جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم السياسية والحقوق

قسم: القانون الخاص

حماية الطرف الضعيف في العقد

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص:عقود ومسؤولية

إعداد الطالبين:

موسى حيمود

مسعود بوتسونة

إشراف الاستاذ الدكتور:

سعودي سعيد

أعضاء لجنة المناقشة:

د/ يخلف عبدالقادر	رئيسا
د/ سعودي سعيد	مشرفا ومقررا
د/لكحل عائشة	مناقشا

السنـة الجامعيـــــة 2024–2025

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

بسم الله الرحمان الرحيم

" فَتَبَسَّمَ ضَاحِكًا مِّن قَوْلِهَا وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ (19) سورة النمل

صدق الله العظيم

بادئ ذي بدء الشكر لله وحده الذي أمدنا بالصبر القوة والعزيمة لإتمام هذه الدراسة ،من شيم الانسان المخلص العرفان بالجميل، ونحن لا نملك في هذا المقام من الكلمات سوى كلمة شكر لكل من مد لنا يد العون لإنجاز هذه المذكرة وأخص بالذكر الأستاذ المشرف " **سعودي سعيد** " على الحرية التي منحها لنا وعلى تشجيعاته المتواصلة وتوجيهاته السديدة ونصائحه القيمة الوجيهة التي أفادنا بها طوال إعداد وانجاز هذه المذكرة شكر خاص لكافة أساتذة قسم الحقوق دون استثناء على جهودهم المبذولة من اجل تدريسنا وتعليمنا دون أن انسى تقديم اسمى عبارات الشكر والتقدير للجنة المناقشة "**الدكتور يخلف عبدالقادر**،**الدكتورة لكحل عائشة** "على قبولهم مناقشة هذه المذكرة والي كل من ساعدنا في انجاز هذه المذكرة ولو بجزء صغير سواء كان من قريب أو بعيد.

وشكرا

إهداء

الحمد لله الذي هدنا إلى هذا وماكنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

" وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ ۚ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ" سورة هود الآية 88

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار. .. . إلى من علمني العطاء بدون انتظار. .. .

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار. .. . أرجوا من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد

حان قطافها بعد طول انتظار. .. . وستبقى كلماتك نجوى أهتدي بها اليوم والغد وإلى الأبد..

"والدي العزيز ابراهيم"

إلى ملكتي في الحياة. .. . إلى معنى الحب ومعنى الحنان والتفاني. .. . إلى بسمة الحياة

و سر الوجود. .. . إلى من كان دعائها سر نجاحي. .. .. وحنانها بلسم جراحي. .. . إلى

أغلى الحبايب "أمي الحبيبة خضرة "

إلى المرأة المعجزة التي تجعل كلّ شيء ممكنًا بصبرها ودعمها: إليكِ زوجتي

إلى من حلّت بركة وجودهم في حياتي، ومن ملأت ضحكاتهم الجميلة عمري، أولادي إلى زينة حياتي

وبهجتها، إلى الابتسامات التي تغدق عليّ الأمل "يونس ،حمزة،زوبير،بشري"

إليكم أهدي ثمرة جهدي وعملي المتواضع

موسى حيمود

اهداء

وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها .. وها أنا ذا أختم بحث تخرُّجي بكل همَّة ونشاط،

وأمتنُّ لكل من كان له فضل في مسيرتي وساعدني ولو باليسير،

وأولى من أذكره في هذا الاهداء إلى من وضع المولى – سبحانه وتعالى – الجنة تحت قدميها، ووقَّرها في كتابه العزيز...(أمي الحبيبة فريحة).

إلى خالد الذكر، الذي وفاتهم المنيَّة (أبي الموقَّر مُحَّد) و

إلى أخواتي،وزوجتي الغالية وبناتي"الاءالرحمان و مريم البتول و هيبة تقوي"

إلى أصدقائي ومعارفي الذين أُجلُّهم وأحترمهم..

إلى أساتذتي في كلية....

أُهدي لكم بحثي هذا

مسعود بوتسونة

مقدمة

مقدمة:

تقوم نظرية العقد على قواعد ومبادئ أساسية في مجال التعاقد وعلى ضوئها ينشئ العقد وفي كنفها يترعرع ويؤدي وظيفته ويرتب أثاره، وتعرف هذه القواعد نوعا من الثبات والاستقرار مدة من الزمن.

ومع تطور الحياة الاقتصادية والصناعية ونتيجة للتقدم العلمي والتكنولوجي الهائل ذلك أدى إلى ظهور الاختراعات والابتكارات في شتى ميادين الحياة، نجم عن ذلك كله اغراق الأسواق بالسلع والخدمات المتماثلة ومن هنا أصبح الطرف الضعيف في العقد حاجة إلى قواعد تضمن له الحماية من جهة وتحفظ له مركزه في التعاقد الذي ضعف مقارنة بمركز المتدخل المتفوق اقتصاديا ومعرفيا.

ومع نشاط حركة حماية الطرف الضعيف وتأثيره على المنظومة التشريعية في سائر دول العالم فإن التشريع الجزائري كغيره من التشريعات واكب هذه الحركية من أجل ضمان حماية الطرف الضعيف ، وقد جعل الجزائر حقا دستوريا مضمونا استناد للمادة 62 من دستور 2020 إذ جاء فيها تعمل السلطات العمومية على حماية الطرف الضعيف بشكل يضمن لهم الامن والسلامة والصحة وحقوقهم الاقتصادية.

ولا يخفى ما أسهمت به النصوص القانونية والمراسيم التنفيذية في مجال التشريعات ، والتي ألقت بظلالها على القواعد العامة في مجال التعاقد، ومن ثم ظهرت فكرة البحث عن أثر هذه التشريعات على القواعد العامة والمعروفة في مجال التعاقد.

