كما أشار المشرع الجزائري في المادتين 97 و98 إلى "سبب الالتزام" وليس إلى سبب العقد، مما قد يدل على أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية التقليدية في السبب، ومع ذلك يرى بعض الفقهاء أن السبب شرط لانعقاد العقد، وبالتالي يجب أن يكون هناك سبب للالتزامات التي ينشئها العقد، ويجب أن يكون هذا السبب مشروعاً.³

¹ جوده السيد عرابي قنديل، المرجع السابق، ص 310.

² درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 73.

³ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 272.

المبحث الثاني: تدخل النظام العام في ضبط شكلية التعاقد

يُعتبر توثيق المعاملات عبر العصور المختلفة والتشريعات المتنوعة وسيلة لإثبات الحقوق وحمايتها من الضياع، لذا فقد نصت العديد من القوانين، بغض النظر عن إيديولوجياتها، على ضرورة توثيق المعاملات في مستندات مكتوبة، حيث اعتُبر هذا الشرط أساسياً لقيام المعاملة، وعند عدم توفر هذا الشرط، يُعتبر التصرف القانوني غير قائم، ومع تطور الفكر القانوني، تحولت الكتابة من مجرد أداة لإثبات وحماية المعاملات إلى وسيلة لتطبيق القانون، حيث قد تستهدف السياسات التشريعية أحياناً حماية أحد أطراف العلاقة العقدية.¹

الأصل في العقود هو الرضائية²، مما يعني أن التصرف يتم بمجرد تطابق إرادتي الطرفين، دون الحاجة إلى صياغة هذا الرضا في شكل محدد، ومع ذلك هناك استثناءات لهذه القاعدة، حيث يشترط المشرع في بعض العقود ضرورة إفراغ رضا الأطراف في شكل معين، مما يجعل الشكلية ركناً أساسياً لانعقاد العقد في بعض التصرفات القانونية، وتعتبر القواعد المرتبطة بالشكلية قواعد أمر، حيث يؤدي إغفالها أو الاتفاق على ما يخالفها إلى بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً، وذلك لحماية المصلحة العامة، كما هو الحال في التصرفات المتعلقة بالعقارات، وبالتالي لا يمكن استبدال الشكل المطلوب بشكل آخر، سواء من حيث الإجراءات المطلوبة أو من حيث الأحكام التي تتضمنها، لأن الأطراف ليست حرة في اختيار الشكلية الخاصة بالعقد، وإذا أخضع القانون عقداً معيناً لشكل

¹ ياسين جريفي، الوثيقة ودورها في تطوير وتطبيق القانون، بتاريخ 2023/05/17 على الساعة 11:30 الموقع <https://www.droitentreprise.com>

² حيث تنص المادة 59 من ق م ج على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " إن الرضائية بمفردها تمثل خطراً، حيث يمكن أن تضر بالمتعاقدين وغيرهم، فهي تعجل بإبرام العقد قبل أن يتم تقييم الأمور بشكل صحيح، مما قد يؤدي إلى إغفال قضايا هامة، كما أنها تسهل عملية تضليل المتعاقدين وتساهم في نشوب النزاعات حول مضمون العقد، وأحياناً حتى حول وجوده، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 302.

رسمي، فإن ذلك يعود إلى ارتباطه بالنظام العام¹، فوظيفة الشكل في الوقت الراهن هو حماية المصالح، سواء كانت تتعلق بمصالح الأطراف المعنية²، أو بالمصالح العليا للدولة³، كما يشير الفقيه الألماني إهرنج إلى أن "الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة"، ومن خلال هذا المبحث، سيتم تناول الشكلية المباشرة في (المطلب الأول) ثم الشكلية غير المباشرة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشكلية المباشرة

يتميز العقد الشكلي ببعض الأحكام الخاصة التي تختلف عن تلك المتعلقة بالعقد الرضائي، وذلك بسبب الدور الحمائي الذي يلعبه الشكل، حيث يتطلب العقد الشكلي، بالإضافة إلى الرضا والمحل والسبب، ركناً رابعاً وهو الشكلية، والتي تسمى بالشكلية المباشرة، حيث ترتبط بشكل مباشر بتكوين العقد أو التصرف القانوني. وفي حال عدم توفرها، يُعتبر العقد معدوماً، لذا سيتم تناول المحرر الرسمي في (الفرع الأول) ثم المحرر الإلكتروني في (الفرع الثاني).

¹ أكو فاتح حمه ره ش، الشكلية في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2016، ص 80.

² تعمل الشكلية على حماية إرادة المتعاقد وضمان سلامة رضاه، خاصة عندما تكون في شكل مكتوب، كما يتعين على الموثق تقديم الإرشادات والنصائح للمتعاقدين، موضحاً لهم الالتزامات المترتبة على التصرف والعواقب الناتجة عن الإخلال بها، هذا يساعدهم على فهم الأمور بشكل جيد وقيهم من المفاجآت غير المتوقعة التي قد تحدث عند إبرام التصرف، بالإضافة إلى ذلك، يسهل الشكل الكتابي على القاضي اكتشاف الشروط التعسفية التي قد يحتويها التصرف القانوني، على عكس التصرفات الشفهية التي يصعب فيها الكشف عن الشروط المخالفة للقانون والنظام العام، كما أن الكتابة تعزز من الثقة في المعاملات، حيث تقلل من احتمالية إنكار أو نسيان العقد من قبل الطرف الآخر، أما بالنسبة للغير، فإنهم يكونون غير مدركين تماماً للتصرفات القانونية الشفهية، مما قد يسبب لهم ضرراً، لذا تعتبر الشكلية وسيلة فعالة لإبلاغهم، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 302.

³ يسعى المشرع من خلال فرض الشكلية في بعض التصرفات القانونية إلى استخدامها كوسيلة لتحقيق المصالح العامة، وتعزيز استقرار المعاملات، وضمان العدالة، أكو فاتح حمه ره ش، المرجع السابق، ص 83.

الفرع الأول: المحرر الرسمي

يشترط القانون أن تكون بعض التصرفات القانونية مكتوبة بشكل رسمي، وذلك بسبب الأهمية الكبيرة التي تلعبها في المجتمع، فالتعبير عن الإرادة وحده لا يكفي لإحداث الآثار القانونية المطلوبة، إلا إذا تم تقديمه بالشكل الذي ينص عليه القانون، وبالتالي لا يمكن للأفراد إعداد تصرفاتهم بأنفسهم، بل يجب عليهم الاستعانة بشخص مؤهل قانونياً لإعداد المحرر الرسمي الذي يتضمن التصرف وفقاً لشروط محددة.

أولاً: تعريف المحرر الرسمي

تنص المادة 324 ق م ج على أن: "العقد الرسمي عقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".¹

قدم المشرع الجزائري تعريفاً في الفصل الأول من الباب السادس تحت عنوان "إثبات الالتزام"، ومع ذلك لم يوضح مضمون النص ما إذا كان هذا التعريف يقتصر على العقد الرسمي المخصص للإثبات فقط، أم أنه يشمل أيضاً الرسمية المشترطة لصحة العقد، ويبدو أن هناك توافقاً عاماً على أن المفهوم الثاني هو المقصود، حيث يعتمد معظم الفقهاء على النص الذي ينظم العقد الرسمي في دراستهم للرسمية، دون تمييز بين الرسمية المقررة للإثبات وتلك المقررة لصحة التصرف.²

¹ تقابل المادة 324 ق م ج المادة 390 ق م م و التي تنص على أنه: "الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

² زواوي محمود، المرجع السابق، ص 62.

وقد نصت المادة 324 ق م ج قبل تعديل 1988 على أن " الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن، في الواقع تناولت هذه المادة مسألة الإثبات، وهي حالة تختلف عن التصرف الشكلي، حيث تنص المادة 324 من ق م ج على الورقة الرسمية، بينما تشير صياغتها الحالية إلى العقد الرسمي، وهناك فرق بين التصرف القانوني الذي يتم من خلال توافق إرادتين، والذي يُعرف بالعقد، وبين أداة إثباته، وهي الورقة الرسمية التي تُوثق ما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين، وقد يكون التصرف القانوني صحيحاً في حين تكون الورقة الرسمية باطلة، والعكس صحيح، بغض النظر عن دقة الألفاظ ومعانيها، حيث يُعتبر النص الشكلي الرسمية ركناً أساسياً في العقد.¹

يمكن القول أن المشرع لم يكن موقفاً في استخدامه لمصطلح " العقد " في تعريفه للمحرر الرسمي، إذ أن العقد هو اتفاق بين طرفين، بينما الورقة تُعد وثيقة يحررها الموظف بناءً على هذا الاتفاق، وبالتالي كان من الأفضل أن يحتفظ المشرع بمصطلح الورقة الرسمية بدلاً من العقد الرسمي، لأن الأخير يُعتبر تصرفاً قانونياً مُعبراً عنه، أو على الأقل أن يستبدله بمصطلح المحرر، الذي يحمل معنى أوسع.²

ثانياً: شروط المحرر الرسمي

يشترط القانون أن تتوافر في المحرر الرسمي ثلاثة شروط وهي أن تتعلق بمحرر وبالاختصاص وبالإشكال القانونية الواجب إتباعها.

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 306 و 307.

² يحيوي يوسف، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فعالية العقود، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، ص

أ - الأشخاص المؤهلين قانونا:

يشترط في المحرر الرسمي أن يصدر من أشخاص محددين على سبيل الحصر في المادة 324 ق م ج ويتعلق الأمر بكل من الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة.

1 - الموظف:

الموظف هو فرد تم تعيينه بقرار إداري من قبل الجهة المخولة بذلك، ليقوم بأداء مهام معينة، سواء كانت مدفوعة الأجر أو غير مدفوعة، ويجب أن يشغل الموظف منصبه بشكل مستمر، ويساهم من خلال عمله في خدمة مرفق تديره الدولة أو أحد الكيانات التابعة للقانون العام.¹

وقد عرفت المادة 04 الفقرة الأولى من الأمر 03-06²، الموظف العمومي على أنه: " يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري"، أما الفقرة 02 فقد نصت على الترسيم على أنه: " الإجراء الذي يتم من خلاله تثبت الموظف في رتبته".

كما نصت الفقرة 03 من المادة 02 على أنه لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة والمستخدمون العسكريون و المدنيين للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان.

¹ بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، ماجستير، جامعة الجزائر، 2004-2005، ص 17.

² الأمر 03-06 المؤرخ في 15/07/2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر، ع 46، المؤرخة في 16/07/2006، كما تنص المادة 05 من المرسوم 85-59 المؤرخ في 23/03/1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية على أنه: " تطلق على العامل الذي ثبت في منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية، تسمية الموظف...ويكون حينئذ في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية إزاء المؤسسة أو الإدارة".

الموظف يشغل منصباً دائماً في مصلحة عامة وليس عرضياً، وتكون علاقته بالمؤسسة أو الإدارة تنظيمية وليست تعاقدية، ويعتبر الطابع التنظيمي لوضعية الموظف تجاه الإدارة التي يعمل بها عنصراً أساسياً في تعريفه¹، ويستوي أن يكون الشخص موظفاً في إحدى الإدارات المركزية التابعة للدولة أو في المصالح الخارجية المرتبطة بها، أو الجماعات المحلية، مثل موظفي البريد أو المجالس البلدية.²

تعتبر جميع الوثائق التي يصدرها هؤلاء الأفراد أوراقاً رسمية طالما أنها تقع ضمن نطاق اختصاصاتهم.³

كما تُثبت الصفة الرسمية للعقود التي يحررها مديري أملاك الدولة، حيث تكون الإدارة طرفاً في هذه العقود التي تتعلق ببيع الأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، أو تأجيرها، أو التنازل عنها، وذلك وفقاً للشروط والأشكال المحددة بموجب القانون.⁴

ب - الضابط العمومي

الضابط العمومي هو الشخص الذي يمنحه القانون السلطة لتصديق العقود أو الوثائق ومنحها الصبغة الرسمية⁵، فيتولى هذا الشخص إدارة مكتب عمومي خاص به، ويكون

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 307 و308. وتجدر الإشارة أنه توجد بالإدارات مناصب شغل تخضع إلى نظام التعاقد، وتنص في هذا الشأن الفقرة 02 من المادة 22 من الأمر السالف الذكر على أنه: " ولا يخول شغل هذه المناصب الحق في اكتساب صفة الموظف أو الحق في الإدماج في رتبة من رتب الوظيفة العمومية ".

² واعتبرت المحكمة العليا الحوالة البريدية والشهادة البريدية المحررتان من طرف قابض البريد سنيين رسميين، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 613460، بتاريخ 2010/03/04، م م ع، 2011، ع 2، ص 238.

³ ميدي أحمد، الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 14.

⁴ بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2004-2005، ص 35.

⁵ حشود نسيم، الشكلية في البيع العقاري، دراسة تحليلية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، دون سنة، ص 13.

مسؤولاً عن جميع جوانب عمله، حيث يتقاضى أتعابه من المستفيدين من خدماته¹، حيث يمارس مهامه بشكل مستقل ضمن إطار مهنة حرة.²

تثبت صفة الضابط العمومي لكل شخص يحمل أختام الدولة ويملك صلاحية إعداد مختلف المحررات، مما يمنح هذه المحررات الصبغة الرسمية، على سبيل المثال العقود التي يحررها الموثق وفقاً للمادة 03 من القانون رقم 02-06³، والتي تنص على أنه: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأطراف إعطائها هذه الصيغة ".

كما يشترط القانون إعداد بعض العقود والمحررات بشكل رسمي، أو تلك التي يرغب الأطراف في منحها هذه الصفة، وقد اعتبر المشرع بعض العقود الموثقة سندات تنفيذية وفقاً لنص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 31 من قانون التوثيق.

¹ يحيوي يوسف، المرجع السابق، 30.

² بلقاضي كريمة، المرجع السابق، ص 21.

³ القانون رقم 02-06 المؤرخ في 02/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر، ع 14، المؤرخة في 08/03/2006.

تتمثل مهام الموثق كما يلي: تنص المادة 10 الفقرة الأولى من هذا القانون على أنه: " يتولى الموثق حفظ العقود التي يقوم بتحريرها، أو يتسلمها للإيداع، ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لاسيما التسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الأجل المحددة قانوناً"، أما الفقرة 02 فتتنص: " حفظ الأرشيف التوثيقي وتسييره وفقاً للشروط والكيفيات التي يتم تحديدها عن طريق التنظيم ".

كما تنص المادة 11 على أنه: " تسليم نسخ التنفيذية للعقود التي يحررها أو نسخاً عادية منها أو المستخرجات والعقود التي لا يحتفظ بأصلها ".

وتنص المادة 12 على أن: " التأكد من صحة العقود الموثقة وتقديم النصائح للأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها وضمن تنفيذها ".

ج - الشخص المكلف بخدمة عامة

في الواقع لا تُعتبر هذه الفئة من الموظفين العموميين، ولكن نظراً لأهمية المهام الموكلة إليهم، تُمنح الوثائق التي يقومون بإعدادها صفة الرسمية، ومن الأمثلة على ذلك رؤساء المجالس الشعبية البلدية¹، وقد عرفت المادة الأولى من الأمر 02-70²، ضابط الحالة المدنية كما يلي: " إن ضابط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي، وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية ".

سمحت المادة 02 من نفس الأمر لرئيس المجلس الشعبي البلدي، تحت مسؤوليته، بتفويض مهامه كضابط للحالة المدنية إلى نائب أو عدة نواب، أو إلى المندوبين البلديين، أو المندوبين الخاصين، أو أي موظف بلدي مؤهل، تشمل هذه المهام تلقي التصريحات المتعلقة بالولادات والزواج والوفيات، وتسجيل جميع العقود أو الأحكام في سجلات الحالة المدنية، بالإضافة إلى تحرير جميع العقود المرتبطة بهذه التصريحات.

ويتضح من الفقرة 06 من المادة الثانية من نفس الأمر أنه ينوب عن رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية.³

كما تنص المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 02-405⁴، على ما يلي: " يمارس رئيس المركز القنصلي المهام التوثيقية " وما يؤكد هذا المادة 07 من المرسوم الرئاسي

¹ بلقاضي كريمة، المرجع السابق، ص 17.

² الأمر 20-70 المؤرخ في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، ج ر، ع 21، المؤرخة في 27/02/1970.

³ كما اعتبرت المحكمة العليا، الوكالة المحررة من طرف فنصل جزائري عقدا رسميا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 678839 بتاريخ 11/03/2009، م م ع، 2009، 1، 275.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 02-405 المؤرخ في 26/11/2002، المتعلق بالوظيفة القنصلية، ج ر، ع 79، المؤرخة في 01/12/2002.

رقم 407-02¹، والتي تنص على ما يلي: " يمارس رئيس المركز القنصلي الوظائف التوثيقية في إطار التنظيم المعمول به والأحكام التعاقدية المتصلة بذلك " .

كما يُعتبر الخبراء الذين تعينهم المحكمة لإعداد تقرير حول مهمة معينة من المكلفين بالخدمة العامة، ومع ذلك يختلف الفقه حول صفة الرسمية للمحررات التي يصدرها هؤلاء الخبراء، فبعض الفقهاء يعتبرونها محررات رسمية، بينما يرى آخرون أنها لا تُعتبر كذلك، لأن محررها لم يُكلف بخدمة عامة من قبل المشرع، ويستند هذا الرأي إلى عدم منح المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمحاضر هؤلاء الخبراء أي قوة ثبوتية ملزمة للقاضي.²

ليس من الضروري أن يُكتب المحرر بخط الموظف، غير أن بعض يشترطون أن يتم تحرير العقد بحضور الموظف على الأقل قبل التوقيع عليه، وفي حال تم تحرير العقد في غيابه ثم عُرض عليه للتوقيع فلا يُعتبر العقد رسمياً، ومع ذلك يُعتبر هذا الرأي غير منطقي من الناحية العملية، إذ لا يمكن للموظف أن يقوم بتحرير جميع العقود، فصدور المحرر الرسمي لا يتطلب أن يُكتب بخط الموظف، بل يكفي أن يكون صادراً باسمه وموقعاً بإمضائه، كما أنه ليس من الضروري أن يكون المحرر قد صدر من الموظف منذ البداية، إذ يمكن أن يكون المحرر عرفياً ثم يتحول إلى محرر رسمي إذا تدخل فيه موظف عمومي ضمن حدود وظيفته، حيث تُعتبر الأهمية لما ينتهي إليه المحرر وليس لما كان عليه في البداية.³

¹ المرسوم الرئاسي رقم 407-02 المؤرخ في 26/11/2002، المحدد لصلاحيات رؤساء المركز القنصلي، ج ر، ع

79، المؤرخة في 01/12/2002.

² بلقاضي كريمة، المرجع السابق، ص 17.

³ بومعزة رشيد، المرجع السابق، ص 33.

ب - سلطة واختصاص مصدر المحرر الرسمي

لا يكفي أن يقوم بتحرير الكتابة الرسمية موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، بل يجب أن تصدر عن موظف يمتلك السلطة والاختصاص وقت تحريرها.

1 - سلطة المصدر

يقصد بالسلطة أن يكون للموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة الولاية والأهلية على إصدار المحررات الرسمية.

الولاية: يجب أن تكون ولاية الموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة قائمة عند تحرير التصرف الرسمي، وأن يكون في وضع قانوني يسمح له بممارسة مهامه، فإذا تم عزله أو نقله أو إيقافه عن العمل، أو تم تعيين موظف آخر بدلاً منه، فإن ولايته تنتهي ولا يمكنه ممارسة عمله، ومع ذلك إذا قام بإصدار محررات رسمية دون أن يكون على علم بالعزل أو الإيقاف أو النقل، وكان الأطراف المعنيون في العقد يتصرفون بحسن نية، أي ليس لديهم علم بذلك، فإن الوثيقة تبقى صحيحة وفقاً لمبدأ "حماية الوضع الظاهر"، ويعتبر الموظف في هذه الحالة موظفاً فعلياً.¹

لتطبيق مبدأ حماية الوضع الظاهر، يكفي أن يكون الموظف قد شغل منصبه، حتى وإن كان تعيينه في هذه الوظيفة قد تم بشكل مخالف للقانون، في هذه الحالة يُعتبر الموظف فعلياً أو من حيث الواقع، كما يُعتبر الموظف الذي تم تعيينه من قبل سلطة غير شرعية موظفاً فعلياً أيضاً، وفي جميع هذه الحالات يُعتبر توثيق الموظف المعين بشكل

¹ بومعزة رشيد، المرجع لسابق، ص 38.

باطل أو من قبل سلطة غير شرعية توثيقاً صحيحاً، وذلك وفقاً لنظرية الموظف الفعلي، وهي نظرية معروفة في القانون الإداري.¹

الأهلية: يجب أن يتمتع الموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة بأهلية تحرير الوثائق، والقاعدة العامة هي أن هؤلاء الأشخاص مختصون بتحرير جميع الأوراق الرسمية.

رغم أن القاعدة العامة تنص على أن الموثق مؤهل لتحرير جميع العقود التي تدخل في نطاق اختصاصه، إلا أن المادتين 19 و 21 من القانون رقم 06-02 قد نصتا على بعض الاستثناءات، حيث لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي يكون طرفاً فيه أو ممثلاً أو مفوضاً له بأي صفة كانت، سواء كان بائعاً أو مشترياً في عقد البيع، أو وكيلاً أو موكلاً في عقد الوكالة، أو نحو ذلك بشكل عام، ولا يجوز أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة في العقد الذي يحرره، أو أن يكون شريكاً في الصفقة التي يثبتها العقد التوثيقي، كما لا يحق له توثيق أوراق رسمية لشركة مساهمة يمتلك عدداً من أسهمها، ولا أن يكون كفيلاً أو وكيلاً لأحد الأطراف المعنية في الوثيقة التي يوثقها.²

لا يجوز أن تكون هناك صلة قرابة أو مصاهرة بين الموثق وأطراف العقد تصل إلى الدرجة الرابعة، وذلك لتفادي أي شبهة محاباة أو تأثير، لذا لا يمكن للموثق أن يوثق عقد بيع، على سبيل المثال إذا كان أحد الأطراف (البائع أو المشتري) فرعاً أو أصلاً له حتى الدرجة الرابعة، أو إذا كان أحدهما أماً أو أختاً أو فرعاً لأي منهما حتى الدرجة الرابعة، أو إذا كان أحدهما عمّاً أو عمّة أو خالاً أو خالة أو ابناً لأي من هؤلاء الأقارب، كما لا

¹ بكوش يحي، المرجع السابق، ص 97 و 98.

² بومعزة رشيد، المرجع لسابق، ص 39.

يجوز للموثق أن يوثق عقداً لزوجته أو زوجها، ولا يجوز له أيضاً توثيق عقود لأقارب زوجته أو زوجها حتى الدرجة الرابعة.¹

أما بالنسبة للعقود التي تتطلب وجود شهود، فيجب أن لا تكون هناك صلة مصاهرة أو قرابة تصل إلى الدرجة الرابعة بين الشهود والمتعاقدين أو الموثق، ومع ذلك لا يشترط أن تكون هناك صلة قرابة أو مصاهرة بين الشهود أنفسهم، وفقاً للفقرة 02 من المادة 20 من القانون رقم 06-02.

من المهم الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد نوعاً معيناً من العقود التي لا يمكن للموثق تحريرها، بل تشمل هذه النصوص جميع أنواع العقود دون تمييز، ولم يفرق بين العقود التي يتطلب فيها الشكل شرطاً للانعقاد وتلك التي يتطلب فيها الشكل شرطاً للإثبات، كما لم يميز بين العقود التي تحتاج إلى كتابة رسمية لإثباتها وتلك التي يرغب الأطراف في توثيقها بشكل رسمي.²

إذا فقد الشخص المكلف قانوناً بإصدار الورقة الرسمية ولايته أو أهليته، فإن الورقة تتحول إلى ورقة عرفية بشرط أن يوقع عليها أطراف العقد، وذلك وفقاً للمادة 326 مكرر 2 من ق م ج، والتي تنص على أن: "العقد يعتبر غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، ويعتبر محرراً عرفياً إذا كان موقعاً من قبل الأطراف".

¹ بومعزة رشيد، المرجع لسابق، ص 39.

² شيخ سناء، المرجع السابق، ص 103.

2 - اختصاص المصدر

بالإضافة إلى صلاحيات الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المعني بالخدمة العامة، يحدد القانون الاختصاص النوعي والإقليمي لمحضر الوثيقة الرسمية.

الإختصاص النوعي:

يجب أن يكون الموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة متخصصاً من الناحية الموضوعية في نوع المحررات الرسمية التي يقوم بإعدادها.¹

الأصل أن الموثق مختص بإعداد جميع العقود المدنية التي ينص عليها القانون أو التي يطلب المتعاقدون كتابتها، فكل تصرف قانوني يتطلب وجود ورقة رسمية وفقاً للقانون، فإن الموثق هو الجهة المختصة بتوثيقها.

حيث تنص المادة 03 من القانون رقم 06-02 على أنه: "....يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة".

كما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 بقولها: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي".

¹ بومعزة رشيد، المرجع السابق، ص 40.

وتجدر الإشارة أن التصرفات القانونية التي يجب إفراغها في شكل رسمي تحت طائلة البطلان هي العقود التي تنصب على نقل ملكية عقار طبقا للمادة 379 ق م ج، سواء كان ذلك عن طريق قسمة¹ أو الوصية² أو مقايضة طبقا لنص المادة 415 ق م ج³ و البيع على التصاميم.⁴

وقد كرست المادة 29 من القانون رقم 90-25 الكتابة الرسمية، حيث نصت على أنه: " يثبت الملكية العقارية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري ".⁵

كما نصت المادة 55 الفقرة 01 من قانون رقم 90-25 على أنه: " تنتجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية "، ورغم وضوح هذه النصوص القانونية إلا أنه لم تمنع الاختلاف في تأويلها، فهناك اجتهاد قضائي يرى بأن

¹ تفرغ وجوبا القسمة الودية المنصبة على نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي، غ ع، بتاريخ 2008/07/16، الملف رقم 4625587، م م ع ، 2008، ع 2، ص 261. غ ع بتاريخ 2007/09/12، الملف رقم 414655، م م ع، ع 1، ص 211. القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرف هو قضاء مخالف للقانون مادام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن في شكل رسمي، غ ع، بتاريخ 2002/04/24، الملف رقم 229161، ع خ، 2004، ع 2، ص 269.

² الأصل في الوصية، وجوب تحريرها بعقد رسمي، ما لم يحل دون تحريرها في الشكل المطلوب، قانونا، مانع قاهر كدنو الأجل، غ ش أ، بتاريخ 2016/09/07، الملف رقم 1003697، م م ع، 2016، ع 2، ص 236.

³ يحرر وجوبا عقد مقايضة العقار في شكل رسمي، غ ع، بتاريخ 2002/02/06، الملف رقم، 255411، م ق، 2004، ع 1، ص 80.

⁴ يجب تحرير عقد بيع على التصاميم في الشكل الرسمي، ويجب تسجيله وشهره، غ ع، بتاريخ 2011/07/14، الملف رقم 664290، م م ع، 2012، ع 2، ص 363.

⁵ القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر، ع 49، المؤرخة في 18/11/1990.

الشكلية الرسمية لا يؤثر تخلفها على صحة العقد، وهناك اجتهاد قضائي آخر يرى العكس ويعتبر الشكلية الرسمية ركن في العقد يترتب على تخلفها بطلان العقد.¹

بهذا تكون المحكمة العليا بغرفها المجتمعة قد أنهت التناقض القائم في الاجتهاد القضائي، وأكدت أن الشكلية الرسمية التي تفرضها المادتان 79 من ق ت ج و 324 مكرر 1 من ق م ج تُعتبر ركناً أساسياً من أركان العقد، وبالتالي فإن عدم الالتزام بها

¹ نتيجة لتناقض الأحكام القضائية بالنسبة للشكل الرسمي، عرض هذا الإشكال على الغرفة المختلطة إلا أنها لم تتوصل إلى حل، فعرض الأمر على الغرفة المجتمعة والتي أصدرت قرارها بتاريخ 18/02/1997 بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر بتاريخ 03/05/1994 والقاضي بإلغاء الحكم الصادر عن محكمة المحمدية وإشهاد بصحة بيع محل تجاري المبرم بين الطرفين المتنازعين بموجب العقد العرفي المؤرخ في 22/08/1988 وبصرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية.

وقد جاء في حيثيات أنه: ".... يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22/08/1989 بين طرفي النزاع والمتضمن بيع قاعدة تجارية من الطاعن..... والمطعون ضده....، عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف البيع وتحديد الثمن وتترتب عليه التزامات شخصية، ونتيجة لذلك، قضوا بصرف الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع.

حيث أن قضائهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و324 مكرر 01 من القانون المدني لكونهما تشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف وكذا حقوق الغير وإلا كان باطلاً. حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد بيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

حيث أنه إذا كان صحيحاً أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع و الشاري إلا أنه باطلاً بطلاناً مطلقاً لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع.

وضمن هذه الظروف أنه يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية ويأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقاً لأحكام المادة 103 من القانون المدني. م ق، 1997، ع 01، ص 10-11-12-13. الملف 136156.

يؤدي إلى البطلان المطلق، وعليه يجب أن تُحرر جميع العقود المتعلقة بنقل ملكية العقار بشكل رسمي، وإلا فإنها تُعتبر باطلة.

كما تنص المادة 03 من الأمر 20-70 المتعلق بالحالة المدنية على أنه: " يكلف ضابط الحالة المدنية بما يأتي: تلقي تصريحات بالولادات وتحرير العقود المتعلقة بها - تحرير عقود الزواج - تلقي التصريحات بالوفيات وتحرير العقود المتعلقة بها - مسك سجلات الحالة المدنية أي: تقييد كل العقود التي يتلقاها - تسجيل بعض العقود التي يتلقاها الموظفين العموميون الآخرون - تسجيل منطوق بعض الأحكام - وضع البيانات التي يجب حسب القانون تسجيلها في بعض الأحوال على هامش عقود الحالة المدنية التي سبق قيدها أو تسجيلها ".

يتضح مما سبق أن صحة الورقة الرسمية تتطلب أن تصدر عن شخص مختص من الناحية الموضوعية، فعلى الرغم من أن الموثق مختص في تحرير عقود الزواج مثل ضابط الحالة المدنية، إلا أنه لا يحق له تحرير عقود الولادات أو الوفيات التي تقع ضمن اختصاص ضابط الحالة المدنية، ومن جهة أخرى لا يمكن لضابط الحالة المدنية إبرام اتفاقات الطلاق، حيث إن ذلك من اختصاص القاضي، كما أن القاضي لا يستطيع إبرام التصرفات المتعلقة بنقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، إذ أن ذلك من اختصاص الموثق، ومع ذلك يمكن للقاضي أن يصدر حكماً بإتمام إجراءات الوعد ببيع عقار طبقاً للمادة 72 ق م ج والتي نصت على أنه: " إذ وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد ".¹

¹ شيخ سناء، المرجع السابق، ص 105.

الإختصاص الإقليمي:

يتحدد اختصاص محرر الورقة الرسمية بناءً على مكان عمله، بينما يمتد اختصاص الموثق الإقليمي ليشمل جميع أنحاء البلاد طبقاً للفقرة الأولى من المادة 02 والتي تنص على أنه: " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها أحكام هذا القانون والتشريع المعمول به، ويمتد اختصاصه الإقليمي إلى كامل التراب الوطني ".¹

لا يُسمح للموثقين بممارسة أعمالهم إلا في مكاتب التوثيق، ولكن يمكنهم الانتقال إلى مكان إقامة الشخص الذي تعيق حالته الصحية حضوره لإجراء العمل التوثيقي، ويجب عليهم توثيق هذا الانتقال في كتاباتهم²، كما يُسمح لأطراف العقد بتوثيق تصرفاتهم لدى أي موثق في جميع أنحاء البلاد، بغض النظر عن مكان إقامتهم.

وفي مقابل ذلك نصت الفقرة الأولى والثانية من المادة 02 من الأمر رقم 06-03³، على إنشاء مكاتب عمومية للمحضرين القضائيين لدى المحاكم، حيث يمتد اختصاصها الإقليمي ليشمل دائرة الاختصاص الإقليمي للمجلس القضائي المعني، وبالتالي لا يُسمح للمحضر القضائي بتكليف أي شخص خارج نطاق الاختصاص الإقليمي للمجلس القضائي الذي يتبعه.

¹ بالرجوع إلى الأمر 70-91 المتضمن قانون التوثيق الملغى، فقد كان اختصاص الموثق الإقليمي يقتصر على دائرة المحكمة التي تم تعيينه فيها، وبالتالي لم يكن بإمكانه ممارسة مهامه خارج نطاق اختصاصه، إلا في حال تم انتدابه من قبل وزير العدل وفقاً للمادة 06 الفقرة 01 من الأمر 70-91، ومع ذلك، بعد صدور القانون رقم 88-27 الذي ينظم مهنة التوثيق والذي تم إلغاؤه، أصبح الاختصاص الإقليمي للموثق يمتد ليشمل كامل التراب الوطني.

² بومعزة رشيد، المرجع السابق، ص 41.

³ القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: المحرر الإلكتروني

نظراً للتقدم الذي يشهده العالم في مجال التكنولوجيا وظهور وسائل الاتصال الحديثة، لم تعد المحررات التقليدية تلبي الاحتياجات، خاصة في حالات التعاقد بين أطراف تفصل بينهم حدود جغرافية، بالإضافة إلى ذلك تعاني هذه المحررات من بطء في الإجراءات وصعوبة في حفظها وتسجيلها لفترات طويلة، لذا برز نوع جديد من المحررات يهدف إلى تقليل المخاطر وزيادة سرعة إنجاز المعاملات، وهو ما يعرف بالمحرر الإلكتروني.

أولاً: تعريف المحرر الإلكتروني

تباينت آراء الفقهاء حول تعريف المحرر الإلكتروني، بينما سعت بعض التشريعات إلى تقديم تعريف له ضمن النصوص القانونية.

أ - التعريف الفقهي

تعددت التعريفات الفقهية المتعلقة بالمحرر الإلكتروني، حيث عرفه الدكتور محمد فواز المطالقة بأنه: " البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال الوسائل الإلكترونية، سواء كانت من خلال شبكة الانترنت أم من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية " ¹.

يتبين من هذا التعريف أن المحرر الإلكتروني لا يقتصر على الشكل المكتوب فحسب، بل يمكن أن يتخذ أشكالاً متنوعة مثل الصور الملتقطة بواسطة جهاز المسح

¹ محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 204.

الضوئي، أو التسجيلات الصوتية، وبالتالي يمكن تعريف المحرر الإلكتروني بأنه بيان أو خطاب يتم استخدام وسائل إلكترونية في إنشائه أو تسجيله أو إرساله.¹

ب - التعريف التشريعي

قامت العديد من التشريعات بتعريف المحرر الإلكتروني في نصوصها القانونية

1 - التشريعات الدولية

وفقاً لنص المادة 1 - أ من قانون أونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، على أنه يراد بالمحرر الإلكتروني " رسالة البيانات " ويراد بها " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بالوسائل الإلكترونية أو الضوئية أو بوسائل المشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ".

كما نصت المادة 5 من نفس القانون على أنه: " لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قبليتها للتنفيذ بمجرد أنها تشكل رسالة بيانات " و هذا يعني اعتراف بحجية رسائل بيانات .

أما المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس فقد عرفت المحرر الإلكتروني بأنه: " مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم، بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك ".²

¹ سليمان مصطفي، وسائل الإثبات و حقيتها في عقود التجارة الإلكترونية، في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية أدرار، 2019-2020، ص 72.

² بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص 308.

2 - التشريعات الداخلية للدول

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد قدم تعريفاً شاملاً يتضمن الكتابة الإلكترونية إلى جانب الكتابة الخطية أو أي نوع آخر قد يظهر في المستقبل، وقد نصت المادة 1365 من ق م ف على أن: " الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة المفهوم أي كانت الدعامة التي تستخدمها في إنشائها ".¹

كما نصت المادة 1366 من ق م ف على أنه: " للكتابة الإلكترونية قوة ثبوتية نفسها للكتابة التي تتم على دعامة ورقية، شرط أن يكون بإمكان تحديد هوية الشخص الصادرة عنه، وأن يكون تدوينها وحفظها قد حصل في ظروف تدعو للثقة ".¹

يتبين من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي لم يحدد وسيلة معينة للكتابة، بل ترك المجال مفتوحاً لبيح استخدام أي وسيلة تكنولوجية قد تظهر في المستقبل، كما أنه اعتبر الإثبات بالكتابة الخطية معادلاً للإثبات باستخدام الوسائل الإلكترونية.

عند النظر إلى المشرع الجزائري، نجد أنه تأخر في وضع تعريف للكتابة الإلكترونية، لكنه أدرك أهمية هذا الموضوع من خلال تعديل القانون المدني بموجب الأمر رقم 05-10، فقد نصت المادة 323 مكرر على أنه: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها ".²

¹ هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2013 - 2014، ص 37 .

² القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، يعدل و يتم الأمر 75-58 المؤرخ في 26/08/1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ، ع 44 ، المؤرخة في 26/06/2005 .

يلاحظ أن المشرع لم يقدم تعريفاً محدداً للمحرر الإلكتروني، بل اكتفى بتعريف الكتابة الإلكترونية كما هو موضح في نص المادة 323 مكرر.

على الرغم من صدور قانون التوقيع الإلكتروني الجزائري رقم 15-04 الذي يتناول القواعد العامة للتصديق والتوقيع الإلكتروني، إلا أنه لم يتضمن أي تعريف للمحرر الإلكتروني، ولكن بعد صدور المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 16-142 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، نجد أن المشرع قد عرف الوثيقة الإلكترونية بأنها: " مجموعة تتألف من محتوى وبنية منطقية وسمات العرض تسمح بتمثيلها واستغلالها من قبل الشخص عبر نظام إلكتروني ".¹

بالرجوع إلى المادة 06 الفقرة 02 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري، نجد المشرع قد عرف المحرر الإلكتروني على أنه: " يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن للأطراف باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني ".²

ثانياً : شروط المحرر الإلكتروني

تتطلب المحررات الإلكترونية توافر مجموعة من الشروط، حيث لا يتعلق الأمر فقط بنوع الدعامة أو أسلوب الكتابة، بل يرتبط بشكل أساسي بوظيفة المحرر، لذلك قامت بعض التشريعات بوضع شروط محددة للمحرر الإلكتروني.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 2016/05/5، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، ج ر، ع 28، المؤرخة في 2016/05/08 .

² القانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، ع 28، المؤرخة في 2018/05/16 .

أ - أن يكون المحرر مقروءا

يجب أن يكون المحرر الإلكتروني واضحاً ومفهوماً، ويعكس مضمون التصرف الذي قام به الأطراف، سواء كان ذلك من خلال الحروف أو الرموز أو الأرقام أو البيانات، مما يسهل فهمه واستيعابه وإدراك معناه، وبما أن المحرر يُسجل على وسيلة إلكترونية، فإنه يتعين إرسال البيانات والمعلومات إلى الحاسب الآلي الذي يقوم بدوره بتحويلها إلى صيغة قابلة للقراءة من قبل المستهلك أو المورد الإلكتروني.¹

من بين التشريعات التي أكدت على هذا الشرط، نجد القانون المدني الفرنسي في المادة 1316، التي توضح أن تسلسل الحروف أو الرموز أو الأرقام أو الإشارات يجب أن يعبر عن مقصودها، وأن يكون بإمكان الآخرين فهمها.²

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 323 مكرر على أنه: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم " ومقصود المشرع بعبارة " مفهوم " سهولة قراءتها .

ب - أن يكون مستمر

يشير مفهوم الاستمرارية إلى ضرورة الكتابة على وسيلة تضمن ثبات المعلومات واستمراريتها، مما يتيح إمكانية الرجوع إليها عند الحاجة، مثل مراجعة بنود العقد أو في حالة حدوث نزاع بين الأطراف المتعاقدة.³

¹ إيمان مأمون احمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 192.

² لزه بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 146،

³ عبد الفتاح بيومي الحجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دراسة تأصيلية، دار الكتب، القانونية، مصر،

2008، ص 334.

ينبغي تخزين هذه المعلومات على وسائط إلكترونية مثل البريد الإلكتروني، بطاقات الذاكرة، أو الأقراص الممغنطة، ومع ذلك فإن هذه الوسائط التي تحتفظ بالكتابة الإلكترونية تتميز بالحساسية، مما يجعلها عرضة للتلف نتيجة لتغيرات في شدة التيار الكهربائي، سوء التخزين، ارتفاع درجات الحرارة، أو تعرض النظام للفيروسات، مما قد يؤدي إلى فقدان جميع البيانات، لذلك تم تطوير تقنيات جديدة تهدف إلى تسجيل وحفظ البيانات الإلكترونية بشكل مستمر وبطريقة أكثر أماناً مقارنة بالمحركات التقليدية التي قد تتعرض للتلف بسبب الرطوبة.¹

لضمان استمرارية المحررات لفترة طويلة، يمكن الاستفادة من خدمات التصديق الإلكتروني لحفظ على البيانات والمعلومات الإلكترونية، مما يضيف مستوى عالٍ من الأمان.

بخصوص التشريعات التي اعتمدت على هذا الشرط قانون الأونسيترال النموذجي التعلق بالتجارة الإلكترونية حيث نصت المادة 6-1 على أنه: " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً " .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 323 مكرر 1 من ق م على أنه: ".... أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " .

¹ إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 ، ص

ج - غير قابل للتعديل

يجب أن يكون المحرر الإلكتروني محصناً ضد أي تعديل أو تغيير، مثل الكشط أو المحو أو الحذف، لأن هذه العيوب المادية تؤثر على صحة المحرر، بينما يسهل اكتشاف التعديلات في المحرر الورقي بفضل دعمه المادي، فإن الأمر يختلف في المحرر الإلكتروني، حيث يمكن للأطراف المعنية إجراء تعديلات عليه، سواء بالحذف أو الإضافة أو إعادة صياغة محتواه، دون ترك أي أثر مادي يمكن ملاحظته، ومع ذلك فقد تصدى التطور التكنولوجي لظاهرة التعديل من خلال استخدام برامج خاصة تكشف عن أي تغيير في البيانات، سواء من حيث الزمان أو المكان أو حتى تاريخ التعديل، بالإضافة إلى ذلك توجد تقنيات تمنع إدخال أي تعديل على المحرر الإلكتروني، مما يجعله صورة ثابتة لا يمكن تعديلها إلا من خلال حذفه¹، وهذا ما نصت عليه المادة 10-1 - ب من القانون الأونيسترال النموذجي على أنه: " الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت ".

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، اعترف بحجية المحررات الإلكترونية مثل المحررات الورقية، بشرط تحديد هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها. وبالتالي، فإن المشرع الجزائري يساوي بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي من حيث الآثار والحجية.²

¹ إلياس ناصيف، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 216 .

² طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 110.

المطلب الثاني: الشكلية غير مباشرة

تتجلى هذه الشكلية في مجموعة من الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد، بهدف تحقيق أغراض متنوعة، وقد أطلق على هذه الإجراءات اسم الشكلية غير المباشرة، لأنها لا ترتبط بشكل مباشر بالتصرف القانوني، حيث أنها لا تؤثر في الأساس على صحته، لكنها تحد من فعاليته¹، ومن ثم سيتم تناول شكلية الشهر العقاري في (الفرع الأول)، ثم سيتم مناقشة شكلية الشهر في المواد التجارية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شكلية الشهر العقاري

تعتبر عملية الشهر العقاري من أبرز أنواع الشكلية في مجال نقل الملكية وتأسيس الحقوق العينية العقارية، وهي تُصنف كنوع من الشكلية غير المباشرة، وعلى عكس المشرع الفرنسي، فقد اعتبر المشرع الجزائري عقد البيع العقاري عقداً شكلياً وليس رضائياً، حيث لا يتم انتقال الملكية للعقار إلا بعد استكمال إجراءات الشهر العقاري.²

تجدر الإشارة إلى أن قواعد الشهر العقاري شرعت من أجل حماية نظام الملكية العقارية، وبالتالي فإن إجراءات الشهر العقاري تعد من النظام العام، وهذا ما أكده مجلس الدولة في القرار رقم 186443 المؤرخ في 2002/02/14 حيث جاء في حيثياته: " أن إجراءات الإشهار العقاري تعتبر من النظام العام، وأن تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداءً من يوم إشهارها في المحافظة العقارية ".³

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 329.

² يحيى يوسف، المرجع السابق، ص 69.

³ حمد باشا عمر، العقد التوثيقي في ضوء الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2021، ص 28.

أولاً: تعريف الشهر العقاري

تنص المادة 793 من ق م ج على أنه: " 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 بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقار ".¹

قام المشرع الجزائري بتنظيم الشهر العقاري من خلال الأمر رقم 74-75 الصادر بتاريخ 1975/11/22، وقد أسس المشرع بموجب المادة الأولى السجل العقاري بهدف تحديد الوضعية القانونية للعقارات وتوضيح تداول الحقوق العينية، كما يتضح أن الهدف من السجل العقاري هو إبلاغ الجميع بجميع التصرفات القانونية المتعلقة بالعقارات.¹

يشير مصطلح الشهر العقاري إلى التقنية التي يتم من خلالها تسجيل الحقوق العقارية، والتي تتمثل في إدارة سجل يُعرف بالسجل العقاري من قبل هيئة مختصة، بهدف تسجيل التصريحات القانونية المختلفة المتعلقة بالعقارات أو قيد جميع الحقوق العينية، مما يتيح للغير الاطلاع عليها، ومن المهم الإشارة إلى أن الشهر العقاري ينقسم إلى نوعين، الأول هو الشهر الشخصي، حيث يتم التسجيل بناءً على أسماء الأطراف المعنية بالتصرف، دون النظر إلى العقار نفسه، أما النوع الثاني، فهو نظام الشهر العيني، الذي يعتمد على العقار محل التصرف بدلاً من الأطراف.²

كما أوجب المشرع وفقاً للمادة 61 من المرسوم رقم 63-76 الصادر بتاريخ 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري إلى قاعدة الرسمية في جميع المحررات الخاضعة للشهر العقاري، حيث نصت هذه المادة على أن: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي "، حيث جاء هذا النص

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 322.

² يحيوي يوسف، المرجع السابق، ص 71.

ليؤكد ما ورد في المادة 324 مكرر 1 والتي تنص على أنه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي".

لم يقتصر المشرع على قاعدة الرسمية فقط، بل اشترط أيضاً مبدأ الشهر المسبق للحقوق العينية العقارية المتعلقة بالمحركات المودعة في المحافظة العقارية، ويعتبر هذا المبدأ أحد الضمانات الأساسية التي تضمن انتقال الحقوق العقارية، فقد نصت المادة 88 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على هذه القاعدة، بقولها: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف أو صاحب الحق الأخير"، يتبين من هذه المادة أنه لا يمكن إجراء شهر لمحرر يتضمن تصرفاً يتعلق بعقار ما لم يكن هناك شهر سابق للمحرر الذي أدى إلى اكتساب ذلك العقار.¹

يلاحظ أن الفقه والقضاء، بل وحتى التشريع الجزائري، لم يتفقوا على مصطلح موحد، حيث يتم استخدام "الشهر" في بعض الأحيان و"التسجيل" في أحيان أخرى للإشارة إلى نفس الإجراء، ونظراً لأن مصطلح "التسجيل" مرتبط بقانون التسجيل، فإنه من الأفضل استخدام مصطلح "الشهر"، ومن جهة أخرى، يلاحظ أن التشريع المغربي اعتمد مصطلح "التحفيظ" للإشارة إلى أن الإجراء يتم على مستوى المحافظة العقارية.²

¹ بوشاري بلقاسم، إجراءات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر1، 2013-2014، ص 83.

² يحيوي يوسف، المرجع السابق، ص 72.

ثانياً: مجال الشهر العقاري

بالرجوع إلى المادة 14 من الأمر رقم 75-74¹ المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والتي تعد النص المرجعي الذي تتحدد التصرفات والمحركات الخاضعة للشهر، والتي تنص على أنه: "

جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية،

جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذلك تسجيلات الرهون والامتيازات.

المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية.

وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومسجل في مجموعة البطاقات العقارية....".

كما تنص المادة 90 من المرسوم 76-63² على أنه: "ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحركة من قبلهم.....".

¹ الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 11/12/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 92، المؤرخة في 18/11/1975.

² المرسوم رقم 76-63 المؤرخ 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج ر، ع 30، المؤرخة في 13/04/1976.

تُقسم الحقوق العينية إلى نوعين، النوع الأول هو الحقوق الأصلية، وهي تلك التي لا تعتمد في وجودها على حقوق أخرى، من أمثلة هذه الحقوق العقود التي تنشئ حقوقاً عينية عقارية مستقلة عن حق الملكية، مثل حق الانتفاع بعقار، وحق السكن، وحق الارتفاق. وجميع هذه الحقوق تتطلب إجراء الشهر العقاري إذا كانت موضوع تصرفات قانونية، أما النوع الثاني فهو الحقوق العينية التبعية، التي تعتمد في وجودها على حق شخصي لضمان الوفاء به، ولذلك تُعرف أيضاً بالتأمينات العينية، من الأمثلة على التصرفات التي تنشئ حقاً عينياً تبعياً، نجد عقد الرهن الرسمي، وعقد الرهن الحيازي، وحقوق الامتياز الخاصة المتعلقة بالعقارات، وحق التخصيص، وجميع هذه الحقوق تخضع لإجراء القيد، وهو إجراء شكلي غير مباشر.¹

فيما يتعلق بالتصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية، يُعتبر عقد البيع العقاري من أهم العقود المستخدمة لنقل الملكية العقارية، ولا يترتب على عقد البيع أي أثر إلا بعد شهره في المحافظة العقارية، وفي حال عدم إجراء الشهر، لا ينتقل الحق العقاري إلى المشتري، وتظل الملكية بيد المالك الأصلي، مما يترك للمشتري خيار استرداد ثمن المبيع والتعويض عن أي ضرر قد يلحق به.²

بالرجوع إلى نص المادة 16 من الأمر رقم 74-75 السالف الذكر، والتي تنص على: " أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق حيني، لا يكون لها أثرا بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".

¹ يحياوي يوسف، المرجع السابق، ص 73 - 74.

² بواشري بلقاسم، المرجع السابق، ص 62.

نود الإشارة إلى المادة 17 من الأمر رقم 75-74، التي تنص على أن الإجراءات التي تمتد لفترة 12 سنة لا تكون لها آثار قانونية بين الأطراف، ولا يمكن الاحتجاج بها تجاه الغير في حال عدم تسجيلها، بالإضافة إلى ذلك هناك بعض السندات التي تشبه الإيجار في حكمها، والتي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني، مثل المخالصات والحوالات، كما يفرض القانون أن تكون عقود الاعتماد الإيجاري والرهن القانونية المقررة لصالح البنوك والمؤسسات المالية الأخرى مسجلة.¹

على عكس القانون الفرنسي، لم يكن الوعد بالبيع ملزماً بالتسجيل في القانون الجزائري، حيث لا توجد أي مادة قانونية تنص على ذلك، وقد ظل هذا النوع من التصرفات معفياً من التسجيل، رغم أن القانون المدني كان يشترط لصحة الوعد أن يتم تحريره في شكل العقد المراد إبرامه، وفقاً للفقرة الثانية من المادة 71 من ق م ج، إلا أن القانون 03-22 المؤرخ في 28/12/2003، الذي يتضمن قانون المالية لسنة 2004، تم تعديل المواد من 1/353 إلى 13/353 من قانون التسجيل، حيث أشارت المادة 2/353 إلى إمكانية تسجيل الوعد بالبيع.²

كما يتم شهر الحقوق العينية العقارية المورثة من خلال إعداد شهادة توثيقية يحررها الموثق، تثبت انتقال الملكية من المورث إلى الورثة أو الموصى لهم، وفي هذا الشأن تنص المادة 91 من المرسوم 63-76 السالف الذكر على أن: " كل انتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن تثبت بموجب شهادة موثقة ".³

¹ يحيواوي يوسف، المرجع السابق، ص 76.

² ويس فتحي، الشهر العقاري وآثاره في مجال التصرفات العقارية، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011، ص 225.

³ بواشري بلقاسم، المرجع السابق، ص 67.

من المهم الإشارة إلى أن جميع الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالحقوق العينية، سواء كانت أصلية أو تبعية، أو تتعلق بحقوق شخصية أو غيرها، يجب أن تخضع لعملية الشهر حتى تكون لها آثار قانونية بين الأطراف ومع الغير، وعلاوة على ذلك فإن عملية الشهر العقاري لا تقتصر على ذلك فحسب، بل تشمل أيضاً الدعاوى القضائية التي تتعلق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق قد تم شهرها في المحافظة العقارية، كما أن بعض العقود الإدارية، مثل عقود التعمير والبناء، تحتاج أيضاً إلى المرور بعملية الشهر العقاري لتكون لها آثار قانونية كاملة.¹

يجب أن نلاحظ أن الشهر في السجل العيني يركز على الحقوق الناشئة عن التصرفات وليس على التصرفات نفسها، مما يميز نظام السجل العيني عن نظام الشهر الشخصي، ففي النظام الأخير يركز الشهر على التصرفات من خلال إدراج البيانات الواردة في المحررات التي تثبت هذه التصرفات في السجل، ومع ذلك لم يأخذ المشرع الجزائري في اعتباره هذا الفارق، حيث جاءت النصوص القانونية لتقضي بأن الشهر يشمل التصرفات والأحكام القضائية، وقد حددت أنواع تلك التصرفات والأحكام.²

¹ يحيوي يوسف، المرجع السابق، ص 75-76.

² ويس فتحي، المرجع السابق، ص 220.

الفرع الثاني: شكلية شهر العقود التجارية

تستند المعاملات التجارية إلى السرعة والثقة، مما يستدعي أن يكون التجار على دراية كاملة بالأشخاص الذين يتعاملون معهم، لذلك قام المشرع بتنظيم القيد في السجل التجاري، الذي يحتوي على معلومات تتعلق بالتجار، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، ومن الضروري تسجيل جميع التصرفات القانونية المرتبطة بالمحل التجاري، وقد تم تنظيم عملية الشهر من خلال النشر في الصحف الخاصة أو اليومية.¹

أولاً: القيد في السجل التجاري

تنص المادة 549 ن ق ت ج على أنه: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري....".

تجد الإشارة أن القيد يتعلق ببعض التصرفات أو الأشخاص، ويكون ملزماً للتاجر، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، من أجل اكتساب صفة التاجر، ويترتب على عدم التسجيل في هذا السجل عدم اكتساب صفة التاجر، بالإضافة إلى عدم اكتساب الشخصية المعنوية بالنسبة للأشخاص المعنوية، كما أن بعض التصرفات، مثل الرهن المرتبط بالمحل التجاري، تخضع أيضاً للقيد في سجل المحكمة.²

نظراً لتنوع المعاملات التجارية وتوسعها بين المتعاملين، حيث أصبح من الضروري تعزيز الثقة والاطمئنان لتسهيل العمل التجاري، لذا تم إنشاء نظام السجل التجاري كوسيلة

¹ علي فيلاللي، المرجع السابق، ص 323.

² زواوي محمود، المرجع السابق، ص 53.

لدمم الائتمان التجاري، حيث يتطلب ذلك توثيق المركز القانوني للتاجر والعناصر المختلفة التي تشكل نشاطه.¹

يتميز القيد في السجل التجاري بطابعه الشخصي، مما يعني أنه لا يمكن ممارسة النشاط التجاري إلا من قبل صاحب السجل، ويحظر منح وكالة لممارسة النشاط التجاري لشخص آخر مهما يكن شكل هذه الوكالة، باستثناء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى، كما يسهم السجل التجاري في تنظيم المهنة التجارية من خلال توفير وسيلة لمراقبة تطبيق القوانين التي تمنع بعض الأشخاص من مزاوله التجارة، أو التي تتطلب الحصول على رخصة مسبقه لممارسة تجارة معينة، مما يتيح تتبع وضعية الأشخاص المسجلين.²

تعتبر التصرفات المتعلقة بالمحل التجاري من بين أهم التصرفات التي تتطلب القيد في السجل التجاري، وفي هذا السياق نصت المادة 147 من القانون التجاري على ضرورة تسجيل العناصر المتعلقة ببيع المحل التجاري، وإذا كان المحل التجاري يتضمن حقوق الملكية الصناعية، يجب تسجيلها لدى الديوان الوطني للتوحيد والملكية الصناعية، بالإضافة إلى تسجيلها ضمن المحل التجاري في السجل التجاري.³

¹ زايدي خالد، القيد في السجل التجاري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 338.

² أمحمد سعد الدين، كيفية القيد في السجل التجاري على ضوء أحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-111، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، م 53، ع 3، 2016، ص 275 - 278.

³ بومعزة رشيد، المرجع السابق، ص 95.

ثانياً: الشهر عن طريق النشر

يتم الشهر التصرفات في هذا المجال من خلال إعلام الآخرين بوقوعها عن طريق نشرها، وعادة ما يتم النشر في الصحف المخصصة لهذا النوع من الإعلانات، مثل النشرات الرسمية للإعلانات القانونية والجرائد اليومية.¹

تنص المادة 83 ق ت ج على أنه: " كل تنازل عن محل تجاري على وجه المحدد في المادة 79 أعلاه، يجب إعلانه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخه بسعي المشتري تحت شكل ملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلاً عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري وبالنسبة للمحلات التجارية المتنقلة، فإن مكان الاستغلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلاً فيه بالسجل التجاري.

ويجب أن يكون الملخص أو إعلان تنفيذاً لما جاء في الفقرة المتقدمة مسبقاً إما بتسجيل العقد المتضمن للتحويل أو بتصريح المنصوص عليه في قانون التسجيل وذلك في حالة عدم وجود عقد وإلا كان باطلاً، ويجب أن يشتمل الملخص المذكور تحت طائلة الإبطال كذلك على تواريخ ومقادير التحصيل ".

كما تنص الفقرة الثالثة من المادة 203 من ق ت ج على أنه: " ويحرر كل عقد تسيير في شكل رسمي وينشر خلال خمسة عشر يوماً من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلاً عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية ".

¹ زواوي محمود، المرجع السابق، ص 54.

يتضح من المادتين 83 والفقرة الثالثة من المادة 203 ق ت ج أنه يجب نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة في جريدة يومية يختارها ممثل الشركة، وتطبق نفس الإجراءات المطلوبة في تأسيس الشركة عند إجراء أي تعديل. كما يتعين أيضاً نشر ملخص العقد التأسيسي في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية المنشأة بالمرسوم التنفيذي 70-92 المؤرخ في 18/02/1992

يلاحظ أن المشرع لم يقتصر على اشتراط الكتابة الرسمية عند إبرام عقد الشركة، بل أضاف شرطاً آخر لا يقل أهمية، وهو ضرورة خضوع عقد الشركة لإجراءات الشهر، تعتبر الكتابة خطوة أولى لإعلام الغير بإنشاء الشركة وبدء نشاطها، مما يتيح لهم الاطلاع على كافة المعلومات المتعلقة بالشركة قبل اتخاذ قرار التعامل معها، إن إجراء الشهر يمنح الشركة التجارية الشخصية المعنوية، حيث تخضع جميع الشركات التجارية لهذه الإجراءات، باستثناء شركة المحاصة التي تُعتبر شركة خفية ولا تتمتع بالشخصية المعنوية.¹

حيث تنص المادة 548 ق ت ج على أنه: " يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنتشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من الأشكال الشركات وإلا كانت باطلة"، ويترتب على عدم القيام بهذا النوع من الشهر ببطان التصرف أو عدم نفاذه في مواجهة الغير.

¹ دحماني لطيفة، الشكلية في العقود المدنية، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2002-2003، ص

خلاصة الفصل الثاني:

يكون العقد صحيحاً عندما تتوفر الأهلية لدى المتعاقدين، ويكون هناك تراضٍ بينهما بشأن محل العقد وسببه والشروط القانونية المطلوبة، وعندما تتحقق هذه الشروط، يصبح العقد صحيحاً وتترتب آثاره فور انعقاده، ما لم يكن معلقاً على شرط أو محدداً بأجل، أو كان غير نافذ بسبب كونه موقوفاً، أما إذا اختل أحد أركان العقد أو شروطه، أو كان سبب الالتزام غير مشروع، أو كان المحل غير موجود، فإن العقد يعتبر غير صحيح، إما لعدم وجوده بشكل كامل أو لوجوده بشكل معيب، وفي هذه الحالة يتدخل النظام العام بهدف الحماية أو التوجيه لتصحيح هذه الآثار.

القاعدة العامة في العقود تنص على أن التصرف يتم بمجرد تطابق إرادتي الطرفين، دون الحاجة إلى صياغة هذا الرضا بشكل محدد، ومع ذلك هناك استثناءات لهذه القاعدة، حيث يشترط القانون ضرورة إفراغ رضا الأطراف في بعض العقود بشكل معين لكي يتم انعقاد التصرف القانوني، وفي هذه الحالة تصبح الشكلية ركناً أساسياً يتطلبه القانون لقيام العقد، وتعتبر القواعد المرتبطة بها قواعد أمر، مما يعني أن تجاهلها أو الاتفاق على ما يخالفها يؤدي إلى بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً، ويعود ذلك إلى حماية المصلحة العامة، كما هو الحال في التصرفات المتعلقة بالعقارات، لذا لا يمكن استبدال الشكل المطلوب بشكل آخر، سواء من حيث الإجراءات اللازمة أو من حيث الأحكام التي يتضمنها، لأن الأطراف ليست حرة في اختيار الشكلية الخاصة بالعقد، إذا فرض القانون شكلاً رسمياً على عقد معين، فإن ذلك يعود إلى ارتباطه بالنظام العام.

الباب الثاني

فكرة النظام العام وأثرها في إعادة التوازن العقدي

ظهرت فكرة النظام العام في نهاية القرن التاسع عشر، حيث شهدت توسعاً كبيراً في مضمونها وتطور أهدافها لتشمل الجوانب الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع، حيث جاء ذلك نتيجة لانتصار المذاهب الاشتراكية، وما تبعه من زيادة تدريجية في تدخل الدولة في مختلف جوانب الحياة الاقتصادية، حيث أدت هذه التطورات إلى بروز مفهوم جديد يُعرف بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي، والذي يُعتبر إضافة للمفهوم التقليدي، ونتيجة لذلك تم فرض العديد من الضوابط على الحرية التعاقدية لإلزام الأطراف باحترام قواعد متعددة والتي أصبحت مرتبطة بالنظام العام.

تعود جذور فكرة النظام العام إلى الرغبة في تقييد حرية التعاقد بهدف تحقيق توازن في العلاقات التعاقدية، وذلك من خلال حماية الطرف الأضعف، حيث يُعرف هذا النوع من النظام العام بالنظام العام الحمائي، ومن جهة أخرى ظهرت فكرة النظام العام الاقتصادي والاجتماعي لتعزيز دور الدولة في تنفيذ سياستها الاقتصادية، وبالتالي تم فرض قيود على الإرادة العقدية لإلزام الأفراد باحترام هذه السياسة، وهو ما يُعرف بالنظام العام الوجه، حيث تتنوع أشكال التوجيه الاقتصادي سواء في العقود المبرمة بين الأفراد العاديين أو بين المنتجين والموزعين والمستهلكين، مما يؤدي إلى تقييد حرية التعاقد وفقاً لطبيعة السياسة الاقتصادية التي تتبناها الدولة، وهو ما يُطلق عليه النظام العام التنافسي.¹

سيتم من خلال هذا الباب معالجة تدخل النظام العام لحماية الطرف الضعيف في (الفصل الأول) ثم إلى تدخل النظام العام لتحقيق المنافسة الحرة في (الفصل الثاني).

¹ عليان عدة، المرجع السابق، ص 224.

الفصل الأول: تدخل النظام العام الحمائي لحماية الطرف الضعيف

تهدف قواعد النظام العام الحمائي بشكل أساسي إلى حماية الأطراف الضعيفة في العقود، ومن هذا المنطلق قامت معظم التشريعات الحديثة، بما في ذلك التشريع الجزائري، بالتدخل من خلال هذه القواعد لتعزيز موقف الطرف الضعيف، وقد تم ذلك من خلال فرض التزامات قانونية على الطرف القوي، مع إمكانية تطبيق عقوبات مدنية وحتى جزائية في حال عدم الامتثال.

إن إعادة تقييم العقود بهدف حماية الطرف الأضعف أصبحت اليوم ضرورة ملحة واحتياجاً اجتماعياً واقتصادياً في الوقت نفسه، كما أن زيادة تدخل مفهوم النظام العام الحمائي في تنظيم العقود أصبحت مسألة مقبولة بشكل عام، يتماشى ذلك مع الأسس الجوهرية للالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية السليمة التي تسعى إلى تحقيق توازن بين المتعاقدين، بعيداً عن أي غبن أو استغلال من أحد الأطراف للآخر، وهذا لا يعني تراجع قيمة العقد أو فقدان أهميته.

سيتم في هذا الفصل مناقشة كيفية مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان في (المبحث الأول)، ثم سيتم تناول إعادة التوازن العقدي من خلال نظرية الظروف الطارئة في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الشروط التعسفية في عقود الإذعان

أدى تطور الحياة الاقتصادية إلى ظهور أنواع جديدة من العقود، التي تختلف في الالتزامات والحقوق بين الأطراف المعنية، تشمل هذه العقود سلعاً وخدمات تسيطر عليها الدولة، مثل النقل البحري أو الجوي، أو تُمنح لكبرى الشركات دون غيرها، مما يجعل هذه السلع والخدمات متاحة فقط من خلال تلك الشركات، تُعتبر هذه السلع والخدمات من الضروريات في الحياة الحديثة، ولا يمكن الاستغناء عنها، حيث تتميز هذه المؤسسات بوضع شروط أو بنود لا تقبل النقاش، تحت مظلة الحرية التعاقدية ومبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وبالتالي يجد الطرف الأضعف نفسه مضطراً للقبول بهذه العقود، دون القدرة على التفاوض أو المناقشة، وقد أطلق عليها القانونون اسم "عقود الإذعان".¹

لذا اعتمدت معظم القوانين المدنية على توفير الحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، على الرغم من أن إرادته هي التي أنشأت أو نظمت العقد، وقد تم ذلك من خلال تقييد إرادة الطرف القوي اقتصادياً، بحيث يتم فرض شروط تتناسب مع تحقيق التوازن، بدلاً من جعل الالتزامات متساوية، حيث أن ذلك يعد أمراً غير ممكن، إذ غالباً ما تتضمن العقود التزامات أكبر على أحد المتعاقدين مقارنة بالآخر، ومن ثم سمحت هذه القوانين للقاضي المدني بالتدخل لتعديل الشروط التي أدت إلى اختلال التوازن في العقد.²

سيتم في هذا المبحث تناول مفهوم عقد الإذعان في (المطلب الأول)، يلي ذلك استعراض مفهوم الشروط التعسفية في (المطلب الثاني).

¹ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة الدكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 143.

² أسامة رشيد مجيد، دور القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للالتزامات العقدية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2018، ص 109.

المطلب الأول: عقد الإذعان

تُعتبر عقود الإذعان من العقود الحديثة التي نشأت نتيجة للتطورات الصناعية والاقتصادية، والتي أدت إلى ظهور الشركات الكبرى وزيادة الصناعات الحرفية، كما ساهمت هذه التطورات في تعزيز العلاقات الاجتماعية، مما استدعى الحاجة إلى المزيد من السلع والخدمات التي تحتكرها الحكومة أو الشركات الكبرى، وقد أثر ذلك على إرادة المتعاقدين، حيث تم تقليص حرية الأفراد في إبرام العقود ومناقشة الشروط التي يفرضها الطرف المحتكر للسلعة أو الخدمة، وبالتالي أصبح المستهلك في موقف ضعيف، حيث لا يملك سوى قبول الشروط المفروضة عليه، مما يؤدي إلى نشوء عقود الإذعان.¹

من الأمثلة على ذلك التعاقد مع شركة الكهرباء والماء والغاز، بالإضافة إلى خدمات البريد والمواصلات، كما يشمل ذلك عقود النقل بمختلف وسائلها، مثل السكك الحديدية والكهربائية، وكذلك البواخر والسيارات، بالإضافة إلى ذلك يتم التعاقد مع شركات التأمين بمختلف أنواعها، وعقود العمل في الصناعات الكبرى وفي الشركات.²

سيتم تخصيص هذا المطلب لتعريف عقد الإذعان في (الفرع الأول)، ثم سنستعرض خصائصه في (الفرع الثاني)، وأخيراً سنتناول الطبيعة القانونية لعقد الإذعان في (الفرع الثالث).

¹ نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، أحكام عقود الإذعان بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2014، ص 9.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 245.

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان

لم تتضمن أي من التشريعات، سواء كانت عربية أو غربية، تعريفاً لعقد الإذعان، بل تركت هذه المسألة للفقهاء ليعالجها، ومع ذلك لم يتوصل الفقهاء إلى تعريف موحد لعقد الإذعان.

من المعروف أن "Saleilles" هو أول من أشار في فرنسا إلى طبيعة هذا العقد، حيث لاحظ أن مضمونه يفرض فعلياً من قبل أحد الأطراف على الآخر، الذي يكتفي بقبول الشروط دون القدرة على مناقشتها، وقد عرّف عقد الإذعان بأنه: " محض تغليب إرادة واحدة تنصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على الفرد محدد بل على مجموعة غير محددة، ويفرضها مسبقاً جانب واحد، ولا ينقصها سوى أن يكون هناك من يقبل قانون العقد".¹

لقد كانت هذه العقود شائعة في بداية القرن، وهي اليوم تمثل الطريقة المعتادة للأفراد لعقد الاتفاقات، فعمليات التأمين والنقل، بالإضافة إلى الخدمات التي يقدمها أصحاب وكالات السفر أو الفنادق، تُعتبر بشكل عام عقود الإذعان.²

أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري، فلم يتناول سوى موضوع القبول في عقود الإذعان، حيث يقول: " قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو

¹ لشعب محفوظ بن حامد، الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص 23.

² جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 95.

أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان¹.

يقول رفيق يونس المصري بأنه: " لا أوافق على هذه التسمية التي اعتبرها مسؤولة عن كثير من اللبس والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة من هذه العقود، وإنني أقترح تسميتها بعقود الانضمام بدلا من عقود الإذعان، لأنه أقرب إلى اللفظ الفرنسي وأشمل من لفظ الإذعان، لأن الإذعان لا يعدوا أن يكون حالة خاصة من الانضمام"².

يعتقد الباحث أحمد سمير قرني أن رفيق يونس المصري قد جانب الصواب في هذا الاتجاه، وذلك استناداً إلى أن الاجتهاد الفقهي في مثل هذه القضايا يجب أن يأتي بعد إجراء دراسة موضوعية معمقة لطبيعة العقد، وليس مجرد أحكام سطحية تقتصر على المصطلحات، فالحكم على الشيء يعتمد على فهمه، بالإضافة إلى ذلك، فإن عقود الإذعان تتميز بخصائص محددة أشار إليها الفقهاء، لذا ليس كل انضمام يعتبر إذعانا، كما أن جوهر الإشكالية في هذه العقود لا يكمن في نمطية العقد، بل في احتوائها على شروط تعسفية لا تقبل المساومة.³

يعتقد الدكتور عبد المنعم فرج الصده أن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هو أول من استخدم مصطلح "الإذعان"، ويعتبر هذا المصطلح أكثر دقة من التسمية الفرنسية التي اقترحها الأستاذ "Saleilles" (الإعلان الإرادة)، والتي تشير إلى عقد الانضمام، فالإذعان يعكس معنى الاضطرار في القبول، بينما يشمل الانضمام دلالات أوسع من الإذعان، حيث يتضمن عقود الإذعان وغيرها من العقود التي يقبلها الطرف الآخر دون أي نقاش،

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 244.

² أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 29.

³ جاك غستان، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ص 97.

وقد عرف عبد المنعم فرج الصده عقد الإذعان بأنه: " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة فيها".¹

يرى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي أن: " الأصل في التعاقد أن يتسم في إجراءاته بحرية النقاش والمساومة، بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الآخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة إليه، وهناك ضرب من العقود يشذ عن هذه القاعدة، فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها، وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط سلفاً، ويعرضها على جمهور ولا يكون أمام من يريد إبرام الصفقة إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة، بحيث إن قبوله إياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ والإذعان منه إلى المشيئة الحقيقية، ومن هنا أتت تسمية هذه العقود بعقود الإذعان".²

يتبين من التعريفات الفقهية أنها لم تقدم تعريفاً دقيقاً للإذعان، حيث لم تأخذ في الاعتبار الأسباب الاقتصادية والاجتماعية التي تم إدخالها في النظرية العامة للعقد، بل تناولت عقد الإذعان على أنه مجرد إرادة تفرض شروطها على إرادة أخرى، دون الإشارة إلى محتوى العقد أو تقديم شرح له، أو وصف موقف الطرف القابل في عقود الإذعان.³

يمكننا أن نلاحظ من خلال هذه التعريفات أنها تشير إلى مفهومين:

مفهوم عقد الإذعان التقليدي يشير إلى أن الطرف الأقوى هو الذي يحدد الشروط الخاصة بالعقد، خاصة عندما يتعلق الأمر بسلعة أو خدمة ضرورية تخضع لاحتكار

¹ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 134-135.

² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 104.

³ لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 26.

قانوني أو فعلي، حيث يتم فرض هذه الشروط على الطرف الأضعف، الذي لا يتمكن من التفاوض كما يحدث في أنواع العقود الأخرى، كما أن في عقود الإذعان، يكون دور الطرف الأضعف سلبياً، حيث يلتزم بالشروط ويتحمل النتائج دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها، وبالتالي يُجبر على التعاقد بسبب أهمية هذه العقود وعدم قدرته على الاستغناء عنها، رغم وجود شروط تعسفية..¹

تُقابل عقود الإذعان عقود المساومة، حيث يتمكن طرفا العقد من تحديد الشروط وترتيب الآثار الناتجة عنه، كما تُقابلها العقود الرضائية التي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، مما يعني أن المتعاقدين يتمتعون بحرية وضع الشروط وتحديد الآثار، في المقابل، فإن عقود الإذعان قد تتواجد فيها موافقة الطرف المذعن، إلا أن هذه الموافقة قد تتأثر ببعض عيوب الرضا.²

ما يميز عقد الإذعان عن العقود الأخرى هو عدم وجود مفاوضات سابقة أو مساومات، سواء من أحد الأطراف أو من طرف الغير، إذ يتم تحديد محتوى العقد ومضمونه بناءً على إرادة الطرف الموجب فقط، مما يتناسب مع الظروف التي يواجهها هذا الطرف، سواء من حيث مركزه عند إبرام العقد أو في طريقة تنفيذه، حيث سيتحمل المخاطر الناتجة عن تطبيقه.³

يُعتبر عقد الإذعان مثل باقي العقود، حيث يتكون من إيجاب وقبول، يتميز بالإيجاب بأنه موحد وموجه إلى جميع الناس، ويأتي بشروط متساوية وعلى نحو مستمر، أي لفترة غير محددة، وغالباً ما يكون في صيغة مطبوعة تتضمن الشروط بشكل واضح.⁴

¹ محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 58.

² نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 11.

³ لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 27.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ح1، المرجع السابق، ص 230.

أما المفهوم الحديث يشير إلى وجود عقد نموذجي يفنقر إلى المساواة بين طرفيه، حيث يقوم أحد الأطراف بتحديد محتوى العقد من خلال توضيح الحقوق والالتزامات المرتبطة به بطريقة تخدم مصلحته، دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشة هذا المحتوى، في الواقع نحن أمام متعاقد محترف ومتخصص يمتلك خبرة نتيجة لتكرار إجراء عمليات وصفقات متنوعة، مما يمكنه من وضع الشروط التي تتماشى مع مصلحته وظروف المنافسة في السوق، وبالتالي أصبحت هذه الشروط جزءاً معتاداً من حياته المهنية، ولا يملك المستهلك سوى قبولها دون إمكانية مناقشتها.¹

ينطبق هذا المفهوم على العقود التي يكون المستهلك طرفاً فيها، حيث تُعد هذه العقود نماذج جاهزة مسبقاً دون أي فرصة للتفاوض أو المناقشة، تفرضها شركات الإنتاج والتوزيع، مما يكفي لتكوين علاقة إذعان، لا يتطلب الأمر وجود احتكار قانوني أو فعلي لسلمة ضرورية كشرط للعلاقة بين طرف قوي اقتصادياً وآخر ضعيف، بل يكفي أن يقوم شخص محترف أو منتج بإعداد العقد مسبقاً ويفرض شروطه على عملائه، غالباً ما تتماشى هذه الشروط مع الشروط التنافسية في السوق، مما يترك أمام المستهلك خيار الإذعان والامتثال لشروط العقد، التي قد تتسم بالتعسف، وحتى وإن لم تصل عدم المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين إلى درجة الاحتكار، فإنها تكفي لاستبعاد المناقشة من العقد وتحقيق الإذعان.²

تعتبر القوى الاقتصادية غير محتكرة للسلع أو الخدمات، إلا أن العلاقة التي تنشأ بينها وبين المستهلك تُصنف كعقد إذعان وفقاً للمفهوم الحديث لهذا النوع من العقود، ويرجع ذلك إلى أن أحد أهم شروط عقد البيع، وهو تحديد السعر، حيث لا يتيح للمشتري أي مجال للنقاش أو المساومة، بالإضافة إلى ذلك، فإن القوة الاقتصادية لهذه المؤسسات

¹ دالي البشير، مبدأ تأويل العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2007-2008، ص 37-38.

² فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، الجزائر، 1998، ص 10.

وحاجة المستهلك للسلع قد مكنتها من فرض الأسعار التي ترغب بها، بل أصبحت هذه المؤسسات تقود جهود حماية الأسعار، وفي ظل نظام الاقتصاد الحر الذي تتبناه معظم الأنظمة الاقتصادية العربية، تجد الحكومات نفسها عاجزة عن السيطرة على ارتفاع الأسعار المستمر، لذا يأتي التدخل القانوني من خلال تصنيف العلاقة بين التاجر والمستهلك ضمن مفهوم الإذعان، مما يتيح حماية مصلحة المستهلك الضعيف في مواجهة تلك القوى الاقتصادية.¹

عند النظر إلى التشريع الجزائري، نجد أنه في البداية لم يعرف على عقد الإذعان كما هو الحال في العديد من التشريعات العربية الأخرى، بل اكتفى بتحديد كيفية الحصول على القبول في هذا النوع من العقود من خلال نص المادة 70 من ق م ج، والتي نصت على أنه: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة، يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها " ²

إلا أن المشرع من خلال إصدار القانون رقم 04-02 المطبق على الممارسات التجارية، قام بتعريف عقد الإذعان بموجب المادة الأولى من 3 الحالة 4 الفقرة الأولى من قانون السالف الذكر حيث نصت هذه المادة على أنه: يأتي " عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه "، وباستقراء هذه المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري قد تبني المفهوم الحديث لعقود الإذعان.

¹ أحمد سمير قرني، المرجع السابق، الهامش، ص 54.

² عاشور فاطمة، تفسير العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013، ص 70.

الفرع الثاني: خصائص عقد الإذعان

أصبح عقد الإذعان من العقود الأكثر انتشاراً، حيث تزايدت شيوعته يوماً بعد يوم نتيجة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، فقد أدت هذه التطورات إلى ظهور مؤسسات وشركات كبيرة، بالإضافة إلى أفراد يتحكمون في السوق من خلال احتكار السلع والخدمات والمرافق الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها، ويتم ذلك عن طريق تقييد حرية الطرف القابل في التعبير عن إرادته، إذ يتم وضع شروط العقد مسبقاً، مما يمنعه من تعديل بنود العقد أو حتى مناقشتها، وبالتالي إذا توافرت هذه الخصائص، فإننا نكون أمام عقد من عقود الإذعان.¹

أولاً: أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية

لكي يُعتبر العقد من عقود الإذعان، يجب أن يكون موضوعه متعلقاً بسلعة أو خدمة أو مرفق يُعتبر من الضروريات ومتطلبات الحياة الحديثة بالنسبة للمستهلكين بشكل عام أو المنتفعين، بحيث لا يمكنهم الاستغناء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة دون أن يتعرضوا لأذى أو مشقة، ومن الأمثلة على ذلك الغاز، الكهرباء، والماء.²

أوضحت محكمة النقض المصرية أن السلع الضرورية هي تلك التي لا يمكن للناس الاستغناء عنها، والتي تعتبر أساسية لمصالحهم، مما يجعلهم في موقف يستدعي التعاقد بشأنها، وبالتالي لا يمكنهم رفض الشروط التي يحددها الطرف الآخر، حتى وإن كانت مقبولة.³

¹ عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 31.

² لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 59.

³ أحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 51.

ثانياً: أن يكون الموجب محتكراً احتكاراً قانونياً أو فعلياً

إن الطرف المهيمن غالباً ما يواجه صعوبة في التحكم والاحتكار وكبح جماح القابل، إلا في حال كان الجمهور متوجهاً نحو سلعة معينة يحتاجون إليها، وتعتبر الحاجة والضرورة مفاهيم نسبية تختلف من مجتمع لآخر؛ فشيء قد يكون ضرورياً في مجتمع ما قد يُعتبر ترفاً في مجتمع آخر.¹

كما أن مفهوم الاحتكار أيضاً نسبي، حيث يختلف من فرد لآخر؛ فالسلعة التي تُعتبر ضرورية لشخص ما قد تُعتبر من الكماليات لشخص آخر.²

إذا افترضنا أن سيطرة المؤسسات والشركات على السلع والخدمات الأساسية للمستهلك ليست احتكارية، فإن ذلك يؤدي إلى ظهور ما يُعرف بالتواطؤ الضمني بين الشركات المتنافسة، وهو أقرب إلى الاحتكار منه إلى المنافسة الحرة، ومن أبرز سمات أسواق التواطؤ الضمني هو التفاعل بين الشركات المتنافسة لتثبيت الأسعار وحجم الإنتاج دون وجود اتفاق رسمي أو تواصل مباشر بينها، بل إن هذه التفاعلات تُعتبر تقاهماً صامتاً حول الأسعار، حيث تعتمد على مراقبة كل شركة لسلوك الشركات الأخرى.³

يعتبر الفقه والقضاء المدني المصري أن الاحتكار لا يقتصر فقط على السيطرة على سلعة أو خدمة معينة، بل يمتد أيضاً ليشمل حالات المنافسة المحدودة⁴، ومن أبرز المجالات التي تشهد منافسة محدودة هو قطاع الطيران المدني، حيث تهيمن شركة أو

¹ نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 55.

² محمد إبراهيم بنداري، نحو المفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي، مجلة الأمن و القانون، كلية الشرطة دبي، ع 1، 2000، ص 88.

³ أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار منع الإغراق والاحتكار من وجهة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص 170.

⁴ أحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 53.

شركتين على هذه الخدمة في معظم الدول العربية ففي الجزائر مثلا تقتصر المنافسة في هذا القطاع على شركتين هما شركة الطاسيلي والخطوط الجوية الجزائرية.

إذا لم يكن هناك احتكار قانوني أو فعلي للسلعة أو الخدمة، فلا يمكن اعتبار العقد عقد إذعان، وبالتالي فإن عقود المقاولات والأشغال العامة، بالإضافة إلى عقود الإيجار سواء كانت للمساكن أو الأراضي الزراعية، لا تُصنف كعقود إذعان، لذلك نادراً ما يظهر هذا النوع من العقود في ظل المنافسة الحرة، حيث يتيح غياب الاحتكار للمستهلك فرصة العثور على منتج أو خدمة بشروط أفضل من أحد المنافسين الذين يسعون لجذب أكبر عدد ممكن من الزبائن.¹

كان شرط الاحتكار يعتبر عنصراً أساسياً في تحقيق المفهوم التقليدي لعقد الإذعان، كما أشار الدكتور عبد الرزاق السنهوري، حيث يرى أن هناك اتجاهاً نحو توسيع مفهوم الاحتكار الفعلي، فمثلاً إذا كان هناك طبيب واحد في القرية، فإنه يُعتبر محتكراً، وكذلك الأمر بالنسبة للصيدلي والخباز وغيرهم من المهن التي تلبي احتياجات أساسية للناس، وهذا يعني أن هذه المهن تأخذ تدريجياً طابع المصلحة العامة، ويصبح العاملون فيها ملتزمين بخدمة المجتمع، وقد تبنى هذا الرأي الفقه القانوني والقضاء في مصر ودول عربية أخرى، كما أيد مجمع الفقه الإسلامي هذا الاتجاه.²

¹ عامر رحمون، المرجع السابق، ص 30.

² أحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 52.