أصبح توقيع العقود وطلبات شراء أمرا معتادا ومتكررا في حياتنا اليومية الى درجة أن التوقيع أصبح أمرا تلقائيا دون تمحيص لشروط العقد، ولما كانت أقل الخدمات التي نحصل عليها أو أقل السلع قيمة تنقل إلينا من خلال التعاقد قبل إقبالنا على التعاقد دون أن نولي للعملية الاهتمام اللازم ودون أن نتفحص شروط العقد أو نستفسر عن آثاره، فبالنظر للمجال

الواسع للعقود فإنها تعد الوسيلة المفضلة للمتعاقدين فيما يتعلق منها بالقانون الخاص بل أنها أصبحت سمة العلاقات في بعدها الدولي لاسيما ما تعلق منها بالجانب الاقتصادي، فمن حيث المبدأ تحمل العقود معنى العدالة العقدية لأطراف العقد الحرية الكاملة في تضمين العقود ما شاء من التزامات، إلا أن هناك معطيات جديدة طرأت على الحياة وأورثتها مستجدات اجتماعية واقتصادية تسبب فيها الأخذ بمطلق الحرية الفردية مما أدى إلى تعسف بعض أطراف العقود على بعض الآخر مما جعلت غاية تنظيم العقود تتلاشى.

إذ أنه من المعقول أن يحدث تفاوت يسير في أداءات الأطراف مما يؤدي بنا إلى القول أنه لا نكاد أن نجد عقدا متوازنا تماما ومع ذلك فهذا الأمر يعد مقبولا ولكن الغير مقبول هو الاختلال الفادح في الأداءات الذي يتصل بضعف أحد طرفي العقد ويكفي أن يكون ذلك ضعفا اقتصاديا أو معرفيا أو نفسيا حيث أن هذا الضعف جعل الطرف القوي يتعسف في حقوق الطرف الضعيف، وهو الأمر الذي يتطلب تدخلا قانونيا أكثر أهمية بحيث يكون على المشرع أن يتخذ ما من شأنه إزالة أو تقليص مجالات عدم المساواة مهما كان نوعها ولا يعتبر عدم التوازن بين الطرف الضعيف والطرف القوي بالأمر الهين إذ أن معظم العلاقات التعاقدية باتت تعاني من أزمة اللاتوازن نتيجة لتبني الحرية العقدية، حيث أصبح القانون معنيا بحماية الفقراء والضعفاء في مواجهة ذوي النفوذ إذ تركزت هذه في الروابط العقدية التي تقوم بين هاتين الطائفتين فالقانون بقواعده الآمرة هو الذي يحد من تسلط الطرف القوي ويمنعه من فرض إرادته على الضعيف الذي لا يمكن له بسبب تدني مركزه الاقتصادي أن يدافع عن نفسه وعن مصالحه العقدية، لكن فكرة حماية الطرف الضعيف مست قواعد القانون المدني الذي يتبنى مبادئ الحرية الفردية ويقدسها حيث أن أغلب التشريعات سنت قواعد خاصة تنظم العلاقات بين هذا النوع من الأطراف.

ولعل أهم مثال على ذلك تنظيم عقود العمل وعلاقات المستهلكين بالمحترفين، أيضا تتضمن قواعد القانون المدني بعض الاستثناءات التي من شأنها إعادة التوازن كالغبن والاذعان وهو ما

بكيان القواعد الأصلية حيث أصبح المشرع في موقف حرج بين الحفاظ على القواعد الأساسية في قواعد القانون المدني وبين ضرورة الطرف الضعيف.

ولا شك أن من وراء اختيارنا لهذا الموضوع أسباب ذاتية وهو الميل والرغبة في معالجة المواضيع ذات الصلة بالقانون المدني والجديد في مجال الطرف الضعيف،الإلمام بالموضوع ، الموضوع يثير إشكالية ، اكتساب معلومات حول الموضوع من شأنها أن تثري رصيدي المعرفي وأستفيد منها في حياتي الاجتماعية والمهنية المستقبلية.

وأما الأسباب الموضوعية فتتمثل فيما يلي:

-الاهتمام المتزايد الذي يحظى به مجال الطرف الضعيف في الحياة الواقعية

-كثرة الوقائع والاحداث يشكل خطراً على الطرف الضعيف.

وتكتسي دراسة موضوع البحث أهمية بالغة فمن الجانب النظري تتبع واستقراء تشريعات الاستهلاك وكذا القواعد العامة ومعرفة العلاقة بينهما ودرجة التأثير حقوق الأطراف المتعاقدة

أما عن الاهداف المتوخاة من هذه الدراسة لعل من أبرزها:

-ابراز عناية المشرع الجزائري بالمحافظة على التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف في مجال التعاقد.

- الكشف عن مدى تلاحم وتظافر النصوص التشريعية والتنظيمية توفيرها لحماية الطرف الضعيف في العقد

وتتمحور إشكالية الدراسة حول ماهو المجال الممنوح للطرف الضعيف وفق التشريع الجزائري؟

اعتمدنا في معالجتنا للموضوع على المنهج التحليلي الوصفي، فالتحليلي الذي يعتمد على تحليل النصوص القانونية للوصول الى استنتاجات بشأن الموضوع والوصفي الذي نبرز من خلاله جوانب وجزئيات الموضوع.

يعتبر موضوع حماية الطرف الضعيف في العقد من بين المواضيع الأكثر أهمية وخاصة إذا قلنا بأن محوره هو الطرف المذعن في العقد من الشروط التعسفية في ظل وجود قواعد خاصة تحمي الطرف الضعيف في العقد.

ولدراسة هذا الموضوع اخترنا المنهج المقارن لحل الإشكالية المطروحة وهذا بالتركيز على النصوص القانونية سواء تعلق الامر بالتشريع الجزائري او بالتشريعات العالمية الأخرى كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري مع الاستشهاد بالواقع العلمي وبالأخص الاجتهاد الجزائري بخصوص القضايا المدنية لا سيما المنازعات العقدية.