ثالثاً: حرية الموجب في وضع شروط العقد

في هذا السياق نجد أن الموجب يحدد الشروط والتفاصيل التي تكون دائماً في صالحه، دون أن يُمنح الطرف الآخر الحق في مناقشة أو إلغاء أو تعديل أي من هذه الشروط، وتبدو هذه الشروط تعسفية بسبب انفراد الموجب بوضعها، حيث أنها أحياناً تخفف من مسؤوليته العقدية، وأحياناً أخرى تُشدد من مسؤولية الطرف الآخر، ولولا عدم وجود حرية كاملة للقابل في التفاوض، لما كان ليقبل بهذه الشروط.¹

إن الإيجاب في هذه العقود يتم من قبل الطرف القوي فقط، حيث يكون هو المسؤول عن وضع شروط العقد دون مشاركة من الطرف الآخر، الذي لا يملك سوى قبول هذه الشروط أو رفضها، وغالباً ما تكون هذه الشروط مصممة لخدمة مصلحة الطرف القوي، وقد أشارت المادة 70 من القانون المدني الجزائري إلى أن القبول في عقد الإذعان يتم بمجرد التسليم بالشروط التي يحددها الموجب، دون إمكانية مناقشتها.²

هذا التقييد لا يعدو كونه استسلاماً للشروط الواردة في الإيجاب، حيث لا توجد وسيلة أخرى للحصول على السلعة أو الخدمة المقدمة من الموجب، وبالتالي نجد أن القبول في هذه العقود ليس حراً كما هو المفترض، بل هو خضوع وإذعان. فرغم وجود رضا القابل، إلا أنه يكون مفروضاً عليه، مما يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد.³

¹ نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 56.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2007، ص 57.

³ نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 56.

رابعاً: إعداد نماذج العقود مسبقاً

تُعد نماذج العقود وشروطها وبنودها مسبقاً، حيث تكون هذه الشروط محددة وموحدة لجميع المستفيدين، وغالباً ما تكون صياغة هذه الشروط معقدة ومتوافقة مع مصلحة الطرف الموجب، ويقتصر دور المستهلك على التوقيع على العقد إذا كان يرغب في الحصول على السلعة أو الخدمة.¹

خامساً: صدور الإيجاب إلى الجمهور:

إن الإيجاب في هذه العقود يُعتبر إيجاباً عاماً موجهاً إلى الجمهور بشكل عام أو إلى فئة محددة منه تتمتع بصفات معينة، وليس موجهاً إلى شخص معين بشكل خاص، كما أن هذا الإيجاب يتميز بأنه دائم ويصدر بشكل مستمر، مما يجعله ملزماً لفترة أطول بكثير مقارنةً بعقود المساومة الحرة²، وبهذا الشكل تُعتبر عقود الإذعان هي تلك التي يبرمها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية.³

حيث تنص المادة 63 ق م ج على أنه " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة التعامل".

¹ أحمد سمير قرني، المرجع السابق، ص 51.

² بودالي محمد، المرجع السابق، ص 57.

³ نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 56.

الفرع الثالث: طبيعة عقد الإذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد يحمل العديد من الفوائد، حيث إن معالجة بعض المشكلات التي قد تنشأ عن العقد تعتمد بشكل كبير على فهم هذه الطبيعة¹، وقد أثارت الطبيعة القانونية لعقود الإذعان جدلاً في الفقه، حيث اعتبر غالبية الشراح، ومعظمهم من فقهاء القانون المدني، أن عقد الإذعان يُعدّ عقداً بالمعنى القانوني، لأنه يتشكل من توافق إرادتين، ورغم أن إحدى الإرادتين قد تكون ضعيفة مقارنة بالأخرى، إلا أن هذا الضعف لا يصل إلى حد العيب، وإلا لكان من الممكن القول بأن عقود الشراء من المحلات التجارية الكبرى ذات الأسعار المحددة تُعتبر عقود إذعان، ومع ذلك لم يتفق بعض شراح فقهاء القانون العام مع هذا الرأي الذي ينتهي إلى اعتبار عقد الإذعان مركزاً قانونياً منظماً²، لذا سنستعرض الرأيين في ما يلي:

أولاً: الصفة النظامية للإذعان

يعتقد أنصار هذا المذهب، الذين يمثلهم عدد قليل من فقهاء القانون المدني، وعلى رأسهم "Saleilles"، بالإضافة إلى فقهاء القانون العام مثل "Duguit Léon" و "André Hauriou"، أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية، بل هي عقود نمطية لا يجوز تسميتها بالعقد، حيث ينكرون الصبغة التعاقدية، إذ يعتبرون أن العقد هو توافق بين إرادتين، ويرون أن عقود الإذعان تمثل مراكز قانونية منظمة تنشأ عن إرادة منفردة تصدر عن الموجب، مما يجعلها بمثابة قانون أو لائحة تنظم العلاقة بين مقدمي الخدمة والمستهلكين، وليست عقوداً بالمعنى الحقيقي، فالعقد لا يكون صحيحاً ولا تترتب عليه آثار قانونية إلا إذا توفرت حرية الإرادة والاختيار لدى الأطراف، وفي حالة عقود الإذعان، لا تتوفر

¹ عاشور فاطمة، المرجع السابق، ص 70.

² محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، مجلة رسالة الحقوق، ع 3، 2011، ص 155

حرية الإرادة، حتى وإن وجدت حرية الاختيار، حيث يكون أحد الأطراف مضطراً لتوقيع العقد دون رضا كامل، لأنه لا يستطيع الاعتراض على أي من الشروط التي يفرضها الطرف الأقوى، وبالتالي فإن الرابطة القانونية بين الطرفين تفرضها إرادة الطرف القوي (المحتكر) وحده.¹

يعتقد الأستاذ "Demogue" ، الذي يتفق في هذا مع فقهاء القانون العام، أن عقد الإذعان يمثل مركزاً قانونياً منظماً ينبغي أن يُطبق لصالح العمل في المقام الأول، ثم يُؤخذ في الاعتبار ما يستحق الحماية لصالح كلا طرفي العقد.²

يعتمد هذا الرأي على فكرة أن العقد يفترض وجود توازن بين الأطراف وحرية في التفاوض، وهو ما يفترض إليه عقد الإذعان.³

يعتقد الأستاذ "Saleilles" أن عقد الإذعان يعكس الاعتراف بالقوة الملزمة التي يمكن أن تنشأ عن التعبير عن الإرادة المنفردة، ويشير إلى أن عقد الإذعان لا يحمل من خصائص العقد سوى الاسم، حيث يذهب في تحليله إلى أنه يمثل تفضيلاً مطلقاً لإرادة واحدة تفرض قانونها ليس على فرد واحد، بل على مجموعة غير محددة، ويلزم هذا العقد مسبقاً كل من يرغب في قبول قانون العقد بالانضمام إليه وفقاً لرأيه، فإن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تستند إلى التوافق الإرادي، بل إلى الإرادة المنفردة لمحضر العقد ومنشئه، كما أن انضمام الطرف الآخر لا يُعتبر عنصراً أساسياً أو ضرورياً لتكوين العقد، بل هو مجرد تكملة لشرط موضوعي لتنفيذ ما أنشأه الطرف الأول، وبالتالي فإن مصدر الرابطة أو العلاقة القانونية يكمن في الإرادة المنفردة لمحضر العقد، الذي يضع قانونها ويؤسس الرابطة القانونية التي تربط المدعن، وذلك بشرط إذعان الأطراف الأخرى، وفقاً لهذا

¹ نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 19.

² عامر رحمون، المرجع السابق، ص 38.

³ عاشور فاطمة، المرجع السابق، ص 71.

الرأي، فإن عقد الإذعان يفتقر إلى الإرادة التعاقدية والإرادة المشتركة، كما أنه لا يتضمن المساواة التي تعتبر أساساً لفكرة العقد، حيث يكون النقاش حوله معدوماً، وقبول المذعن لا يتم بحرية ووضوح، بالإضافة إلى أن مفهوم العقد لا يكفي لتفسير معظم آثاره القانونية، وعلاوة على ذلك، فإن الاعتراف للقوى الخاصة التي تلعب دور الموجب في عقد الإذعان بالسلطة اللائحية له مبرراته، حيث يمكنها من التصرف بحرية ودون تردد، مما يساعدها على تقديم خدمات قيمة للاقتصاد الوطني.¹

كما أشار الفقه الفرنسي إلى أن هذا النوع من العقود يفتقر تماماً إلى قبول متأني، ولا يمكن أن تنشأ التزامات على عاتق المشتراط والمذعن نتيجة لاتفاق بينهما، حيث إن هذا الاتفاق غير موجود.²

يعتقد مؤيدو هذه النظرية أن تفسير عقد الإذعان وتحديد الالتزامات الناتجة عنه يجب أن يتم في إطار هذه الاعتبارات، لذا يتم تفسير العقد كما يتم تفسير القانون، وليس باعتباره نتاج إرادة الأفراد، بل باعتباره رابطة قانونية تهدف إلى تنظيم المصلحة العامة لمجموعة الأفراد الخاضعين لها، وبالتالي يتم تطبيق هذا القانون التعاقدية بطريقة تأخذ في الاعتبار متطلبات العدالة وحسن النية، بالإضافة إلى ما تتطلبه الروابط الاقتصادية التي تم وضعها لتنظيمها.³

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وذلك بحسب المادة 110 من ق م ج والتي نصت على أنه: " إذا تم العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

¹ عامر رحمون، المرجع السابق، ص 38.

² سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، 1998، ص 42.

³ نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 19.

ثانياً: الصفة العقدية للإذعان

لقد اتجه معظم الفقهاء، الذين يمثلون أغلبية فقه القانون المدني، بالإضافة إلى القضاء المصري والفرنسي، إلى اعتبار عقد الإذعان عقداً تعاقدياً حقيقياً، فهم يرون أن هذا العقد يتم بناءً على توافق إرادتين، ويكون ملزماً للأطراف المعنية، كما أنه يخضع للقواعد العامة التي تنطبق على جميع العقود.¹

منذ قرون طويلة، يُستخدم مصطلح "العقود" للإشارة إلى العمليات التي يحدد فيها أحد الأطراف شروطه، بينما يتعين على الطرف الآخر إما قبولها أو رفضها بشكل كامل، حتى في القانون الروماني، كان الثمن محددًا في عقود البيع، ومع ذلك لم يمنع ذلك من اعتبارها عقود بيع، والأهم هو أن الطرف الذي يقبل الشروط المعروضة عليه يجب أن يكون غير مُجبر، أي أن لديه الحرية في القبول أو الرفض، فإذا اختار القبول، فإنه يعبر عن رضاه، مما يؤدي إلى تكوين العقد، حتى وإن تم إعداد الشروط مسبقاً من قبل الطرف الآخر ودون أي تفاوض، وفي هذه الحال يكون الطرف الذي يوافق على الشروط محمياً من تعسف الطرف المحتكر.²

يؤكد مؤيدو النظرية العقدية أن إرادة الموجب لا يمكن أن تؤدي إلى إنشاء العقد إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها، وبالتالي تساهم الإرادتان معاً في تشكيل العقد، كما أنه على الرغم من الحديث عن ضعف أحد المتعاقدين أمام الآخر، فإن هذه المسألة تتعلق بالجانب الاقتصادي وليس القانوني، والمطلوب في العقد هو تحقيق المساواة القانونية بدلاً من

¹ نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 17.

² لعشيب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 37.

المساواة الاقتصادية¹، لأن توافق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن تكون لكل من الإرادتين نفس الأهمية لدور الأخرى.²

لا تفترض هذه النظرية استبعاد عقود الانضمام من القواعد العامة التي تنظم جميع العقود، حيث تنشأ هذه العقود من إرادتين، إرادة الموجب وإرادة المنظم، ويعتبر الانضمام نوعاً خاصاً من القبول، وتحدد آثاره القانونية أيضاً بإرادة الطرفين، وبالتالي لا تحتوي عقود الانضمام على أي جديد سوى تسميتها.³

الأصل في التعاقد هو أن يتمتع الطرفان بالحرية في إجراءاته، مع إمكانية النقاش والمساومة، مما يتيح لكل منهما فرصة إقناع الآخر بقبول أفضل الشروط، ومع ذلك هناك نوع من العقود يُعرف بعقد الإذعان، الذي يخرج عن هذه القاعدة، حيث يحدد أحد الطرفين هذه الشروط، مما يترك للطرف الآخر خيار قبولها بالكامل أو رفضها بالكامل، بحيث يكون قبوله لها أقرب إلى التسليم والامتثال.⁴

يمكن أن تكون الدعوة إلى الإذعان محددة أو عامة، وقد تتسم بطابع استمراري، ومع ذلك، فإن عمومية الإيجاب واستمراريته لا تؤثران على نظرية العقد، حيث يظل الإيجاب صحيحاً في جميع الحالات، كما أن عقود الإذعان لا تتجسد دائماً في شكل نمطي، إذ يمكن أن يتضمن بعضها إيجاباً غير عام وغير مستمر وغير تفصيلي، مما يتيح للطرف المدعن خيار القبول أو الرفض، أما بالنسبة لعنصر الإرادة، فإن النفوذ القوي من أحد العقادين قد يؤثر على التراضي، لكن هذا ليس صحيحاً بالضرورة، فالواقع يشير إلى أن

¹ خالد محمد أحمد السباتين، الحماية القانونية للطرف المدعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2001، ص 40.

² على مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 31.

³ لعشيب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 37.

⁴ عاشور فاطمة، المرجع السابق، ص 73.

العقد لا يتطلب المساواة بين الأطراف، سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية، حيث أن عدم التوازن العقدي لا ينفي صفة العقد.¹

لا يتطلب القانون أن تسبق العقد مفاوضات حرة أو مساومات مطولة، كما أنه لا يشترط تساوي دور الطرفين في إبرام العقد، كل ما يحتاجه القانون لقيام العقد هو توافق الطرفين على إنشاء التزامات معينة، وليس من الضروري أن يتساوى الطرفان من الناحية الاقتصادية، بل يكفي أن يكون هناك توازن قانوني، وعلى الرغم من أن الهيئة تُعتبر عقداً معترفاً به من الجميع، إلا أن الموهوب له عادةً لا يتفاوض مع الواهب بشأن شروطها.²

هناك فئة من التصرفات القانونية التي تقع خارج نطاق القانون المدني، مما يستدعي ضرورة تعريفها وتحديد معيار يميزها، وفي هذا السياق يقدم معارضو هذه النظرية تبريرات غير مقنعة، مما يجعل أصحاب نظرية الإذعان يرون أن الحجج المقدمة تفتقر إلى معيار دقيق يميز عقد الإذعان عن العقود الأخرى، وهذا الأمر يؤدي إلى عدم دقة وتردد المحاكم في اتخاذ القرارات.³

يعود السبب في ذلك إلى تحقيق المساواة القانونية، حيث يتوفر التراضي ويشارك الطرف المذعن برضاه دون أي إجبار أو إكراه⁴، فالمساواة الاقتصادية ليست شرطاً أساسياً، إذ أن توافق إرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن لكل منهما دوراً متساوياً، كما أنه ليس من الضروري قانوناً أن يكون مضمون العقد قد تم مناقشته مسبقاً أو أن يكون ناتجاً عن عمل الطرفين، فأبي تأثير على حرية التعاقد في عقود الإذعان لا يعدو

1 سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق ص 44.

2 على مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 32.

3 لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 38.

4 عامر رحمون، المرجع السابق، ص 40.

كونه نوعاً من الضغط الاقتصادي، والذي لا يؤثر على صحة التراضي، فجميع القيود المفروضة تكون مرتبطة بشكل أو بآخر بضرورات النظام الاقتصادي والسلطة التقديرية الممنوحة للمدين، وهي سلطة قد تكون خطيرة لأنها قد تضر بمصالح الطرف المذعن.¹

يعتقد أصحاب النظرية أن الطرف الذي يحدد شروط العقد هو في الواقع خاضع للظروف الاقتصادية المحيطة به، والتي تؤثر عليه في صياغة تلك الشروط التعاقدية، وليس هو من يفرضها على الطرف الآخر، فهو مضطر لأخذ الأوضاع الاقتصادية بعين الاعتبار.²

أما بالنسبة للاحتمالية وجود شروط تعسفية أو آثار مجحفة لصالح الطرف الموجب، فإن ذلك لا ينفي صفة العقد، ولكنه يستدعي تدخل المحكمة لتعديل أو إلغاء ما يتضمنه من جور أو تعسف، كما يشير مؤيدو هذا المذهب إلى أن الضرر في عقود الإذعان يمكن أن يحدث في أي عقد، حيث يمكن أن يتعرض أحد المتعاقدين أو كلاهما للضرر عند إبرام العقد، فعدم التوازن بين المتعاقدين لا يمكن تجنبه، وقد يكون الضرر في عقود الإذعان أقل من بعض العقود الأخرى التي تتسم بتساوي الأطراف أمام مبدأ العقد.³

إن ضعف إرادة الطرف المذعن ليس من شأنه مطلقاً أن يغير من طبيعة العقد في شيء، وغاية ما في الأمر أن الطرف المذعن يكون جديراً بالحماية من تعسف الطرف الآخر المحتكر.⁴

¹ لعشبة محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 37.

² ترى الباحثة نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمن أن هذه الحجة غير صحيحة، إذ إنها تنقل كاهل الطرف الضعيف الذي يتأثر بالأوضاع الاقتصادية السائدة، فهو يتحمل عبء الشروط التعسفية المنصوص عليها في العقد، بالإضافة إلى الأعباء الناتجة عن الظروف الاقتصادية المحيطة به، نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 18.

³ عامر رحمون، المرجع السابق، ص 41.

⁴ خالد محمد أحمد السباتين، المرجع السابق، ص 41.

المطلب الثاني: الشروط التعسفية

يسود مفهوم الشروط التعسفية غموضٌ سواء من حيث تعريفه أو من حيث المعايير التي تُستخدم لتحديده، كما أنه لا يزال موضوعاً للنقاش بين عدة نظريات وأفكار، تتراوح بين الكلاسيكية والحديثة، كما يمكن القول أن العقد، من حيث الأساس، هو عقد رضائي، حيث تلعب الإرادة دوراً رئيسياً في مرحلتي إبرامه وتنفيذه وتحديد آثاره، ومن هنا، يطرح السؤال: ما هو الشرط الذي يُعتبر تعسفياً؟¹

لقد سمحت معظم التشريعات للقاضي بتعديل عقود الإذعان، من خلال إعفاء الطرف الضعيف إذا كان العقد يحتوي على شروط تعسفية، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة التي يسعى المشرع لتحقيقها، بالإضافة إلى حرصه على حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي بعد اختلاله بسبب تلك الشروط.

نظراً لأهمية هذا الموضوع في المجال العملي، فإنه من الضروري توضيح تعريف الشروط التعسفية في (الفرع الأول)، ثم استعراض المعايير التي يمكن من خلالها اعتبار الشرط تعسفياً أو غير تعسفي في (الفرع الثاني)، وأخيراً تناول الدور الذي يمارسه القاضي تجاه الشروط التعسفية بهدف إعادة التوازن العقدي في (الفرع الثالث).

¹ عبد المحسن كريم شغاتي الكورجي، مشكلة اختلال التوازن العقدي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة منصور، مصر، 2020، ص 244.

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية

أصبحت مسألة تعريف الشروط التعسفية أكثر أهمية، خاصة مع بروز اتجاه تشريعي حديث يولي اهتماماً كبيراً لحماية الطرف الضعيف من هذه الشروط، وإعادة التوازن للعقد الذي تأثر سلباً بسببها، ويُعتبر هذا النوع من الحماية استثناءً، حيث إنه يتعارض مع القواعد العامة.¹

بالنظر إلى الأضرار الكبيرة التي قد تلحق بالطرف الضعيف نتيجة وجود شرط تعسفي، من حيث عدم التوازن في الالتزامات بين أطراف العقد، سعى كل من الفقهاء والمشرعين إلى تقديم تعريف شامل ودقيق للشروط التعسفية.

أولاً: التعريف الفقهي للشرط التعسفي

تباينت آراء الفقهاء حول تعريف الشرط التعسفي، وذلك وفقاً لرؤى كل منهم، فقد اعتبره البعض نتيجة لانفراد المهني بوضع العقد مسبقاً، بينما رأى آخرون أنه ناتج عن تفوق المهني، كما اعتبره البعض تعسفاً في استخدام القوة الاقتصادية، في حين ربطه آخرون بمبدأ حسن النية والعدالة.

1 - الشرط التعسفي الناتج عن إنفراد المهني بتحرير العقد مسبقاً:

عرف الأستاذ Steinmetz و Jean Calais Auloy الشرط التعسفي بأنه : " كل شرط حرر مسبقاً من قبل الطرف الأكثر قوة مما يخلق عدم توازن واضح على حساب الطرف الأكثر ضعفاً ".²

¹ عبد المحسن كريم شغاتي الكورجي، المرجع السابق، ص 244.

² بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 65.

استند واضعو هذا التعريف إلى الطريقة التي تم بها صياغة الشرط التعسفي، حيث يتولى الطرف الأقوى إعداد العقد بشكل منفرد، مما يؤدي إلى حدوث اختلال في التوازن العقدي، وذلك على حساب الطرف الأضعف، ومن الملاحظ أن هذا التعريف يشير إلى وجود طرف في موقع قوة وآخر في موقع ضعف، لكنه لم يوضح الأطراف المعنية في العقد بشكل دقيق.

2 - الشرط التعسفي الناتج عن تفوق المهني

عرف الدكتور حمد الله محمد حمد الله الشرط التعسفي بأنه: " الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدى لصالح ذلك الذي يفرضه على المتعاقد الآخر الذي لا خبرة له، أو ذلك المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر ".¹

كما ذهب الدكتور إسماعيل محمد المحارقي في تعريفه للشرط التعسفي إلى ما يلي :
" لا بد أن تكون تلك الشروط التعسفية، وهي تكون كذلك عندما تفرض على عديم الخبرة بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الواقعي والاقتصادي والتقني والفني ".²

يمكن ملاحظة أن التعريفين استخدمنا مصطلح "عديم الخبرة" الذي يحمل دلالات متعددة، هذا المصطلح يمكن أن ينطبق على المستهلكين وكذلك على المهنيين، على الرغم من أن المهنيين لا يتمتعون بالحماية من الشروط التعسفية، حيث تقتصر هذه الحماية على المستهلكين فقط، كما يتضح من التعريفين أن السبب وراء اعتبار الشرط تعسفياً هو

¹ علي محمد كساب الشديفات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2010، ص 60.

² إسماعيل محمد المحارقي، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الحقوق، الكويت، ع 04، 2006، ص 253.

التفوق الاقتصادي أو القانوني أو الفني أو الواقعي، لكنهما لم يتطرقا إلى تأثير فرض الشرط التعسفي، والذي يتمثل في الإخلال بالتوازن العقدي.

3 - الشرط التعسفي ناتج عن التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

عرف الدكتور السيد محمد السيد عمران الشرط التعسفي بأنه : " شرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية، بغرض الحصول على ميزة مجحفة " .¹

كما عرفه الدكتور حمد الله محمد حمد الله بأنه : " شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين الحقوق و الالتزامات لكل من المهني و المستهلك، المترتبة على عقد الاستهلاك، و تتمثل في مكافأة هذا المهني بميزة، نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المستهلك " .²

يمكن ملاحظة أن هذه التعريفات تتفق على أن المهني يستغل قوته الاقتصادية بشكل تعسفي لفرض شروط غير عادلة على المستهلك، مما يؤدي إلى تحقيق ميزة غير مبررة، وبالتالي يحدث عدم توازن بين الحقوق و الالتزامات لكل من المهني و المستهلك.

¹ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2003، ص 49.

² حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998، ص 53.

4 - الشرط التعسفي يتنافى مع حسن النية

عرف الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل الشرط التعسفي على أنه : " الشرط الذي يتنافر مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية، والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة " ¹

يركز هذا التعريف على أن أي شرط لا يتماشى مع حسن النية وروح الحق والعدالة يُعتبر معياراً للشرط التعسفي، وبالتالي إذا غاب حسن النية والعدالة في التعاقد، فإن الشرط يُعتبر تعسفياً، والعكس صحيح.

كما يُعتبر شرط الإعفاء أو تحديد المسؤولية وشرط إسناد الاختصاص من الشروط التعسفية، حيث يؤدي اختلال المساواة بين الأطراف إلى منح ميزة غير عادلة للطرف المحترف على حساب المستهلك، مما يسبب عدم توازن في الحقوق والالتزامات.²

يشير الدكتور السيد محمد السيد عمران إلى صعوبة تحديد مفهوم الشرط التعسفي، ويؤكد على ضرورة فحص المبادئ النموذجية للشروط التعسفية التي تُدرج عادة في الاتفاقات المقترحة من قبل الطرف القوي على الطرف الضعيف.³

¹ المحسن كريم شغاتي الكورجي، المرجع السابق، ص 245

² سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 51.

³ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك عند تكوين العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998، ص 33.

ثالثا: التعريف القانوني للشرط التعسفي

الأصل أن القانون أو التشريع لا يعطي تعريف لمصطلحات، وإنما يترك هذا المجال للفقه، ولكن بالنسبة للشرط التعسفي فإن الأمر يختلف، حيث حاولت أغلب التشريعات إلى وضع تعريف له ضمن النصوص القانونية، وهذا بسبب ازدياد المعاملات التجارية، وعليه سيتم التطرق إلى تعريف الشرط التعسفي في التشريع الغربي، ثم في قوانين الدول العربية.

1 - تعريف الشرط التعسفي في الدول الغربية:

لقد أوردت العديد من الدول الغربية تعريفا للشرط التعسفي في النصوص القانونية ومثال ذلك المشرع الفرنسي والمشرع الألماني والمشرع البلجيكي.

أ - التشريع الفرنسي

بالرجوع إلى التطور التاريخي للشرط التعسفي في القانون الفرنسي، نجد أنه نص عليه لأول في المادة 35 من القانون رقم 78-23 الصادر في 10/01/1978 بشأن حماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، حيث عرفته كما يلي: " في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين، يجوز حظر أو تقييد أو تنظيم، الشروط.....، عندما يبدو أن هذه الشروط مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين من خلال إساءة استخدام القوة الاقتصادية للطرف الآخر ومنح هذا الأخير ميزة فاحشة".¹

إلا أنه و بعد صدور قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949 المؤرخ في 26 جويلية 1993 نصت المادة 4 منه على إلغاء أحكام القانون رقم 78-23 باستثناء المواد التالية 6

¹ - Art 35 « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnel ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.»

و28 و29 و34 و42، وما يلاحظ أنه تم إدماج أحكام القانون رقم 78-23 في قانون الاستهلاك رقم 93-949، وأصبحت المادة 35 هي المادة L132-1 فقرة 1.

كما قام المشرع الفرنسي بتعديل قانون الاستهلاك رقم 93-949 بموجب القانون رقم 95-96 المتعلق بالشروط التعسفية وتقديم العقود، حيث أصبحت المادة L132-1 هي المادة L212-1 والتي تنص على أنه: " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلك تعتبر تعسفية الشروط التي ينشأ في جانب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ظاهر في حقوق والتزامات أطراف العقد سواء تعلقت هذه الشروط بمحل العقد ".¹

يتبين من ما سبق أن الشرط التعسفي وفقاً للمشرع الفرنسي هو كل شرط يؤدي إلى وجود عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات المستهلك أو غير المهني من جهة، والمهني من جهة أخرى، وهذا يشير إلى أن المشرع الفرنسي قد تخلص من معيار النفوذ الاقتصادي ومعيار الميزة الفاحشة، واعتمد معياراً جديداً يتمثل في عدم التوازن بين الحقوق والواجبات.²

في حين عرفت المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين الشرط التعسفي بأنه: " كل شرط في العقد لم يكن محل مساومة فردية، يعتبر تعسفياً رغم توفر حسن النية حينما يخلق على حساب المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات الأطراف في العقد ".³

¹ - Art L212-1 « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnel ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.»

² Delphine BAZIN-BEUST, Mémentos LMD Droit de la consommation, Gualino Extensio, Paris, 2016, P166.

³ 1-Directive n°93/13/CEE du conseil du 05 avril 1993 concernant les clause abusives dans les contrats conclus avec le consommateurs, Art 3 : -"Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de

في حقيقة الأمر نجد أن المشرع الفرنسي قد أخذ هذا التعريف من أحكام التوجيه الأوروبي رقم 93-13، وهذا من أجل توحيد التشريعات الأوروبية، كما أن المشرع الفرنسي لم يرقم بالنص على مبدأ حسن النية ومبدأ المساواة عند التعاقد لأن هذين المبدأين تركز عليهم جميع العقود.¹

ب - التشريع البلجيكي

عرف المشرع البلجيكي الشرط التعسفي، بموجب المادة 31 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية لسنة 1971 على أنه: " الشرط التعسفي هو كل شرط تعاقدى يؤدي إلى اختلال مبالغ فيه في التوازن بين الحقوق و الالتزامات التعاقدية على حساب المستهلك ".²

ج - التشريع الألماني

عرف المشرع الألماني الشرط التعسفي بصفة عامة، وهذا من خلال المادة 09 من قانون 1976 والتي نصت على أنه: " تعتبر الشروط العامة التي يضعها المشتري لاغية إذا كانت مجحفة بالشريك في العقد بصورة غير معقولة بالنظر لمقتضيات حسن النية ".³

"l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat."

¹ شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية، والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ع 2، 2009، ص 144.

² أحمد رابحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ع 5، 2008، ص 345.

³ أحمد رابحي، المرجع السابق، ص 345.

2 - تعريف الشرط التعسفي في الدول العربية:

قامت العديد من الدول العربية بإعطاء تعريف للشرط التعسفي، وهذا تماشياً مع القوانين الحديثة، ومثال ذلك المشرع الجزائري والمشرع المصري.

أ - تعريف الشرط التعسفي في التشريع الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي من خلال نص المادة 3 فقرة الخامسة من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: " شرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".¹

يتبين من نص المادة 3 من القانون السالف الذكر أن التعريف مستمد من التشريع الفرنسي والتوجيه الأوروبي، ومع ذلك لم يشر المشرع الجزائري إلى مفهوم حسن النية، وهو أمر إيجابي لأنه لا يضيف جديداً في مجال الحماية القانونية، بل قد يؤدي إلى بعض الغموض غير المرغوب فيه في مجالات تتطلب تعريفاً دقيقاً يستند إلى مبادئ واضحة، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري اتبع نهج المشرع الفرنسي والأوروبي من خلال استبعاد معيار النفوذ الاقتصادي ومعيار الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني، وبالتالي أصبح يعتمد على معيار واحد، وهو الإخلال الواضح بالتوازن بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك.²

من جهة أخرى يُلاحظ أن هذا التعريف عام، مما يجعله قابلاً للتطبيق في سياقات قانونية أخرى غير قانون حماية المستهلك، كما أنه لا يعكس الهدف من الحماية بشكل دقيق، حيث لم يحدد أطراف العقد بدقة كما فعل المشرع الفرنسي، بالإضافة إلى ذلك، فإن

¹ القانون رقم 04 - 02 المؤرخ في 2004/06/23، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم،

² شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 145.

عدم تحديد الأطراف يعطي انطباعاً بتوفير نفس درجة الحماية لكلا الطرفين دون تمييز، وهو ما يتعارض مع الهدف من التنظيم القانوني للشروط التعسفية، الذي يهدف إلى حماية المستهلك من المهني، لذلك يُعتبر التعريف الذي قدمه المشرع الفرنسي في المادة L212-1 من القانون رقم 95-96 المتعلق بالشروط التعسفية وتقديم العقود تعريفاً شاملاً وواضحاً يعكس الواقع الفعلي للشروط التعسفية.¹

القانون المصري:

عرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري الشرط التعسفي في المادة 18 منه على أنه: " يعد شرطاً تعسفياً كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط يتضمن حكماً لم يجر به العرف".²

يمكن ملاحظة أن المشرع المصري في تعريفه للشرط التعسفي لم يتطرق إلى تحديد أطراف العقد، بل اكتفى بتوضيح تأثير الشرط التعسفي، والذي يتمثل في الإخلال بالتوازن المالي للعقد، كما أنه أضاف عنصراً جديداً يتمثل في ضرورة أن يكون الشرط مخالفاً للعرف السائد.

¹ بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص 69.

² محمد النجار، ماهية الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية، بتاريخ 2023/04/26 على الساعة 10:41 الموقع <https://egyils.com>

الفرع الثاني: معيار تحديد الشرط التعسفي

تزايدت المناقشات بين الفقهاء حول المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا، مما أدى إلى الحاجة للتدخل التشريعي لحسم هذا النقاش، فقد نصت معظم القوانين على معيار واحد، وهو وجود إخلال بين الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد ليعتبر الشرط تعسفياً، ومع ذلك يمكن القول أن هذا المعيار وحده غير كافٍ، بل يجب أن يرتبط هذا الإخلال بوجود تفاوت في القوة الاقتصادية بين طرفي العقد، مما قد يؤدي إلى منح ميزة غير عادلة للمهني، وفي هذا السياق أضاف البعض معيارين آخرين وفقاً للمادة 35 من القانون 78-23، وهما أن يكون الشرط متعلقاً بأحد العناصر العقدية المحددة في القانون، وأن يكون محظوراً بموجب مرسوم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي.

من المستحيل استيعاب جميع الشروط التعسفية، نظراً لكثرتها وتغيرها المستمر، فالشروط التي قد تُعتبر تعسفية في عقد معين قد لا تُعتبر كذلك في عقد آخر، لذا، يتعين الاعتماد على معايير تساعد في الكشف عن الطابع التعسفي للشرط أو الشروط التي قد تنقل كاهل المستهلك في العقد.¹

لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا، ينبغي الاعتماد على المعيارين معاً:

أولاً: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

عند الرجوع إلى التعريف الوارد في المادة 35 من القانون 78-23 المذكور، يتضح أن المشرع الفرنسي يشترط لاعتبار الشرط التعاقدية تعسفياً أن يكون قد فرض على المستهلك أو الشخص غير المحترف نتيجة تعسف المحترف في استغلال نفوذه

¹ بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص 62.

الاقتصادي، وبالتالي يحصل المحترف على شرط تعسفي يعود عليه بالفائدة ضد المستهلك، نتيجة استغلاله لقوته الاقتصادية في مجاله المهني.¹

من الواضح من النظرة الأولى ومن الناحية النظرية أنه لا يُشترط أن يرتبط التعسف بمعيار اقتصادي، ومع ذلك فإن الضغط الواقعي الذي يتعرض له المستهلك هو ما يدفعه لقبول مثل هذه الشروط، أو قد تكون هذه الشروط قد فرضت عليه، فالعقود من هذا النوع تُعد وتُطبع مسبقاً لتكون جاهزة لانضمام المستهلك إليها، بغض النظر عن شعوره بالتعسف أو عدم التوازن.²

فيما يتعلق بانفراد المحترف بتحديد شروط العقد مسبقاً، يطرح هذا الأمر تساؤلات حول ما إذا كان يُعتبر حقاً شخصياً أم لا، وعليه يمكن القول بأن انفراد المهني بصياغة العقد يُعتبر حقاً شخصياً، لكن تحرير العقد بإرادة مفردة يُعد ممارسة لسلطة الواقع، وليس تعبيراً عن ممارسة الحق الشخصي³، لكون أن التحرير الأحادي للعقود أصبح اليوم ضرورة في المعاملات الحديثة⁴، كما تعتبر هذه التقنية نتاجاً لخبرة فنية وقانونية، مما يجعل هذا النوع من العقود ذا أهمية كبيرة في توفير الوقت، خاصة في ظل التطورات الحديثة التي تتميز بسرعة المعاملات، بالإضافة إلى توحيد الشروط الموضوعية العامة.⁵

لا شك أن النفوذ الاقتصادي الذي يمكن المهني من فرض شروطه على المستهلك لا يعتمد فقط على القدرة الاقتصادية، بل يشمل أيضاً الكفاءة الفنية، فالمهني يدرك تماماً

¹ معاشو خالد، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة 8 ماي 45 قالمة، الجزائر، 2015-2016، ص 63.

² سي الطيب محمد الأمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، ماجستير، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008، ص 112.

³ عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 98.

⁴ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 17.

الآثار المترتبة على العقود التي يبرمها، كما أنه على دراية بما هو متبع في مجاله، مما يمنحه القدرة على تحديد الالتزامات التي يمكنه الوفاء بها، بالإضافة إلى الشروط التي يفرضها على الأطراف المتعاقدة معه، فالشخص الذي يتمتع بتفوق اقتصادي ويعمل في مجال معين غالباً ما يكون أيضاً متمكناً فنياً، مما يعني أن التفوق الاقتصادي يعد دليلاً على الكفاءة الفنية.¹

يمكن الرجوع إلى نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري المتعلقة بالاستعمال غير المشروع للحق، وذلك للإجابة على التساؤل حول متى يُعتبر الشرط تعسفياً²، عند مراجعة هذا النص، نجد أنه يحدد ثلاث حالات يُعتبر فيها استخدام الحق تعسفياً، يُعتبر الشرط الوارد في عقد الإذعان تعسفياً إذا كان الهدف منه هو الإضرار بالطرف الآخر، على سبيل المثال إذا تضمن تذكرة الطيران شرطاً يلزم المسافر بشراء زجاجة من المشروبات الكحولية رغم عدم رغبته في تناولها، كما يُعتبر الشرط تعسفياً إذا كانت المصالح التي يسعى الطرف القوي لتحقيقها غير مهمة، بحيث لا تتناسب مع الأضرار التي تلحق بالطرف الآخر، كمثال إذا احتوى عقد التأمين على شرط يلزم المؤمن عليه بتقديم شهادة عجز عن العمل من كبير أطباء مصلحة الطب الشرعي، بينما يمكن أن تكون شهادة من طبيب مختص في المنطقة كافية، وأيضاً يُعتبر الشرط تعسفياً إذا كانت المصلحة التي يسعى صاحب الشأن لتحقيقها غير مشروعة، مثل أن يتضمن عقد التأمين ضد المرض شرطاً يحظر زواج المؤمن له مدى الحياة.³

¹ عبد المحسن كريم شغاتي الكورجي، المرجع السابق، ص 247.

² رشوان حسني رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، 1994، ص 288.

³ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 56.

إن معيار التعسف في استخدام القوة الاقتصادية يعد معياراً غامضاً وغير واضح، فالسلطة أو النفوذ الاقتصادي لا يعكسان بالضرورة القوة أو العظمة، فقد نجد حرفياً بسيطاً مثل الميكانيكي قادراً على استغلال وضعه أو نفوذه المحلي للسيطرة وفرض الشروط التي يريدها، في المقابل قد لا يتمكن صاحب مشروع كبير من ممارسة هذا النفوذ، لأنه يخشى على سمعته ويتجنب التعرض لمشكلات تجارية، وبالتالي لا يمكن اعتبار حجم المشروع أو ضخامته معياراً لتحديد التفوق الاقتصادي.¹

هذا المعيار لا يقدم أي شيء يمكن الاعتماد عليها لتحديد النفوذ الاقتصادي، لذا بذل الفقهاء جهوداً كبيرة لإيجاد وسائل ومؤشرات يمكن من خلالها الاستدلال على هذا النفوذ، ومن بين هذه المؤشرات، يأتي وضع المهني في السوق، وليس من خلال حصته فيها، حيث يصعب تحديدها، بل من خلال تحليل السوق نفسها من حيث طبيعتها وموقعها، وهنا يبرز تساؤل حول ما إذا كان يجب تقييم وضع المهني في السوق المحلية أو الدولية، بالإضافة إلى وضع المشروع في السوق ومدى تأثيره فيها.²

وبالرجوع إلى فقرة ج من المادة 3 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل و المتمم، أنه عرف الهيمنة، من خلال هذه المادة على أنه: " يقصد بمفهوم هذا الأمر ما يأتي:وضعية الهيمنة: هي وضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة منافسة الفعلية فيه و تعطيتها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها ".³

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 57.

² رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 353.

³ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003 الموافق عليه بالقانون رقم 03-12 المؤرخ في 25/10/2003 المتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم.

ثانياً: معيار الميزة الفاحشة

يُعتبر هذا المعيار نتيجة طبيعية للمعيار الأول، حيث إن الميزة الكبيرة التي يحصل عليها المحترف تمثل النتيجة النهائية لاستخدام التفوق الاقتصادي بشكل تعسفي¹، وتعتبر الميزة الفاحشة عنصراً موضوعياً.

العنصر الموضوعي هنا يشير إلى المزايا المبالغ فيها التي يحصل عليها المهني، مما يؤدي إلى حدوث اختلال في التوازن بين الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد.²

تم طرح إشكالية في مستوى الفقه، تتعلق بما إذا كانت هذه الميزة تقتصر على الجانب النقدي فقط أم تشمل جميع أنواع المزايا، حيث قد توصلوا إلى أن الميزة لا تقتصر على الجانب النقدي، يجب النظر إليها من خلال الأثر الذي تتركه في العقد، والذي يتمثل في عدم التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المعنية، وذلك بهدف تحقيق حماية أكبر للطرف الأضعف³، لذا فإن المزايا تشمل جميع الأنواع، سواء كانت نقدية أو غير نقدية، فمصطلح "المزايا" هنا يُستخدم بشكل عام ليشمل كلا النوعين، وقد أحسن المشرع الفرنسي في نص المادة 35 من القانون 78-23 عندما لم يتم بتحديد نوع معين من المزايا، لأن مثل هذا التحديد قد يؤدي إلى تقليص مستوى الحماية الممنوحة للمستهلك.⁴

في هذا السياق يمكن القول إن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني نتيجة شرط وارد في العقد تعني غياب السبب الذي يبرر العقد، حتى وإن كان ذلك جزئياً، فالشروط التعسفية تمنح المنفعة المفرطة للمهني فقط، دون وجود مبرر لذلك، وبالتالي فإن هذه

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 57.

² عبد المحسن كريم شغاتي الكورجي، المرجع السابق، ص 246.

³ محمد سلمان كاظم، اختلال التوازن المعرفي في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، ماجستير، الجامعة الإسلامية، لبنان، 2019-2020، ص 54.

⁴ بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص 83.