وعليه سنقوم بتقسيم بحثنا إلى فصلين نتناول في الفصل الأول الاطار العام للطرف الضعيف وأثاره وهذا بتقسيمه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول ماهية الطرف الضعيف في العقد، وفي المبحث الثاني نتائج حماية الطرف الضعيف ، وفي الفصل الثاني اليات حماية الطرف الضعيف قسمناه إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول اليات القانونية لحماية الطرف الضعيف وفي المبحث الثاني الحماية القضائية للطرف الضعيف .

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للطرف الضعيف في العقد

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للطرف الضعيف في العقد

يعرف النظام العام الحديث كنظام اقتصادي اجتماعي ومهني يهدف إلى تحقيق العدالة الاجتماعية عن طريق إعادة التوازن للعقد فقد غير طبيعته كليا . النظام العام الحديث إيجابي، " لأنه لا يكتفي بمنع بعض التصرفات فهو قد يلزم الأطراف المتعاقدة بالتزامات كما هو الحال في النظام العام الحمائي الاجتماعي الهادف إلى حماية الأطراف المتعاقدة الضعيفة (العامل، المؤمن له المقرض، المستأجر، المستهلك...) من الأطراف المتواجدة في مركز قوة رب العمل القارض المؤجر، البائع، شركة التأمين...). و لهذا قد يحدد القانون الحد الأدنى للأجر ، و يلزم الأطراف المتعاقدة في عقد الإيجار بعدم مجاوزة حد أعلى كثمن للإيجار" حيث تناولنا في هذا الفصل الي المبحث الأول مفهوم الطرف الضعيف في العقد و المبحث الثاني الي نتائج حماية الطرف الضعيف في العقد.

المبحث الأول: مفهوم الطرف الضعيف في العقد

يركز الفقه القانوني الحديث على موضوع حماية الطرف الضعيف في العقود" خصوصا في القوانين الخاصة ، كحماية المستهلك والعامل والمستأجر والمؤمن له حيث عمد المشرع والقاضي بدعم من الفقه، في معظم الدول إلى ترسيخ العديد من المفاهيم والأحكام التي تعمل على حماية الطرف الضعيف في العقود ، من ضمنها فرض واجب بالإعلام لمصلحة الطرف الضعيف قبل إبرام العقد لكي يتعاقد بشكل حر ومستنير، وإعطاء هذا الأخير في بعض الأحيان مهلة للتفكير والتروي، ومنحه في أحيان أخرى حقا للرجوع عن العقد الذي قام بإبرامه، وإعطاء القاضي دورا مهما في مكافحة الشروط التعسفية التي تكون ضد مصلحة الطرف الضعيف وغيرها من الأحكام .[1]

إلا أن هذا التوجه نحو حماية الطرف الضعيف في العقود، لم يعد مقصورا على القوانين الخاصة، بل أصبح اليوم توجها عاما يسعى كل من المشرع والقاضي لترسيخه حتى ضمن النظرية العامة للعقود لتجسيد درجة معقولة من التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، وتحقيق نوع من العدالة العقدية.

إن علاقة القوة والضعف قد تتحقق في العلاقات بين المهنيين أنفسهم، أو بين الشركات والمؤسسات. وأمام هذا الواقع، فقد عمد المشرع والقضاء إلى وضع العديد من الأحكام التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في قوانين المنافسة ومن ضمنها : فرض بعض الشروط في بعض العقود الخاضعة لقوانين المنافسة، كعقود الإمتياز والتراخيص التجارية، ومكافحة الشروط التعسفية . لاسيما ما تعلق بحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقات بين المهنيين ، ومنه أستنتج أن الفقه إجتهد لدرجة ما لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي تكون في بعض الأحيان معدة سالفا، في ورقة التأمين أو ورقة

[1]- يوسف محمد شندي، حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقات بين المهنيين : دراسة في القانون الفرنسي وتطبيقاته القضائية، ملحق خاص – العدد (3) – الجزء الثاني – أكتوبر 2018م صفر 1440 هـ ، ص452-453

التراخيص التجارية أو ورقة عقود الإمتياز والمشرع الجزائري أخذ بما رأه الفقهاء مناسبا لحماية هذا الأخير من جميع الشروط التعسفية الواضحة ونجد أيضا أن القاضي المدني راعى خصوصية حماية الطرف الضعيف من خلال التدخل لإلغاء العقد أو إعادة وضع الشروط للموازنة بين المتعاقدين في العقد نفسه.[1]

حيث تناولنا هذا المبحث في مطلبين المطلب الأول تعريف الطرف الضعيف في العقد وأسباب ضعفه والمطلب الثاني الطرف الضعيف والمستهلك.

المطلب الأول: تعريف الطرف الضعيف وأسباب ضعفه

إن القواعد المنظمة للعقد تختلف باختلاف المكان والزمان متأثرة بالنزعة الفردية ثم بالاشتراكية و أخيرا بالليبرالية و اقتصاد السوق.

فهي التعبير عن السمو وفلسفة يسعى إليها المجتمع ويحاول الوصول إليها باستعمال وسيلة ألا العقد ، ومنه نجد أن ظاهرة تركز رؤوس الأموال ووسائل الإنتاج إلى ظهور تفاوت شديد النفوذ الاقتصادي وهو ما أفرز روابط عقدية في أجواء من التبعية بحيث يصبح النشاط الذي يزاوله أحد العاقدين تابعا للعاقد الأخر، وهذا ما يضفي عليه صفة الطرف الضعيف، وأدى عدم المساواة الموجودة بين العمال و أصحاب العمل إلى حدوث اختلال وعدم وجود توازن بينهما، ولأجل هذا ذهبت النصوص القانونية إلى إعادة التوازن الموضوعي لهذه العلاقة، وذلك من خلال قانون العمل " تنظيم كامل من القواعد الأمرة فتنظيم مختلف قواعد العمل لم يكن يتم في إطار التفاوض الحر والمتساوي بين العمال وأصحاب العمل بل في إطار سلطوي أحادي الجانب من قبل القائمين على هذه الطوائف، ونتيجة لما نجم عن هذه الممارسات من تعسف تدخل المشرع لوضع حد لذلك، فنجده صار يضفي عليه طابعا