الشروط التعسفية، بما تسببه من اختلال في توازن العقد، تفتقر إلى السبب الذي يستدعي وجودها.¹

من المهم الإشارة إلى وجود صعوبة في هذه النقطة، حيث إن الالتزامات الناتجة عن العقد ليست متجانسة، حيث يتكون العقد من مجموعة من الشروط، مما يعني أنه قد يتواجد شرط يحد من مسؤولية المهني، بينما يوجد شرط آخر في نفس العقد يمنح المستهلك الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة، فكيف يمكن تحقيق التوازن في العقد في هذه الحالة؟ وإذا تبين وجود اختلال واضح بين الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد عند النظر إلى الشروط بشكل عام، ألا يقتصر ذلك على المزايا المالية فقط؟²

تتقارب فكرة الميزة الفاحشة مع مفهوم الغبن، كما هو معروف في القواعد العامة، من حيث تأثير كل منهما على العدالة العقدية وخلق ضرر مباشر، هذا يؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات، ومع ذلك يختلفان في موضع التعسف؛ حيث يحدث الغبن في السعر، بينما يتعلق التعسف في الشروط التعسفية بالشروط المرتبطة بتنفيذ العقد.³

لذا فإن هذا المعيار لا يمكن الاعتماد عليه بمفرده لتصنيف الشرط على أنه تعسفي، وبسبب هذا القصور، لا يمكن الاكتفاء بالاعتماد على أحد المعيارين فقط، بل يجب دمجهما واستخدامهما معاً، ويرى البعض أن هذين المعيارين مرتبطان ببعضهما ارتباطاً السبب بالنتيجة، ويمكن من خلالهما استعادة التوازن العقدي، حيث يبقيان على التوازن بين المصالح المتعارضة والمراكز غير المتساوية، دون أن يختلطا.⁴

¹ هانية محمد فقيه الرقابة، القضائية على عقود الإذعان، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2014، ص 207.

² عبد المحسن كريم شغاتي الكورجي، المرجع السابق، ص 246.

³ محمد سلمان كاظم، المرجع السابق، ص 55.

⁴ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 57 - 58.

ثالثاً: معيار الاختلال الظاهر بين حقوق و التزامات

نظراً للانتقادات التي وُجّهت للمعايير السابقة، تم اقتراح معيار جديد يُعرف بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات، وقد تم تضمين هذا المعيار في مشروع قانون 23-78، لكن المشرع الفرنسي استبعده واستبدله بمعيار الميزة الفاحشة، ولم يستمر هذا الوضع طويلاً، وعاد المشرع الفرنسي مرة أخرى إلى اعتماد هذا المعيار الذي تم ذكره في المشروع الذي قدمته الحكومة الفرنسية بموجب قانون الاستهلاك رقم 95-96، والذي استند إلى التوجيه الأوروبي لعام 1993 المتعلق بالشروط التعسفية.¹

من المهم الإشارة إلى أن المشرع البلجيكي كان الأول الذي وضع معياراً للإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات الأطراف، وذلك قبل أن تتبناه التوجيهات الأوروبية، حيث عرفت المادة 31 الشرط التعسفي بأنه: " كل شرط لوحده أو مرتبط بشرط آخر أو شروط أخرى، من شأنه أن ينشأ عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات الأطراف ".²

من خلال دراسة المادة L212-1 في الفقرة الثانية من القانون الفرنسي للاستهلاك رقم 2016-844، يتبين أنها تقيم الطابع التعسفي للشرط عند إبرام العقد، حيث تأخذ بعين الاعتبار جميع الظروف والملابسات المحيطة بإبرام العقد، كما تشمل الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين مرتبطين قانونياً، بالإضافة إلى ذلك فإن العودة إلى الظروف المحيطة بالعقد تُعتبر من المسلمات التي يعتمدها القاضي في تفسير جميع شروط العقود، دون الحاجة إلى نص قانوني يثبت ذلك.³

¹ سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص 118.

² سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة وهران، الجزائر، 2010-2011، ص 96.

³ حماز فتيحة، الرقابة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2017-2018، ص 14.

في المقابل نجد أن المشرع الجزائري اكتفى باستخدام عبارات عامة عند تعريفه للشرط التعسفي في الفقرة الخامسة من المادة 03 من القانون 04-02 ومع ذلك، فإن تقييم الطابع التعسفي للشرط لا يتم بشكل منفرد، بل يجب أخذ التزامات الأطراف المتقابلة بعين الاعتبار ككل، وذلك لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً وللتأكد من عدم وجود توازن في العقد.¹

لكي يُعتبر الشرط تعسفياً، يجب أن يؤدي وجوده إلى إخلال واضح بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهذا يعني أن الطابع التعسفي للشرط يرتبط بمدى وجود خلل بين حقوق والتزامات الطرفين، وبالتالي لا يُشترط أن يكون المهني حسن النية أو سيء النية، كما أنه لا يُشترط وجود تعسف في استخدام القوة الاقتصادية، وهذا الأمر يساهم في توسيع نطاق الحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية.²

إن معيار الإخلال الظاهر لا يعدو كونه تكراراً لمعيار الميزة الفاحشة، بمعنى آخر، فإن مفهوم الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي يتطابق مع معيار الميزة الفاحشة من حيث المحل، بينما يكمن الاختلاف الوحيد في التسمية³، كما اعتمد المشرع الجزائري معيار اختلال التوازن بين الحقوق والالتزامات للأطراف في العقد، وذلك في المادة 3 الفقرة 5 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وقد استلهم هذا المعيار من نظيره الفرنسي، الذي بدوره استند إلى التوجيهية الأوروبية رقم 93-96 المتعلقة بالشروط التعسفية، ويعتبر هذا المعيار قانونياً موضوعياً، حيث لا يعتمد على رقم محدد لقياس عدم التوازن.⁴

¹ شوقي بن ناسي، المرجع السابق، ص 148.

² سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 95.

³ سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص 118.

⁴ حماز فتيحة، المرجع السابق، ص 14.

الفرع الثالث: رقابة القاضي على الشروط التعسفية

كان المشرع الفرنسي من حيث المبدأ، يرفض منح القاضي سلطة الرقابة على شروط العقود، وعند الرجوع إلى المادة 35 من القانون رقم 78-23 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، نجد أن المشرع الفرنسي قد منح الحكومة الفرنسية صلاحية تنظيم الشروط التعسفية، بعد استشارة اللجنة المختصة بهذا الشأن، بالإضافة إلى موافقة مجلس الدولة، ومع ذلك فإن الحالات المذكورة في المادة 35 من القانون المشار إليه تم تحديدها على سبيل الحصر، مما يعني أنها لم تشمل جميع الشروط التعسفية، حيث توجد شروط أخرى لم تتناولها اللجنة، ولم يصدر بشأنها أي مرسوم تطبيقي.¹

لقد منح كل من المشرع الجزائري والمصري القاضي السلطة لتعديل أو إلغاء أو إعفاء الطرف المدعى في حال تضمن العقد شروطاً تعسفية، وذلك وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

وعلى سيتم تناول رقابة القاضي الفرنسي على الشروط التعسفية، بالإضافة إلى سلطة القاضي الجزائري في مراقبة هذه الشروط.

أولاً: رقابة القاضي الفرنسي للشروط التعسفية

في ظل عدم وجود نص قانوني يتيح للقاضي التدخل لمراقبة الشروط التعسفية، سواء من خلال تعديلها أو إلغائها، نشأ جدل بين الفقهاء والقضاء الفرنسي حول ما إذا كان للقاضي سلطة الرقابة على هذه الشروط التعسفية التي لم يتم إصدار مرسوم تطبيقي بشأنها.

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 103.

أ - موقف الفقه الفرنسي من رقابة القاضي للشروط التعسفية

عند مراجعة القانون رقم 78-23، يتضح أن المشرع الفرنسي لم يحدد بشكل صريح رقابة القاضي على الشروط التعسفية، بل جعلها رقابة إدارية تتطلب مصادقة مجلس الدولة على هذه الشروط، وذلك بعد استشارة اللجنة المنصوص عليها في المادة 36 من القانون المذكور، وقد أدى هذا الأمر إلى انقسام الفقه بين من يعارض ومن يؤيد حق القضاء في ممارسة الرقابة على الشروط التعسفية، حتى في غياب نص قانوني أو مرسوم.

1 - الاتجاه الرافض:

يرفض أنصار هذا الاتجاه الاعتراف بوجود سلطة تقديرية للقاضي في مراقبة الشروط التعسفية التي لم تُذكر في المادة 35 من القانون رقم 78-23، والتي لم يُصدر بشأنها مرسوم تطبيقي، ويعود هذا الرفض إلى عدم وجود نص تشريعي يتيح للقاضي القيام بذلك، كما أن المشرع في القانون المذكور قد منح الحكومة وحدها الحق في تحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا، وذلك من خلال إصدار مرسوم يوافق عليه مجلس الدولة الفرنسي، بناءً على ذلك تُستبعد السلطة التقديرية للقاضي، رغم أن دوره الدستوري يتمثل في تحقيق العدالة بين الأفراد، وبالتالي لا يبقى أمام القاضي سوى الحكم ببطلان الشرط الذي لم يُعلن عنه كتعسفي، حيث إن الاعتماد على المادة 35 وحدها لا يكفي¹، إذا اعتبر القاضي أن الشرط تعسفي استناداً إلى سلطته التقديرية، فإن حكمه سيكون غير قائم على أسس صحيحة.²

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 105.

² حماز فتيحة، المرجع السابق، ص 78.

ما يعزز منع القاضي من مراقبة الشروط التعسفية هو ما تم تداوله في البرلمان أثناء مناقشة قانون 78-23، حيث تم رفض الاعتراف بالرقابة من قبل البرلمان.¹

2 - الاتجاه المؤيد:

يعترف مؤيدو هذا الاتجاه للقاضي الفرنسي بحقّه في ممارسة سلطته التقديرية، والحكم ببطلان الشروط التعسفية، حتى في غياب مرسوم تطبيقي، ولا شك أن تطبيق النصوص القانونية يعد جزءاً أساسياً من وظيفة القضاء، ومن جهة أخرى، لا يمكن تحقيق ذلك إلا من خلال الاعتراف بالمبادرة الفردية للقاضي، وهو ما يتطلب اللجوء إلى الطعن القضائي، كما يتعزز دور القاضي من خلال الاستناد إلى مفاهيم عقدية مثل مبدأ حسن النية والثقة المشروعة في العقود، وقد أضاف مؤيدو هذا الاتجاه أنه لا يوجد مبرر لرفض منح القاضي دوراً في مراقبة الشروط التعسفية والحكم بتعديلها أو إلغائها.²

يلعب القضاء الفرنسي دوراً إيجابياً في تحقيق التوازن في العقود، حتى في غياب مرسوم تطبيقي، حيث لا يمنع القانون صراحة الحكم ببطلان الشروط التعسفية، ويتم ذلك من خلال الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي، التي تؤكد على ضرورة التفاوض وإبرام وتنفيذ العقود بحسن نية، وبالتالي أصبح الالتزام بحسن النية واجباً منذ مرحلة التفاوض على العقد وحتى تنفيذه، مروراً بمرحلة إبرامه³، وكذلك المادة 1194 والتي تنص على أن العقود لا تلزم بما هو منصوص عليه فقط، بل بجميع ما يعتبر من توابعها وفقاً للعدالة والعرف والقانون.

¹ Calais Auloy, Droit de la consommation, Précis Dalloz 3ème, 1992,p. 142.

² سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 106.

محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 14.³

ب - موقف القضاء الفرنسي من رقابة القاضي للشروط التعسفية

تباينت أحكام القضاء الفرنسي بشأن إبطال الشروط التعسفية التي لم يُصدر بشأنها مرسوم تطبيقي إلى اتجاهين، الاتجاه الأول الذي يعتمد على التفسير الضيق، يرفض الحكم ببطالان الشرط التعسفي، بينما الاتجاه الثاني، الذي يتبنى التفسير الموسع، يؤيد الحكم ببطالان الشرط التعسفي.

1 - التفسير الضيق للقضاء

قضت محكمة استئناف باريس برفض الحكم الذي يعلن بطلان الشرط المطبوع على ظهر وصل الاستلام، مستندة في قرارها إلى أن الشرط المتنازع عليه ليس تعسفياً، خصوصاً أن المصور يعتبر مهنيّاً وليس مستهلكاً، وأوضحت المحكمة أن القانون رقم 23-78 يهدف إلى حماية المستهلكين، وأن المرسوم الصادر تطبيقاً له لا يحتمل تفسيرات ضيقة، كما أكدت أن هذا القانون يمنح السلطة التنظيمية الحق في تحديد ما إذا كان مثل هذه الشروط تعسفية، ومن هذا المنطلق رأت المحكمة أنه في غياب مرسوم من السلطة التنظيمية، الممثلة في الحكومة، يعلن أن هذا الشرط تعسفي، ومن ثم لا يمكن اعتبار الحكم ببطالانه صحيحاً.¹

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 108 - 109، تدور أحداث القضية حول مصور فرنسي كان في رحلة إلى الهند، وعند عودته قام بتسليم سبعة أفلام إلى معمل لتحميض الصور لطبعها، واستلم وصل استلام في المقابل، لكن هذه الأفلام فقدت، مما دفع صاحب المعمل لتعويضه بسبعة أفلام جديدة من نفس النوع وبنفس الخصائص، وفقاً للشروط المدونة على ظهر الوصل، إلا أن المصور رفض هذا التعويض ورفع دعوى للمطالبة بتعويض قدره ستة عشر ألف فرنك عن الأضرار التي لحقت به، قضت المحكمة بقبول دعواه ومنحته سبعة أفلام فارغة ومبلغ تعويض قدره ألف وخمسمائة فرنك، ومع ذلك، لم يرض المصور عن الحكم، فقام باستئنافه أمام محكمة الاستئناف في باريس، التي قضت برفض الاستئناف وأبقت على الحكم السابق بسبب بطلان الشرط المتعلق بالنزاع.

2 - التفسير الموسع للقضاء

في المقابل ظهر اتجاه قضائي آخر يمنح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية التي لم يتناولها المرسوم التطبيقي، وقد تجلّى ذلك في قرار محكمة النقض الفرنسية رقم 84-17731، الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 16 يوليو 1978. وقد اعتبره البعض بمثابة بداية جديدة في مواجهة الشروط التعسفية، حيث ألغت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف، واعتبرت أن مثل هذه الشروط تتعارض مع أحكام المادة 35 من قانون حماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات، وكذلك المواد 2 و 3 من المرسوم الصادر في 24 مارس 1978، وتنص المادة الأولى على أن الشروط المتعلقة بالتسليم أو الفسخ تعتبر كأن لم تكن إذا كانت مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بشكل تعسفي من قبل الطرف الآخر، مما يمنح هذا الأخير ميزة غير عادلة، كما تنص المادة الثانية على أن الشرط يكون تعسفياً إذا كان من شأنه أو أثره تقليل حق المستهلك في التعويض في حال عدم وفاء المهني بالتزاماته.¹

قررت محكمة النقض الفرنسية أن الشرط المتنازع عليه يُعتبر تعسفياً، لأنه يمنح البائع ميزة غير عادلة، خاصةً أنه يترك له حرية تقدير عملية التسليم، كما منح الحق للمشتري في التعويض في حال عدم التزام البائع بتسليم البضاعة في الوقت المحدد،

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 109 و 110، تدور وقائع الدعوى حول قيام مشتري بإبرام عقد لبيع أثاث، حيث دفع عربوناً مقابل استلام وصل يتضمن بوضوح مدة التسليم المحددة بشهرين من تاريخ التعاقد، وعلى ظهر الوصل، كُتبت شروط إضافية بحروف صغيرة، تشير إلى أن مواعيد التسليم التي يلتزم بها البائع هي للإرشاد فقط، وأن التأخير في التسليم لا يُعتبر سبباً لفسخ العقد، كما لا يحق للمشتري المطالبة بالتعويض، ومع ذلك، يُسمح للمشتري بإلغاء طلبه واسترداد المبالغ المدفوعة، دون فوائد إضافية غير تلك المنصوص عليها في القانون، في حال عدم تسليم البضاعة خلال 90 يوماً من تاريخ الإخطار، بعد مرور خمسة أشهر وثمانية أيام، عرض البائع تسليم الأثاث، لكن المشتري رفض ذلك وطلب فسخ العقد، حيث تم عرض القضية على محكمة استئناف مونتيلييه، التي أصدرت حكمها في 25/09/1984 برفض طلب المستهلك، مشيرة إلى أن الشرط المتنازع عليه ليس تعسفياً، كما رفضت المحكمة تدخل اتحاد المستهلكين بشكل طوعي في القضية.

واعتبرت المحكمة أن هذا النوع من العقود يُصنف كعقد مقاوله، وبالتالي طبقت عليه أحكام المادة 02 من المرسوم الصادر في 24 مارس 1978، الذي يختص بالبيع فقط، وهذا يفسر توجه المحكمة نحو منح القاضي صلاحية مراقبة التعسف في الشروط، حتى وإن لم يكن ذلك منصوصاً عليه في المرسوم التطبيقي.¹

يستنتج من قرار محكمة النقض الفرنسية أن أي شرط يمكن اعتباره تعسفياً وفقاً للمادة 02 من المرسوم الصادر في 24 مارس 1978، دون الحاجة إلى صدور مرسوم خاص بشأنه، كما قضت المحكمة بأن الشرط الملغى أو الذي يقلل من مسؤولية البائع يدخل بلا شك ضمن نطاق المرسوم المذكور، مما يتيح الحكم عليه بأنه تعسفي، وبالتالي اعتباره غير موجود منذ اللحظة التي ينطبق فيها التعريف الوارد في المادة 25 من القانون الصادر في 10 يناير 1978، وبناءً على ذلك قامت المحكمة بنقض وإلغاء القرار الصادر في 25 سبتمبر 1985، وأحالت الأطراف إلى محكمة أخرى.²

في الختام يمكن القول إن قرار محكمة النقض الفرنسية، على الرغم من أنه لم يمنح القضاة في القضايا الموضوعية الحق بشكل صريح في إلغاء الشروط التعسفية التي لم يتناولها المرسوم التطبيقي، إلا أنه يُعتبر بمثابة اعتراف.

ج - الاعتراف الصريح بسلطة القاضي الفرنسي في الرقابة على الشروط التعسفية

بعد فترة طويلة من الانتظار، تم الاعتراف بسلطة القاضي الفرنسي في مراقبة الشروط التعسفية، وقد بدأ هذا الاعتراف من قبل محكمة النقض الفرنسية، تلاه مباشرة تدخل التشريع الذي نص بوضوح على دور القاضي في ممارسة سلطته في مراقبة شروط العقد.

¹ سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص 145.

² سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 110 - 111.

1 - اعتراف محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في إبطال الشرط التعسفي

في غياب نص تشريعي واضح، أقرت محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في التدخل لإبطال الشرط التعسفي في النزاع القائم بين المهني والمستهلك، وقد جاء هذا الاعتراف بشكل صريح في القرار الصادر بتاريخ 14 مايو 1991، حيث نص على أن للقاضي الحق في الحكم ببطان الشرط التعسفي المتعلق بالإعفاء من المسؤولية الوارد في عقد الوديعة المعني بهذه الدعوى، وهذا الشرط كان يستبعد مسؤولية المهني في حالة فقدان الأفلام التي أودعها أحد العملاء لديه لإعادة طباعتها، حيث اعتبرت المحكمة هذا الشرط تعسفياً، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج به على العميل حسن النية، كما رفضت محكمة النقض الطعن المقدم من المودع، مشيرة إلى أن محكمة الموضوع قد استبعدت الشرط المدرج في نشرة الإيداع، الذي كان يعفي المهني من أي مسؤولية عن فقدان الصور، واستنتج الحكم محل الطعن أن هذا الشرط يمنح ميزة غير عادلة للمودع، الذي كان في وضع يمكنه من فرضه على العميل، وقد قررت المحكمة أن هذا الشرط يحمل صفة تعسفية، ويجب اعتباره غير مكتوب، أي كأنه لم يكن، وهذا يشير إلى أن القانون 78-23 كان في ذهن المحكمة، حيث استندت إلى عناصر الشرط التعسفي المنصوص عليها في القانون، وفرضت جزاءً على الشرط باعتباره غير مكتوب، بالإضافة إلى تأييدها لحكم محكمة الموضوع التي استنتجت الصفة التعسفية.¹

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 117.

2 - الاعتراف التشريعي بسلطة القاضي في إبطال الشرط التعسفي:

لقد نص المشرع الفرنسي بشكل واضح على منح القاضي صلاحية إلغاء الشروط التعسفية، وذلك بهدف استعادة التوازن في العملية التعاقدية، وقد تضمن القانون رقم 78-23 في مادته التاسعة ما يلي¹: " أنه بمناسبة نزاع معروض على القاضي، فإنه يستطيع الحكم باعتباره غير مكتوب الشرط المتعلق بالخاصية المحددة أو قابلية التحديد للثمن، وكذلك بدفعه، بحقيقة الشيء أو بتسليمه، بعبء المخاطر، بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط التنفيذ، بالفسخ، بالإلغاء أو التجديد للاتفاقات حينما يبدو أن هذا الشرط مفروضا على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر في العقد ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة ".²

يتبين من نص المادة 9 من القانون 78-23 أن المشرع الفرنسي قد منح القاضي صلاحية اعتبار الشرط باطلاً، وذلك من خلال تقديره للطابع التعسفي، بمعنى آخر، فإن

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 113 و 114، لم يكن تمرير نص المادة 09 سهلاً بين أعضاء البرلمان، حيث انقسموا إلى مؤيدين ومعارضين لهذا النص، حيث اعتبر المعارضون أن منح القاضي سلطة إبطال الشروط التعسفية غير مناسب، واستندوا في معارضتهم إلى ثلاثة أسباب رئيسية، أولاً، اعتبروا أن الاعتراف بسلطة القاضي سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات. ثانياً: أشاروا إلى أن منح القاضي هذه السلطة الرقابية لا يستند إلى معايير واضحة، حيث أن معايير النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة تعتبر غير محددة. ثالثاً: رأوا أن الاعتراف بسلطة القاضي في الرقابة قد يعطل لجنة الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 35 من القانون رقم 78-23، والتي تمثل الرقابة السابقة على هذه الشروط، بالإضافة إلى ذلك، هناك تباين في تقديرات القضاة، حيث يختلف كل قاضٍ في تقييمه، ومن جهة أخرى، يدعو أنصار الاتجاه المؤيد إلى منح القاضي مزيداً من السلطة لإبطال الشروط التعسفية، مشيرين إلى أن إصدار مرسوم يمنع هذه الشروط بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية ليس بالأمر السهل على الحكومة، إذ غالباً ما تواجه معارضة من مجلس الدولة بحجة عدم وجود أساس قانوني لذلك.

² Art. 9 « A l'occasion d'un litige qui lui est soumis, le juge peut déclarer non écrite une clause relative au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation ou reconduction des conventions, lorsqu'une telle clause apparaît imposée au non professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie au contrat et confère à cette dernière un avantage excessif »

الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك باستخدام نفوذه الاقتصادي للحصول على ميزة غير عادلة يُعتبر شرطاً تعسفياً وغير مكتوب¹، علماً أن هذه المعايير كانت مقصورة على الحكومة فقط.

في هذا السياق يُلاحظ أن التوجه الجديد للمشرع الفرنسي تجلّى أيضاً من خلال قانون الاستهلاك رقم 95-96، حيث بدأ القضاة يعتمدون في تقييمهم للصفة التعسفية للشرط على التعريف الوارد في المادة L1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وقد تضمن هذا التعريف معيار الإخلال الواضح بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وهو نفس معيار الميزة الفاحشة، وبطبيعة الحال توسعت سلطة القاضي لتشمل جميع مجالات التعسف في عقود الاستهلاك.²

ثانياً: رقابة القاضي الجزائري للشروط التعسفية

أقر المشرع الجزائري بأن للقاضي الحق في تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه، وذلك وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، حيث تنص المادة 110 على أنه: إذ تم العقد بطريق الإذعان، وكان العقد قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك."

رأى المشرع أن المادة 110 من ق م ج غير كافية لتوفير حماية فعالة لإعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان، لذا أقر قواعد خاصة لحماية الطرف الضعيف، والتي تختلف عن القواعد العامة، ويتجلى ذلك في المادة 03 الفقرة الخامسة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث منح المشرع الجزائري القاضي

¹ حماز فتيحة، المرجع السابق، ص 80-81.

² سي الطيب محمد الأمين المرجع السابق، ص 148.

سلطة الرقابة على التعسف في الشروط، تحت إشراف المحكمة العليا، بالإضافة إلى ذلك أشار إلى القوائم الواردة في المادة 29 من القانون 04-02، والقائمة المحددة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306¹، وبالتالي فإن وجود هذه الشروط ضمن تلك القوائم يعتبر قرينة قانونية على اعتبارها شروطاً تعسفية بموجب القانون، مما يعفي المستهلك من إثبات طابعها التعسفي.²

فيما يتعلق بالعقوبة المقررة في حال ثبوت وجود شرط تعسفي، لم يتضمن المشرع الجزائري نصاً صريحاً في القانون رقم 04-02 المشار إليه سابقاً، ويعتقد البعض أن هذا يعود إلى سهو من المشرع، لذا يجب التأكيد على أن الشرط التعسفي يعتبر باطلاً، مع بقاء العقد سارياً، وفي هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية إنقاذ العقد كما هو منصوص عليه في المادتين 104 و 105 من ق م ج

¹ المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، ع 56، المؤرخة في 11/09/2006، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03/02/2008، ج ر، ع 07، المؤرخة في 10/02/2008

² حماز فتيحة، المرجع السابق، ص 76.

المبحث الثاني: إعادة التوازن العقدي عبر نظرية الظروف الطارئة

يسعى المتعاقدان في العقود الملزمة للجانبين إلى تحقيق توازن بين الالتزامات المتبادلة والحقوق التي سيحصل عليها كل منهما من الآخر، ولا تثير مسألة تقدير التوازن الاقتصادي للعقد أي إشكال إذا كان العقد من العقود الفورية، حيث يمكن لكل طرف تقييم موقفه وتنفيذ العقد بشكل فوري، مما يجعل الزمن عنصراً مستقراً في هذا التقدير، لكن المشكلة تظهر في بعض العقود، خاصة تلك التي تتطلب تنفيذها على مراحل زمنية متعاقبة، مثل العقود المستمرة أو الزمنية، كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد وعقد المقاول، في هذه الحالة، قد يواجه المدين تغيرات في الظروف التي تم التعاقد بناءً عليها، مما يجعل تنفيذ الالتزام كما تم الاتفاق عليه أمراً صعباً، وقد يؤدي ذلك إلى إثراء أحد المتعاقدين على حساب الآخر دون أن يكون لأي منهما دور في ذلك، إذ تعود الأسباب إلى ظروف غير متوقعة، لذا يجب النظر إلى الطرف الذي تعرض لظرف قهري لا يمكن لأحد دفعه، وقد أدرك الفقهاء والمشرعون أن العدالة تقتضي عدم جعل أي من طرفي العقد ضحية لهذه الظروف.¹

سيتناول هذا المبحث مضمون نظرية الظروف الطارئة في (المطلب الأول) ثم سلطة القاضي في تعديل العقد في (المطلب الثاني).

¹ محمود علي الرشدان، المرجع السابق، ص 14.

المطلب الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة

تقتضى نظرية الظروف الطارئة أن العقد تم إبرامه في ظروف طبيعية، ولكن قبل البدء في تنفيذه، ظهرت ظروف استثنائية غير متوقعة في وقت إبرام العقد، وهذا يعني أن الظروف الاقتصادية التي كانت تشكل أساس توازن العقد قد تغيرت، نتيجة لذلك لم يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً كما هو الحال في القوة القاهرة، بل أصبح مرهقاً لأحد الطرفين، مما قد يؤدي إلى خسائر كبيرة تتجاوز الحدود المعقولة.

لذا سنقوم بدراسة التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة في (الفرع الأول)، ثم سنستعرض أساس هذه النظرية في (الفرع الثاني)، وأخيراً سنناقش شروط تطبيقها في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة

تباينت آراء الفقهاء بشأن الأساس التاريخي لنظرية الظروف الطارئة، حيث يعتقد البعض أن جذورها تعود إلى القانون الروماني، بينما يرى آخرون أنها مستمدة من القانون الكنسي، في حين يعتقد فريق ثالث أن أساسها موجود في الشريعة الإسلامية.

أولاً: نظرية الظروف الطارئة في القانون الروماني

نشأ جدل بين الفقهاء حول وجود نظرية الظروف الطارئة في القانون الروماني، فبعضهم يعتقد أن هذا القانون لم يتناول هذه النظرية على مدار تاريخه، بسبب تمسكه بالشكليات المفروضة، وكانت هذه الشكليات تمثل القاعدة الأساسية، على عكس ما هو معمول به في القوانين الأخرى، حيث لم تكن إرادة المتعاقدين كافية لإبرام العقد، بل كان من الضروري أن يتم العقد وفق شكل محدد، كما أن التعريفات التي قدمها الفقهاء الرومان

لمفهوم العدالة مثل " شيشرون " و " سينيكا " وغيرهم¹، ومع ذلك لا يعني أن القانون الروماني لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة، فقد أشار بعض الفقهاء إلى أن القانون الروماني اعتمد هذه النظرية في عدة حالات، من بينها عقد الإيجار، حيث كان بإمكان المستأجر أن يعفى من دفع الأجرة كلياً أو جزئياً في حال حدوث أحداث أدت إلى هلاك المحصول بالكامل أو جزئياً، أو إذا حالت هذه الأحداث دون الانتفاع بالعين بشكل كبير، ومع ذلك لا يمكن القول إن تنفيذ التزام المستأجر أصبح مستحيلاً، لأن التزامه يتمثل في دفع مبلغ مالي، وهذا الالتزام لا يُعتبر مستحيلاً في حد ذاته، إذ إن المتليات لا تهاك وبعضها يمكن أن يحل محل بعض في الوفاء، لكن تفسير هذا الحكم يشير إلى أن التزام المستأجر، رغم عدم استحالة تنفيذه، أصبح مرهقاً له، مما يستدعي العدالة للحد من هذا الالتزام إلى ما هو معقول.²

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة في القانون الكنسي

يُعتقد أن نظرية الظروف الطارئة ظهرت في العصور الوسطى، وبالتحديد في إطار القانون الكنسي، حيث تدعو إلى مفهوم العدالة، فقد برزت سلطة الكنيسة في أوروبا على الصعيدين القانوني والسياسي، بالإضافة إلى دورها الديني، كما تعتمد نظرية الظروف الطارئة على مبادئ العدالة والإنصاف، وتهدف إلى حماية المتعاقد من الخسائر المالية الكبيرة التي قد يتعرض لها نتيجة ظروف طارئة، إذ يحظر فقهاء الكنيسة الغبن في العقود، سواء حدث ذلك عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، حيث يُعتبر في كلا الحالتين ربا محرماً، لذلك نالت نظرية الظروف الطارئة قبولاً واسعاً في التشريعات الكنسية.³

1 محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2008، ص 28.

2 أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 175.

3 أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 175.

قام فقهاء القانون الكنسي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود، وليس على عقد محدد فقط، حيث تنص هذه النظرية على أن العقد يجب أن يُنفذ وفقاً لما تضمنه، بشرط أن تظل الظروف التي كانت قائمة عند إبرامه كما هي، إذ أن شرط عدم تغير الظروف يُعتبر أساس الالتزام بالعقد كما ورد فيه، حيث يُفترض أن إرادة المتعاقدين كانت موجهة نحو هذا المعنى، وقد أشار بعض فقهاء القانون الكنسي إلى هذا الشرط من خلال عبارة تنص بأن: " العقود المستمرة التي تنتج آثارها في المستقبل يفترض فيها بقاء الظروف التي انعقدت في ظلها على ما هي عليه ".¹

يفترض في كل عقد يتأخر تنفيذه إلى وقت لاحق وجود شرط ضمني، وهو أن الظروف الاقتصادية التي تم إبرام العقد في ظلها تبقى كما هي عند التنفيذ دون تغيير جوهري، فإذا طرأت تغييرات جوهرية على هذه الظروف وأدت إلى ضرر لأحد المتعاقدين، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام جائزاً لأحدهما دون الآخر، فإنه يتعين تعديل شروط العقد لاستعادة التوازن الذي اختل نتيجة هذا التغيير المفاجئ، وبالتالي يجب على القاضي أن يتبنى موقف المتعاقدين ويبحث عن النية المشتركة لهما عند إبرام العقد، مع الأخذ في الاعتبار أن كلا المتعاقدين قد أدرج شرطاً ضمناً يتيح مراجعة العقد في حال حدوث أي واقعة عند إبرامه.²

ثالثاً: نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي القديم

لم تحظ نظرية الظروف الطارئة بقبول لدى المشرع الفرنسي، إذ لم يتم الاعتراف بها في نصوصه القانونية، يعود ذلك إلى هيمنة مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الفرنسي، الذي كان يولي أهمية كبيرة للقوة الملزمة للعقد، وكانت آراء هؤلاء الفقهاء هي الأساس الذي

¹ عاطف كامل مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2018، ص 342.

² أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 176.

استندت إليه مجموعة نابليون¹، نظراً لأن هذه الأفكار متأصلة في المذهب الفردي، فقد أصدرت مجموعة نابليون وكرست مبدأ أن العقد يعد بمثابة قانون بالنسبة لأطرافه، وهو ما يعرف بالعقد شريعة التعاقدين، ومن ثم لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا برضا الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون، حتى في حال حدوث ظروف طارئة تؤدي إلى اختلال التوازن في العقد.²

رابعاً: النظرية في الفقه الإسلامي

تناول الفقه الإسلامي أحكام الطوارئ بشكل شامل قبل أن يتطرق القانون إلى هذا الموضوع، وقد سبق الفقه القانون بعدة قرون في تطبيق مبادئ هذه النظرية، حيث أطلق عليها أسماء متنوعة مثل "العدر" و"الجوائح" في سياق بيع الثمار، وبالتالي فإن الفقه الإسلامي يتماشى مع أحدث التطورات القانونية في معالجة الظروف الطارئة وتأثيرها على الالتزامات³، وكان مرجع الفقه في هذا السياق هو نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، كما أن شريعتنا العظيمة لم تتبنى النظرية كما هو الحال في القوانين الوضعية، حيث أن الفكرة لا تتجسد في إطار شكلي، فالسمة الأساسية للفقه الإسلامي هي طابعه العملي الذي يبتعد عن الشكليات، ومن هنا جاءت النظريات كحلول عملية لمختلف المسائل، ويمكن القول إن الشريعة الإسلامية قد عرفت النظرية من خلال ثلاثة جوانب.⁴

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 33.

² عبد السلام الترماني، سلطة القاضي في تعديل العقود، المرجع السابق، ص 903.

³ قاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، 1969، ص 45.

⁴ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 98.

الفرع الثاني: أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لقيت نظرية الظروف الطارئة رفضاً من قبل معظم الفقهاء بسبب بعض النظريات المتطرفة التي نشأت في إطار مبدأ سلطان الإرادة، لذا كان من المتوقع أن يتباين الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة.

أولاً: أساس النظرية الظروف الطارئة في الفقه

ساهمت العوامل الأدبية في تطور المبادئ القانونية التي تستند إلى قواعد أخلاقية، ونتيجة لذلك، ظهرت نظرية الظروف الطارئة، التي بدأ الفقهاء يبحثون لها عن أساس من المبادئ العامة في القانون، وقد نتج عن ذلك ظهور العديد من النظريات الفقهية المتنوعة والمعقدة. لذا كان من الضروري تناول أهم الأسس الفقهية:

1 - مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى البحث عن أسس النظرية في مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقود، مستندين إلى الفقرة 03 من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على ضرورة تنفيذ العقد وفقاً لما يتضمنه، وبطريقة تتماشى مع متطلبات حسن النية وروح الإنصاف، وهذا لا ينطبق فقط على فهم وتفسير العقود، بل يشمل أيضاً تنفيذها، تحت إشراف قضائي يضمن تحقيق أهدافها، وعلى الرغم من تردد العديد من التشريعات في إقرار هذا المبدأ، إلا أنه يمثل مبدأ إنسانياً يتجاوز الالتزامات القانونية ليشمل جميع أنشطة الإنسان عند تعامله مع الآخرين، وفي سياق العقود، يُعتبر هذا المبدأ التزاماً تعاقدياً، مما يجعل الإخلال به مصدراً للمسؤولية العقدية.¹

¹ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 163.

يجب أن يتواجد حسن النية في كل من مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، ويشمل ذلك جميع أنواع العقود لتحقيق العدالة التبادلية، ومن متطلبات حسن النية أن يكون هناك تعاون بين طرفي العقد، فلا يمكن الاعتماد على النصوص العقدية بشكل حرفي، كما أن المدين ليس ملزماً بالالتزام بكل ما ورد في العقد حرفياً، بل يكفي أن يلزم بما يحقق الهدف من التعاقد، كذلك لا يُعتبر من حسن النية أن يصر الدائن على تنفيذ العقد رغم تغير الظروف المحيطة به، حيث إن تنفيذ العقد في ظل ظروف جديدة قد يسبب ضرراً للمدين، لذا يتطلب مبدأ حسن النية وجود توازن في المراكز القانونية، ليس فقط عند إبرام العقد، بل يستمر هذا التوازن حتى مرحلة التنفيذ.¹

يعتقد معارضو هذه النظرية أنه إذا تم إبرام العقد بشكل صحيح، فإنه يجب تنفيذه، فالقوة الملزمة للعقد تفرض على الأطراف احترام التزاماتهم بدلاً من التملص منها، كما أنه لا يوجد ما يمنع أي من المتعاقدين من تضمين العقد شرط إعادة التفاوض في حال حدوث ظروف غير متوقعة.

2 - مبدأ الإثراء بلا سبب:

يعتقد البعض أن جوهر النظرية يعتمد على مبدأ الإثراء بلا سبب، حيث يرى أن الدائن الذي يصر على تنفيذ عقد يسبب عبئاً كبيراً للمدين يحقق مكاسب على حساب الأخير دون وجود مبرر قانوني، يُعتبر الإثراء بلا سبب أحد المصادر التقليدية للالتزام، ويعني أن أي شخص يحقق ثراءً على حساب الآخرين دون سبب قانوني ملزم بإعادة ما حصل عليه إلى الشخص الذي فقده، وذلك في حدود الخسارة التي تكبدها هذا الشخص، فإذا قام شخص بالاستيلاء على ممتلكات الغير دون وجود سبب قانوني لذلك، وأدرجها ضمن ممتلكاته حتى وإن كان حسن النية، فإنه يكون قد أثرى دون سبب قانوني على

¹ أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 184.

حساب الآخرين، وبالتالي يكون ملزماً بإعادة أقل القيمتين، إما مقدار ما أثرى به أو مقدار ما فقده الغير.¹

تتطلب قاعدة الإثراء بلا سبب توافر ثلاثة شروط أساسية، وهي إثراء الدائن، وافتقار المدين، وانعدام السبب القانوني لهذا الإثراء، وبالتالي يجب أن يكون المدعى عليه قد أثرى على حساب المدعي دون وجود سبب قانوني يبرر ذلك، فإذا كان لدى المدعى عليه سبب قانوني، فإنه لا يكون ملزماً بإعادة ما أثرى به²، وبموجب هذا الأساس، يتدخل القاضي بناءً على طلب المتعاقد الذي يعاني من الفقر، ويقوم بتعديل العقد من خلال منع الدائن من تحقيق مكاسب على حساب المدين.³

ومع ذلك فقد واجهت هذه المحاولة انتقادات، حيث تشترط نظرية الإثراء بلا سبب أن يكون غياب السبب القانوني موجوداً، وبما أن هناك عقداً قائماً، فإن ذلك يُعتبر سبباً مشروعاً للإثراء، وبالتالي لا يمكن تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب في هذه الحالة.

3 - مبدأ العدالة وروح الإنصاف:

يعتقد البعض أن مفهوم العدالة يمكن أن يكون أساساً لنظرية الظروف الطارئة، وذلك لأن العدالة تمثل هدفاً قديماً للإنسان منذ الأزل، فمن غير العادل أن يؤدي تنفيذ العقد إلى تكبد أحد الطرفين خسارة كبيرة نتيجة ظروف غير متوقعة حدثت بعد إبرام العقد، والتي لم يكن لأي من الطرفين دور في حدوثها، بينما يستفيد الطرف الآخر من هذه الخسارة، إن مبادئ العدل والإنصاف تفرض توزيع الأعباء الزائدة بين الطرفين المتعاقدين، مما يعني أن كلا الطرفين يجب أن يتحملا جزءاً من الخسارة، وغالباً ما يكون المدين هو من

¹ عبد الرزاق السنهوي، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 935.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 118.

³ أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 188.

يتحمل الجزء الأكبر من هذه الخسارة، مما يمثل مكسباً كبيراً للدائن، لذلك ينبغي على القاضي أن يستند إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وأن يتجرد من آرائه الشخصية، معتمداً على اعتبارات موضوعية عامة، كما يجب أيضاً أن يسعى للبحث عن قواعد تنسم بالثبات والخلود، والتي تعكس مفهوم العدل المطلق الذي لا يتغير عبر الزمان والمكان، كما ينبغي أن يصدر حكمه بما يتماشى مع ما هو مقبول في المجتمع في الوقت الذي يتخذ فيه القرار، كما أن إحالة المشرع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تهدف إلى تحقيق فائدة عملية محددة، وهي منع القاضي من التهرب من أداء واجبه القضائي، وبالتالي إنكار العدالة.¹

يمكن القول إن مفهوم العدالة لا يزال مرناً وغامضاً فيما يتعلق بالحقائق التي تشكل الأفكار الأساسية للقانون، مما يجعله غير كافٍ ليكون أساساً لبناء قواعد قانونية، وكل ما يمكن أن تقدمه العدالة هو أنها تتواجد في مرحلة وسيطة، وبشكل ثانوي، بين القواعد القانونية ومبدأ لتبرير تلك القواعد.²

¹ أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 186.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 106.

ثانياً: أساس نظرية الظروف الطارئة في التشريع

على الرغم من الانتقادات التي وُجّهت إلى نظرية الظروف الطارئة، إلا أنها استندت إلى أسس قوية في التشريعات الحديثة، مثل التقنين المدني المصري والجزائري، فضلاً عن التقنين المدني الفرنسي الجديد.

1 - موقف المشرع المصري من نظرية الظروف الطارئة:

لم يتضمن القانون المدني المصري القديم نصاً تشريعياً ينص على تطبيق نظرية الظروف الطارئة كمبدأ عام، ومع ذلك استغل المشرع المصري الفرصة عند إعداد القانون المدني الجديد، حيث أدخل نظرية الظروف الطارئة كاستثناء من القاعدة العامة التي تمنع القضاء من تعديل العقود، وقد تم ذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 147 من ق م م، وتستند هذه النظرية إلى قواعد قانونية عامة، كما أن وضع هذا الأساس التشريعي يساهم في إزالة العقبات التي كانت تواجه القاضي عند تطبيق مبادئ هذه النظرية، بالإضافة إلى ذلك فإن النص على هذه النظرية يعد من النظام العام، مما يعني أنه لا يجوز الاتفاق مسبقاً على التنازل عن الحماية التي أقرها المشرع في هذا النص.¹

2 - موقف المشرع الجزائري من نظرية الظروف الطارئة:

لقد أقر القانون المدني الجزائري بنظرية الظروف الطارئة شأنه في ذلك شأن القوانين العربية الأخرى كالقانون المدني العراقي المادة 2/146، والقانون المدني الليبي المادة 2/147، والقانون المدني السوري المادة 2/148 والقانون المدني الأردني المادة 205، وغيرها من التشريعات التي جاءت متأثرة بالقانون المصري، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 107 من ق م ج على أنه: " إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في

¹ أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 199.

الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

3 - موقف المشرع الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة:

لم تحظ نظرية الظروف الطارئة بقبول في التقنين المدني الفرنسي القديم، وتلاشت لاحقاً أمام نظرية القوة الملزمة للعقد، وظل الوضع كما هو في التقنين المدني الفرنسي لعام 1804 المعروف بقانون نابليون، على الرغم من الجهود المبذولة لإيجاد أساس لهذه النظرية في المبادئ العامة للقانون، مثل مبدأ حسن النية وغيرها من المبادئ القانونية.¹

غير أن موقف المشرع الفرنسي بعد تردد طويل قد تغير وقام بتعديل التقنين المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2019-131 الصادر في 2016/02/10 والذي دخل حيز التنفيذ في 2016/10/01، حيث نصت المادة 1193 منه على أنه: " لا يجوز تعديل العقود أو إبطالها إلا بالاتفاق المتبادل بين الطرفين، أو لأسباب يسمح بها القانون"، كما نصت المادة 1195 على أنه: " إذا حدث تغير في الظروف، غير ممكن توقعها عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ مرهقاً إلى حد كبير بالنسبة لطرف الذي لم يقبل

¹ نصت المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 على أن: " الاتفاقات التي تمت على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيها"، أي أن القاضي يعامل العقد كما لو كان قانوناً، حيث يُعتبر العقد بمثابة القانون في تنظيم العلاقات التعاقدية بين الأطراف، فإذا تم إبرام العقد بشكل صحيح، فإنه يحل محل القانون ويصبح بمثابة شريعة المتعاقدين، وهذا يعني أنه لا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي ينص عليها القانون، ويحدد هذا النص مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث تفرض هذه القوة التزاماً على الأطراف، مما يستدعي ضرورة تنفيذ الالتزامات بحسن نية، وفي الواقع، يُعتبر التنفيذ بحسن نية قاعدة أساسية تلتزم بموجبها الأطراف بتنفيذ التزاماتهم تجاه بعضهم البعض بنزاهة وأمان، لذا تؤكد الفقرة الثالثة على هذا المعنى بقولها: "يجب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية". كما أن القانون المدني الفرنسي قد قصر مفهوم حسن النية على تنفيذ الالتزامات العقدية، مما أدى إلى رفضه النظرية المتعلقة بالظروف الطارئة، بحجة أنها تؤثر على القوة الملزمة للعقد، أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 189 و191.

تحمل تبعة هذا التغيير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض، وفي حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض، يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها، أو الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك، أن يقوم بتطويع العقد، في حالة عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ وفق الشروط التي يحددها".¹

يتبين مما سبق أن المشرع الفرنسي، من خلال تنظيمه للظروف الطارئة، قد منح الأولوية لاتفاق المتعاقدين، فالتدخل القضائي لا يتم إلا بناءً على طلب الطرفين أو أحدهما، وتقتصر سلطة القاضي على إنهاء العقد بدلاً من مجرد تعديله، وهذا يتعارض مع الهدف من تنظيم الظروف الطارئة، بخلاف ما نصت عليه القوانين الأخرى التي تتيح للقاضي تقليص الالتزام المرهق إلى حد معقول بدلاً من فسخه، ولم يتوقف المشرع الفرنسي عند هذا الحد، بل جعل نص المادة 1195 نصاً جوازياً وليس إلزامياً، مما يتيح للمتعاقدين استبعاده من خلال شرط في العقد.²

¹ محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 81.

² عدنان إبراهيم سرحان، الآلية المستحدثة للظروف الطارئة في قانون العقود الفرنسي الجديد، مجلة الشريعة والقانون، ع 90، 2022، ص 03.

الفرع الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تُطبق نظرية الظروف الطارئة في إطار الالتزام التعاقدية، مما يعني أنه لا يمكن استخدامها خلال مرحلة تكوين العقد، وقد حدد الفقهاء الشروط اللازمة لتطبيق هذه النظرية وفقاً لنص القانون، إلا أن هناك اختلافات بين الفقهاء حول عدد هذه الشروط، وهو اختلاف شكلي لا يؤثر على الجوهر، ولتفعيل نظرية الظروف الطارئة، يجب توافر الشروط التالية:

أولاً: أن يكون العقد متراخي التنفيذ:

يشير هذا إلى أن العقد قد يتطلب فترة زمنية لتنفيذه، أو قد تكون هناك فترة تفصل بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ بدء تنفيذه، وغالباً ما نجد هذا في العقود التي تتطلب طبيعتها تنفيذاً على مراحل متتابعة عبر الزمن، سواء كانت هذه العقود مستمرة التنفيذ مثل عقد الإيجار أو عقد العمل، أو كانت دورية التنفيذ مثل عقد التوريد، كما يمكن أن يتطلب تنفيذ الالتزام مدة زمنية، كما هو الحال مع التزامات المقاول، أو قد يكون الالتزام معلقاً أو مؤجلاً لأجل محدد سواء كان ذلك باتفاق بين الأطراف أو بقرار قضائي، حتى في حال كانت الالتزامات المتبادلة غير متأخرة، ويكفي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مؤجلاً التنفيذ¹، يتفق الفقهاء تقريباً على أن العقد المتراخي يمثل قاعدة مثالية لتطبيق أحكام الظروف الطارئة، حيث يتوفر وقت كافٍ بين إبرام العقد وبدء تنفيذه، مما يتيح للظروف الطارئة التأثير على الجوانب الاقتصادية للعقد.²

تتجلى أهمية عنصر الزمن في تراخي العقد من جانبين، الأول هو ضرورة أن يمتد تنفيذ العقد إلى وقت لاحق، مما يتيح مجالاً زمنياً واسعاً لحدوث ظروف طارئة قد تؤثر

¹ حازم سالم محكم الشوابكة، المرجع السابق، ص 318.

² محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 213.

على اقتصاديات العقد، أما الجانب الثاني، فهو تأثير هذه الظروف الطارئة على الالتزام العقدي خلال الفترة الزمنية التي تسبق تنفيذ العقد، وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأن المادة 148 من ق م ق م تشير إلى أنها تنطبق عندما يحدث الظرف الطارئ في الفترة الزمنية التي تفصل بين إبرام العقد وتنفيذ الالتزام الناتج عنه، فإذا تم تنفيذ الالتزام فإن العقد ينقضي، وبالتالي لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأنها تتعلق بالالتزامات لم تُنفذ بعد¹، ومثال على ذلك في عقد البيع، فإذا قام المشتري بدفع الثمن واستلم المبيع، ثم حدث طارئ، فإن الالتزام ينتهي، أما إذا ظهرت ظروف جديدة قبل دفع كامل الثمن أو جزء منه، فإن الثمن قد يتعرض للإنقاص بسبب الحادث الطارئ، ولكن بالنسبة للمبلغ الذي تم دفعه من الثمن قبل وقوع الحادث، فإنه لا يتأثر بأي تعديل.²

كما يشترط في العقد أن يكون هناك تهاون في تنفيذه دون أن يكون هناك خطأ من المدين، فإذا ظهرت ظروف أدت إلى اختلال التوازن في العقد خلال الفترة بين إبرامه وتنفيذه، كما لا يشترط أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ بشكل متزامن بعد حدوث الظرف الطارئ، ويكفي أن يكون هناك التزام واحد من أحد المتعاقدين متراخياً في التنفيذ، مما يجعل الأمر مرهقاً للمدين، بغض النظر عن الالتزام المقابل وما إذا كان قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخياً أيضاً، أما إذا تأخر تنفيذ العقد بسبب خطأ المدين، مثل أن يحل موعد الوفاء بالالتزام دون أن يقوم المدين بالوفاء بعد إعداره، فلا يحق للمدين الاستفادة من تقصيره في التمسك بهذه النظرية للمطالبة بتعديل التزامه.³

¹ عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 353.

² حازم سالم محمد الشوابكة، المرجع السابق، ص 319.

³ أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 202.

ثانياً: أن تكون الظروف استثنائية وعامة وغير متوقعة

يجب أن يكون الظرف استثنائياً وعاماً، مما يعني أن الحادث يجب أن يكون غير معتاد ويؤثر على جميع أفراد المجتمع، وليس فقط على المدين، كما ينبغي أن يكون هذا الحادث غير قابل للتوقع أو التجنب عند إبرام العقد.

يقصد بالحادث الاستثنائي بأنه حادث غير المعتاد الذي لا يحدث بشكل روتيني، أو هو الحادث الذي نادراً ما يحدث، مما يجعله يبدو شاذاً مقارنةً بما هو مألوف في الحياة اليومية، ورغم اختلاف آراء الفقهاء في تحديد مفهوم الاستثنائية، إلا أنهم يتفقون على أن المعنى المقصود هو خروج الحادث الطارئ عن ما هو معتاد بين الناس، وبالتالي يُسمح للمدين بالاستناد إلى الظروف الطارئة لتعديل آثار العقد، إذا كان هذا الظرف يتعلق بواقعة مادية أو تشريع¹، ومن الأمثلة على ذلك، الحروب أو الاستيلاء الإداري أو الأوبئة، أو صدور قوانين تؤدي إلى زيادة الأسعار أو أجور العمال أو تكاليف العمل في عقود المقاول، أو حدوث تلف كامل للمحاصيل بشكل غير معتاد، بالإضافة إلى غيرها من الكوارث الطبيعية.²

كما يجب أن يكون الحادث عاماً، حيث يعني ذلك أنه لا ينبغي أن يكون الحادث قد أثر فقط على المدين الذي يسعى لتعديل العقد، ولا يشترط أن يكون الحادث شاملاً لجميع الناس، بل يكفي أن يتأثر المدين مع مجموعة كبيرة من الأفراد، مثل حريق يلتهم قرية أو حدث يؤثر على مجموعة من التجار، وبناءً على ذلك، يجب استبعاد الظروف الخاصة بالمدين عند تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، مثل مرضه أو إفلاسه أو وفاته أو اضطراب أعماله أو احتراق محصوله الزراعي، فهذه الظروف تُعتبر شخصية وليست

¹ حازم سالم محمد، المرجع السابق، ص 320.

² عاطف كامل مسلم، المرجع السابق، ص 355.

عامة، وعدم الاعتداد بأي ظرف خاص بالمدين يضمن عدم حدوث أي تلاعب من جانبه بادعاء خلاف الواقع.¹

ومثال على الظرف العام هو عندما يتعهد المدين بتوريد سلعة معينة، ثم تحدث حرب بشكل مفاجئ تؤدي إلى صعوبة استيراد تلك السلعة من الخارج، هذا الوضع قد يؤدي إلى ارتفاع سعرها بشكل كبير، مما يضع المدين في موقف صعب حيث يصبح ملزماً بتوريدها إلى الدائن بأسعار تفوق بكثير السعر المنفق عليه، مما يهدد المدين بخسارة كبيرة تتجاوز الحدود المعقولة.²

يجب أن يكون الحادث غير متوقع، بمعنى أنه لا يمكن التنبؤ به عند إبرام العقد، أي أنه لا يمكن توقع حدوث هذا الاختلال في المستقبل، كما ينبغي أن يكون من غير الممكن تجنبه أو دفعه، لأن الحادث الذي يمكن تجنبه يعتبر متوقعاً أو غير متوقع على حد سواء. في تقدير هذا الأمر، ويتم الاعتماد على عنصر التوقع وفقاً لمعيار موضوعي وليس شخصي، حيث يتم النظر إلى الشخص العادي، ويتعين البحث فيما إذا كان الحادث يمكن أن يتوقعه الشخص العادي في ظروف المدين عند إبرام العقد، أو إذا كان من الحوادث الطارئة غير المتوقعة، هذا الأمر يدخل ضمن اختصاص قاضي الموضوع، ولا تخضع قراراته لرقابة محكمة النقض طالما استندت إلى أسباب معقولة.³

¹ حازم سالم محمد، المرجع السابق، ص 320.

² عاطف كامل مسلم، المرجع السابق، ص 356.

³ أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 204.

ثالثاً: أن يكون تنفيذ التزام مرهقاً وليس مستحيلاً

إن الأثر الناتج عن الظروف الطارئة هو أن تنفيذ الالتزام العقدي يصبح مرهقاً للمدين، لكنه لا يصل إلى حد الاستحالة، ويتشابه الحادث الطارئ مع القوة القاهرة في كونهما غير قابلين للتوقع أو الدفع، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، بينما الحادث الطارئ يجعل التنفيذ مرهقاً فقط، وبناءً على هذا الاختلاف في الشروط، يترتب فرق في الأثر؛ حيث تؤدي القوة القاهرة إلى انقضاء الالتزام، مما يعني أن المدين لا يتحمل مسؤولية عدم التنفيذ، أما الحادث الطارئ، فلا يؤدي إلى انقضاء الالتزام، بل يحد من نطاقه المعقول، مما يتيح توزيع الخسارة بين المدين والدائن، حيث يتحمل المدين جزءاً من تبعات الحادث.¹

إذا تبين أن الظروف الطارئة قد تؤدي إلى إرهاب المدين في تنفيذ التزاماته، مما يهدده بخسارة، فإنه يحق له الاستفادة من الحماية المنصوص عليها في القانون، وهذه الحماية تمنح القاضي السلطة لتعديل العقد بطريقة تخفف عن المدين ما قد يتعرض له من إرهاب وخسارة نتيجة التنفيذ، وتعيد التوازن للعقد الذي تأثر بتغير الظروف.²

¹ أسامة رشيد عبد المجيد، المرجع السابق، ص 206.

² الإرهاب يُعتبر مسألة موضوعية تُقِيم بناءً على ظروف الصفقة نفسها، وليس على الظروف الشخصية للمتعاقد، وبالتالي فإن تقدير مدى الإرهاب الذي تعرض له المدين نتيجة حادث طارئ يدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فلا يُؤخذ في الاعتبار، على سبيل المثال، الوضع المالي العام عند تقييم حدوث الإرهاب من عدمه، فإذا كانت شركة قد تعهدت بإنارة مدينة بالكهرباء مقابل أجر معين من الجمهور، ثم حدثت ظروف استثنائية غير متوقعة أدت إلى زيادة كبيرة في التكاليف، فإن للشركة الحق في طلب تعديل التزامها إلى حد معقول، حتى وإن كانت في وضع مالي مريح يسمح لها بالاستمرار في تنفيذ التزامها دون تخفيض، كما يمكن للدولة أن تطالب بتخفيض التزامها، حتى وإن لم يؤثر ذلك على وضعها المالي، لأن الخسارة قد لا تُعتبر ذات أهمية في ميزانيتها. حازم سالم محمد الشوابكة، المرجع السابق، ص 322 و 323.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الظروف الطارئة

لقد منح المشرع القاضي صلاحية التدخل لتعديل العقد في حالات الظروف الطارئة التي تطرأ بعد إبرام العقد، وذلك بهدف استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي تأثر نتيجة تغير الظروف الخارجة عن إرادة المتعاقدين، تحقيقاً للعدالة، ومع أن هذه السلطة تبدو واسعة، إلا أنها ليست مطلقة، بل تخضع لشروط محددة نص عليها المشرع لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، بالإضافة إلى الهدف الذي سعى المشرع لتحقيقه من خلال منح هذه السلطة للقاضي.¹

إن المشرع لا يسعى إلى منح القاضي حرية مطلقة في التعامل مع شروط العقد دون أي قيود، فعندما أقر بجواز تدخل القاضي وفقاً للظروف، وبعد إجراء موازنة بين مصلحة الطرفين، فإنه يهدف إلى تقليص الالتزام المرهق إلى حد معقول في حالات الظروف الطارئة، وقد وضع المشرع ضوابط قانونية يجب على القاضي الالتزام بها عند استخدام سلطته التقديرية في تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة²، وإذا توافرت شروط الظروف الطارئة وأثبت القاضي أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً للمدين يعرضه لخسارة كبيرة، فإنه يمكنه، بناءً على الظروف المحيطة بالعقد وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، تقليص الالتزام المرهق إلى حد معقول يتماشى مع مبادئ العدالة.

سيتناول هذا المطلب ضوابط تدخل القاضي في الحالات الطارئة في (الفرع الأول)، بالإضافة إلى استعراض الوسائل المتاحة للقاضي في هذه الظروف في (الفرع الثاني).

¹ حازم سالم محمد، المرجع السابق، ص 324.

² محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقهاء الإسلاميين، أطروحة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1992، ص 300.

الفرع الأول: ضوابط تدخل القاضي في الظروف الطارئة

تتمثل ضوابط تدخل القاضي في تعديل العقد نتيجة للظروف الطارئة في أخذ الظروف المحيطة بالعقد بعين الاعتبار، وتحقيق التوازن بين مصلحة الطرفين، وتقليل الالتزام المرهق إلى مستوى معقول.

أولاً: تقدير الظروف المحيطة بالعقد.

باستقراء نص المادة 103 الفقرة الثالثة من ق م ج في الشق الأخير والتي تنص على أنه: «....جاز للقاضي تبعا للظروف....»، يظهر أن المشرع يقر بشكل واضح بحق المدين الذي يواجه خطر خسارة كبيرة في طلب تعديل العقد بناءً على الظروف المحيطة به، وذلك استناداً إلى الإرهاق التي تعرض لها نتيجة ظروف غير متوقعة نشأت بعد إبرام العقد.

تباينت آراء الفقهاء في تقييم الظروف المحيطة بالعقد، حيث يعتقد البعض أن المشرع كان يسعى لتحديد الحوادث أو الظروف في هذه النظرية لتكون استثنائية، بمعنى أن الحادث يجب أن يكون غير عادي، وبالتالي يتم استبعاد الحوادث الاستثنائية العامة، ويشمل ذلك أي حادث خاص بالمتعاقد، مثل المرض بغض النظر عن شدته أو تأثيره، وكذلك ما يحدث من نقص في الأهلية¹، ومع ذلك هناك وجهة نظر أخرى تشير إلى أن المشرع من خلال هذا الضابط يسعى إلى توسيع نطاق السلطة التقديرية للقاضي، مما يمكنه رد الالتزام المرهق، فرغم أن هذا الضابط يعد أحد معايير هذه السلطة، إلا أنه لا يمثل قيداً على سلطة القاضي في تعديل العقد، وهذا يعني أنه يجب أخذ الظروف المحيطة بالمتعاقدين، وظروف التعاقد أو التنفيذ، وكذلك ما يمكن توقعه من ظروف جديدة قد تظهر

¹ حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، 1949، ص 88.

أثناء نظر في القضية، بالإضافة إلى ذلك، تختلف الظروف من قضية لأخرى ومن عقد لآخر، حيث إن كل قضية تتميز بظروف خاصة تميزها عن غيرها.¹

يمكن القول أن التشريعات تهدف بشكل عام إلى وضع ضابط أو معيار موضوعي يسترشد به القاضي، ليكون مقياساً يأخذ في الاعتبار الظروف العامة والخارجية التي لا تتعلق بشخصية المدين أو ظروفه الداخلية، هذا المعيار يساعد القاضي في أداء مهمته في تقليل الالتزام المرهق إلى حد معقول، ومع ذلك لا يمنع ذلك القاضي من مراعاة الظروف الخاصة بالمدين، وخاصة أوضاعه المالية، ولكن ضمن نطاق محدود، فالمساواة المطلقة بين المدينين، مهما اختلفت ظروفهم، تتعارض مع مبادئ العدالة ولا تتماشى مع الواقع، وبالتالي يمكن للقاضي أن يخفف من حدة المعيار الموضوعي المادي من خلال الأخذ في الاعتبار المعيار الشخصي الذاتي، مما يعني مراعاة الجوانب الشخصية للمدين في الصفة.²

عندما يتناول القاضي مسألة رد الالتزام المرهق، فإنه يأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالإطار العام الذي تُنفذ فيه الالتزامات التعاقدية، بمعنى آخر، لا يُنظر إلى الالتزام المرهق بشكل منفصل عن تلك الظروف، حيث إن هذه الأخيرة هي التي ساهمت في منح هذا الالتزام صفة الإرهاق.³

¹ محمد علي خطيب، المرجع السابق، ص 302.

² أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 212.

³ محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 631.

ثانياً: الموازنة بين مصلحة الطرفين

يركز هذا الضابط بشكل مباشر على نظام توزيع الأعباء الناتجة عن الظروف الطارئة، فالمبدأ الأساسي الذي تستند إليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة والإنصاف، من خلال إعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي تم إبرامه بناءً على مصالح متوازنة بين الطرفين، حيث يسعى كل طرف لتحقيق مصلحة معينة، لكن تطور الظروف أدى إلى اختلال تلك المصالح وفقدان التوازن بينهما، وبالتالي أصبح أحد الأطراف في العلاقة العقدية رابحاً بينما الآخر خاسر، حيث يتعرض أحدهما لخسارة كبيرة بينما يحقق الآخر ثراءً فاحشاً¹، كأن يلتزم تاجر بتوريد لوازم مكتبية لمؤسسة معينة بسعر محدد لفترة زمنية معينة، لكن قد يحدث أن يرتفع سعر هذه اللوازم فجأة وبشكل كبير نتيجة ظروف غير متوقعة مثل الحروب أو الأوبئة أو الكوارث الطبيعية، وهنا يبرز السؤال: هل يجب على المورد الاستمرار في التوريد وفقاً لشروط العقد الأصلية والسعر المتفق عليه، أم أن العدالة تقتضي تخفيف بعض الأعباء عنه وتوزيع المخاطر بينه وبين الدائن، بحيث يتحمل كل منهما جزءاً من الزيادة غير المتوقعة في السعر؟²

أفاد الدكتور بغدادي أمام لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ المصري بأن جوهر نظرية الظروف الطارئة هو: "تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهم بإبطال العقد".³

إن تدخل القاضي في توزيع الأعباء أو تحقيق التوازن بين مصلحة الطرفين، من خلال تخفيف العبء عن المدين، يتطلب عدلاً يقتضي عدم تحميل الدائن وحده المسؤولية، بل يمكن للقاضي أن يوازن بما يراه مناسباً لتحقيق العدالة بين الطرفين، بحيث يتقاسم كل

¹ محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 255.

² حازم سالم محمد الشوابكة، المرجع السابق، ص 326.

³ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 284.

من الدائن والمدين التكاليف الناتجة عن الحادث الطارئ، وفقاً للتفسير المنطقي لما ينص عليه العقد الأصلي بينهما، ومن الضروري أن تقتضي العدالة عدم تحمل أحد المتعاقدين وحده الخسائر الكبيرة الناتجة عن هذا التعاقد، بل يجب أن يشارك الطرف الآخر في تلك الخسائر، ويجب أن يتم تقدير ذلك مع الأخذ بعين الاعتبار العقد ككل، مع مراعاة مصالح كل من الدائن والمدين.¹

يهدف المتعاقدان من إبرام العقد إلى تحقيق المصالح والمكاسب التي يسعى كل منهما للحصول عليها، مع الحرص على أن تكون هذه المصالح متوازنة وعادلة، حيث يرتبط عرض كل منهما وقبولهما بإحداث الأثر القانوني المنفق عليه، ومع ذلك فإن تغير الظروف قد يؤدي إلى اختلال تلك المصالح وفقدان التوازن بين الالتزامات، ومن ثم يُعتبر التغير أو عدم الاستقرار من العوامل الأساسية التي تُبرم العقود في ظلها، مما قد يؤدي إلى عدم توازن العقد الذي تم إبرامه في ظروف معينة سرعان ما تغيرت، على الرغم من أن المتعاقدين غالباً ما يأخذان في اعتباره تقلبات الظروف الاقتصادية وعامل الزمن عند التعاقد، إلا أن ذلك لا ينطبق دائماً، فبينما يتوقع المتعاقدان التغيرات والتقلبات المعتادة، فإن التغيرات غير المتوقعة والتي لا يمكن توقعها من قبل الشخص العادي لا يمكن افتراض أنهما قد أخذاهما في الحسبان عند إبرام العقد، لذا من العدل أن تؤخذ هذه التغيرات الاقتصادية بعين الاعتبار، مما يستدعي إعادة النظر في الاختلال الذي حدث في التوازن العقدي.²

¹ أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 213.

² عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 365 و366.

ثالثاً: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

المبدأ الذي اعتمده كل من المشرع الجزائري والمصري ينص على أنه في حال ثبوت إرهاب المدين الملتزم نتيجة لظروف استثنائية عامة وغير متوقعة نشأت بعد إبرام العقد، فإن القانون يمنح القاضي صلاحية التدخل في العقد، حيث يتيح له تعديل الالتزام المرهق ليصبح في حدود معقولة دون الحاجة إلى فسخ العقد، وهذا يعني أن طرفي العقد، الدائن والمدين، يجب أن يتشاركا في تحمل تبعات الخسارة الناتجة عن الظروف الطارئة، بدلاً من أن يتحملها المدين بمفرده.¹

فالإرهاب وصف يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين، حيث يجعل تنفيذ هذا الالتزام يهدده بخسارة كبيرة نتيجة ظروف جديدة طرأت بعد إبرام العقد، ورغم وجود تعريف للإرهاب، إلا أن الأمر لا يزال غير واضح بشكل كافٍ، مما يدفعنا للتساؤل عن كيفية تمكن القاضي من تحديد ما إذا كان تنفيذ الالتزام قد أصبح مرهقاً للمدين، مما يتيح له الحق في المطالبة بتدخل القاضي لتخفيف الالتزام إلى حد معقول.²

نظراً لهذه المرونة في الإرهاب والتغيرات في الظروف والأحوال، يتوجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الفارق بين قيمة الالتزام في العقد وقيمه بعد وقوع الحادث، وذلك كمعيار لتحديد الأمور وفقاً للمعيار الموضوعي، ومع ذلك لا يمنع ذلك القاضي من مراعاة الظروف الخاصة بالمدين، وخاصة أوضاعه المالية، ولكن ضمن نطاق محدود، حيث إن تحقيق المساواة التامة بين المدينين، بغض النظر عن اختلاف ظروفهم وأحوالهم، يتعارض مع مبادئ العدالة، وبالتالي يمكن للقاضي أن يخفف من حدة

¹ حازم سالم محمد، المرجع السابق، ص 329.

² عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 367.

المعيار الموضوعي المادي من خلال استخدام المعيار الشخصي الذاتي، مما يتيح له أخذ الجانب الشخصي في الصفة بعين الاعتبار، أي المتعاقد المدين.¹

كما أن الظروف الطارئة تختلف من مدين لآخر وبحسب ظروف كل متعاقد، فقد يكون الالتزام مرهقاً لأحد المتعاقدين بينما لا يكون كذلك للآخر، ومن ناحية الزمن ما قد يُعتبر مرهقاً في فترة معينة قد لا يكون كذلك في فترة أخرى، كل ذلك يعتمد على مدى اختلاف التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين، فقد تكون الخسارة أقل مما يتعامل به الناس، أو قد تزيد وفقاً لظروف كل قضية ووضع المدين، مما يؤدي إلى إرهاقه، وبالتالي، يتم تحديد الخسارة بما يخفف من الإرهاق الناتج عن الظرف الطارئ غير المتوقع.²

يبدو في البداية أن اعتماد القاضي على الضوابط التي تم ذكرها لتقليص الالتزام المرهق إلى مستوى معقول هو أمر بسيط، لكن الواقع العملي يثبت عكس ذلك، فإذا استند القاضي إلى جميع المعايير المذكورة وثبت لديه أن الالتزام المرهق يتجاوز الخسارة المتوقعة، وأخذ في اعتباره الظروف المحيطة بالقضية، فإنه يتعين عليه أن يوازن بين مصلحة الطرفين، مما يجعل الأمر كله متوقفاً على دقة تقدير القاضي.³

¹ حازم سالم محمد الشوابكة، المرجع السابق، ص 329 و330.

² محمد محي الدين سليم إبراهيم، المرجع السابق، ص 282.

³ عاطف كامل مسلم الشوابكة، المرجع السابق، ص 370.

الفرع الثاني: وسائل القاضي في الظروف الطارئة

لم يحدد المشرع الجزائري والمصري طريقة معينة أو خاصة للقاضي لتخفيف الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بل منحاه حرية كاملة في اختيار الوسيلة المناسبة لتحقيق هذا الهدف، فكما يمكن للقاضي أن يلجأ إلى تقليص الالتزام المرهق كأحد أشكال التعديل التي يجريها على موضوعات العقد، فإنه يمكنه أيضاً زيادة الالتزام المقابل الذي يقع على عاتق الدائن، بالإضافة إلى ذلك، يحق له تعديل مدة التنفيذ المتفق عليها سواء بالزيادة أو النقصان.¹

أولاً: إنقاص الالتزام المرهق

أول ما ينبغي على القاضي القيام به هو تحديد العبء الناتج عن الظرف الطارئ، وذلك لفهم قيمة الالتزام عند التعاقد وقيمه بعد حدوث تلك الظروف، يجب عليه أيضاً أن يحدد ما إذا كان تقلب الأسعار عادياً أم غير عادي، ليتمكن من تقييم ما إذا كانت الخسارة مألوفة أو غير مألوفة، مما قد يؤدي إلى إرهاب المدين، فإذا اتبع القاضي هذه الخطوات بعد إجراء مقارنة بين مصالح المتعاقدين، ووجد أن العدالة تستدعي تقليل الالتزام المرهق عن المدين، فإن هذا التخفيض يتم من خلال تحمل المدين وحده الخسائر المألوفة والمتوقعة، أما الخسائر غير المتوقعة وغير المألوفة، فلا تُعتبر ضمن حساب الإرهاب، حيث يتشارك المتعاقدان في تحمل نتائج الظرف الطارئ غير المتوقعة وغير المألوفة، وبالتالي، يتعين على القاضي أن يقرر تقليل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وفقاً للظرف الطارئ، سواء كان موجوداً أو غير موجود.²

¹ حازم سالم محمد، المرجع السابق، ص 334.

² أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 218.

مثال ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم يقل التداول في السوق من السكر إلى حد كبير لظروف طارئة، كإغلاق بعض مصانع السكر، أو نحو ذلك أو قيام حرب منعت استرادته، فيصبح من الصعب على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه مناسباً، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول، وبهذا الحكم يصبح التاجر ملزماً بتوريد الكميات التي قضى بها القاضي، كما يجوز لمصنع الحلوى أن يتسلم الالتزام عينياً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة، ويجوز له أيضاً إذا امتنع المورد عن تنفيذ التزامه أن يطلب فسخ العقد مع التعويض.¹

يتبين مما سبق أن تقليل الكميات قد ينطبق على السلع المعنية بالالتزام، فإذا نشأت ظروف طارئة أدت إلى انخفاض كبير في سعر السلع المتفق عليها في العقد، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة أن يقوم بتخفيض السعر المتفق عليه إلى الحد الذي يخفف من الأعباء عن المدين أو يخفف من الإرهاق على المشتري²، حيث يتحمل المدين جزءاً من الخسارة، والذي يتمثل في الفارق بين السعر المتفق عليه في العقد والسعر الذي حدده القاضي، والذي يتعين على الدائن دفعه، وفي هذه الحالة يكون الدائن قد تحمل الجزء الذي يتجاوز السعر المتوقع عند إبرام العقد، وذلك في ظل الانخفاض الطبيعي للأسعار والسعر الذي قرره القاضي.³

يجب التمييز بين نوعين من الخسارة التي قد تواجه المدين نتيجة الالتزام الذي أصبح مرهقاً بسبب ظروف طارئة، فالنوع الأول من هذه الخسارة هو ذلك القدر الذي إذا توقفت

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص 528-530 .

² عاطف كامل مسلم، المرجع السابق، ص 376.

³ حازم سالم محمد، المرجع السابق، ص 334 و335.

عنده آثار الظروف الطارئة، فلن تكون الخسارة كبيرة، وبالتالي لن يكون هناك مبرر لتعديل العقد، ويجب أن يتحمل المدين هذا الجزء بمفرده، أما النوع الثاني من الخسارة، فهو ما يتجاوز هذا الحد، حيث يصبح هناك خسارة فادحة، وهذا الجزء لا ينبغي أن يُعفى المدين منه بالكامل، بل يجب أن يتم توزيع العبء بين المدين والدائن بطريقة تحقق التوازن بين مصالحهما وتضمن العدالة، ومن المهم الإشارة إلى أنه في العقود الملزمة لجانب واحد، فإن تخفيف العبء لا يمكن أن يتم إلا من خلال تقليل التزام المدين أو تعديل طريقة تنفيذه، وذلك لعدم وجود التزام مقابل، وعلى سبيل المثال إذا تعهدت إحدى شركات الطيران بنقل الطلاب المتفوقين إلى بلد آخر، ولكن بسبب ظروف استثنائية مثل نشوب حرب، تم نقلهم بوسائل برية أو تم تعديل الالتزام لنقلهم إلى دولة أخرى.¹

يمكن أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة، حيث يتم الاتفاق بين أطراف العقد على أن يلتزم المدين بتسليم الكمية المتفق عليها في مكان يتم تحديده مسبقاً، في الظروف العادية، حيث يكون المورد ملزماً بإيصال السلعة وتحمل نفقات النقل، ولكن إذا ظهرت ظروف استثنائية تجعل المدين يتحمل نفقات نقل مرهقة تهدد بخسائر كبيرة عند تنفيذ الالتزام بتوريد السلعة إلى المكان المحدد، فإن القاضي يمكنه تعديل العقد، في هذه الحالة، يمكنه تقليل الالتزام من خلال تغيير مكان التسليم أو إعفاء المدين من نقل السلعة إلى الموقع المتفق عليه، وتحديد مكان تسليم جديد يتناسب مع الظروف.²

1 أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 218.

2 عاطف كامل مسلم، المرجع السابق، ص 377.

ثانياً: زيادة الالتزام المقابل

يمكن للقاضي أن يلاحظ ضرورة زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق في حال انهيار التوازن الاقتصادي للعقد بين التزامات الأطراف نتيجة حوادث استثنائية غير متوقعة، إذا أدى ذلك إلى فقدان الأساس الاقتصادي أو المالي للعقد، يحق للمدين المطالبة بزيادة التزام الدائن، بحيث يتحمل الدائن جزءاً من الزيادة غير المتوقعة في قيمة أو مقدار محل الالتزام، ويتعين على الدائن أن يشارك المدين في تحمل نتائج الظروف الطارئة غير المتوقعة وغير العادية، بينما يتحمل المدين الزيادة المتوقعة والمألوفة.¹

من الأمثلة على ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كمية كبيرة من الأرز بسعر مئة دينار، ثم يرتفع السعر بسبب ظروف طارئة إلى خمسمئة دينار، هذا الارتفاع يجعل من الصعب على التاجر المدين الوفاء بالتزامه بتوريد الكمية المتفق عليها للطرف الآخر، مما يضع عبئاً كبيراً عليه ويهدده بخسارة فادحة، في هذه الحالة، يمكن للقاضي أن يتدخل لإعادة التوازن إلى العقد الذي تأثر بتلك الظروف الطارئة، من خلال رفع السعر المتفق عليه بين الأطراف بما يتناسب مع الحد من الخسارة التي تواجه المدين، وذلك إذا التزم المدين بتنفيذ العقد وتوريد المادة بالسعر الجديد، مما يساعد على تخفيف العبء الملقى عليه إلى مستوى معقول.²

يتبين مما سبق أن القاضي لا يقوم برفع السعر المحدد في العقد إلى السعر الجديد المرتفع الذي يبلغ خمسمئة دينار، فإذا حدث ذلك، فإن الدائن سيتحمل ليس فقط تبعات الارتفاع الكبير في الأسعار، بل أيضاً تبعات الارتفاع المعتاد، فالأصل هو أن المدين

1 أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 219.

2 عاطف كامل مسلم، المرجع السابق، ص 378.

يتحمل الارتفاع المعتاد في الأسعار الذي يمكن توقعه عادة عند إبرام العقد، بينما يتم تقسيم أي خسارة غير معتادة تتجاوز ذلك بين المتعاقدين، وذلك مراعاةً لموازنة مصالحهم.¹

ينقسم الفقه بشأن زيادة الالتزام المقابل إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يقترح تقسيم الزيادة غير المألوفة في الثمن أو قيمة الالتزام بالتساوي بين المتعاقدين، بينما الاتجاه الثاني يرى أن تقسيم الخسارة الفادحة غير المتوقعة قد يكون مناسباً في بعض الحالات، لكنه لا يصلح في جميع الظروف، نظراً لاختلاف مستويات الثراء والقدرة على تحمل الأعباء المالية بين المتعاقدين، وفي حال طلب الدائن فسخ العقد، فإنه لا يمكنه المطالبة بالتعويض، مما يعني أن المدين يتخلص من جميع الأعباء الناتجة عن الظروف الطارئة، ومع ذلك، يعتقد بعض الفقهاء أن القاضي لا يمكنه السماح بإلغاء العقد إلا في حالة فسخه، حيث يتم إنهاء العقد بإرادة الأطراف وليس بحكم قضائي، ويتم حله من خلال اتفاق المتعاقدين دون تدخل من القاضي.²

لا شك أن القاضي، أثناء سعيه لتخفيف الالتزام المرهق إلى مستوى معقول، لا يقوم بتوزيع هذه الزيادة على الطرفين، بل هناك زيادة طبيعية وغير شاذة يتحملها المدين بمفرده، حيث لا يوجد فيها إرهاب، فالتجارة كما نعلم، تتضمن مكاسب وخسائر، وبالتالي عندما يرى القاضي أنه من المناسب زيادة التزام الدائن، فإنه لا يحمله كامل العبء الناتج عن الظروف الطارئة، بل يضيف إليه ما يعادل نصف هذا العبء في الجزء غير المألوف، بمعنى آخر لا يتحمل الدائن ارتفاع الأسعار المألوف، بل يتحملة المدين، كما يتحمل الدائن الانخفاض المألوف.³

¹ عبد الرزق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، فقرة 421، ص 529.

² أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 220.

³ حازم سالم محمد الشوابكة، المرجع السابق، ص 337.

ثالثاً: الجمع بين زيادة الالتزام المقابل وإنقاص الالتزام المرهق

بالعودة إلى المثال السابق المتعلق بالأرز، نفترض أن المدين قد تعهد بتوريد كمية كبيرة إلى الطرف الآخر، ومن ثم قد تؤدي الظروف الطارئة إلى نقص كبير في هذه السلعة في الأسواق، أو قد تمنع استيرادها، مما يجعل التزام المدين بتوريد الأرز بالكميات المتفق عليها أمراً مرهقاً، ونتيجة لعدم توفر هذه المادة في الأسواق، يرتفع سعرها إلى الضعف مقارنة بما كان عليه قبل حدوث الظروف الطارئة، في هذه الحالة يقوم القاضي بتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، حيث يمكنه تقليل التزامات المدين من خلال تخفيض الكمية المتفق عليها إلى النصف، على سبيل المثال، ومع ذلك فإن هذا الإجراء وحده قد لا يكون كافياً لتخفيف العبء بشكل معقول، لذا يلجأ القاضي أيضاً إلى زيادة الالتزام المقابل للطرف الآخر، وذلك من خلال رفع الثمن إلى مستوى يساعد في تخفيف العبء عن المدين ويعيده إلى حد معقول.¹

يُلاحظ أن تعديل الالتزام المرهق من خلال الوسائل الثلاثة المذكورة سابقاً، يتوقف وجوده أو عدمه على الظروف الطارئة التي دفعت القاضي إلى اتخاذ هذا القرار، كما أشار الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: " أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف، فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل ".²

¹ عاطف كامل مسلم، المرجع السابق، ص 378.

² حازم سالم محمد، المرجع السابق، ص 338.

رابعاً: وقف تنفيذ العقد

إن تعليق العقد أو وقف تنفيذه يُعتبر وسيلة قانونية تهدف إلى ضمان استمرارية العقد وتنفيذه بشكل مباشر من خلال تكيفه مع الظروف المحيطة، كما أن وقف تنفيذ العقد ليس الخيار الوحيد لتكيفه مع المتغيرات الاقتصادية، إذ أن الهدف العام هو الحفاظ على استقرار العلاقة التعاقدية، حيث تهدف هذه التقنية بشكل أساسي إلى تكيف المبادئ العامة والمجردة لأغراض محددة ودقيقة للغاية، وقد يتغير هذا التكيف أو التطويع وفقاً لاختلاف الوسائل المستخدمة لتحقيق نفس الهدف، وهو استمرار العقد، من خلال وضع مجموعة من التوجيهات التنظيمية القانونية التي تتناسب مع الظروف الاقتصادية.¹

قد تكون هذه الظروف مؤقتة ومن المتوقع أن تزول في المستقبل القريب، لذا يمكن للقاضي أن يقرر وقف تنفيذ العقد حتى تنتهي هذه الظروف الطارئة، ومن المهم أن نلاحظ أن هذا التعديل الذي يجريه القاضي لا يؤثر على العناصر الموضوعية أو المادية للعقد، حيث تبقى الالتزامات محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون تغيير، كما أن التعديل يركز فقط على عنصر الزمن المتفق عليه في العقد.²

من المهم الإشارة إلى أن القاضي لا يستخدم هذه الوسيلة إلا عندما يعتقد أن الإرهاق الناتج عن الظروف الطارئة هو مؤقت وسيختفي بزوال تلك الظروف، التي كانت السبب وراء هذا الإرهاق، وذلك لأن المدين سيعود إلى حالته السابقة التي كان عليها عند إبرام العقد.³

¹ أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 221.

² حازم سالم محمد الشوابكة، المرجع السابق، ص 339.

³ عاطف كامل مسلم، المرجع السابق، ص 379.

مثال على هذه الحالة من حالات التعديل هو عقد المقاول، حيث يتعهد المقاول ببناء مبنى، ثم ارتفعت أسعار بعض مواد البناء بشكل كبير نتيجة ظروف طارئة، ولكن من المتوقع أن تنتهي هذه الزيادة قريباً مع فتح باب الاستيراد، فهنا يمكن للقاضي أن يوقف التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، وذلك حتى يتمكن المقاول من الوفاء بالتزاماته دون إرهاق إضافي، بشرط ألا يسبب هذا التوقف ضرراً كبيراً لصاحب المبنى.¹

في حالة الحكم بإيقاف تنفيذ العقد بشكل مؤقت، سواء كان العقد فورياً أو مستمراً، يقوم القاضي بتحديد فترة زمنية يتم خلالها إيقاف العقد، وتكون هذه الفترة خاضعة لتقدير القاضي، كما أنه ليس بمقدور القاضي التنبؤ بموعد زوال الظرف الطارئ.²

من المهم الإشارة إلى أنه خلال فترة وقف تنفيذ العقد، لا يحق لأي من المتعاقدين المطالبة بتنفيذ العقد من الطرف الآخر، باستثناء حالات الإفلاس أو الإعسار، ففي هذه الحالات، يسقط الأجل الممنوح، وقد أكدت ذلك المادة 273 من القانون المدني المصري والمادة 211 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه: " يسقط حق المدين في الآجال: إذا شهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون، إذا انقض بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، إما إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً، إذا لم يقدم الدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات".

¹ حازم سالم محمد، المرجع السابق، ص 339 و340.

² أسامة رشيد مجيد، المرجع السابق، ص 221.

خلاصة الفصل الأول:

تُعتبر عقود الإذعان من العقود الحديثة والأكثر انتشاراً، وقد نشأت نتيجة للتطورات الصناعية والاقتصادية التي أدت إلى ظهور المؤسسات والشركات الكبرى، كما أن هناك أفراداً يتحكمون في السوق من خلال احتكار السلع والخدمات والمرافق الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها، هذا الوضع أثر على إرادة المتعاقدين، حيث تم تقليص حرية الأفراد في إبرام العقود، إذ يتم فرض شروط العقد مسبقاً، مما يمنعهم من تعديل بنود العقد أو حتى مناقشتها.

سمحت معظم التشريعات للقاضي بتعديل عقد الإذعان، حيث يمكنه إعفاء الطرف الضعيف في حال احتوى العقد على شروط تعسفية، يأتي ذلك في إطار تحقيق العدالة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، بالإضافة إلى حرصه على استعادة التوازن العقدي بعد أن اختل بسبب تلك الشروط، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحماية تُعتبر استثناءً، إذ إنها خروج عن القواعد العامة.

أعطى القانون للقاضي صلاحية التدخل لتعديل العقد في حالات الظروف الطارئة التي تطرأ بعد إبرام العقد، وذلك بهدف استعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل نتيجة تغيرات غير متوقعة لم تكن في الحسبان عند توقيع العقد، وليس لإرادة الأطراف المتعاقدة أي دور في حدوثها، ويعني ذلك أن الظروف الاقتصادية التي كانت تشكل الأساس لتوازن العقد قد تغيرت، مما جعل تنفيذ الالتزام ليس مستحيلاً كما في حالات القوة القاهرة، بل أصبح مرهقاً لأحد الأطراف المتعاقدة، مما قد يؤدي إلى خسائر كبيرة تتجاوز الحدود المعقولة.

الفصل الثاني: تدخل النظام العام لتحقيق المنافسة الحرة

الأصل هو أن الدولة لا تتولى مباشرة النشاط التجاري بنفسها، بل تترك ذلك للقطاع الخاص، سواء كان أفراداً أو مؤسسات، دون أي قيود، وذلك لأن وضوح واستقرار المراكز القانونية يُعتبران من أهم الشروط اللازمة لتمكين السوق من أداء دوره بشكل فعال، ومن منطلق ضمان المصلحة العامة، تسعى الدولة إلى وضع الإطار والضوابط التي تنظم هذا النشاط، ففكرة النظام العام تمثل الإطار العام الذي يعكس مشروعية أي نظام وقيمه العليا وثوابته، وذلك من خلال قواعد قانونية يجب قبولها واحترامها والالتزام بها، وإذا أرادت الدولة تعزيز الالتزام بتشريعاتها، ينبغي عليها أن تمنح هذه القواعد صفة الإلزام، والتي تهدف بشكل أساسي إلى تعزيز حرية المنافسة، حيث قد لا تتوافق الدوافع الشخصية مع مصلحة المجتمع.¹

عند دراسة القواعد التي وضعها قانون المنافسة، يتضح أنه يؤسس لنظام اقتصادي عام توجيهي، حيث يوجه اتفاقات الأطراف نحو نموذج محدد، في محاولة لتحقيق توازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين من جهة، والمصالح الاقتصادية للدولة من جهة أخرى، هذا الدور الجديد للنظام العام في مجال المنافسة هو ما أدى إلى تسميته بالنظام العام التنافسي، مما يعكس التحول في دور الدولة من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة، حيث تقتصر مهمتها على وضع القواعد وترك المجال للمنافسة الحرة.

سيتناول الفصل في (المبحث الأول) مجال تدخل النظام العام التنافسي، ثم يستعرض في (المبحث الثاني) مجلس المنافسة كآلية لحماية هذا النظام.

¹ محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية، في الجزائر دار الهومة، الجزائر 2013، ص 309.

المبحث الأول: مجال تدخل النظام العام التنافسي

يُعتبر مبدأ سلطان الإرادة الأساس الذي يُحدد جوهر العقد وركيزته الأساسية، حيث يساهم في تحديد كيفية إبرام العقد من حيث محتواه وشكله، بالإضافة إلى طريقة إنجازه¹، لكن القاعدة الأساسية التي تضمن حرية التعاقد لم تعد كافية لضمان المساواة والعدالة الفعلية بين الأطراف المتعاقدة، خاصة في ظل التغيرات الاقتصادية التي أثرت على العلاقات التعاقدية، مما أدى إلى استغلال الطرف الأضعف، وهذا ما استدعى تدخل المشرع لوضع قيود من خلال إصدار مجموعة من النصوص القانونية ذات الطابع الإلزامي والمتعلقة بالنظام العام، والتي تمنع بعض أنواع التعاقد أو تقيّد حرية التعاقد بشروط معينة، بهدف تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف، وبالتالي فإن تدخل الدولة قد شمل تحديد القوة الملزمة للتعاقد في جميع مراحلها، سواء في تكوين العقد أو في تحديد مضمونه وآثاره، وذلك سعياً لتحقيق التوازن في العلاقات التعاقدية.²

توسعت تدخلات المشرع لتشمل جميع المجالات، بما في ذلك مجال المنافسة الذي كان للإرادة فيه دور بارز، وقد أدى ذلك إلى تقييد هذه الإرادة بهدف حماية المنافسة والمصلحة الوطنية الاقتصادية.

سيتم تخصيص هذا الفصل لمناقشة الممارسات المقيدة للمنافسة في (المطلب الأول)، ثم سننتقل إلى بحث رقابة التجمعات الاقتصادية في (المطلب الثاني).

¹ حمزة قتال، مصادر الالتزام، العقد، ج1، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 47.

² حليس لخضر، جمعية وعيمة العقد، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس، المدية، ع 01، 2018، ص 03.

المطلب الأول: الممارسة المقيدة للمنافسة

إن يتميز قانون المنافسة بقواعده الخاصة التي تهدف إلى تنظيم السوق وحماية حرية التنافس بين المؤسسات، مما يساهم في تحقيق الفعالية الاقتصادية، وقد حظرت هذه القواعد القانونية مجموعة من الممارسات التي قد تضر بالنظام العام التنافسي، ومع ذلك لم يتم حظر بعض هذه الممارسات بشكل مطلق، بل بصورة نسبية، لتلبية متطلبات الحياة الاقتصادية ولتعود بالفائدة على النظام العام التنافسي والاقتصاد الوطني.

استناداً إلى ما سبق، فقد نص المشرع الجزائري على مجموعة من السلوكيات المحظورة بشكل حصري في الأمر رقم 03-03 المتعلق بقانون المنافسة، بالإضافة إلى تحديد عدد من الالتزامات التي يجب الالتزام بها، ويعتبر هذا الحظر والالتزام سبباً في تقييد حريات المؤسسات في التعاقد، بهدف إنشاء نظام تنافسي عام يضمن حماية السوق ويساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة.¹

يتعين معالجة الاتفاقات المحظورة في (الفرع الأول) ثم التطرق إلى التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية في (الفرع الثاني).

¹ المواد 06-07-11-12 من الأمر رقم 03-03 من قانون المنافسة المعدل والمتمم.

الفرع الأول: الاتفاقات المحظورة

تُعتبر قاعدة منع الاتفاقات التي تقيد المنافسة واحدة من أقدم الوسائل لمكافحة الممارسات التي تعيق المنافسة الحرة، فهذه الاتفاقات تُعد من أبرز الممارسات التي تحد من المنافسة، نظراً لتكرار استخدامها من قبل الشركات في السوق، كما أنها تشكل الأساس الذي تستند إليه المنافسة، حيث تعزز استقلالية المنافسين وتمنع خضوعهم لأي جهة¹، وبما أن المبدأ العام هو السماح بجميع الاتفاقات، بينما يُعتبر حظرها استثناءً، فإنه من الضروري تحديد مفهوم هذه الاتفاقات، بالإضافة إلى تحديد التطبيقات والأشكال التي يمكن أن تتخذها.

أولاً: مفهوم الاتفاق المنافي للمنافسة

يجد الاتفاق المحظور أساسه القانوني في نص المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، والتي تنص على أنه: " تحظر الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات الصريحة والضمنية عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منها.."².

من خلال تحليل نص المادة المذكورة سابقاً، يتبين أن المشرع لم يقدم تعريفاً مباشراً للاتفاقات المنافية للمنافسة، بل عرفها بناءً على هدفها، وهو تقييد المنافسة أو تقليلها أو الإخلال بها، وهذا الأمر دفعنا للبحث عن تعريف هذه الاتفاقات المحظورة في الفقه.

¹ طالب محمد كريم، الاتفاقات المتعلقة بالأسعار والمقيدة للمنافسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، معهد الحقوق، المركز الجامعي مغنية، ع 09، 2018، ص 8.

² المادة 06 من الأمر رقم 03-03 من قانون المنافسة المعدل والمتمم.

يُعرّف جانب من الفقه الاتفاق المنافي للمنافسة بأنه خطة مشتركة تتبناها مجموعة من الفاعلين الاقتصاديين بهدف الإخلال بحرية المنافسة في سوق السلع والخدمات، ويُعتبر هذا الاتفاق غير قائم في حال غياب هذا الشرط. بينما يُعرّف آخرون هذا الاتفاق بأنه توافق بين مؤسستين يفترض وجود إرادة مشتركة للقيام بسلوك يتعارض مع المنافسة في السوق، ويجب أن يكون ناتجاً عن رضا المؤسسة في اتخاذ قرار أو القيام بسلوك معين بشكل مستقل.¹

أما بالنسبة لطبيعة الاتفاق، فلا يُشترط أن يكون تعاقدياً ليؤدي إلى التزامات بين الأطراف المعنية كما هو متعارف عليه في القانون المدني، بل يمكن أن يتخذ شكل ترتيبات ودية بين الأطراف المتواطئة، مثل التشاور البسيط أو تبادل المعلومات حول أسس الخطة المراد تنفيذها، أو حتى نشر معلومات من قبل أحد المتعاملين المحترفين بهدف خلق شفافية مصطنعة في السوق.²

ثانياً: شروط حظر الإتفاقات

لكي يكون الاتفاق المنافي للمنافسة سارياً، يجب توافر شروط محددة تتعلق بشكل أساسي بأطراف الاتفاق، وبنص الاتفاق نفسه، وكذلك بالآثار الناتجة عنه.

¹ مخلوفي حورية، الإتفاقات المنافية للمنافسة بين حظر والتبرير، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، ع 03، 2021، ص228.

² كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الإدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، ع 23، 2001، ص 59.

1 - أطراف الاتفاق:

نصت المادة 03 من الأمر رقم 03-03 من قانون المنافسة: " هي كل شخص طبيعي أو معنوي أي كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات".¹

من خلال تحليل نص المادة 03 من القانون السالف الذكر يتبين أن الأطراف المعنية في الاتفاق الذي يقيد المنافسة هم أفراد مرتبطون بالسوق، يمارسون أنشطة تجارية، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، هؤلاء الأفراد يساهمون في إنتاج أو تصدير أو تسويق المنتجات في السوق، وقد نص القانون على أن أحكام هذا الأمر تنطبق على الأنشطة الإنتاجية، بما في ذلك الأنشطة الزراعية وتربية المواشي، بالإضافة إلى أنشطة التوزيع، فضلاً عن الوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعي اللحوم بالجملة، كما تشمل الأنشطة المعنية خدمات الصناعة التقليدية والصيد البحري، بغض النظر عن وضعها القانوني أو شكلها أو أهدافها.²

يجب أن يكون الهدف من اتفاقهم هو إنشاء وحدة احتكارية غير قانونية تهدف إلى تحقيق أقصى قدر من الأرباح من خلال تقييد المنافسة في السوق، دون مراعاة تأثير هذا الاتفاق على الأطراف الأخرى في السوق أو على المستهلك أو الاقتصاد الوطني، كما يشمل هذا المعنى المشاريع التي تجمع إيراداتها معاً بهدف تشويه المنافسة في السوق سعياً لتحقيق أرباح غير مشروعة، دون النظر إلى الأضرار المحتملة التي قد تلحق بالاقتصاد الوطني نتيجة لهذا الاتفاق.³

¹ الأمر رقم 03-03 من قانون المنافسة المعدل والمتمم.

² طالب محمد كريم، المرجع السابق، ص15.

³ عبير مزغيش، الآليات القانونية لحماية المنافسة الحرة من الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات الاقتصادية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016-2017، ص 112.

2 - وجود اتفاق:

نصت المادة 06 من الأمر 03-03 من قانون المنافسة على أنه: " تحظر الممارسات والأعمال والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف".

من الملاحظ أن هذه المادة تثير العديد من الإشكالات القانونية نتيجة لترجمتها إلى اللغة العربية، مما يؤدي إلى عدم دقتها ويقلل من نطاق تدخل مجلس المنافسة وسلطته في فرض العقوبات، حيث يجعل العنصر الإرادي شرطاً أساسياً لتحقيق الاتفاق المحظور، في المقابل، النص باللغة الفرنسية يوسع من هذا النطاق، إذ لا يشترط وجود العنصر الإرادي، بل يكفي أن تترتب على الاتفاق آثار تؤثر على المنافسة ليتم حظره.¹

يمكن القول بوجود اتفاق بين مؤسستين مستقلتين، سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً، شفهيّاً أو مكتوباً، وكذلك من الضروري أن يتخذ شكل عقد منظم وفقاً للمفهوم القانوني، مما يتطلب وجود روابط قانونية أو إدارية، حيث يتضح أن هذا الاتفاق يحمل دلالات واسعة، فيكفي أن يكون هناك تعاون بسيط وتبادل للمعلومات بهدف تقييد المنافسة، كما يمكن أن يتجسد في شكل اتفاقات عضوية، حيث يكون الأطراف مؤسسات منظمة بشكل عضوي، مثل الشركات المدنية والتجارية، والجمعيات، والتجمعات ذات المصلحة المشتركة، والمنظمات النقابية.²

يتبين مما سبق أن وجود الاتفاق لا يتطلب شكلاً محدداً، إذ ليس من الضروري أن يكون الاتفاق موثقاً كتابياً، وهذا واضح من نص المادة السادسة من الأمر 03-03 حيث تشمل المادة الاتفاقات الصريحة وحتى الضمنية.

¹ نوال براهيم، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 39.

² مخلوفي حورية، المرجع السابق، ص 229.

3 - المساس بالمنافسة:

لا تُعتبر الاتفاقات في حد ذاتها مخالفة للقانون، ولا يمنعها الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، إلا إذا أدت إلى انتهاك قواعد المنافسة أو عرقلتها أو تقليصها أو الإخلال بها في السوق أو في جزء كبير منها، ومن بين هذه الاتفاقات، تلك المتعلقة بالأسعار التي يجب حظرها دون النظر إلى آثارها، كما أن أساليب تقييد المنافسة تتنوع وفقاً لاختلاف أشكال وحالات الاتفاقات غير المشروعة.¹

من المهم الإشارة إلى أن مجرد التأثير على المنافسة لا يُعتبر سبباً لحظر هذه الاتفاقات، إلا إذا كان التأثير ملموساً، وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال التأكيد على ضرورة أن يكون التأثير جوهرياً في السوق.²

في الواقع العملي، يتضح أن معظم الاتفاقات تهدف إلى التأثير على سير المنافسة، مما يبرز خطورة هذه الاتفاقات وما تسببه من اضطرابات وخلل في المسار التنافسي، لذلك، يتدخل المشرع الجزائري لمنع هذه الممارسات فور حدوثها، دون انتظار نتائجها، والأكثر من ذلك، يدعو مجلس المنافسة إلى منع الاتفاقات التي قد تؤدي إلى عرقلة سير المنافسة، ومن هنا، يتضح وجود وظيفة وقائية للحظر، كما أن معظم التشريعات المتعلقة بالمنافسة تعتمد على فكرة الغرض أو الأثر لتصنيف الاتفاقات على أنها غير شرعية، أما المشرع الجزائري، فقد اعتمد على معيار الهدف لتحديد حظر الاتفاقات، دون أن يأخذ في الاعتبار ما إذا كان الهدف الذي سعى إليه أطراف الاتفاق قد تحقق فعلاً أم لا.³

¹ عبير مزغيش، المرجع السابق، ص 123.

² مخلوفي حورية، المرجع السابق، ص 229-300.

³ بعوش دليلة، حماية المنافسة الحرة من الاتفاقات المحظورة في ظل أحكام قانون المنافسة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018-2019، ص 36-37.

ثالثاً: إثبات الاتفاقات المنافية للمنافسة

لإيقاف الاتفاقات أو الممارسات أو الأعمال المدبرة غير المشروعة، يجب إثبات وجودها من خلال الأدلة المادية والقرائن.

1 - الإثبات بالأدلة المادية

يمكن إثبات الاتفاقات التي تقيد المنافسة، بغض النظر عن شكلها، سواء كانت ممارسات مدبرة أو اتفاقيات صريحة أو ضمنية، من خلال جميع الوثائق التي تحصل عليها الجهة المسؤولة عن الكشف عن هذه الاتفاقات، حيث يتم ذلك عبر المعاينات التي يقوم بها المحققون أو مقررو مجلس المنافسة، أو استناداً إلى تصريحات الأطراف المعنية أو الغير، والتي تُسجل في المحاضر، كما تُعتبر المحاضر التي يعدها مجلس المنافسة والتي توثق الوقائع دليلاً حتى يثبت العكس، ويجب أن تكون الأدلة دقيقة ومتوافقة مع الواقع، لذا لا يكفي الاعتماد على دليل واحد فقط؛ فكلما كانت الأدلة متعددة ومتطابقة ومتكاملة، زادت قوة الاعتقاد بوجود اتفاق غير مشروع.¹

اعتبرت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي أن الممارسات والأعمال المدبرة التي تعتمد على الاتصال المباشر أو غير المباشر بين المؤسسات بهدف التأثير على السياسات الاقتصادية التي تتبعها المنافسون، تتعارض مع أهداف قانون المنافسة، وغالباً ما يتم هذا الاتصال من خلال تبادل المعلومات أو من خلال اجتماعات تتعلق بتحديد الأسعار الحالية أو المستقبلية أو حول هوية بعض الفاعلين الاقتصاديين.²

¹ عيبر مزغيش، المرجع السابق، ص 122.

² لاكمي نادية قانون المنافسة، مؤسسة الكتاب القانوني، ط 1، بومرداس، الجزائر، 2023، ص 76

2 - الإثبات بالقرائن

يمكن استخدام القرائن لإثبات وجود اتفاقات غير مشروعة في حال عدم توفر أدلة قاطعة تدعم الممارسات والأعمال المدبرة، وفقاً لمجلس المنافسة الفرنسي، يعتمد الإثبات في هذه الحالة على مجموعة من المؤشرات الدقيقة والمتطابقة، من خلال مقارنة مختلف الوثائق التي تم جمعها أثناء التحقيق، حيث يتم النظر إلى مجموع القرائن وتداخلها مع بعضها البعض، دون التركيز على قيمة كل وثيقة بمفردها، حيث تُعتبر كل وثيقة دليلاً على المؤسسة التي أصدرتها أو تلك التي استلمتها أو التي ذُكر اسمها فيها، بغض النظر عن المكان الذي تم فيه حجزها.¹

تلجأ بعض المؤسسات أحياناً إلى استخدام استراتيجيات متنوعة لإخفاء تواطؤها، من خلال اتخاذ تصرفات تثير الشكوك، وهو ما يُعرف بتوازي التصرفات، ومع ذلك، لا يكفي فقط استنباط تصرفات متوازية في السوق لتصنيفها كممارسات مدبرة؛ بل يجب دعم ذلك بأدلة إضافية، مثل الاتصالات التي تمت بين المؤسسات المعنية قبل حدوث توازي التصرفات، بمعنى آخر، يجب إثبات وجود تواصل متبادل بين الأطراف المعنية، وليس فقط إثبات توازي التصرفات بحد ذاته، وقد تناولت محكمة العدل الأوروبية هذا الأسلوب في الإثبات لأول مرة في عام 1972، حيث أكدت أن التصرفات المتوازية قد تؤدي إلى تشكيل أوضاع مكتسبة تضر بحرية تداول المنتجات في السوق وحرية اختيار المستهلكين، كما أن توازي التصرفات وحده لا يكفي لإثبات وجود تواطؤ، وبالتالي يمكن أن يشكل دليلاً على وجود ممارسة أو عمل مدبر.²

¹ مخانشة امانة، الممارسات المناهية للمنافسة بين الحظر والإباحة، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، ع 1، 2016، ص 123.

² لاکلي نادیه، المرجع السابق، ص 31-32.

الفرع الثاني: التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية

إذا كانت الاتفاقات المحظورة التي تمثل ممارسات تتعارض مع حرية المنافسة تنشأ بمبادرة من الأطراف الموقعة، أي بين مؤسستين أو أكثر، فإن الاستغلال التعسفي للوصول المهيمن غالباً ما يحدث دون أي مبادرة مسبقة من المؤسسة المستفيدة، وفي هذه الحالة، تقوم هذه المؤسسة باستغلال وضعها بشكل تعسفي بهدف السيطرة على السوق من خلال فرض شروط غير مبررة على الشركاء المنافسين أو التابعين لها، يمكن أن يحدث ذلك من قبل المنتجين تجاه الموزعين، أو من قبل الموزعين تجاه المنتجين، كما هو الحال في الأسواق الكبرى، حيث يسعى هؤلاء المتعسفون في النهاية إلى إزاحة المنافسين من السوق، مما يؤثر سلباً على وضع المستهلك، نظراً لما يترتب على ذلك من ارتفاع الأسعار وفقدان حرية الاختيار.

من المهم الإشارة إلى أن فكرة منع التعسف في وضعية الهيمنة وضعتها السلطات العامة بهدف إجراء مراقبة دقيقة لعمليات تجميع أو تمركز المؤسسات، ومعاينة المؤسسات التي تستغل قوتها الاقتصادية لمصلحتها بشكل تعسفي.¹

أولاً: وضعية الهيمنة على السوق

يعبر مفهوم المركز الاحتكاري في القانون الأوروبي عادة عن المركز المهيمن أو المسيطر، وقد تم تنظيم هذه المسألة في المادة (82)86 من اتفاقية السوق الأوروبي المشترك، المعروفة باتفاقية روما التي أبرمت في 25 مارس 1957. وقد نصت هذه المادة على حظر إساءة استخدام المركز المسيطر، حيث قضت بأنه: " يحظر على الملتزم

¹ سحوت جهيد، الحماية القانونية للمنافسة الحرة ومراقبة الاحتكارات، دراسة مقارنة بين التشريعات، الجزائر- المغرب- تونس- مصر - سورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018-2019، ص 118.

أو الملتزمين إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق المشترك أو في جزء جوهري منه، لأنها لا تتماشى مع طبيعة هذا السوق ولا تلبي متطلباته، ولا تحقق أهدافه، طالما أنها قد تؤثر على التجارة بين الدول الأعضاء"، كما كان للقضاء الأوروبي دور بارز في تحديد مفهوم المركز المهيمن، من خلال محكمة العدل للاتحاد الأوروبي، التي عرفت المركز المسيطر بأنه: " قوة اقتصادية يمتلكها كيان معين، تمنحه القدرة على وضع عوائق أمام المنافسة الفعلية في السوق المعني، وتمكنه من اتخاذ قرارات من جانب واحد تجاه منافسيه وعملائه والمستهلكين".¹

يتضح مما سبق أن السيطرة في القضاء الأوروبي تتحقق من خلال أحد أمرين، الأول هو قدرة المشروع على إعاقة المنافسة الفعلية، والثاني هو منع المشروعات الأخرى من اتخاذ قراراتها الاقتصادية بشكل مستقل، أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد حظر لأول مرة ممارسة الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة في قانون الأسعار الصادر عام 1989 (الذي تم إلغاؤه)، ثم في قانون المنافسة الصادر عام 1995، وأخيراً في الأمر 03-03 (المعدل والمتمم)، وقد عرفه المشرع الجزائري في الفقرة ج من المادة 03 من الأمر 03-03 والتي تنص على أن وضعية الهيمنة هي: " هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيتها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيه".²

¹ بعوش دليبة، المفهوم القانوني للتعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، ع 01، 2016، ص 76.

² الفقرة ج من المادة 03 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم من قانون المنافسة.

ثانياً: أنواع الممارسات التعسفية

- نص المشرع الجزائري من خلال المادة 07 من الأمر 03-03 على أنه: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:
- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
 - تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
 - اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،
 - عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار و لانخفاضها،
 - تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين، مما يجرمهم من منافع المنافسة،
 - إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية".¹

يمكن تصنيف الممارسات التعسفية وفقاً لما جاء به في المادة أعلاه إلى مايلي:

1 - الممارسات المتعلقة بالأسعار و شروط البيع :

تنص الفقرة 05 من المادة 07 من قانون المنافسة الجزائري على أنه يُحظر على المؤسسة أن تهيمن على السوق أو تعرقل تحديد الأسعار، وبالتالي تُعتبر الممارسات التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة والتي تهدف إلى رفع أسعار المنتجات والخدمات غير قانونية، كما يُعتبر خفض الأسعار بشكل مصطنع إلى ما دون تكلفة الإنتاج، بالإضافة إلى ذلك يُعد بيع السلع بشكل طوعي أو إجباري نتيجة لتغيير النشاط أو إنهائه، أو بعد تنفيذ قرار قضائي، أو بيع سلع موسمية أو غير صالحة تقنياً، من الممارسات المحظورة.

¹ الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

يمكننا أن نستنتج أن التعسف في تقديم أسعار بيع منخفضة للمستهلكين يعد ممارسة تقيد المنافسة، حيث يهدف إلى إزاحة المنافسين والسيطرة على السوق، ثم العودة بعد ذلك إلى الأسعار العادية، فالمؤسسات التي تتبع هذه الاستراتيجية تكون لديها نية واضحة وراء تحمل الخسائر، إذ تدرك أنه بعد إفشال المنافسة والاستحواذ على السوق، ستصبح هي الوحيدة المتحكمة، مما يتيح لها رفع الأسعار وفقاً لرغباتها، وغالباً ما نلاحظ هذه الممارسة في المراكز الكبرى للتوزيع، حيث تعرض بعض السلع بأسعار منخفضة، بينما تقدم في الوقت نفسه منتجات أخرى بأسعار معقولة وهوامش ربح جيدة، مما يجعل المستهلك يقع في فخ هذه الاستراتيجية.¹

2 - الممارسات الخاصة بالعلاقات التجارية مع الشركاء الاقتصاديين:

تنتج المنازعات بين الشركاء الاقتصاديين شكاوى تتعلق بالتعسف في وضعية الهيمنة، وقد تناولت المادة 07 من الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة (الملغى) بعض حالات التعسف التي قد تكون موضوع شكاوى من بعض المؤسسات، ومع ذلك لم يتضمن الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة هذه الحالات، والتي تشمل رفض البيع، قطع العلاقات التجارية، الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى، وفرض شروط خاصة على الموزعين، على الرغم من أن هذه الممارسات تُعتبر خطيرة، إلا أن هناك العديد من الممارسات التعسفية الأخرى التي يصعب حصرها، مثل احتباس المخزون من المنتجات في المحلات، والبيع المشروط بكمية دنيا.²

¹ بعوش دليلة، المرجع السابق، ص 85-86.

² نصت الفقرة الأخيرة من المادة 07 من الأمر 95-06 (الملغى) المتضمن قانون المنافسة الجزائري أن الممارسات التعسفية المذكورة ليست واردة على سبيل الحصر وذلك بقولها: " كل عمل آخر من شأنه أن يحدد أو يلغي منافع المنافسة في السوق...". لذلك يعد الأمر 95-06 أفضل نسبياً من الأمر 03-03 فيما يخص تحديد الممارسات.

المطلب الثاني: الرقابة على التجميعات الاقتصادية

من بين المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الاقتصاد الحر، مبدأ المنافسة الذي يتضمن مجموعة من الدعائم والركائز الاقتصادية، من هذه الدعائم، نجد احترام مبدأ حرية الأسعار، والفصل بين الممارسات التجارية والممارسات التي تقيد المنافسة، كما نركز في دراستنا هذه على التجميعات الاقتصادية، كونها آلية فعالة لحماية المنتج الوطني، وقد استدعت الحاجة إلى تعزيز مكانة المشاريع الصغيرة والمتوسطة في ظل هيمنة المشروعات الكبرى، مما يتطلب إزالة القيود عن النظام الاقتصادي، وقد أصبحت هذه التجميعات ظاهرة اقتصادية بارزة، مما دفع المشرع الجزائري إلى تنظيمها وفقاً لما نص عليه الأمر 03-03 المتعلق بقانون المنافسة، حيث خصص لها فصلاً كاملاً بعنوان "التجميعات الاقتصادية"، نظراً لما تحمله من اعتبارات اقتصادية تميزها عن الممارسات التي تقيد المنافسة.¹

غير أن هذا التمييز الذي تمتلكه لا يعفيها من القيود الرقابية المفروضة عليها بموجب نصوص قانونية التي وضعها المشرع خصيصاً لتجنب عدة تداعيات، مثل التأثير السلبي على المنافسة، ولتجنب التعسف في استخدام وضعيتها التي تُعتبر غير مقيدة للمنافسة.

بناءً على ذلك، سنسعى في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم التجميعات الاقتصادية في الفرع الأول، بالإضافة إلى توضيح القيود الرقابية المفروضة عليها في الفرع الثاني.

¹ المادة 14 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، والتي تنص على أنه: "تعتبر المنافسات المقيدة للمنافسة كل من الاتفاقات المحظورة، التعسف في وضعيتها الهيمنة، التعسف في التبعية الاقتصادية، البيع بخسارة"

الفرع الأول: مفهوم التجميعات الاقتصادية

لفهم التجميعات الاقتصادية بشكل جيد، يجب أولاً البحث عن تعريف دقيق يوضح هذا المفهوم، وذلك لتجنب تعدد التعريفات المرتبطة به، والتي تختلف باختلاف المجالات المعنية بدراسته، مثل الشركات التجارية، الاقتصاد، وقانون المنافسة^K بالإضافة إلى ذلك، من الضروري تحديد الأشكال التي تتخذها التجميعات الاقتصادية.

أولاً: تعريف التجميعات الاقتصادية

سنحاول تحديد تعريف للتجميعات الاقتصادية وفق مجالات مختلفة.

1- تعريف التجميعات الاقتصادية في مجال الشركات التجارية

يتبنى مفهوم التجميعات الاقتصادية دلالة مختلفة في سياق الشركات التجارية مقارنة بما هو محدد في قانون المنافسة، فمصطلح التجميعات غير موجود في القانون التجاري، بل يُستخدم مصطلح التجمعات، الذي يُعرف بأنه " أي تجمع للشركات التجارية أو أي تجمع للأطراف ذات المصلحة الاقتصادية، ويشمل ذلك عمليات الاندماج والانفصال بين الشركات التجارية "¹.

يمكننا أن نلاحظ أن هذا التعريف المبسط يتضمن دلالة التجميعات الاقتصادية المتعلقة بالشركات التجارية التي تنظم وفقاً للقانون التجاري، حيث يقتصر على ذكر أنواع هذه التجمعات.²

كما عرف الأستاذ Manuel Jorge التجميعات الاقتصادية على أنها: "العمليات التي تنتج عن تحويل الملكية أو التمتع، تلك التي تسمح لمؤسسة بممارسة تأثير حاسم ويتعلق الأمر

¹ بوحلايس إلهام، المرجع السابق، ص 31.

² نظمها المشرع الجزائري في المواد 796 إلى المادة 799 من الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري.

بالاندماجات، التحويل الجزئي للأصول، الاستحواذ، المساهمات، تأسيس الفروع المشتركة".¹

يمكننا أن نلاحظ أن هذا التعريف يقتصر على عمليات الملكية والتمتع التي تعتمد عليها المؤسسة، كما أنه يحدد وسائل التجميعات.

2- تعريف التجميعات الاقتصادية في المجال الاقتصادي

نظراً لأن مصطلح "التجميعات الاقتصادية" يحمل دلالة اقتصادية واضحة، فقد عُرِّف في الأدبيات الاقتصادية بأنه: " ظاهرة اقتصادية تتم بنمو حجم المؤسسات من جهة، و بانخفاض عدد المؤسسات التي تعمل في السوق من جهة أخرى".²

كما عرف أيضاً بأنه: " ظاهرة اقتصادية تتم بنمو حجم المشروعات من جهة، وانخفاض عدد المشروعات التي تعمل في السوق من جهة أخرى".³

يتبين من التعريفين أنهما متشابهان باستثناء اختلاف في مصطلحي المشروع والمؤسسة، حيث اعتمدا في تعريفهما على المعيار الاقتصادي فقط.

3- تعريف التجميعات الاقتصادية في قانون المنافسة

وفقاً لما يتضمنه مصطلح التجميعات الاقتصادية في قانون المنافسة، فإنه يحمل دلالة مفاهيمية خاصة تميزه تماماً عن غيره من المجالات، على الرغم من وجود تشابه واضح بينها، فالتجميعات الاقتصادية تُعتبر تضيماً نسبياً، بمعنى أنها لم تُعرَّف بشكل شامل لجميع أشكال التركيز الاقتصادي، حيث لم يقدم المشرع الجزائري تعريفاً محدداً

¹ Manuel Gorge, Droit des affaires, Armand, Colin, Paris, 1999, P124.

² حسن ذكي لينا، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص254.

³ Jean Blaise, Droit des affaires, édition, L.G.D.J, Delta, Paris, 1999, p45.

للتجميعات الاقتصادية، بل اكتفى بذكر الأشكال التي يمكن أن تتخذها هذه التجميعات في حالات معينة:¹

- اندماج مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل.
- حصول شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم رأسمال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى.
- إنشاء مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة.

ثانياً: أشكال التجميعات الاقتصادية

تتخذ التجميعات الاقتصادية أشكالاً متعددة، وذلك نتيجة للأنشطة التي تقوم بها المؤسسات المشاركة في عملية التجميع الاقتصادي، بهدف تحقيق التكامل الأفقي والتكامل الرأسي، وقد يكون هذا التكامل أيضاً مختلطاً.

1- التجميعات الاقتصادية الأفقية

تشير التجميعات الاقتصادية الأفقية إلى اتحاد شركتين أو أكثر تعملان في نفس القطاع التجاري وتتنافسان في نفس السوق الجغرافي، يحدث هذا النوع من التجميع عندما تندمج شركتان أو أكثر تنشط في نفس المجال التجاري وفي نفس المنطقة الجغرافية²، ولا يهتم نوع النشاط الذي تقوم به الشركة، سواء كان إنتاجاً أو تسويقاً أو أي نوع آخر من

¹ المادة 15 من الأمر 03-03 من قانون المنافسة المعدل والمتمم.

² محمد إبراهيم أبو شادي، أثر قوانين حماية المنافسة ومنع الاحتكار على حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص155.

الأعمال، الأهم هو أن تكون أهداف هذه الشركات متشابهة ومتحدة، مما يبرز أهمية التنافس بينها.¹

يؤدي التجميع الاقتصادي الأفقي، مثل التحالفات، إلى زيادة الأسعار وتقليل عدد الشركات المتنافسة في السوق، حيث يسمح لشركات غير متوافقة بالسيطرة على مرافق الإنتاج، ومن جهة أخرى، يمكن أن يؤدي هذا النوع من التجميع إلى انخفاض الأسعار في السوق مقارنةً بما كانت عليه سابقاً.

تلجأ المؤسسات إلى هذا النوع من التجميع بهدف تقليل المنافسة مع المؤسسات الأخرى من خلال التكتل معها وزيادة رأسمالها وحصصها في السوق²، كما يساهم التجميع الأفقي في إنشاء احتكارات نتيجة لزيادة الأحجام ونسب التركيز، مما يؤدي إلى القدرة على التحكم في الأسعار والإنتاج، وهو ما يُعتبر من الممارسات التي تضر بالمنافسة³، ما يتطلب وضعه تحت ضوابط تنظيمية محددة.

2- التجميعات الاقتصادية العمودية (الرأسية)

يمكن الإشارة إليها بالتجميعات الاقتصادية الرأسية، حيث تعني تجمعاً بين شركتين أو أكثر يهدف إلى تحقيق أغراض متكاملة في مراحل إنتاج مختلفة.⁴ كما هو الحال مع الشركات التي تعمل في مراحل متنوعة من عمليات التصنيع والتوزيع والتسويق⁵، حيث

¹ فايز إسماعيل بصبوص، اندماج الشركات المساهمة العامة والآثار القانونية المترتبة عليها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2010، ص30.

² معين فندي شناق، المرجع السابق، ص 155.

³ المادة 07 من قانون المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

⁴ سالم هاجم أبو قريش، دليل تأسيس الشركات التجارية في القانون التجاري، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص163.

⁵ عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومن الممارسات الاحتكارية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012، ص 314.

تعمل المؤسسات على تقليل نسب الصفقات وتكاليفها من خلال التجميع الأفقي، وذلك عن طريق تنفيذ بعض عمليات الإنتاج أو التسويق داخلياً.

من أبرز أمثلة التجميع الاقتصادي الرأسي هو اندماج شركة "ميرك" المتخصصة في إنتاج الأدوية مع شركة "ميديكو" التي تعمل في توزيع الأدوية¹، عادةً ما تلجأ الشركات التجارية المستحوذة إلى هذا التجميع بهدف تحقيق الاكتفاء الذاتي، حيث تقوم بإنتاج سلعة معينة بدءاً من المواد الأولية وصولاً إلى مرحلة التوزيع والتسويق.²

3- التجميعات التكتلية (المختلطة)

يمكن أن يُطلق على هذا الشكل القانوني الثالث من التجميعات الاقتصادية اسم التجميعات التتويعية، حيث يشير إلى اندماج شركات تعمل في مجالات تجارية لا تربطها أي صلة³، حيث يتميز هذا النوع بأنه لا يؤثر بشكل مباشر وفوري على تركيز السوق، على عكس التجميعات الاقتصادية العمودية والأفقية.⁴

يتضمن التجميع المختلط مؤسستين أو أكثر من صناعات غير مرتبطة، بهدف إنشاء إدارة جديدة للمؤسسات المدمجة، وهذا النوع من التجميع يساهم في تقليل الحجم دون التأثير على المنافسة، مما يعني أنه لا يسبب أي أضرار في هذا المجال.

¹ معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص 193.

² جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص193.

³ محمد إبراهيم أبو شادي، المرجع السابق، ص344.

⁴ جلال مسعد، المرجع السابق، ص193.

الفرع الثاني: القيود الواردة على التجميعات الاقتصادية

تُعد التجمعات الاقتصادية من العناصر الأساسية التي تسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية، ولضمان تطبيقها بشكل قانوني وواقعي، قام المشرع الجزائري بفرض رقابة عليها، حيث تم توجيه هذه الرقابة إلى سلطة إدارية مستقلة.

من الضروري أن تتوفر شروط محددة منصوص عليها قانونياً في التجمعات الاقتصادية، لكي تُعتبر من الممارسات التي تتعارض مع المنافسة¹، حيث يتطلب الأمر تقديمها أمام الجهات المختصة، المتمثلة في مجلس المنافسة، من قبل أصحابها، وذلك للنظر فيها وفقاً لما ينص عليه قانون المنافسة والتشريعات المعمول بها.

أولاً: شروط الرقابة على التجميعات الاقتصادية

يعتبر مجلس المنافسة هيئة إدارية مستقلة، ولا يُعهد إليها بممارسة الرقابة على التجميعات الاقتصادية إلا في حال كانت هذه التجميعات مخلة بحرية المنافسة أو تقيدها، أو إذا تجاوزت حجمها الحد المسموح به.

1- إخلال التجميع الاقتصادي بحرية المنافسة

لقد نص على هذه الحالة المادة 17 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وجاء فيها أن: " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة الذي يبيث فيه في أجل 3 أشهر "

استناداً إلى هذا الأساس القانوني، تخضع جميع التجمعات الاقتصادية للرقابة إذا كانت تعزز من وضعية الهيمنة، ويملك مجلس المنافسة السلطة التقديرية لتقييم مدى مشروعية التجمع الاقتصادي بناءً على تأثيره على المنافسة، ومع ذلك يعتمد هذا التقييم على معيار

¹ سحوت جهيد، الحماية القانونية للمنافسة الحرة ومراقبة الاحتكارات، المرجع السابق، ص 190.

مرن قد لا يكون كافياً لمراقبة التجمعات الاقتصادية بشكل فعال، خاصة وأن هذه التجمعات لا تُعتبر من الممارسات المقيدة للمنافسة وفقاً للمشرع الجزائري.

بناءً على ذلك، فإن الهدف من فرض رقابة على التجمعات الاقتصادية هو ضمان المنافسة الحرة بحد ذاتها، مع الأخذ بعين الاعتبار مدى توفرها في السوق، كما تهدف هذه الرقابة إلى خلق الظروف الملائمة للتطور الاقتصادي، وهو ما يتضح من مفهوم المساس بالمنافسة¹، ويمكن تفسير أن هذا المصطلح يحمل دلالات واسعة تجبر التجميع على الخضوع لمجلس المنافسة، الذي يُعتبر سلطة تنظيمية اقتصادية، من خلال تقييمه للآثار العملية الناتجة عن التجميع الاقتصادي، سواء كانت هذه الآثار الحالية أو متوقعة في المستقبل، ومن بين هذه الآثار، يمكن أن تشمل تعزيز وضعية الهيمنة في السوق أو تقليص عدد المنافسين.