[1]– فالمشرع الجزائري أعطى أولوية خاصة لحماية الطرف الضعيف من خلال عدم معرفته ما يحتويه العقد، من خلال تنظيمي نصوص قانونية تحمي هذا الأخير

تنظيميا من خلال فرض قيود على هذه العلاقة لاسيما فيما يتعلق بحماية العمال والتغطية الاجتماعية لمصالحهم، أو بالنسبة للأعباء المفروضة على أصحاب العمل.[1]

الأمر الذي أدى إلى بروز النظام العام الحمائي وتطبيق الشرط الأصلح للعامل الذي لطف بشكل كبير من مفهوم الإذعان الاجتماعي، من حيث جواز الاتفاق على ما يغاير قواعد العمل الأمرة إذا كان هذا الاتفاق أصلح للعامل. وعليه سنقوم بدراسة تعريف الطرف الضعيف في العقد في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني ندرس صور الضعف العقدي.

الفرع الأول : تعريف الطرف الضعيف في العقد

إن موضوع الطرف الضعيف في العقد يكمن في أحد طرفي العقد وهو المستأجر الذي يملي عليه المؤجر شروط تكون في مصلحة القوي (المؤجر) ولا يكون على المستأجر إلا قبولها. فحسب العامل الأخلاقي قال بعض الفقهاء أن المتعاقدين متساوين وإخوة. لهذا وجب عليهم تنفيذ التزاماتهم بحسن نية.

كما أنهم ينادون بضرورة سيادة الشفافية عند إبرام العقد و ما تتطلبه هذه الأخيرة من التزامات واقعة على عاتق الموجب البائع، المؤجر، المؤمن، و بصفة عامة المهني) و أهمها: الالتزام بإعلام المتعاقد الآخر بكل شروط العقد و محله فحسب العامل الاقتصادي فالقواعد المنظمة للعقود تختلف باختلاف المجتمعات، فالمجتمع القائم على الزراعة لا يطبق نفس القواعد الموجودة في مجتمع متطور صناعيا و تكنولوجيا كما أن اختلافها يتبع ازدهار المجتمع أو تخلفه.[2]

[1]– يوسف محمد شندي، حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقات بين المهنيين : دراسة في القانون الفرنسي وتطبيقاته القضائية، ملحق خاص – العدد (3) – الجزء الثاني – أكتوبر 2018م صفر 1440 هـ ، ص452–453

[2]- حليس لخضر مقتضيات حماية الطرف الضعيف في عقد العمل دراسة في ظل المتغيرات الإجتماعية و الإقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس المدية (الجزائر)، ص 05 .

يتأثر قانون العقود بالعامل الاقتصادي، لأن العقد وسيلة يتم بها تبادل الثروات و الخدمات ما بينا لأفراد ويعتبر هذا القانون الأكثر تغيرا أو تطورا لأن الاقتصاد نفسه متغير باستمرار. فالقانون المدني مستمد من نظرية ليبرالية للنظام الاقتصادي والذي تسوده الحرية التعاقدية: الأفراد أو المتعاقدون يبرمون العقود التي يريدونها و يحددون لها الشروط التي يحبونها، اعتقادا أن الحرية تعد أفضل وسيلة لتحقيق المصالح الخاصة و التي تكون نتيجة حتمية للتنازلات المتبادلة في العقد.

بتحقيق المصالح الخاصة نكون قد حققنا المصلحة العامة المتحصل عليها بعد جمع هذه الأخيرة (المصالح الخاصة).

في الوقت الحالي يستحيل تحقيق المصلحة الخاصة دون تقييد الحرية التعاقدية و بالتالي لا نصل أبدا للمصلحة العامة عن طريق الجمع، لأن التجربة برهنت أن العقود إذا ما أبرمت ما بين متعاقدين متباينين من حيث القوة الاقتصادية (العامل و رب العمل المستهلك و المهني، الفرد و شركة ضخمة،...) فالطرف القوي في أغلب الأحوال إذا لم نقل في كل الأحوال يملي شروط العقد التي يعدها من قبل على الطرف الضعيف و لتفادي التعسف يتدخل ممثل المجتمع لتشريع قواعد ملزمة و حامية للطرف الضعيف : مثل تحديد العطل الأسبوعية و السنوية و المدفوعة الأجر ، منع المهنيمن إدراج في العقود التي يبرمها مع المستهلك شروط تعسفية و التجربة بينت كذلك أنّه إذا ما تركنا الأفراد المتعاقدين دون مراقبة، فهم لا يوجهون حتما عقودهم للصالح العام. فقد حلّ محل الليبرالية سياسة اقتصاد موجه مقيد للحرية التعاقدية. لهذا أصبحت اليوم حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية مهمة النظام العام الاقتصادي، الذي صار حمائي إلى جانب دوره التوجيهي.[1]

فحسب العامل السياسي بعنوان من الحرية إلى المساواة أصبحت فكرة حماية الطرف الضعيف المساواة لم يتعايشا في ظل الفردية لهذا أعطى القانون الأولوية لمبدأ مساواة

[1]- مندي أسيا يسمينة – النظام العام والعقود – مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية – كلية الحقوق – جامعة يوسف بن خدة – 2008-2009 – ص 19-20

المتعاقدين مفضله على مبدأ الحرية. فالقانون حامي العمال من أرباب العمل المستأجرين من المؤجرين أو مالكي الأماكن المؤجرة إذا ما تمعنا في تطور قانون العقود، فإنّه بقي طويلا متأثرا بقواعد الأخلاق الآمرة بالخير و الناهية عن الشر ، و التي كانت وراء العديد من مبادئ العقود كمبدأ حسن النية، وخلال هذه الفترة ظلّت الرضائية منتصرة و أساس أغلبية العقود.