من المهم الإشارة إلى أن هذه الرقابة لا تُمارس إلا إذا كان هناك تأثير على حرية المنافسة، وذلك وفقاً لعملية تقدير وتقييم تقوم بها الهيئة المسؤولة عن مراقبة التجميعات الاقتصادية، ويُعزى منح هذه الهيئة السلطة التقديرية إلى أن المشرع لم يحدد لها ضوابط معينة.

2- الحد من الحجم المسموح به لعملية التجميع

على الرغم من الفوائد الإيجابية والمنافع الاقتصادية التي توفرها التجميعات الاقتصادية، إلا أنه إذا تجاوزت الحدود المسموح بها وفقاً للقوانين المتعلقة بالمنافسة وحسب الوضع الاقتصادي السائد في كل دولة، فقد تؤدي إلى ظهور ممارسات تتعارض مع مبادئ المنافسة.

¹ سحوت جهيدة، الحماية القانونية للمنافسة الحرة ومراقبة الاحتكارات، المرجع السابق، ص 191.

بناءً على ذلك فإن الحد المسموح به لعملية التجميع، المعروف بالحد الخاضع للرقابة، يساعد المشاريع الاقتصادية، بما في ذلك المؤسسات والشركات، على تجنب التعرض للرقابة المتكررة في العديد من الحالات، ويعتبر تحقيق حد يتجاوز نسبة 40% من المبيعات، سواء كان ذلك في عمليات العرض أو المشتريات، بمثابة عملية طلب تتم في سوق معينة من قبل التجميعات الاقتصادية، إذا تجاوزت هذه النسبة المحددة وفقاً لنص القانون، فإن ذلك قد يعرضها للرقابة بسبب تأثيرها على المنافسة.¹

بالإضافة إلى المعيار الرئيسي المتمثل في النسبة المادية المشار إليها سابقاً، توجد معايير ثانوية يمكن لمجلس المنافسة الاعتماد عليها وفقاً لما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 2000-315 الذي يحدد مقاييس تقييم مشاريع التجميع أو التجمعات الاقتصادية. وقد تضمن المادة 02 مجموعة من المعايير، وهي كالتالي:

- حصة السوق التي لا يحوزها كل عون اقتصادي بعملية التجميع.

- حصة السوق التي تمسها عملية التجميع.

- آثار عملية التجميع على حرية اختيار المومنين والموزعين أو المتعاملين الآخرين

- النفوذ الاقتصادي والمالي الناتج عن عملية التجميع.

- تطور العرض والطلب على السلع والخدمات المعنية بعملية التجميع.

- حصة الواردات من سوق السلع والخدمات نفسها.

على الرغم من أن التقديرات تشير إلى أن المشرع يسعى لتغطية جميع قطاعات الأنشطة الاقتصادية، بما في ذلك الإنتاج والتوزيع، ضمن نطاق المراقبة، إلا أنه استثنى

¹ المادة 18 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

جميع العمليات الصغيرة من تطبيق هذا المعيار الكمي للعرض والطلب، الذي تم تحديده بنسبة 40% كما تم الإشارة إليه سابقاً، وتُعزى الزيادة في هذه النسبة إلى تقليص نطاق المراقبة.¹

ثانياً: إجراءات المراقبة على التجميع الاقتصادي

إذا توفرت الشروط التي تستدعي فرض رقابة، يجب إبلاغ سلطة الضبط الاقتصادي للسوق، المتمثلة في مجلس المنافسة، لتقييم الأمر واتخاذ قرار بشأنه، وفي المقابل، يتوجب على الأطراف المعنية بعملية التجميع تقديم طلب للحصول على الترخيص إلى مجلس المنافسة، مع الالتزام بالإجراءات المحددة في قانون المنافسة والشروط المعينة وفقاً للمرسوم التنفيذي.

إن وجود الحالتين المذكورتين، وهما حالة انتهاك التجميع لحرية المنافسة وحالة تقليص الحجم المسموح به لعملية التجميع الاقتصادي، يتطلب من أصحاب التجميع تقديم طلب للحصول على الترخيص، وذلك من أجل الالتزام بشروط محددة.

كما أن مجلس المنافسة لا يمكنه القيام بتدخلات تلقائية، وهو ما يتضح من نص المادة 22 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، الذي يوضح أن تدخل المجلس في الحالتين السابقتين مشروط بتقديم طلب من الأطراف المعنية، وتؤكد هذه الإجراءات المرسوم التنفيذي 05-2019 الصادر في 22 جوان 2005، الذي يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع الاقتصادي.

¹ منصور داود، المرجع السابق، ص65.

هذا الترخيص، الذي يمكن أن يُمنح للشخص المعني بناءً على طلب يقدمه لمجلس المنافسة بهدف إجراء عملية التجميع، يهدف بشكل أساسي وقانوني إلى تجنب حدوث المخالفات وبالتالي تجنب فرض العقوبات.

علاوة على ذلك، تم تحديد مهلة قدرها ثلاثة أشهر لتقديم طلب الترخيص لمجلس المنافسة، وهي فترة تبدو غير كافية لجمع المعلومات اللازمة لإجراء التحقيق في الطلب¹، وذلك على عكس الأطراف التي يحق لها تقديم الطلب دون أي قيود زمنية.

حرص المشرع الجزائري على تزويد مجلس المنافسة، الذي يُعتبر سلطة ضبط اقتصادي، بضمانات تضمن إجراءاته بشكل قانوني وفعال، ومن بين هذه الضمانات، تأتي تشكيلة المجلس التي تتميز بالتنوع والتكامل، حيث تضم أعضاء من خلفيات مختلفة، حيث يتكون المجلس من عضوين يعملان في مجلس الدولة أو المحكمة العليا أو في مجلس المنافسة كقضاة أو مستشارين، بالإضافة إلى سبعة أعضاء يتم اختيارهم من بين شخصيات ذات كفاءة في المجالات القانونية والاقتصادية أو في مجالات المنافسة والاستهلاك².

تهدف هذه التشكيلة إلى تطبيق قواعد المنافسة في السوق، مما يستوجب على جميع الأطراف الاقتصادية الالتزام بها وعدم التهاون في ذلك، ويمكن أن يكون تدخل مجلس المنافسة بطريقتين، إما أن يكون تلقائياً أو نتيجة لادعاء يقدمه شخص مؤهل لذلك³.

¹ - سحوت جهيدة، الحماية القانونية للمنافسة الحرة ومراقبة الاحتكارات، المرجع السابق، ص 196.

² - المادة 24 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل المتم.

³ - بوحلايس إلهام، المرجع السابق، ص 45.

المبحث الثاني: مجلس المنافسة كآلية لحماية النظام العام التنافسي.

بغرض حماية النظام العام التنافسي وضبط السوق من الممارسات التي تتعارض مع المنافسة المشروعة، قام المشرع الجزائري بإنشاء هيئة قانونية مستقلة تُعرف بمجلس المنافسة، يهدف هذا المجلس إلى متابعة ومكافحة تلك الممارسات بكل حزم وموضوعية، حيث نصت المادة 23 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والمعدل على أنه: " تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص "مجلس المنافسة"، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة يكون مقر مجلس المنافسة في مدينة الجزائر".

سيتم في هذا المبحث تناول النظام القانوني لمجلس المنافسة في (المطلب الأول)، ثم استعراض العقوبات التي يصدرها مجلس المنافسة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظام القانوني لمجلس المنافسة.

يتطلب تناول النظام القانوني لمجلس المنافسة استعراض تشكيلته، والصلاحيات الممنوحة له، بالإضافة إلى الإجراءات المتبعة أمامه.

الفرع الأول : تشكيلة مجلس المنافسة.

يتميز مجلس المنافسة بتشكيلة فريدة تميزه عن باقي الإدارات العامة، حيث يتعين على كل عضو أن يمتلك الكفاءة العلمية والخبرة القانونية الضرورية لتسيير هذا المجلس، بالإضافة إلى التخصصات المطلوبة في عملية ضبط النشاط، وبالاستناد إلى نص المادة 24 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، يتضح أن مجلس المنافسة يتكون من فئة الأعضاء وفئة المقررين.

أولاً: فئة الأعضاء

بالاستناد إلى نص المادة 24 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، يتضح أن المشرع الجزائري قام بتعديل تشكيل مجلس المنافسة ليصبح مكوناً من 12 عضواً، ينتمون إلى الفئات التالية:

- ستة (6) أعضاء يتم اختيارهم من بين الشخصيات والخبراء الذين يحملون على الأقل شهادة الليسانس أو ما يعادلها، ولديهم خبرة مهنية لا تقل عن ثماني (8) سنوات في المجالات القانونية و/أو الاقتصادية، بالإضافة إلى مؤهلات في مجالات المنافسة والتوزيع والاستهلاك، وكذلك في مجال الملكية الفكرية.

- أربعة (4) أعضاء يتم اختيارهم من بين المهنيين المؤهلين الذين يمارسون أو مارسوا أنشطة ذات مسؤولية، ويجب أن يكونوا حائزين على شهادة جامعية ولديهم خبرة مهنية لا تقل عن خمس (5) سنوات في مجالات الإنتاج والتوزيع والحرف والخدمات والمهن الحرة.

- عضوان (2) مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلكين.¹

يتضح من ذلك أن المشرع الجزائري، من خلال تعديل الأمر 03-03، قد أدخل مجموعة من التغييرات على تشكيل المجلس، حيث زاد عدد أعضائه إلى 12 عضواً بدلاً من 9 أعضاء²، وإلغاء فئة القضاة³، وتقليص عدد أعضاء فئة الخبراء في المجال

¹ راجع المادة 10 من الأمر 03-03 من قانون المنافسة المعدل والمتمم.

² الجدير بالذكر أن المادة 29 / 2 من الأمر 06-95 المتعلق بالمنافسة " الملغى" على أنه: " يتكون مجلس المنافسة من اثني عشر (12) عضواً"، وبالتالي كان عدد أعضاء المجلس 12 في ظل الأمر 06-95 ليخضع إلى 09 أعضاء في ظل أمر 03-03، حيث نصت المادة 24 على أنه: " يتكون مجلس المنافسة من اثني عشر 12 عضو..".

³ والجدير بالإشارة أنه في ظل الأمر 06-95 " الملغى" كان عدد القضاة هو 05 معناه أن أغلب أعضائه يتمتعون بالحياد والاستقلالية، أما في ظل التعديل الأمر 03-03 فقد خفض نسبة فئة قضاة لتصبح قاضيان، وقد استغنى عن فئة

القانوني أو الاقتصادي من 7 إلى 6 أعضاء، كما تم إضافة مجال الملكية الفكرية إلى المجالات القانونية والاقتصادية، بعد أن كانت مقتصرة على مجالات المنافسة والاستهلاك والتوزيع، علاوة على ذلك، قام المشرع الجزائري بتصحيح النقص الذي كان موجوداً في المادة 24 من الأمر 03-03 قبل التعديل، حيث تم تحديد المؤهلات العلمية والخبرة المهنية المطلوبة لجميع الأعضاء، وقد اشترط المشرع أن تكون الخبرة المهنية لا تقل عن 8 سنوات في المجالات القانونية والاقتصادية، بالإضافة إلى ضرورة الحصول على شهادة ليسانس أو ما يعادلها.

إنشاء فئة من المهنيين الذين يعملون في مجالات الإنتاج والتوزيع والحرف والخدمات والمهن الحرة، تتكون من أربعة أعضاء، مع ضرورة توفرهم على خبرة مهنية لا تقل عن خمس سنوات، بالإضافة إلى الحصول على شهادة جامعية. يهدف هذا الإجراء إلى تعزيز علاقة مجلس المنافسة بالسوق من خلال تكليف ذوي الاختصاص والمعرفة في المجالات المعنية بمهام الضبط، وذلك لتحقيق تنظيم فعال للسوق¹، بالإضافة إلى تضمين فئة تتكون من عضوين مؤهلين يمثلان جمعيات حماية المستهلك في تشكيل مجلس المنافسة.

عند الرجوع إلى المادة 25 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، يتضح أنه يتم تعيين رئيس المجلس ونائبه والأعضاء الآخرين لمجلس المنافسة من خلال مرسوم رئاسي.

القضاة في تعديله الأخير لقانون المنافسة، وعليه فإن إدخال القضاة في تكوين المجلس سيعطي له دوراً نافذاً ومؤثراً باعتباره الهيئة المختصة في المجال الاقتصادي، وهو ما يسمح له باحترام الضمانات الأساسية في تطبيق سلطة العقاب التي زود بها المجلس. راجع محمد الشريف كتر، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقاً للأمر 03-03 والقانون 02-04 منشورات بغدادية، ص 61.

¹ شيخ أعمار ياسمينية، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2010، ص 49.

تُختتم مهامهم بنفس الأشكال، حيث يقوم رئيس مجلس المنافسة باختيار أعضاء من الفئة الأولى، وهي فئة الخبراء في المجالات الاقتصادية والقانونية، كما يتم اختيار نائبه من بين أعضاء الفئة الثانية، التي تضم المهنيين، بينما يتم اختيار عضو من الفئة الثالثة من بين أعضاء جمعية حماية المستهلك، وذلك وفقاً لما ورد في المادة 10 من القانون 12-08.

يتم تجديد ولاية أعضاء مجلس المنافسة كل أربع سنوات، بحيث يتم تجديد نصف أعضاء كل فئة من الفئات المنصوص عليها في المادة 10 من القانون 12-08، وهذا الإجراء يساهم في تحقيق المساواة بين أعضاء المجلس، على عكس الوضع الحالي المنصوص عليه في المادة 25 من الأمر 03-03.¹

ثانياً: فئة المقررين

لتحقيق في الملفات المعروضة على المجلس، يقوم الرئيس بتعيين مقرر يتولى مهمة التحقيق، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 26 من الأمر 03-03 المعدلة بموجب المادة 12 من القانون رقم 12-08، والتي نصت على أنه: " يعين لدى مجلس المنافسة أمين عام ومقرر عام وخمسة 5 مقررين، بموجب مرسوم رئاسي... "

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري، من خلال التعديل الذي أُجري في عام 2008، قد خصص فئة المقررين بتحديدهم كمقرر عام وخمسة مقررين، في حين كان الأمر رقم 03-03 قبل التعديل ينص على وجود مقررين بشكل عام.

¹ حيث نصت المادة 25 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، على أنه: " يعين رئيس المجلس ونائب الرئيس والأعضاء الآخرون بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمسة سنوات قابلة للتجديد... "

عند الرجوع إلى المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241¹، عند الرجوع إلى المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241، يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد عدداً معيناً من المقررين، فقد نصت المادة الثالثة على أنه: "تضم إدارة المجلس، تحت سلطة الرئيس، الذي يساعده الأمين العام والمقرر العام والمقررون.."، كما أنه حتى في المرسوم الرئاسي 96-44 المحدد للنظام الداخلي للمنافسة.²

يجب أن يكون المقرر عاماً، وأن يكون المقرران حائزين على الأقل على شهادة الليسانس أو ما يعادلها من الشهادات الجامعية، بالإضافة إلى الخبرة المهنية المطلوبة التي لا تقل عن خمس سنوات، والتي تتناسب مع المهام الموكلة إليهم وفقاً لأحكام هذا الأمر، كما يقوم الوزير المكلف بالتجارة بتعيين ممثل دائم له وممثل بديل له في مجلس المنافسة بموجب قرار، ويشاركان في أعمال المجلس دون أن يكون لهما حق التصويت.³

تتمثل أبرز صلاحيات المقرر في التحقيق في مختلف العرائض التي يكلفه بها رئيس مجلس المنافسة، حيث يمكن للرئيس أن يوجهه لأي ملف أو تحقيق يتعلق بمهام المجلس، مما يجعله مساعداً مباشراً للرئيس، ولا يتلقى التعليمات إلا منه فقط، أثناء أداء المقرر لمهامه، يمارس السلطات الممنوحة له وفقاً لأحكام قانون المنافسة، بالإضافة إلى ذلك، يحق للمقرر الاستماع إلى أي شخص قد يقدم له معلومات مفيدة بشأن القضية المعنية.⁴

¹ المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10/08/2011 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج ر، ع 39، المؤرخة في 13/07/2011.

² المرسوم الرئاسي 96-44، المؤرخ في 17/01/1996، يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج ر، ع 5، المؤرخة في 21/1/1996.

³ المادة 2/26 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

⁴ جهيد سحوت، عن المركز القانوني لمجلس المنافسة الجزائري، النصوص والواقع، دفاتر السياسة والقانون، ع 19، 2018، ص 431.

الفرع الثاني: صلاحيات المجلس المنافسة.

من أجل ضمان سير المنافسة الحرة بشكل جيد، منح المشرع الجزائري مجلس المنافسة صلاحيات استشارية وأخرى تتعلق بالنزاعات.

أولاً : الصلاحيات الاستشارية.

يتولى مجلس المنافسة مهاماً غير قمعية، حيث يُعتبر بمثابة خبير في مجال المنافسة، يقوم بإبداء رأيه في النصوص القانونية التي لا تزال قيد التحضير، بالإضافة إلى المسائل المتعلقة بالمنافسة، وتُعتبر الاستشارة أمام مجلس المنافسة وسيلة متاحة لجميع المشاركين في الحياة الاقتصادية والاجتماعية داخل الدولة، بدءاً من السلطات العامة وصولاً إلى المواطن العادي.¹

قام المشرع الجزائري بإدخال الوظيفة الاستشارية في بداية التسعينات من خلال الأمر رقم 95-06 (الذي تم إلغاؤه) بهدف تنظيم السوق وتحقيق تنافسية حقيقية، وتعتبر هذه الوظيفة إجراءً يسبق عملية إصدار النصوص القانونية، حيث تساهم بشكل فعال في صياغة النص القانوني المتعلق بموضوع الاستشارة، وهذا يساهم عادة في استقرار وتوازن النظام القانوني للسوق والمنافسة معاً.²

من خلال دراسة قانون المنافسة، يتضح أن المشرع الجزائري قد نص في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، على نوعين من الاستشارات القانونية التي يقوم بها مجلس المنافسة، النوع الأول هو الاستشارة الإلزامية، حيث يتعين على الجهات المعنية استشارة مجلس المنافسة في الحالات التي ينص عليها القانون، أما النوع الثاني

¹ بريك عبد الرحمان، بريك فارس، الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة وصلاحياته في التشريع الجزائري، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، م 2، ع 1، الجزائر، ص 159.

² زهرة جمعية، وظائف الضبط الاقتصادي، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعته الجزائر 1، 2015 ص 39.

فهو الاستشارة الاختيارية، حيث يتمتع طالب الاستشارة بحرية كاملة في اتخاذ القرار بشأن اللجوء إلى المجلس أو عدمه.

1- الاستشارة الاختيارية:

تُعتبر الاستشارة الاختيارية إجراءً طوعياً يمكن لبعض الجهات اللجوء إليه من خلال استشارة مجلس المنافسة بشأن مسألة معينة تتعلق بالمنافسة، ولا يفرض هذا الإجراء على السلطة التي تطلبه بموجب نص قانوني، كما أن الرأي الذي يقدمه مجلس المنافسة ليس ملزماً لتلك السلطة، ومن ناحية أخرى، يلزم مجلس المنافسة بتقديم رأيه الاستشاري إذا تم طلب ذلك منه.¹

بناءً على ذلك، يُفهم أن الاستشارة الاختيارية لمجلس المنافسة تعني أن الجهات المعنية يمكنها اللجوء إلى المجلس بشأن مسألة معينة بحرية تامة، أو الامتناع عن ذلك دون أن يترتب على هذا القرار أي آثار قانونية، وبالتالي فإن الأمر يُترك للجهات المعنية التي تمتلك المصلحة في هذا الشأن.²

حدد المشرع الجزائري نوع الاستشارة المذكور في المادتين 35 و 38 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم، حيث تنص المادة 35 على أن: " مجلس المنافسة يُعبر عن رأيه في أي مسألة تتعلق بالمنافسة بناءً على طلب الحكومة، كما يمكنه تقديم اقتراحات في مجالات المنافسة، ويمكن للجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية، بالإضافة إلى جمعيات المستهلكين، أن تستشير في المواضيع ذات الصلة"، أما المادة 38 من نفس الأمر، فتشير إلى أنه: " يمكن للجهات

¹ فاطمة الزهراء قلاو، احمد رباحي، الوظيفة الاستشارية لمجلس المنافسة، مجله الصدى للدراسات القانونية والسياسية، ع 1، 2022، ص 214.

² خميلية سمير، عن سلطه مجلس المنافسة في ضبط السوق، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 34.

القضائية طلب رأي مجلس المنافسة بشأن معالجة القضايا المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد في هذا الأمر، ولا يُبدي المجلس رأيه إلا بعد إجراء الاستماع الحضورى، إلا إذا كان قد درس القضية المعنية مسبقاً¹.

يتبين من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حدد الفئات التي يحق لها استشارة مجلس المنافسة، والتي تشمل بشكل أساسي الحكومة، والمؤسسات، والهيئات، والجمعيات المتنوعة، بالإضافة إلى الجهات القضائية¹.

أ - الحكومة:

- تقوم الحكومة بالتشاور مع مجلس المنافسة بشأن جميع مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمنافسة، وذلك وفقاً لأحكام المادة 36 من القانون 03-03 في الحالات التالية:
- إخضاع ممارسات مهنة ما أو نشاط ما، أو دخول سوق ما، إلى قيود من ناحية الكم،
- وضع رسوم حصرية في بعض المناطق أو النشاطات،
- فرض شروط خاصة لممارسة النشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات،
- تحديد ممارسات موحدة في ميدان شروط البيع.
- على الرغم من ذلك، لم يتم استشارة مجلس المنافسة عند صدور الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، على الرغم من أن الفقرة الأولى من المادة 19 من الأمر 06-95 "الملغى" كانت تنص على ضرورة أخذ رأي مجلس المنافسة بشأن أي مشروع نص تشريعي أو تنظيمي يتعلق بالمنافسة، كما لم تطلب الحكومة رأي

¹ إن المشرع الجزائري اسقط صراحة في الأمر 03-03 إمكانية استشارة الهيئة التشريعية لمجلس المنافسة على عكس الأمر 06-95 "الملغى" حيث نصت المادة 19 منه على أنه: "يمكن أن تستشير الهيئة التشريعية لمجلس المنافسة حول اقتراح القوانين ومشاريع القوانين وحول كل مسألة ترتبط بالمنافسة بيدي مجلس المنافسة رأيه حول كل مسألة ترتبط بالمنافسة كل ما طلبت الحكومة ذلك..."

مجلس المنافسة بشأن المرسوم التنفيذي رقم 11-241 الذي يحدد تنظيم مجلس المنافسة وآلية سيره.

ب - السلطة القضائية:

يمكن للجهات القضائية العادية أن تطلب استشارة من مجلس المنافسة في حال كانت هناك ممارسات تقيد المنافسة أو في ما يتعلق بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن هذه الممارسات، وقد نصت المادة 48 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم على أنه: " يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضرراً من الممارسات المقيدة للمنافسة، وفقاً لأحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة طبقاً للتشريع المعمول به"، أما بالنسبة للقضاء الإداري، فيمكن اللجوء إليه في حالة وجود إشكالية تتعلق برفض الترخيص بالتجميع الاقتصادي.

ج - المؤسسات:

سمح المشرع الجزائري بموجب أحكام الأمر 03-03 المعدل والمتمم للمؤسسات، بما في ذلك الجماعات المحلية والهيئات المالية والاقتصادية والجمعيات، بالاستشارة مع مجلس المنافسة في أي مسألة تتعلق بالمنافسة وتدرج ضمن أنشطتها.

2 - الاستشارة الإلزامية:

تشير الاستشارة الإلزامية إلى تلك الاستشارة التي تفرض على الهيئات المعنية ضرورة اللجوء إليها وفقاً لنصوص قانونية محددة تنظمها، وتعتبر هذه الاستشارة بمثابة خطوة تمهيدية تسبق إصدار النصوص القانونية التشريعية والتنظيمية.

من خلال دراسة قانون المنافسة، يتضح أن المشرع الجزائري قد حدد الحالات التي يتعين فيها استشارة مجلس المنافسة بشكل إلزامي، وذلك في حالتين:

تتعلق حالة خروج الدولة عن مبدأ حرية الأسعار المنصوص عليه في المادة 05 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، عند الرجوع إلى نص المادة 4 من نفس الأمر، نجد أنها تنص على أن: " أسعار السلع والخدمات تحدد بحرية وفقاً لقواعد المنافسة الحرة والنزيهة "، وبالتالي يتضح أن المشرع الجزائري قد أقر مبدأ حرية الأسعار، ومع ذلك، في المادة 5 من نفس الأمر، يظهر أن المشرع قد تراجع عن هذا المبدأ، حيث قام بتقييد حرية الأسعار من خلال تنظيم الدولة لبعض السلع والخدمات، مما يستلزم استشارة مجلس المنافسة، الذي يُعتبر الجهة المختصة في مجال المنافسة.

يجب الحصول على رأي مجلس المنافسة بشكل إلزامي في كل مرسوم يتضمن اتخاذ مجموعة من التدابير الخاصة التي تهدف إلى الحد من ارتفاع الأسعار أو تحديدها، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 2/5 من القانون رقم 10-05 المعدل والمتمم للأمر 03-03، والذي يتناول حالات اضطراب السوق أو الاحتكار للسلع والخدمات.¹

أما الحالة الثانية تتطلب استشارة المجلس المنافسة بشكل إلزامي عند إقامة التجمعات الاقتصادية، كما ورد في المادة 17 من الأمر 03-03، التي تنص على أن: " أي تجميع قد يؤثر على المنافسة، وخاصة من خلال تعزيز وضع هيمنة مؤسسة في السوق، يجب على المعنيين تقديمه إلى المجلس المنافسة، الذي يتخذ قراره في غضون ثلاثة (3) أشهر".

¹ بلحارث ليندة، دور المجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة، مجلة المعارف، ع 12، 2016، ص 236.

ثانيا: الصلاحيات التنازعية

بغرض حماية النشاط الاقتصادي من الممارسات التي تعيق المنافسة، قام المشرع الجزائري بتفويض مجلس المنافسة صلاحيات للنظر في القضايا المتعلقة بالمواد 6 و7 و10 و11 و12 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

فيما يخص العقود والاتفاقات التي تبرمها المؤسسات وتحتوي على ممارسات تتعارض مع المنافسة، يجب الرجوع إلى المادة 13 من قانون المنافسة، التي تنص على أنه: " دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و9 من هذا الأمر، يُبطل كل التزام أو اتفاق أو شرط تعاقدية يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و7 و10 و11 و12 المذكورة أعلاه"، وبالتالي فإن هذه الأمور ليست من اختصاص مجلس المنافسة، علاوة على ذلك، عند الاطلاع على نص المادة 6 من القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03، نجد أن المشرع قد أضاف إلى قائمة الاتفاقات المحظورة إمكانية منح صفة عمومية لصالح أصحاب هذه الممارسات المقيدة، ومن ثم، فإن جميع المعاملات المتعلقة بذلك تُعتبر من الصلاحيات التنازعية لمجلس المنافسة، الذي يمارسها وفقاً للآليات التي حددها المشرع في قانون المنافسة.¹

¹ جهيد سحوت، عن المركز القانوني لمجلس المنافسة الجزائري، النصوص والواقع، المرجع السابق، ص433.

الفرع الثالث: الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة.

من خلال دراسة قانون المنافسة، يتضح أن مجلس المنافسة يمتلك صلاحية مكافحة الممارسات التي تقيد المنافسة الحرة، وقد منح المشرع هذا الاختصاص استناداً إلى مفهوم الحد من العقاب، الذي يعني الإبقاء على تجريم سلوك معين مع تخفيف العقوبة المقررة له¹، كما تم استبدال العقوبة السالبة للحرية المفروضة على بعض الجرائم الاقتصادية بعقوبة الغرامة المالية. بالإضافة إلى ذلك، تم منح صلاحية مكافحة الممارسات المنافسة للمنافسة الحرة لمجلس المنافسة كجهة إدارية بدلاً من القضاء الجنائي.

يعود السبب الرئيسي وراء إزالة التجريم عن بعض الجرائم الاقتصادية إلى طبيعة المجال الاقتصادي السريعة من جهة، وعدم ملائمة العقوبة السالبة للحرية مع الخصائص القانونية للأشخاص المعنوية من جهة أخرى، لذا تعتبر الغرامة المالية هي الأسلوب الأنسب والأكثر ملائمة للأشخاص المعنوية.²

من المهم الإشارة إلى أن القرار الإداري الذي تصدره السلطة الإدارية ويقضي بفرض غرامة مالية يمكن الطعن فيه أمام المحكمة المختصة، كما أن السلطة القمعية التي يمتلكها مجلس المنافسة تخضع لنفس المبادئ العقابية المعمول بها في القضاء الجنائي، حيث يتم احترام حق الدفاع الممنوح للمتهمين، ويجب أن يكون القرار الصادر عن مجلس المنافسة مسبباً، مما يتيح له ممارسة اختصاصه القمعي، بالإضافة إلى ذلك، يمكن

¹ السامي الشواء محمد، ظاهرة الحد من العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 16.

² صمودي سليم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهدى الجزائر، 2006 ص 29-34.

للمتضرر من هذا القرار أن يتقدم بالطعن أمام القضاء الإداري في حالة التجميع، أو أمام القضاء العادي إذا كان الأمر يتعلق بممارسات تقيد المنافسة الحرة.¹

أولاً: إخطار المجلس المنافسة

يُعتبر الإخطار شرطاً أساسياً في جميع الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة، خاصة تلك المتعلقة بالمخالفات التي تقع ضمن صلاحياته²، ويعني الإخطار بشكل عام إعلام مجلس المنافسة بوجود وقائع معينة بهدف اتخاذ الإجراءات الضرورية التي يتيحها القانون، ويُعتبر الإخطار بداية تواصل المجلس مع القضية المعنية³، ويمكن أن يتم الإخطار بوجود ممارسات تقيد المنافسة من قبل الأشخاص المخولين بذلك، كما يمكن لمجلس المنافسة أن يتدخل من تلقاء نفسه دون انتظار إخطار من الجهات المعنية، وذلك لتعزيز سرعة مكافحة الممارسات التي تقيد المنافسة.⁴

1 - الأشخاص المؤهلين بإخطار مجلس المنافسة :

نصت المادة 44 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على أنه: " يمكن إن يخطر الوزير المكلف بالتجارة مجلس المنافسة، ويمكن للمجلس أن ينظر في القضايا من تلقاء نفسه أو بإخطار من المؤسسات أو بإخطار من الهيئات المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 35 من هذا الأمر إذا كانت له مصلحة في ذلك..."، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 35 من ذات الأمر على أنه: " ويمكن أن تستشير أيضاً في

¹ براهيم فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 والقانون 08-12، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010، ص 63.

² بلحارث ليندة، المرجع السابق، ص 241.

³ عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 84.

⁴ لاکلي نادية، قانون المنافسة، مؤسسة الكتاب القانوني ط1، 2023، ص168.

المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذلك جمعيات المستهلكين".

يتضح من خلال هاتين المادتين أن مجلس المنافسة يتم إخطاره من قبل الوزير المسؤول عن التجارة والمؤسسات، بالإضافة إلى الهيئات المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة 35 من الأمر 03-03، كما يحق لمجلس المنافسة أن يتولى النظر في القضايا المتعلقة بالممارسات التي تقيد المنافسة من تلقاء نفسه، في حال اكتشافه لتلك الممارسات، دون الحاجة إلى إخطار من أي طرف آخر، وذلك على النحو التالي:

2- إخطار مجلس المنافسة من طرف الوزير المكلف بالتجارة

يتولى الوزير المكلف بالتجارة إبلاغ مجلس المنافسة عن المخالفات التي ترتكبها المؤسسات والتي قد تؤثر على المنافسة الحرة، حيث يُعتبر المجلس بمثابة الجهة الإدارية المسؤولة عن حماية المصلحة الاقتصادية العامة¹، انتهاء التحقيق الذي تجريه الجهات المعنية بالتحقيقات الاقتصادية، حيث تقوم هذه الجهات بإعداد تقرير أو محضر يتضمن جميع الوثائق المتعلقة بالقضية، ثم ترسلها إلى المفتشية المركزية للتحقيق الاقتصادي ومكافحة الغش في ست نسخ، مرفقة برسالة إحالة تحتوي على ملخص للوقائع ورأي الجهة المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية، بعد ذلك، تقوم المفتشية المركزية بإحالة الملف إلى المديرية المعنية بالمنافسة في وزارة التجارة، وفي حال استيفاء الشروط الشكلية والموضوعية، يتم إبلاغ مجلس المنافسة من قبل الوزير.²

3 إذا أظهر التحقيق وجود عيب شكلي أو موضوعي، يتم إعادة الملف إلى الهيئة التي قامت بالتحقيق من أجل تصحيح العيب أو إضافة معلومات جديدة إلى الملف.

¹ خميلية سمير، المرجع السابق، ص 27.

² محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 178.

4 - إخطار المجلس المنافسة من طرف المؤسسات

5 تشمل المؤسسات كل فرد طبيعي أو اعتباري، بغض النظر عن طبيعته، الذي يمارس بشكل دائم أنشطة الإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات أو الاستيراد، ومن ثم يحق لكل مؤسسة إبلاغ مجلس المنافسة عن أي تصرف يؤثر عليها، سواء كانت ضحية لهذا التصرف أو تسعى للاستفادة من تخفيض العقوبة في حال كانت طرفاً في الممارسة المحظورة.¹

6 يشترط في هذا النوع من الإخطار أن تكون المؤسسة تمتلك الصفة القانونية عند بدء التنفيذ، وليس عند حدوث الاضطراب الناتج عن الاتفاق المحظور.²

4- إخطار مجلس المنافسة من طرف الجماعة النقابية

خول قانون المنافسة للجمعيات النقابية الحق في إبلاغ مجلس المنافسة عن أي تصرف محظور قد يؤثر على مصالحها، وعادةً ما يتم تقديم هذا الإخطار من قبل الممثلين القانونيين المخولين بذلك، والذين يتم تحديدهم بالرجوع إلى القانون الأساسي للهيئة أو العقد التأسيسي لها، وفي هذا السياق، اعتبرت سلطة المنافسة الفرنسية أن للجمعيات النقابية الحق في إبلاغها عن أي ممارسة تؤثر على المصالح الخاصة لأعضائها، وذلك من خلال أول شكوى تلقتها من نقابة الأخصائيين في النظارات الطبية بتاريخ 31 أكتوبر 1990، والتي تضمنت الإخطار بوجود تعسف في وضعية الهيمنة في مجال بيع العدسات.³

¹ لاكلي نادية، المرجع السابق، ص 170.

² تواتي مهند الشريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بوقرة، بومرداس، 2007، ص 76.

³ خميلية سمير، المرجع السابق، ص 63.

4 - الإخطار التلقائي لمجلس المنافسة

يمتلك مجلس المنافسة السلطة للنظر في القضايا التي تقع ضمن اختصاصه بشكل تلقائي عندما تتعلق بمخالفات لأحكام المواد 6، 7، 10، 11، و 12 من قانون المنافسة، ومن هنا، تتجلى صلاحيات مجلس المنافسة الواسعة في مكافحة الممارسات التي تقيد المنافسة، حيث يمكنه التدخل بشكل مباشر ودون الحاجة لانتظار أي من الأطراف المعنية كما هو منصوص عليه في الأمر 03-03.¹

ثانيا : شكل قبول الإخطار.

لكي يكون الإخطار مقبولاً، يجب على مقدمه أن يلتزم ببعض الشروط الموضوعية والشكلية.

1- الشروط الموضوعية لقبول الإخطار

يتطلب قبول الإخطار توافر الشروط القانونية العامة اللازمة لرفع الدعوى القضائية، والتي تتمثل بشكل أساسي في:

أ- **الصفة:** من خلال استعراضنا للنصوص القانونية المتعلقة بالمنافسة، يتضح أن المشرع لم يشر إلى شرط الصفة بشكل صريح، ومع ذلك، فإن قبول الإخطار أمام مجلس المنافسة يتطلب أن يكون صادراً عن صاحب الإمضاء المذكور في الإخطار، بالإضافة إلى الجهات التي تعرضت لأضرار مباشرة نتيجة الممارسات المقيدة للمنافسة، أي الأشخاص الذين حددتهم المادة 44 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة،

¹ لاكمي نادية، المرجع السابق، ص 171.

وبالتالي، يجب أن يتوفر شرط الصفة لدى الشخص الذي يقدم العريضة في وقت إيداعها، وليس عند حدوث الفعل الضار.¹

ب - المصلحة: للقبول بإخطار يجب أن تتوفر المصلحة في الشخص الذي تعرض لأعمال تنافسية غير مشروعة وعلى عكس شرط الصفة، لا يشترط أن تكون المصلحة متوفرة في الوقت الحالي، وفقاً لما ورد في المادة 06 من الأمر 03-03، يمكن للشخص المتضرر حماية مصالحه المستقبلية، بشرط أن يقدم الأدلة والعناصر التي تدعم مخاوفه بشأن تلك المصالح، حيث نصت المادة 06 على أنه: " تحضر ممارسات والإعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية السوق حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو جزء جوهري منها....."

ج - الاختصاص: عند الرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 44، التي تنص على أنه أنه: " يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معطل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية"، يتضح أنه لقبول الإخطار من قبل مجلس المنافسة، يجب أن يكون موضوع الإخطار ضمن اختصاص المجلس، أي ألا يخرج عن نطاق الممارسات المحددة في المواد 6، 7، 10، 11، و12 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم، حيث تشمل هذه الممارسات الاتفاقيات التي تقيد المنافسة، التعسف في وضعية الهيمنة، التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، وممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي، كما يختص المجلس أيضاً في مراقبة التجمعات الاقتصادية ومنح التراخيص لها، وفقاً لما نصت عليه المادة 19 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم المتعلقة بالمنافسة، والتي نصت على أنه: " يمكن لمجلس

¹ بوطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص 13.

المنافسة أن يرخص بالتجميع أو برفضه بمقرر معل بعد اخذ رأي الوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع".

2 - الشروط الشكلية :

يتم إخطار مجلس المنافسة من خلال تقديم عريضة مكتوبة تُرسل إلى رئيس المجلس المنافسة،¹ وتتضمن أربعة نسخ من الوثائق المرفقة، يمكن إرسالها إما في ظرف موسى عليه مع وصل استلام، أو إيداعها مباشرة لدى مصلحة الإجراءات مقابل الحصول على وصل استلام، تُسجل عرائض الإخطار والوثائق المرسلّة إلى مجلس المنافسة في سجل تسلسلي، وتُختتم بختم يوضح تاريخ وصولها، يجب أن تتضمن العريضة، التي يجب أن يكون موضوعها محددًا، بيانًا بالأحكام القانونية والتنظيمية وجميع عناصر الإثبات التي تستند إليها الجهة المخطرة في طلبها، وإذا كان العارض شخصاً طبيعياً، يجب أن تتضمن العريضة اسمه ولقبه ومهنته ومكان إقامته، أما إذا كان العارض شخصاً معنوياً، فيجب أن تتضمن العريضة اسمه وشكله القانوني ومقره والجهاز الذي يمثله، كما يتعين على العارض تحديد العنوان الذي يُرسل إليه التبليغ والاستدعاء، وفي حال حدوث أي تغيير في هذا العنوان، يجب على العارض إبلاغ مجلس المنافسة دون تأخير عبر رسالة موسى عليها مع وصل استلام.²

من المهم الإشارة إلى أن الأمر رقم 03-03 المعدل والمكمل المتعلق بالمنافسة لم يحدد المدة القانونية التي يتعين على مجلس المنافسة الرد فيها على العرائض المقدمة إليه، وذلك بخلاف ما كان عليه الحال في الأمر 06-95 المتعلق بالمنافسة والذي تم إلغاؤه،

¹ المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره.

² المادة 16 الفقرة 1 و 2 و 3 و 4 والمادة 17 من المرسوم الرئاسي 96-44 الذي يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة.

حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 23 على أنه: " يجب على المجلس المنافسة أن يرد العرائض المرفوعة إليه في اجل أقصاه ستون(60) يوم من تاريخ استلامه العريضة."

ج - الآثار المترتبة عن الإخطار

يترتب على الإخطار، إذا استوفى الشكل القانوني المطلوب، مجموعة من الآثار الأساسية، تتمثل في:

توقيف مدة التقادم المحدد بثلاث(3) سنوات، مما يعني أن المجلس يرفض النظر في الدعوى المقدمة إليه إذا تجاوزت هذه المدة، ولم يتم إجراء أي بحث أو معاينة أو فرض عقوبة بشأنها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

يقوم المجلس بتكليف الوقائع الواردة في العريضة، وهو غير ملزم بتبني التكليف الذي قدمته الجهة المخطرة، وبناءً على ذلك، يمكن أن يحدث أحد الأمرين التاليين:

رفض الإخطار بقرار مسبباً برفض الإخطار إذا تبين أن الوقائع المذكورة لا تتدرج ضمن اختصاصه أو أنها تفتقر إلى عناصر الإثبات الكافية.

قبول الإخطار إذا تأكد مجلس المنافسة أن الممارسات المعنية بالإخطار تقع فعلاً ضمن صلاحياته.¹

¹ سميحه علال، جرائم البيع في قانون المنافسة والممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2005، ص 120.

المطلب الثاني: العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة.

يهدف قانون المنافسة إلى تعزيز الفعالية الاقتصادية وضمان سير المنافسة الحرة بشكل سليم، ولهذا يُعتبر قانوناً رادعاً يتضمن عقوبات تهدف إلى مكافحة الممارسات التي قد تؤثر سلباً على المنافسة من خلال تقييدها، حيث تتجلى العقوبات التي يصدرها المجلس في شكل أوامر (الفرع الأول) وغرامات مالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إصدار الأوامر

نصت المادة 45 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه: " يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعينة...".

بناءً على ذلك، يُعتبر إصدار الأوامر من أبرز الوسائل التي يتدخل بها مجلس المنافسة، حيث يتم اللجوء إليها قبل اتخاذ أي قرار بشأن الموضوع، وتعتبر هذه الأوامر إجراءً تحفظياً، إذ يتمتع مجلس المنافسة بسلطة واسعة في إصدارها¹، وتنقسم هذه الأوامر إلى نوعين:

أولاً : الأمر بتجنب بعض الممارسات المقيدة للمنافسة.

يمتلك مجلس المنافسة السلطة لإصدار أوامر بوقف الممارسات التي تقيد المنافسة من قبل المؤسسات المعنية خلال المدة التي يحددها، وقد يتضمن الأمر أيضاً تعديل بعض البنود التعاقدية، مثل البنود التعسفية الموجودة في اتفاقات التوزيع، أو إصدار أوامر تتيح لبقية المنافسين الاستفادة من خدمة معينة.²

¹ محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 72

² لاكلي نادية، المرجع السابق، ص 183.