في فترة قصيرة تأثرت نظرية العقد بالعوامل الاقتصادية و السياسية أكثر من تأثرها بالأخلاق، و في هذه الفترة حدثت تحولات كثيرة تسببت فيها تقابل المصالح المتباينة (القوي و الضعيف).

منه أستنتج أن التأثر الأخلاقي بالنسبة للمتعاقدين في الوقت الحاضر انحل وبدأ العامل الاقتصادي والسياسي هو المهيمن في العقود مما نتج عنه وجود تباين وطبقات بين القوي والضعيف مما يستوجب على المشرع الجزائري المضي قدما نحو حماية هذا الأخير من الممارسات التي يخضع لها المتعاقد الذي يكون في مرتبة المتعاقد الضعيف.[1]

الفرع الثاني: أسباب الطرف الضعيف

ينشأ الضعف التعاقدي في هذه الحالة لأسباب ترجع إلى شخص المتعاقد ذاته ونابعا منه، ، أو مستوى معرفته بموضوع العقد لا يكفي لاتخاذ قرارا سديدا وصائبا باختيار ورضا حر ومستنير بشأن مضمون الالتزامات المتبادلة التي يرتبها العقد. كانعدام أو نقصان الأهلية بالنسبة لعديم التمييز أو الصبي المميز ، أو أن يصيبه عارض من والتدليس والإكراه والاستغلال (المواد من 81 إلى 91 مدني جزائري). وعليه ففي الحالات السابقة يتمثل ضعف المتعاقد في عدم توافر القدر الكافي من التمييز الذي يجعله قادرا على التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية نزيه المهدي، معتز المهدي، 2009، ص 26. وتتجلى الحماية القانونية للطرف الضعيف في الحالات السابقة بإعطاء هذا الطرف في حالة عيوب

[1]- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد – دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016 ،ص179.

الرضا، الحق في طلب إبطال العقد، بينما يقتضي تحقيق هذه الحماية للطرف الضعيف في حالة انعدام الأهلية ونقصانها، تطبيق نظام الولاية على المال، بالإضافة إلى تخويل المتعاقد في حالة نقص أهليته، الحق في طلب إبطال العقد، فالخضوع لنظام الولاية على المال ينسجم مع دوام حالة الضعف الذي يعتري الشخص في هذه الحالة.[1]

أولا: الضعف التعاقدي في إطار نظرية الاستغلال

تعتبر نظرية الاستغلال من أهم النظريات التي كرست نظاما قانونيا غايته حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو الطرف المستغل والاستغلال هو نظام قانوني مفاده أن يعمد شخص إلى الإفادة من حالة الضعف الذي يوجد في شخص آخر فيجعله يبرم عقدا ينطوي على تفاوت شديد بين ما يأخذه وما يعطيه فيؤدي به إلى غرم فالاستغلال هو عيب نفسي يستغله الطرف المتعاقد ليحصل من الطرف الضعيف الآخر منافع لا تقابلها منفعة له، أو تتفاوت مع هذه المنقعة على نحو غير مألوف أي فادح، وبالتالي فالاستغلال أعم من الغبن المادي، فيمكن تصوره في كافة العقود سواء كانت عقود معاوضة أم تبرع، وسواء كان تصرفا احتماليا أم محددا وبالرجوع إلى نص المادة 90 مدني جزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ضيق من الدائرة التي يطبق فيها الاستغلال، فقد اقتصر على اشتراط أن يكون محل الاستغلال هو الطيش والهوى ، واشترط فضلا عن ذلك أن يكون الطيش بينا والهوى جامحا، وهذا هو الضعف التعاقدي الذاتي الذي يعتري الطرف المغبون أي المستغل. والواقع أن هذا التضييق جاء متأثرا بمخاوف البعض من أن يؤدي نظام الاستغلال إلى قلقة المعاملات وعدم استقرارها، وهي مخاوف تعبر عن نزعة فردية ظاهرة التي أثبتت الأيام عدم صدقها بعد أن سادت نزعة أخرى "قوامها العدالة الاجتماعية التي تستهدف حماية ما هو كل ضعيف".[2]

[1]- علي فيلالي، الالتزام – النظرية العامة للعقد الجزائر، موفم للنشر، 2013.ص22.

[2]-نفس المرجع السابق. ص22

وإن الحرص على حماية الطرف الضعيف بما يحد من أثر اختلال التوازن العقدي كان يوجب على المشرع أمن يشير في النص إلى صور الضعف التي تكون محلا للاستغلال على نحو يسمح بمواجهة كل الأوضاع التي تظهر في العمل، وهي صور صارت شائعة في التقنيات الأخرى وتشمل استغلال الطيش والحاجة وعدم الخبرة وفي تقديرنا أن الأخذ بهذا الحل كان يمكن أن يوفر قدرا من الحماية للمستهلك في فروض عديدة، لاسيما في حالة استغلال عدم خبرته وقت إبرام العقد، وعدم الخبرة هو تخلف المعرفة لدى الشخص في نطاق المعاملات، ويتحقق إذا ما التزم المتعاقد بشروط لم يفهما أو إذا لم يكن يدرك مداها على وجه الدقة، وهو قد يكون عاما يقع في شؤون الحياة كنتيجة لصغر سن المتعاقد، وقد يكون خاصا بحالة معينة فيقع فيما يتعلق بشؤون المهن كالجهل بالعادات المحلية أو التجارية وعدم الخبرة في صورته الأخيرة يعد حالة من الضعف التعاقدي يعتري المستهلك في أحيان كثيرة، لاسيما عند إبرام عقود التأمين وعقود البيع الواردة على منتجات صناعية أو تكنولوجية معقدة كأجهزة الحاسب الآلي، فهذه العقود تتضمن عادة شروط كثيرة تميل إلى الإغراق في التفصيل وتحوطها جوانب فنية شائكة، بحيث يصعب على المستهلك العادي فهمها أو إدراك مداها، وقد يستغل العاقد الآخر جهل المستهلك وعدم خبرته الفنية فيدفعه إلى إبرام مثل هذه العقود، محققا من ورائها أرباحا طائلة.[1]

ثانيا: الضعف النسبي

ينشأ ضعف المتعاقد في هذه الحالة بسبب ما يتمتع به الطرف الآخر من تفوق ونفوذ اقتصادي وسيطرة في سوق المعاملات، فيضطر الطرف الأضعف نسبيا "إلى قبول الشروط والأحكام التي يمليها عليه الطرف ذو النفوذ الاقتصادي، لأنه في حاجة ماسة إلى السلعة أو الخدمة أو بصفة عامة محل التعاقد، وهو ما حدا بجانب من الفقه إلى إطلاق مصطلح "الضعف الاقتصادي "على هذه الحالة وعليه فقد تتوافر في المتعاقد الأهلية اللازمة لإبرام العقد ولا يكون رضاه مشوبا بعيب من عيوب الإرادة، ويكون مميزا ومدركا تماما لما يلتزم

[1]- علي فيلالي، الالتزام – النظرية العامة للعقد الجزائر، موفم للنشر، 2013.ص22.

به، ولكنه يعد رغم ذلك طرفا ضعيفا وهو يضطر إلى قبول شروط جائرة يفرضها عليه الطرف الآخر، دون أن يكون له الخيرة في واقع الأمر بين قبول هذه الشروط أو رفضها وهذا هو الضعف النسبي، الذي يسمى أيضا بالضعف الاقتصادي.[1]

قد يتخذ الضعف التعاقدي النسبي درجات معينة فالعامل يعتبر بوجه عام طرفا ضعيفا ذلك في عقد العمل، ويحظى بناء على ذلك بحماية يكفلها له القانون في مواجهة رب العمل، توفر قوانين العمل حماية أكبر بدرجات متفاوتة لطوائف معينة من العمال تعتريهم حالات مختلفة من الضعف، وهو ما يظهر في تنظيم عمل المرأة، والنساء الحوامل والأحداث، والعمال المعاقين والعمال المسنين ونحن نرى أن خير مثال للضعف التعاقدي أو الاقتصادي هو عقود الإذعان، وعقد الإذعان هو عقد يسلم فيه أحد المتعاقدين بشروط معينة يقررها ويمليها عليه المتعاقد الآخر، فيكون ليس أمام المتعاقد الأول إلا أن يقبل تلك الشروط دون مناقشة ويتعاقد على أساسها أو أن يرفض تماما إبرام العقد، ولذلك يسمى العقد "عقد إذعان" ويسمى الطرف القابل "المذعن" وهو الطرف الضعيف نسبيا في حالتنا هذه وفي قلة من العقود يكون الضعيف النسبي ملازما لطبيعة العقد ذاته فينعكس حتى على تعريفه، وهذا هو شأن عقد العمل الذي يلتزم بموجبه العامل بالقيام بعمل لفائدة صاحب العمل، وتحت رقابته أو إشرافه وذلك مقابل أجر .[2]

فالعنصر الجوهري الذي يميز هذا العقد يتمثل في خضوع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل الذي يكون له بمقتضى هذه التبعية القانونية أن يصدر أوامره وتعليماته إلى العامل بشأن طريقة تأديته للعمل المكلف به ومع ذلك ففي غالبية العقود لا يكون هناك تلازم بين طبيعة العقد والضعف الذي يعتري أحد طرفيه فالبائع والمشتري مثلا هما اصطلحان كلاهما لا يفيد أمرا ما في هذا الخصوص، ذلك أن عقد البيع بطبيعته لا ينبئ سلفا على النفوذ الذي

[1]- أسامة أحمد بدر، تكميل العقد دراسة تحليلية في القانون المصري والفرنسي الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة، 2011،ص15.

[2]- أسامة أحمد بدر، تكميل العقد دراسة تحليلية في القانون المصري والفرنسي الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة، 2011،ص15.

يتمتع به كل من طرفيهن يرجي إبرام هذا العقد تنبعا للظروف على قدم المساواة بينهما، وقد يشغل أحدهما مركزا قويا في مواجهة الآخر والجدير بالقول أن صفة الدائن أو المدين لا تعني بالضرورة وجود أحدهما في مركز قوي والآخر في مركز ضعيف في العلاقة التعاقدية، فلا يوجد تلازم بين الأمرين، فليس من الحتمي أن يكون المدين هو دائما الطرف الضعيف والطرف القوي هو الدائن. فالطرف الضعيف قد يكون دائنا وقد يكون مدينا، وذلك باعتبار من جهة أن كل طرف في العقود الملزمة للجانبين يعد دائنا ومدينا في آن واحد، ومن جهة أخرى فكل صفة منهما تتضمن بوجه عام عناصر من القوة والضعف.[1]

المطلب الثاني: الطرف الضعيف والمستهلك

تربط الطرف الضعيف والمستهلك علاقة وطيدة، حيث يمكن ان يكون الطرف الضعيف هو المستهلك لكن لا يمكن ان يكون العكس صحيح ، من ابرز امثلة للطرف الضعيف عقد الإذعان هو انضمام لعقد نموذجى يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الأخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله فكلما قيدنا الحرية في العقد نقصت الهيمنة على أحد أطراف العقد وكلما توجهنا إلى المساواة قمنا بحماية الطرف الضعيف في العقد حيث تناولنا في الفرع الأول تعريف المستهلك والتمييز بين الطرف الضعيف في العقد والمستهلك تناولناه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف المستهلك

عرفه المشرع الجزائري في مناسبتين أي تعريف في المادة3 من قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية و تعريف في المادة03 من القانون 03/09 هو كل شخص طبيعي او معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع او خدمات عرضت مجردة من الطابع المهني تقدم إليه

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة ، دار النهضة العربية، 1996.ص63.

المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص.[1]

أولا: التعريف الموسع

ذهب بعض الفقهاء الي تعريف المستهلك في فئات محددة و تخصيصها حيث عرف علي انه كل شخص يتعاقد بقصد الاستهلاك كان يقوم باستعمال او استخدام مال او خدمة و من بين شروط هذا الاتجاه لاكتساب صفة المستهلك ان يكون الشخص طبيعي او معنوي و اقتناء او استعمال منتجات سلع او خدمات وتلبية حاجيات غير مهنية.[2]

ثانيا: التعريف الضيق

المستهلك هو كل شخص (طبيعي او معنوي) يحصل او يود الحصول او استعمال منتجات لأغراض غير مهنية من دون القصد من ورائها الربح هذا التعريف اخذ بالأغلبية للفقهاء و القضاء أيضا.

الفرع الثاني: التمييز بين الطرف الضعيف والمستهلك

أصبح المستهلك في ظل الاقتصاد الرقمي عرضة للتلاعب بمصالحه وعرضة للغش والخداع بواسطة التضليل والايهام بمزايا غير مطابقة للحقيقة وبسبب المخاطر التي تتهدد مركزه الضعيف في العلاقات التعاقدية الالكترونية وجب ايجاد سبل كافية لحمايته، وبفعل التطور الحاصل في وسائل الاتصال وانتشار المعاملات الإلكترونية أصبح المستهلكون غير مقيدين بحواجز مكانية أو زمانية وبحكم أن طرفي العلاقة التعاقدية التجارية أحدهما في مركز قوة ألا وهو المهني أو المحترف الذي يقدم السلعة أو الخدمة كما أنه يفرض شروطه على المستهلك الذي لا تتواجد السلعة بين يديه إنما يشاهدها عن طريق وسائل دعاية شبكة

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة ، دار النهضة العربية، 1996.ص63.

[2]-عبد السلام أبو قحف،اساسيات التسويق،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،1998،ص180

الإنترنيت لذلك نجد أن المستهلك هو الطرف الضعيف في التعاقد الذي يسيطر عليه حالة من الضعف مما تضفي حالة اختلال في التوازن بين طرفي العلاقات التعاقدية ومن المفارقات أنه لا تزال في بعض التشريعات تعتمد القواعد القانونية التي تحكم النشاط الاستهلاكي هي النظريات التقليدية للالتزامات.[1]

يُحمي الطرف الضعيف من التلاعبات إلى حد بعيد في الأنظمة القانونية الحديثة، لكن ليس بشكل مطلق .فالتشريعات المدنية، وخاصة في مجال العقود، تتجه نحو تحقيق نوع من التوازن بين الحرية التعاقدية وحماية الطرف الأضعف، مثل المستهلك، العامل، أو المستأجر، من خلال:

- فرض قواعد آمرة لا يمكن التنازل عنها (مثلاً في قانون حماية المستهلك أو قانون العمل).
- إبطال الشروط التعسفية التي تُفرض على الطرف الضعيف دون تفاوض فعلي.
- إلزام المهني أو الطرف القوي بالإعلام المسبق بكل ما يمكن أن يؤثر على إرادة الطرف الضعيف.
- القضاء يراقب العقود ويعيد التوازن إذا ظهرت غبن أو استغلال واضح.

ومع ذلك، تبقى فعالية هذه الحماية مرتبطة بوعي الطرف الضعيف بحقوقه، وبمدى صرامة تطبيق القانون من طرف الجهات القضائية أو الإدارية.

يُعدّ المستهلك الطرف الضعيف في التعاقد لأسباب متعددة، تتعلق بطبيعة العلاقة التعاقدية بينه وبين المهني أو المورد، وأبرز هذه الأسباب:

1. عدم التوازن في المعرفة والمعلومة:المهني أو المورد يملك خبرة ومعرفة تقنية أو قانونية بالمنتج أو الخدمة، بينما المستهلك غالبًا لا يملك نفس القدر من المعلومات، ما يجعله عرضة للاستغلال أو التضليل.

[1]-نفس المرجع السابق. ص63.

2. ضعف القدرة التفاوضية:المستهلك لا يشارك عادةً في إعداد العقد، بل يوقّع على "عقد إذعان" معدّ سلفًا من طرف المهني، ولا يملك حرية التعديل أو النقاش.
3. التبعية الاقتصادية أو الحاجة الفعلية:يكون المستهلك في كثير من الأحيان مضطرًا لإبرام العقد لتلبية حاجيات أساسية (مثل شراء الطعام، السكن، الدواء)، ما يجعله في موقع تفاوضي ضعيف.
4. كثرة الشروط التعسفية:العقود التي يقدمها المهنيون تتضمن أحيانًا شروطًا غير عادلة لا يمكن للمستهلك ملاحظتها أو فهمها بسهولة.
5. عدم الوعي القانوني: أغلب المستهلكين لا يعرفون حقوقهم القانونية أو لا يتوفرون على الوسائل الكافية للدفاع عنها (كاللجوء إلى القضاء أو الاستعانة بمحامٍ).

لهذا، تتدخل القوانين (مثل قانون حماية المستهلك) لضمان حد أدنى من الحماية القانونية لهذا الطرف الضعيف.

أولا: التفاوض بين المستهلك والمورد

تبرز أهمية التفاوض في العقد بين الطرف الضعيف والمستهلك تبرم عن بعد، مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين، بالنسبة لبعض جوانب العملية التعاقدية، بما يدفع كل طرف إلى الدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر قبل إبرام العقد النهائي، من خلال استخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة ؛ كالتعاقد بالمزاد العلني الإلكتروني، أو من خلال شبكة مواقع المعلومات العالمية الإلكترونية أو الويب ، أو من خلال البريد الإلكتروني أو غيرها ... توجد مجموعة من الأسباب التي أدت إلى الاهتمام بحماية مصالح وحقوق المستهلكين منها:

1. زيادة متطلبات المستهلك من المنتجين في الحصول على خدمات تتفق مع رغباته كفرد، نتيجة ارتفاع دخل ومعيشة المستهلك ومستوى تعليمة ورفاهيته، بينما يقدم المنتجون منتجاتهم لسوق كبير دون مراعاة رغبات كل فرد على حدة، وأدى ذلك إلى ترك المستهلك في حالة دون الإشباع الكامل.[1]

2. توقع المستهلك جودة مرتفعة للمنتجات أو الخدمات مع انخفاض الدخل الحقيقي والقوة الشرائية للمستهلك نتيجة ارتفاع الأسعار ، أدى ذلك إلى إحباط وغضب المستهلك.