ثانياً: الأمر باتخاذ بعض الإجراءات.

يمكن لمجلس المنافسة أن يصدر أوامر تتعلق باتخاذ إجراءات معينة من قبل المؤسسات لضمان وجود منافسة حرة في السوق، على سبيل المثال، يمكنه أن يأمر بإبلاغ الطرف المخالف لبقية شركائه بإلغاء العقد الذي يربطهم، ومع ذلك، لا يحق لمجلس المنافسة التدخل في هيكل المؤسسة المعنية، بل يقتصر دوره على إصدار الأوامر المتعلقة بالسلوك الإجرامي فقط، وبالتالي، لا يمكنه إصدار أوامر بحل الشركات التجارية، علاوة على ذلك، يجب أن تتضمن الأوامر عبارات واضحة ودقيقة، وفي حال عدم وضوح الأمر، يحق للمؤسسة المعنية طلب توضيح من مجلس المنافسة، ومن جهة أخرى، يتعين على المؤسسات المعنية الالتزام بالأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة والامتثال للمهل المحددة لتنفيذها، وفي حال عدم الالتزام بهذه الأوامر، يمكن لمجلس المنافسة فرض غرامة تهديدية¹، وهذا ما نصت عليه المادة 58 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، حيث نصت على أنه: " يمكن مجلس المنافسة إذا لم تنفذ الأوامر والإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادتين 45 و 45 من هذا الأمر في الأجل المحددة، أن يحكم بغرامات تهديدية لا تقل عن مبلغ مئة وخمسين دينار 150,000 دينار عن كل يوم تأخير".

وبهذا الشكل، يمكن للجهات المختصة متابعة مدى تنفيذ أوامرها ضمن المواعيد المحددة من قبل المؤسسات المعنية، وعادةً ما تكون هذه الأوامر ملزمة اعتباراً من تاريخ إبلاغها للأطراف المعنية.

¹ لاكملي نادية، المرجع السابق، ص 183.

الفرع الثاني: العقوبات المالية.

تُعد العقوبة المالية واحدة من أبرز الوسائل المستخدمة لمكافحة الممارسات التي تحد من المنافسة الحرة، وقد منح المشرع الجزائري مجلس المنافسة صلاحية فرضها.

أولاً: طبيعة العقوبة.

تُعتبر العقوبة المالية الوسيلة الأنسب والأكثر ملاءمة لبعض الجرائم الاقتصادية، إذ تتماشى مع الطبيعة القانونية للأشخاص المعنوية، فهي تحمل طابعين، الأول تأديبي والثاني وقائي، وقد نصت المادة 56 من الأمر 03-03 على أنه: " يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر، بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح، وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6.000.000)

كما يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة مالية لا تتجاوز مبلغ 800,000 دينار ضد المؤسسات التي تعتمد على تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تتهاون في تقديمها، طبقاً لأحكام المادة 51 من هذا الأمر، أو لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من قبل المقرر.

كما يمكن للمجلس أيضاً أن يحكم بغرامة تهديدية لا تقل عن مائة ألف دينار (100,000 دج) عن كل يوم تأخير".¹

¹ المادة 59 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم.

في حال عدم الامتثال للشروط والالتزامات المحددة المتعلقة بالترخيص للتجميع، يحق لمجلس المنافسة فرض غرامة مالية تصل إلى 5% من إجمالي الإيرادات، باستثناء الرسوم، التي حققتها المؤسسة في الجزائر خلال السنة المالية الأخيرة المنتهية، وذلك يشمل جميع المؤسسات التي تُعتبر طرفاً في عملية التجميع أو التي نتجت عن هذه العملية.

ثانياً: تقدير العقوبة

تُحدد العقوبات المفروضة على المؤسسات التي تخالف ممارسات المنافسة وفقاً لمعايير وأسس قانونية محددة، والتي تتمثل بشكل أساسي في:

1- مدى خطورة الأفعال والممارسات المرتكبة:

إن استخدام معيار خطورة هذه الأفعال لتحديد العقوبة يبرز لنا أن الممارسات التي تقيد المنافسة لا تتساوى في درجة خطورتها، بل يمكن أن تختلف من ممارسة لأخرى، وقد اعتمد مجلس المنافسة هذا المعيار، حيث أشار في إحدى حيثيات قراره إلى أنه: " اعتبار أن المجلس يعتمد في تحديد المبلغ الغرامة على مبدأ التدرج بحسب خطورة الممارسة التي يأخذ بها، ومدى تأثيرها على السوق".¹

تُعتبر الممارسات الأكثر خطورة، التي تتميز بالطابع الخفي والدائم وتغطي السوق بأكمله أو معظم أجزائه، مثل تلك التي تتعلق بتحديد الأسعار أو تقسيم السوق، وبالتالي كلما زادت خطورة هذه الممارسات، ارتفعت قيمة الغرامة المالية المقررة.²

¹ مجلس المنافسة القرار 99/ق/1 مؤرخ في 23 جوان 1999 يتعلق بالممارسة المرتكبة من طرف المؤسسة الوطنية

للصناعة الإلكترونية" وحدة سيدي بلعباس" مشار إليه لدى محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 74.

² لاكلية نادية، المرجع السابق، ص 185

2 - حجم الضرر الذي لحق الاقتصاد:

يتم تقدير الغرامة المالية بناءً على الأضرار التي لحقت بالاقتصاد الوطني، مع الأخذ في الاعتبار وضع السوق وتأثيرات الممارسات الاقتصادية، ويتضمن ذلك الآثار العرضية مثل الارتفاع غير المبرر للأسعار، والآثار الهيكلية التي تؤدي إلى إقصاء بعض العملاء من السوق، بالإضافة إلى مدة الممارسة وتكرارها.

3 - وضعية المؤسسة:

يتم ذلك من خلال تحليل وضع المؤسسة في السوق، بما في ذلك تقييم وضعها المالي وقيمة الحصص المقدمة، يجب أن تكون العقوبة المالية متناسبة مع القدرة المالية لكل فرد ارتكب المخالفة¹، حيث يتم قياس هذه القدرة بناءً على رقم الأعمال المحقق في آخر سنة مالية اختتمت فيها، والتي اتخذ فيها قرار مجلس المنافسة، أو من خلال غرامة مالية تعادل على الأقل ضعف الربح الناتج عن هذه الممارسات، مع عدم تجاوز الغرامة لأربعة أضعاف هذا الربح، أما في حالة الأفراد غير المؤسسات، مثل المنظمات أو التجمعات المهنية التي لا تمتلك رقم أعمال، فيجب ألا تتجاوز الغرامة 6 ملايين دينار، وتكون القدرة المالية لهذه المنظمات أو الجمعيات مرتبطة بمبلغ الاشتراكات المقدمة من الأعضاء وبالموارد الأخرى المسجلة في ميزانيتها².

¹ محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 74

² المادة 56 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم.

4 - الظروف المشددة والمخففة:

عند تحديد الغرامة المالية المفروضة على الممارسات التي تتعارض مع المنافسة المشروعة، يتم أخذ جميع الظروف المحيطة بتنفيذ هذه الممارسات بعين الاعتبار، ومن بين هذه الظروف، يُعتبر قدم الممارسات وطول مدتها واتساع نطاقها من العوامل المشددة، كما يُؤخذ في الاعتبار عدم تعاون المؤسسات المعنية مع سلطات التحقيق، أو استمرارها في الممارسات رغم بدء الإجراءات، بالإضافة إلى ذلك، يُنظر في سلوك مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث يتم تشديد العقوبة إذا كان لديهم نية واضحة لتقييد المنافسة.¹

ثالثاً: الإجراءات التفاوضية

يتميز قانون المنافسة بالصرامة، حيث يُعتبر قانوناً رديعاً يهدف إلى مكافحة جميع الممارسات التي تتعارض مع المنافسة المشروعة، ومع ذلك، فقد أضفى المشرع الجزائري، على غرار التشريعات الأخرى، نوعاً من المرونة على قواعده الصارمة من خلال إمكانية تخفيف العقوبات أو إعفائها في حال توافر شروط معينة.

1 - إجراءات التعهدات

نصت المادة 45 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم والمتعلق بالمنافسة على أنه: " يتخذ مجلس المنافسة أوامر معلله ترمي إلى وضع حد للممارسة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من اختصاصه.

كما يمكن أن يقرر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فوراً وإما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر ".¹

¹ محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص76.

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اعتمد إجراء التعهدات، حيث يمنح مجلس المنافسة صلاحيات إصدار الأوامر ومعاينة المؤسسات المعنية في حال عدم الامتثال لهذه الأوامر، كما يتمتع مجلس المنافسة بسلطة تقديرية لتقييم مدى خطورة الممارسات التي تقيد المنافسة، وذلك بهدف تحديد الإجراء المناسب الذي يجب على المؤسسة المخالفة اتخاذه، حيث يُعتبر إجراء التعهدات نوعاً من التفاوض بين السلطة المنافسة والمؤسسة المعنية التي ارتكبت ممارسات تقيد المنافسة، وتفضل سلطات المنافسة اللجوء إلى هذا الإجراء كخطوة أولى قبل فرض العقوبات، خاصة عندما تتعلق الممارسات بأمر ليس لها تأثير كبير على المنافسة في السوق، وفي هذه الحالة، تُفرض التزامات على المؤسسات التي ارتكبت تلك الممارسات مقابل وقف إجراءات المتابعة.¹

2 - إجراءات الرأفة:

إجراء الرأفة هو آلية تتيح لمجلس المنافسة تخفيض العقوبة المفروضة على الممارسات التي تقيد المنافسة، أو حتى عدم فرض عقوبة نهائياً، في حال قامت المؤسسات بالكشف عن ممارساتها المخالفة للمنافسة قبل بدء التحقيق، ويهدف هذا الإجراء إلى تعزيز جهود متابعة ومكافحة الممارسات المحظورة، وتقليل آثارها السلبية على الاقتصاد والمستهلكين²، وقد أدرج المشرع الجزائري هذا الإجراء لأول مرة في نص المادة 60 من الأمر 03-03 من قانون المنافسة والتي تنص على أنه: "يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر"

¹ لاكمي نادي، المرجع السابق، ص 188.

² بهلول ليلي، عن فعاليات إجراء الرأفة في قانون المنافسة، جلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، ع 2، 2017، ص 83.

خلاصة الفصل الثاني:

يهدف النظام العام التنافسي إلى تنظيم السوق وحمايته من الممارسات التي تتعارض مع المنافسة، وبناءً على ذلك، قام المشرع الجزائري بإصدار قانون المنافسة بموجب الأمر 03-03، حيث حظرت قواعد هذا القانون العديد من الممارسات التي قد تضر بالنظام العام التنافسي. ومع ذلك، فإن بعض هذه الممارسات لم تُحظر بشكل مطلق، بل تم حظرها بصورة نسبية لتلبية متطلبات الحياة.

تعتبر الاتفاقات المحظورة ممارسات تتعارض مع حرية المنافسة، حيث تنشأ نتيجة مبادرة من مؤسستين أو أكثر، في المقابل، يحدث الاستغلال التعسفي للوصول المهيمن غالباً دون أي مبادرة مسبقة من المؤسسة المستفيدة، التي تستغل هذا الوضع بشكل تعسفي للسيطرة على السوق، حيث يتم ذلك من خلال فرض شروط غير مبررة على الشركاء المنافسين، سواء من قبل المنتجين تجاه الموزعين أو من قبل الموزعين تجاه المنتجين، كما هو الحال في الأسواق الكبرى، والهدف النهائي من هذه الممارسات التعسفية هو إقصاء المنافسين من السوق، مما يؤثر سلباً على وضع المستهلك، حيث يؤدي ذلك إلى ارتفاع الأسعار وتقليل خياراته.

تجدر الإشارة إلى أن فكرة منع التعسف تهدف إلى مراقبة عمليات تجميع أو تمركز المؤسسات، حيث تُعتبر هذه العمليات من الأسس الأساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية، كما يجب أن تتوفر شروط معينة، منصوص عليها قانوناً، في التجميعات حتى تُعتبر من الممارسات المنافسة للمنافسة، وبالتالي يتعين تقديم هذه التجميعات أمام الجهات المعنية، مثل مجلس المنافسة، للنظر فيها وفقاً لما ينص عليه قانون المنافسة والتنظيمات المعمول بها.

الختامة

الخاتمة:

تُعتبر فكرة النظام العام من المفاهيم التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمجتمع، حيث تعكس من جهة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية والدينية التي يقوم عليها كيان المجتمع، مستندة إلى الإيديولوجية الفلسفية، وذلك من خلال صياغتها في شكل قواعد قانونية تتفوق على القواعد العادية، كما تتمتع هذه القواعد بقوة إلزامية أكبر من تلك التي تتمتع بها القوانين العادية، ومن جهة أخرى، تسهم في حماية هذه الأسس من التهديدات التي قد تتعرض لها، سواء من قبل السلطة العامة أو من أفراد المجتمع.

من المهم الإشارة إلى أن معظم الفقهاء الذين تناولوا مفهوم النظام العام اتفقوا على صعوبة وضع تعريف دقيق له، حيث تُعتبر هذه الفكرة غامضة للغاية، وقد أظهر الواقع، سواء في الماضي أو الحاضر، تطور هذا المفهوم، وبالتالي، فإن متابعة هذا التطور توضح مدى اختلاف مفهوم النظام العام باختلاف الزمان والمكان، فما يُعتبر نظاماً عاماً في فترة معينة قد لا يُعتبر كذلك في فترة أخرى في نفس المكان، كما أن ما يُعتبر نظاماً عاماً في دولة معينة قد لا يكون كذلك في دولة أخرى.

على الرغم من مرور ما يقرب من قرنين على نشوء هذه الفكرة وتطورها، إلا أنها لا تزال تحمل طابع الغموض في طبيعتها، مما أدى إلى وجود تضارب في الآراء حولها، حتى أصبح يُنظر إليها بشيء من الشك، ومع ذلك، فإن كل جماعة، مهما كان تنظيمها، تحتاج إلى مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأفراد، وتتمتع بسلطة الأمر والنهي، مصحوبة بعقوبات تُفرض على من يخالفها.

ومن خلال هذه الدراسة يمكن إجمال النتائج التالية:

كان سلطان الإرادة في القانون الروماني محدوداً بشكل كبير بسبب القيود والشكليات المفروضة، حيث كان يتعين على الأفراد صياغة اتفاقاتهم وفق أوضاع وأشكال معينة، تتضمن حركات وإشارات وألفاظ وكتابة، ودون هذه العناصر، لا يُعتبر العقد قائماً، وبالتالي فإن مجرد اتفاق بين شخصين لا يُنتج أي أثر قانوني، ولا يُعتبر عقداً ولا يُولد التزامات، حيث كانت القاعدة الأساسية هي الشكلية، بينما رضا المتعاقدين يُعتبر استثناءً، أي لم يكن للعقد أي آثار قانونية ما لم يتوافق مع العبارات والإشارات المحددة، وفي حال مخالفة هذا الشرط، يصبح العقد باطلاً، ومن الأسباب التي دفعت الرومان للتمسك بالشكلية هو حرصهم على مبدأ استقرار المعاملات.

من المهم الإشارة إلى أن التطورات المتنوعة التي شملت الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية قد أثرت على فكري النظام العام ومبدأ سلطان الإرادة، حيث كان لهذا التأثير طابع عكسي في العلاقة بين الفكرتين، ففي إطار المذهب الفردي، تنقلص دائرة النظام العام ويعزز مبدأ سلطان الإرادة، بينما في ظل المذهب الاشتراكي، يزداد تدخل الدولة في العلاقات الخاصة بين الأفراد.

كما تعتبر فكرة النظام العام من المفاهيم القانونية التي تفتقر إلى الدقة، حيث لا توجد قواعد ثابتة تحددتها، ويعود ذلك إلى التطور الذي شهدته من حيث مضمونها ومجالها، بالإضافة إلى خصائصها التي تجعلها تتسع أو تضيق وفقاً للأفكار السائدة في المجتمع، فهذه الفكرة تتسع في ظل المذاهب الاشتراكية التي تراعي المصلحة العامة، بينما تضيق في ظل المذاهب الفردية، مما أدى إلى اختلاف الفقهاء في وضع تعريف موحد لها.

فالنظام العام ليس نتاج فكرة حديثة، بل يمتد تاريخه إلى العهد الروماني لذا، يُعتبر معياراً مرناً يهدف إلى حماية المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في المجتمع، فهو في جوهره فكرة سياسية، حيث يسهم في تحقيق الأهداف التي يسعى إليها كل نظام قانوني، حيث يُدرج المشرع هذا المفهوم في تشريعاته المختلفة، لكنه لا يحدد تفاصيله بدقة، كما أن هذا المعيار نسبي، إذ يتغير مضمونه بتغير الزمان والمكان، وبالتالي، يمكن القول إنه فكرة غير محددة، يتولى القاضي ملء مضمونها وفقاً للأفكار السائدة في وقت نظر النزاع.

لقد سعى العديد من الفقهاء إلى تحديد معيار دقيق يميز بين ما يُعتبر من قبيل النظام العام والقواعد العادية، خصوصاً في المسائل التي لم يتناولها المشرع بنص واضح، وقد كان الهدف هو إيجاد معيار يساعد في توضيح طبيعة القواعد القانونية، ورغم أن جميع المحاولات التي قام بها الفقهاء لم تحقق النجاح، إلا أنه تم الاقتناع بأنه يمكن فهم طبيعة قواعد النظام العام من خلال تطبيقها في مجالات معينة.

كما أن القاعدة العامة في العقود تنص على أن التصرف يتم بمجرد تطابق إرادتي الطرفين، دون الحاجة إلى صياغة هذا الرضا بشكل محدد، ومع ذلك هناك استثناءات لهذه القاعدة، حيث يشترط القانون ضرورة إفراغ رضا الأطراف في بعض العقود بشكل معين لكي يتم انعقاد التصرف القانوني، وفي هذه الحالة تصبح الشكلية ركناً أساسياً يتطلبه القانون لقيام العقد، وتعتبر القواعد المرتبطة بها قواعد أمر، مما يعني أن تجاهلها أو الاتفاق على ما يخالفها يؤدي إلى بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً، ويعود ذلك إلى حماية المصلحة العامة، كما هو الحال في التصرفات المتعلقة بالعقارات.

يُعتبر تفسير العقد من الأمور التي تتعلق بالنظام العام، حيث نص المشرع عليها بعبارات واضحة في مواد قانونية، لذا لا يحق للقاضي تأويل العبارات الواضحة في العقد بغرض فهم إرادة الأطراف المتعاقدة، ومع ذلك إذا استدعت الحاجة لتفسير العقد، يجب على القاضي أن يسعى لفهم الإرادة المشتركة للمتعاقدين، دون الاقتصار على المعنى الحرفي للكلمات، وينبغي أن يسترشد القاضي بطبيعة التعاملات وما يتطلبه الأمر من أمانة وثقة بين الأطراف، وذلك وفقاً للعرف السائد في المعاملات، وفي حالة وجود أي غموض، يتم تفسير العقد لصالح المدين.

لقد منح القانون للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة، ولاحقة لإبرام العقد، وهذا بغرض إعادة التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل بسبب تغير الظروف استثنائية التي لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد، ولا دخل لإرادة المتعاقدين بها، وهذا تحقيقاً للعدالة، بمعنى تغير الظروف الاقتصادية التي كانت الأساس الذي يرتكز عليه توازن العقد، وترتب عليها أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقا لأحد المتعاقدين، والذي من شأنه أن يؤدي به إلى خسارة فادحة، بحيث تخرج عن الحد المألوف.

كما أصدر المشرع الجزائري قانون المنافسة بموجب الأمر 03-03، والذي يهدف أساساً إلى حماية النظام العام التنافسي من خلال تنظيم السوق من الممارسات التي تتعارض مع مبادئ المنافسة، وفي هذا السياق، منع المشرع الجزائري العديد من الممارسات التي قد تضر بالنظام العام التنافسي، ومع ذلك فإن بعض هذه الممارسات لم تُحظر بشكل كامل، بل تم حظرها بشكل نسبي لتلبية احتياجات الحياة.

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع و المصادر

أولاً- المراجع و المصادر باللغة العربية

1 - قائمة المصادر القانونية

1-1 القوانين

- القانون 84-16 المؤرخ في 30/06/1984 المتعلق بالأموال الوطنية، ج ر، ع 27، المؤرخة في 03/06/1984، الملغى.

- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر، ع 49، المؤرخة في 18/11/1990.

- القانون 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل، ج ر، ع 52، المؤرخة في 02/12/1990.

- القانون رقم 91-05 المؤرخ في 16/01/1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، ج ر، ع 03، المؤرخة في 16/01/1991، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 96-30 المؤرخ في 21/12/1996، ج ر، ع 81، المؤرخة في 22/12/1996.

- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/06/2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، ع 41، المؤرخة في 27/06/2004 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 18/08/2010، ج ر، ع 46، المؤرخة في 18/08/2010.

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، يعدل و يتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26/08/1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 44، الصادرة في 26/06/2005.

- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر، ع 14، المؤرخة في 08/03/2006.
- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر، ع 15 المؤرخة في 08/03/2009، المعدل و المتمم، بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10/06/2018، ج ر، ع 35 المؤرخة 13/06/2018.
- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10/05/2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، ع 28، المؤرخة في 16/05/2018.
- القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10/05/2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، ع 28، المؤرخة في 16/05/2018.
- القانون رقم 18-11 المؤرخ 02/07/2018، المتعلق بالصحة المعدل، ج ر، ع 46، المؤرخة في 29/07/2018.

1-2 الأوامر

- الأمر 70-20 المؤرخ في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، ج ر، ع 21، المؤرخة في 27/02/1970.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، المؤرخة في 30/09/1975.
- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 92، المؤرخة في 18/11/1975.

- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة، ج ر ع 43،
المؤرخة في 2003/07/20 المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-08 المؤرخ في
2008/06/25، ج ر، ع 36 المؤرخة في 2008/07/02، والقانون رقم 10-05 المؤرخ
في 2010/09/15، ج ر، ع 46، المؤرخة في 2010/09/18.

- الأمر 03-06 المؤرخ في 2006/07/15، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة
العمومية، ج ر، ع 46، المؤرخة في 2006/07/16.

- الأمر رقم 04-10 المؤرخ في 2010/08/26 المتعلق بالنقد و القرض، المعدل و
المتمم بالأمر رقم 11-03 المؤرخ في 2003/08/26 ج ر، ع 50، المؤرخة في
2010/09/01.

1-3 المراسيم الرئاسية

- المرسوم الرئاسي 44-96، المؤرخ في 1996/01/17، يحدد النظام الداخلي في مجلس
المنافسة، ج ر، ع 5، المؤرخة في 1996/1/21.

- المرسوم الرئاسي رقم 405-02 المؤرخ في 2002/11/26، المتعلق بالوظيفة
القنصلية، ج ر، ع 79، المؤرخة في 2002/12/01.

- المرسوم الرئاسي رقم 407-02 المؤرخ في 112002/26، المحدد لصلاحيات رؤساء
المركز القنصلية، ج ر، ع 79، المؤرخة في 2002/12/01.

1-4 المراسيم التنفيذية

- المرسوم التنفيذي 74-70 المؤرخ في 03/04/1974 يتضمن تعريب الإعلانات الخاصة بالإشهار التجاري، ج ر، ع 29، المؤرخة في 09/04/1974.
- المرسوم رقم 76-63 المؤرخ 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج ر، ع 30، المؤرخة في 13/04/1976.
- المرسوم 85-59 المؤرخ في 23/03/1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر، ع 13.
- المرسوم التنفيذي 91-05 المؤرخ في 16/01/1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، ج ر، ع 03، المؤرخة في 16/01/1991.
- المرسوم التنفيذي 05-175 مؤرخ في 12/05/2005 يحدد كفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج ر، ع 35، المؤرخة في 18/05/2005.
- المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10/09/2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، ع 56، المؤرخة في 11/09/2006، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03/02/2008، ج ر، ع 07، المؤرخة في 10/02/2008.
- المرسوم التنفيذي 11-241 المؤرخ في 10/07/2011 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج ر، ع 39، المؤرخة في 2011.

- المرسوم التنفيذي 13-431 المؤرخ في 18/12/2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، ج ر، ع 66، المؤرخة في 25/12/2013.

- المرسوم التنفيذي 15-114 المؤرخ في 12/05/2015 يتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر، ع 24، المؤرخة في 13/05/2015.

- المرسوم التنفيذي 16-142 المؤرخ في 05/05/2016، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، ج ر، ع 28، المؤرخة في 08/05/2016.

1-4 القرارات الوزارية

- القرار الوزاري المؤرخ في 23/04/2001 المتضمن نموذج عقد بالإيجار، المعدل بالقرار وزاري المؤرخ في 04/05/2004، ج ر، ع 43 المؤرخة في 04/07/2004.

- القرار الوزاري المؤرخ في 27/11/2017، يحدد القائمة الاسمية للجنة للبنود التعسفية، ج ر، ع 75، المؤرخة في 27/12/2017.

2 - الكتب

2-1 الكتب العامة

- إبراهيم عبد العزيز شيخا، الوسيط في أموال الدولة العامة والخاصة، الجزء الأول، الأموال العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

- أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، الطبعة الثانية، 1987.
- إدريس العلوي العبدلاوي، الشرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1996.
- أشرف الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 1996.
- أكو فاتح حمه ره ش، الشكلية في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2016.
- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 1997.
- أمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.
- إيمان مأمون احمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.

- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2007.
- بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
- بوطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2012.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الطبعة الثالثة، دارالجامعية، بيروت، 1988.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
- حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، القاهرة، 1949.
- حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة، بيروت، 1982.
- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشرط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998.
- حمد باشا عمر، العقد التوثيقي في ضوء الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2021.
- حمزة قتال، مصادر الالتزام، العقد، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2018.

- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04 منشورات بغدادية.
- رشوان حسني رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، 1994.
- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، 1992.
- سالم هاجم أبو قريش، دليل تأسيس الشركات التجارية في القانون التجاري، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- السامي الشواء محمد، ظاهرة الحد من العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.
- سامي بديع وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، القاهرة، 1995.
- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، 1998.
- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2003.

- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك عند تكوين العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998.
- صمودي سليم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهدى الجزائر، 2006.
- طه إبراهيم سيد، مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت 1988.
- عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار أحياء التراث العربي، ، 1953-1954.
- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- عبد الفتاح بيومي الحجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دراسة تأصيلية، دار الكتب، القانونية، مصر، 2008 .
- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الأول، 1984.

- عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، دار الأمان، 2014.
- عبد المجيد الحكيم، الوسط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967،
- عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، بيروت، دار النهضة العربية، 1977.
- عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومن الممارسات الاحتكارية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012.
- عفيف شمس الدين، المصنف في قضايا الموجبات والعقود والمسؤولية، 1992.
- عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.
- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، 2013.
- فايز إسماعيل بصبوس، اندماج الشركات المساهمة العامة والآثار القانونية المترتبة عليها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2010.
- لاكلي نادية، قانون المنافسة، مؤسسة الكتاب القانوني الطبعة الأولى، 2023.

- لزهري بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- لشعب محفوظ بن حامد، الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.
- محمد إبراهيم أبو شادي، أثر قوانين حماية المنافسة ومنع الاحتكار على حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
- محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية، في الجزائر دار الهومة، الجزائر 2013.
- محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات حلي، 2018.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2005.
- محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، دار الهدى، 2007.
- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، 2007.
- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري، دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج 1، منشورات حلبي الحقوقية.
- معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- نسرين حسين نصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2018.
- هانية محمد فقيه الرقابة، القضائية على عقود الإذعان، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2014.
- الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009 .
- يحيى يوسف، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فعالية العقود، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016.

2-2 الكتب المتخصصة

- أبو جعفر عمر المنصور، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقہ مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الأحكام القانونية للتطبيقات العملية، النظام العام العقدي، تأصيل قواعد القانون المدني في الفقہ والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2013.
- أسعد علي حسين الشمري، فكرة النظام العام وآثارها في الاتفاقات العقدية، الطبعة الأولى، مركز عين للدراسات والبحوث المعاصرة، 2019.
- حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار السنهوري، لبنان، 2016.
- عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، 2005.

3- أطروحات الدكتوراه ورسائل الماجستير

3-1 أطروحات الدكتوراه

- أسامة رشيد مجيد، دور القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للالتزامات العقدية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2018.

- بعوش دليلة، حماية المنافسة الحرة من الاتفاقات المحظورة في ظل أحكام قانون المنافسة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018-2019.
- بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.
- جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- جوده السيد عرابي قنديل، النظام العام في العقود المدنية، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2011.
- زايدي خالد، القيد في السجل التجاري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.
- سحوت جهيد، الحماية القانونية للمنافسة الحرة ومراقبة الاحتكارات، دراسة مقارنة بين التشريعات، الجزائر- المغرب- تونس- مصر - سورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018-2019.
- سليمانى مصطفى، وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية أدرار، 2019-2020.
- شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشيع والقضاء، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

- عاطف كامل مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2018.
- عبد المحسن كريم شغاتي الكورجي، مشكلة اختلال التوازن العقدي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة منصوره، مصر، 2020.
- عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
- فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجاحظ، بغداد، 1969.
- مجاهدين خالد، مفهوم النظام العام في تكوين العقد، أطروحة الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، 2004-2005.
- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة الدكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.
- محمد عبد العال مكاوي عيسى، أثر فكرة النظام العام على أحكام العقود، دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة طنطا، مصر، 2023.
- محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقہ الإسلامي، أطروحة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1992.

- منصور داود، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015-2016.

- ويس فتحي، الشهر العقاري وآثاره في مجال التصرفات العقارية، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011.

3-2 رسائل الماجستير

- أحمد سمير قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2008.

- براهيم فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 والقانون 08-12، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010.

- بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، ماجستير، جامعة الجزائر، 2004-2005.

- بوحلايس إهام، الاختصاص في مجال المنافسة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2004-2005.

- بوشاري بلقاسم، إجراءات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.

- بومعزة رشيد، الشكالية الرسمية في العقود المدنية، ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2004-2005.

- تواتي مهند الشريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بوقرة، بومرداس، 2007.
- حشود نسيمة، الشكالية في البيع العقاري، دراسة تحليلية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- حماز فتيحة، الرقابة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2017-2018.
- خالد محمد أحمد السباتين، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2001.
- خميلية سمير، عن سلطه مجلس المنافسة في ضبط السوق، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2013.
- دالي البشير، مبدأ تأويل العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2007-2008.
- دحماني لطيفة، الشكالية في العقود المدنية، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2002-2003.
- درماش بن عزوز، نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي ولاتجاه الحديث، ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006.
- زهرة جمعية، وظائف الضبط الاقتصادي، رسالة الماجستير كلية الحقوق، جامعه الجزائر1، 2015.

- سميحة علال، جرائم البيع في قانون المنافسة والممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعه منتوري، قسنطينة، 2005.
- سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010-2011.
- سي الطيب محمد الأمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
- شيخ أمر ياسمينة، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في القانون الجزائري، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010.
- طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.
- عاشور فاطمة، تفسير العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.
- عامر رحمون، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2013.
- على مصبح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
- علي محمد كساب الشديفات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2010.

- عيساوي محمد، القانون الإجرائي للمنافسة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.
- فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، الجزائر، 1998.
- محمد سلمان كاظم، اختلال التوازن المعرفي في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، ماجستير، الجامعة الإسلامية، لبنان، 2019-2020.
- محمود زاوي، الشكلية للصحة التصرفات المدنية في القانون الجزائري، ماجستير، جامعة الجزائر.
- مراح وردة، الحبسة ودورها في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2003-2004.
- مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران 1، 2015.
- معاشو خالد، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 45 قالمة، 2015-2016.
- ميدي أحمد، الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- نجلاء بنت محمد بن عبد الرحمان، أحكام عقود الإذعان بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2014.

- هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر، 2013 - 2014.

4 - دبلوم الدراسات العليا

- محمد شلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الرباط، 1993.

- معروف عربي محمد، نظرية محل العقد بين الشريعة والقانون، دبلوم الدراسات العليا، الجزائر، 1974.

5- المقالات

- أحمد رابحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، العدد 5، 2008.

- إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 04، 2006.

- أمحمد سعد الدين، كيفية القيد في السجل التجاري على ضوء أحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-111، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 53، العدد 3، 2016.

- بريك عبد الرحمان، بريك فارس، الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة وصلاحياته في التشريع الجزائري، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 2، العدد 1.

- بعوش دليّة، المفهوم القانوني للتعسف في استغلال وضعيّة الهيمنة على السوق، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال ، العدد 01، 2016.
- بلحارث ليندة، دور المجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة، مجلة المعارف، العدد 12، 2016.
- بهلول ليلي، عن فعاليات إجراء الرأفة في قانون المنافسة، جلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد 2، 2017.
- جهيد سحوت، عن المركز القانوني لمجلس المنافسة الجزائري، النصوص والواقع، دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، 2018.
- حليس لخضر، جميعة وعيممة العقد، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس، المدينة، العدد 01، 2018.
- شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية، والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، العدد 2، 2009.
- طالب محمد كريم، الاتفاقات المتعلقة بالأسعار والمقيدة للمنافسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، معهد الحقوق والعلوم سياسية، المركز الجامعي مغنية، العدد 09، 2018.
- عدنان إبراهيم سرحان، الآلية المستحدثة للظروف الطارئة في قانون العقود الفرنسي الجديد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 90، 2022.

- فاطمة الزهراء قلواز، أحمد رباحي، الوظيفة الاستشارية لمجلس المنافسة، مجله الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، 2022.
- كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من المستهلك من الممارسات المناهية للمنافسة، مجلة الإدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد 23، 2001.
- محمد إبراهيم بنداري، نحو المفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي، مجلة الأمن والقانون، كلية الشرطة دبي، العدد 1، 2000.
- محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعن، مجلة رسالة الحقوق، العدد 3، 2011.
- مخلوفي حورية، الاتفاقات المناهية للمنافسة بين حظر والتبرير، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد 03، 2021.

6- المجلات القضائية

- المجلة القضائية 2002، ع 1.
- المجلة القضائية 2004، ع 1.
- المجلة القضائية 2008، ع 2.
- المجلة القضائية 2009، ع 1.
- المجلة القضائية 2010، ع 2.
- المجلة القضائية 2011، ع 2.
- المجلة القضائية 2012، ع 2.
- المجلة القضائية 2016، ع 2.

ثانيا- المراجع باللغة الأجنبية:

- Alain Bénabent, Les obligations, 5ème éd, 1995.
- Alex Weil et François Terré droit civil, l'obligation, 3 eme 3éd, 1981.
- Brigitte Hess Fallon et Mary Manz Simon, Droit Civil Aide Mémoire, Dalloz, Paris, France, 12ème éd 2017.
- Brois Starck, Droit civil, les obligations, Paris 1972 .
- Calais Auloy, Droit de la consommation, Précis Dalloz 3ème, 1992.
- CALAIS-AULOY (J.): Droit de la consommation, Précis Dalloz 3ème, 1992.
- Delphine BAZIN-BEUST, Mémentos LMD Droit de la consommation Gualino Extensio, Paris, 2016.
- François Terré - Philippe Simler et Lequette yves, Droit civil - Les obligations, 8ème éd , Dalloz, Paris, 2002.
- Georges ripert, La Ragle morale dans les obligations civil, LGDJ, 2013.
- Jacques Flour , Jean Luc Aubert, Eric Savaux, Les obligation édition, Dalloz, Paris, 2000.
- Jacques Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, Dalloz, 1982.
- Jacques Ghestin, traité de droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J, 3ème éd 1996.
- Jean Blaise, Droit des affaires, édition, L.G.D.J, Delta, Paris, 1999.
- Jean François Romains, Lordre public (Notion générale) et les droit de l homme, Lordre concept et application, volume 3 Bruxelles 1995.
- Manuel Gorge, Droit des affaires, Armand, Colin, Paris, 1999.

-Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité pratique de droit civil François 2éme éd, 1963.

-Marie Antoinette Guerriero, L'action Juridique solennel, 1975.

-Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel, Munck, droit civil, les obligations, 2005.

-Philippe Malaurie, L'ordre public et Le contrat, Paris, 1953.

-Boris Starck, Droit civil, les obligations, librairies techniques, 1972.

ثالثا - المواقع الإلكترونية

-<https://www.droitentreprise.com>.

-<https://egyils.com>.

الفهرس

1	مقدمة:
14	الباب الأول : تقييم النظرة التقليدية لفكرة النظام العام
15	الفصل الأول : فكرة النظام العام كآلية للحد من الحرية التعاقدية
16	المبحث الأول: مدى خضوع مبدأ سلطان الإرادة لفكرة النظام العام
17	المطلب الأول: التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة
17	الفرع الأول: نشأة مبدأ سلطان الإرادة
23	الفرع الثاني: ثبات مبدأ سلطان الإرادة
25	الفرع الثالث: تراجع مبدأ سلطان الإرادة
29	الفرع الرابع: اعتدال في تطبيق
34	المطلب الثاني : أساس مبدأ سلطان الإرادة
34	الفرع الأول: الحرية التعاقدية
38	الفرع الثاني: مبدأ إلزامية العقود
43	الفرع الثالث: الأثر النسبي للعقد
47	المبحث الثاني : تحديد فكرة النظام العام في مجال العقود
48	المطلب الأول : مفهوم النظام العام
48	الفرع الأول: تعريف النظام العام
60	الفرع الثاني: خصائص النظام العام
66	المطلب الثاني : مظاهر النظام العام
67	الفرع الأول: النظام العام التقليدي
71	الفرع الثاني: النظام العام الحديث
79	خلاصة الفصل
80	الفصل الثاني: ارتباط فكرة النظام العام بتكوين العقد
80	المبحث الأول: تدخل النظام العام على مضمون العقد
81	المطلب الأول: ضوابط النظام العام الخاصة بالمحل
81	الفرع الأول: التأصيل الفقهي للمحل
86	الفرع الثاني: قابلية المحل للتعامل

93	المطلب الثاني: ضوابط النظام العام الخاصة بالسبب
93	الفرع الأول: نشأة فكرة السبب
101	الفرع الثاني: مشروعية السبب
104	المبحث الثاني: تدخل النظام العام في ضبط شكلية التعاقد
105	المطلب الأول: الشكلية المباشرة
106	الفرع الأول: المحرر الرسمي
121	الفرع الثاني: المحرر الإلكتروني
128	المطلب الثاني: الشكلية غير المباشرة
128	الفرع الأول: شكلية الشهر العقاري
135	الفرع الثاني: شكلية الشهر في العقود التجارية
139	خلاصة الفصل
141	الباب الثاني: فكرة النظام العام وأثرها في إعادة التوازن العقدي
142	الفصل الأول: تدخل النظام العام لحماية الطرف الضعيف
143	المبحث الأول: إعادة التوازن العقدي عبر مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان
144	المطلب الأول: عقد الإذعان
145	الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان
151	الفرع الثاني: خصائص عقود الإذعان
156	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان
163	المطلب الثاني: الشروط التعسفية
164	الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية
173	الفرع الثاني: معيار تحديد الشروط التعسفية
181	الفرع الثالث: رقابة القاضي على الشروط التعسفية
191	المبحث الثاني: إعادة التوازن العقدي عبر نظرية الظروف الطارئة
192	المطلب الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة
192	الفرع الأول: التطور التاريخي

196	الفرع الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة
203	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
208	المطلب الثاني: سلطة القاضي في الظروف الطارئة
209	الفرع الأول: ضوابط تدخل القاضي في الظروف الطارئة
215	الفرع الثاني: وسائل القاضي في الظروف الطارئة
223	خلاصة الفصل
224	الفصل الثاني: تدخل النظام العام لتحقيق المنافسة الحرة
225	المبحث الأول: مجال تدخل النظام العام التنافسي
226	المطلب الأول: الممارسة المقيدة للمنافسة
227	الفرع الأول: الاتفاقات المحظورة
234	الفرع الثاني: التعسف في وضعية الهيمنة
238	المطلب الثاني: رقابة على التجمعات الاقتصادية
239	الفرع الأول: مفهوم التجمعات الاقتصادية
244	الفرع الثاني: القيود الواردة على التجمعات الاقتصادية
249	المبحث الثاني: مجلس المنافسة كآلية لحماية النظام العام التنافسي
249	المطلب الأول: النظام القانوني لمجلس المنافسة
249	الفرع الأول: تشكيلة مجلس المنافسة
254	الفرع الثاني: صلاحيات مجلس المنافسة
260	الفرع الثالث: الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة
268	المطلب الثاني: العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة
268	الفرع الأول: الأوامر واجبة التنفيذ
270	الفرع الثاني: العقوبات المالية
275	خلاصة الفصل
277	الخاتمة
282	قائمة المراجع
307	الفهرس

الملخص:

مما لا شك فيه أن فكرة النظام العام نشأت كآلية للحد من الحرية التعاقدية، إلا أن دائرة هذه الفكرة تتسع وتضيق تبعا للمذاهب السائدة في كل مجتمع، ففي ظل المذهب الفردي تضيق دائرة النظام العام، حيث يسود مبدأ سلطان الإرادة، ويتسع مجال حرية الأفراد، أما في ظل المذهب الاشتراكي يزداد تدخل الدولة في العلاقات الخاصة بين الأفراد، ومن ثم يمكن القول بأن هذه الفكرة جد نسبية فهي تختلف من دولة لأخرى ومن مجتمع آخر وحتى في الدولة الواحدة من عصر إلى عصر، كما أن هذه الفكرة تدخل ضمن جميع فروع القانون مما يجعله هو الأساس الذي يبنى عليه التصرف القانوني ومن ثم إذا خالف هذا الأخير النظام العام ترتب البطلان.

الكلمات المفتاحية: النظام العام - الحرية التعاقدية- التوازن العقدي

Abstract:

There is no doubt that the concept of public order originated as a means to limit the freedom of contract. However, the scope of this concept expands or contracts according to the prevailing doctrines in each society. In societies that adopt individualism, the scope of public order diminishes, as the principle of the freedom of will prevails and individual freedoms increase. Conversely, in socialist societies, state intervention in private relationships between individuals increases. Therefore, it can be said that this idea is relative, as it varies from one country to another and from one community to another, and even within the same country over different eras. Additionally, the concept of public order intersects with all branches of law, making it a foundation upon which legal actions are built. Consequently, if this order is violated, it leads to the nullification of the action.

Keywords: public order- contractual freedom- contractual balance