3. عدم توافر المعلومات الكافية عن خصائص الخدمات وأسعارها.

4. ظهور مشكلة المستهلك منخفض الدخل، ومعاناته من الغش والمغالاة في الأسعار وانخفاض الجودة وذلك لعدم إدراكه لأهمية حمايته، وانخفاض مستوى تعليمه وخبرته وعدم وعيه بحقوقه.

5. تغير النظرة القانونية والسياسية لموضوع الحماية وقبول الحكومة التدخل لحماية مصالح المستهلكين، واتجاه السياسيين لتأييد حماية المستهلك كوسيلة لكسب المزيد من الأصوات في مجال حماية المستهلك.

6. الأضرار النفسية التي يتعرض لها بعض المستهلكين بسبب استخدام بعض السلع

7. عدم معرفة العديد من المستهلكين بالجوانب القانونية للنظام التسويقي لكل من السلع والخدمات والتي يمكن اللجوء المستهلك.[2]

ثانيا: توسيع اليات حماية المستهلك في العقد

ومبررات حمايته والمستهلك الالكتروني هو " كل من يقوم باستعمال السلع أو الخدمات لإشباع حاجاته أو حاجات من يعولهم ولا يهدف لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نشاطه المهني، [3]وان يتم التعاقد بشأن تلك السلع أو لخدمات بالوسائل الالكترونية الحديثة"

[1]- عبد السلام أبو قحف،اساسيات التسويق،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،1998،ص180

[2]- جبلو جميلة، "حماية المستهلك في العقود الالكترونية"، مجلة الاقتصاد الجديد، العدد 10 المجلد 01، 2014، ص: 16

[3]-نفس المرجع.ص16

وعرف أيضا المستهلك بأنه " كل من يحصل بواسطة التعاقد بالوسائل الالكترونية على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل إشباعا لحاجته الشخصية أو حاجات الآخرين اشار المشرع الجزائري الى ان المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به. يقوم المستهلك المتعاقد عن بعد باستخدام شبكة الانترنت بحيث يلجأ الى وسيلة الكترونية كاستخدام البريد الالكتروني أو بالنفاذ الى موقع الكتروني على شبكة الانترنت خاص بالمورد حيث يقوم هذا الاخير بترويج وعرض سلعه وخدماته من خلال هذا الموقع لتقديم المنتجات والخدمات. ومن ثم فإن المستهلك المتعاقد عن بعد يتعاقد مع مورد يتعاطى توزيع الخدمات والسلع الكترونيا عبر ممارسة الانشطة باستخدام وسائط الكترونية لإشباع حاجات المستهلكين من سلع وخدمات أو عبر تداول أو بث لسلع وخدمات المورد عن طريق شبكة الانترنت.[1]

المبحث الثاني: اهداف حماية الطرف الضعيف في العقد

المحل الرئيسي للعقد ولا على مدى ملاءمة السعر للخدمة المقدمة ، وإنما يتقرر بمقتضى النصوص، إذ بمجرد تكييف العقد بأنه من عقود الإذعان يجعل الطرف المذعن في حالة إرهاق مالي في مواجهة الطرف القوي ، وبالتالي ينعقد الاختصاص للقاضي لبسط رقابته على الشروط التعسفية التي تتسبب في تباين حقيقي لالتزامات الأطراف وحقوقهم، أما الشروط القابلة للتفاوض والمساومة فلا يملك القاضي سلطة تعديلها أو إلغائها، لأن السكوت عنها يعتبر بمثابة رضا ضمني من الطرف الذي اقترحت عليه حتى ولو كانت جائرة ومجحفة في حقه ولا تخدم مصالحه. وسنتناول في المطلب الأول النتائج الإيجابية اما في المطلب الثاني النتائج السلبية.

[1]-جبلو جميلة، "حماية المستهلك في العقود الالكترونية"، مجلة الاقتصاد الجديد، العدد 10 المجلد 01، 2014، ص: 16

المطلب الأول: الاهداف الإيجابية

لتحقيق نوع من التوازن بين الحقوق والالتزامات بسبب الشروط التي يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف. وهنا يظهر دور القاضي الإيجابي من خلال الصلاحيات التي استمدها من نصوص القانون المدني والمتمثلة في سلطة تعديل الشروط التعسفية، وسلطة إعفاء المدين منها بصفة كلية، وكذا تفسير البنود الغامضة التي يعتريها الشك لمصلحة الطرف المذعن أيا كانت صفته دائنا أو مدينا.[1]

نتناول في الفرع الأول تحقيق التوازن العقدي والانتقال من وحدة المجال الى تفرع المجال في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تحقيق التوازن العقدي

الأصل أن العقد ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب المستوفي للشروط القانونية بالقبول، وفقا لطرق التعبير عن الإرادة المنصوص عليها في المادة 60 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، علما وأن هذا التطابق بين الإرادتين غالبا ما يكون مسبوقا بمفاوضات قد تطول أو تقصر بحسب نوعية وأهمية محل التعاقد.[2]

أما بالنسبة لعقود الإذعان فإن أهم ميزة تميزها عن عقود المساومة أنها غير مسبوقة بمرحلة تفاوض حول الالتزامات التعاقدية التي يرتبها العقد، لذلك يحدث القبول وينعقد العقد بمجرد التسليم بالشروط المقررة من طرف الموجب والتي لا يقبل المناقشة فيها . وقد استعمل المشرع الجزائري عبارة " مجرد التسليم " لإبراز ضعف الطرف المذعن لكونه قبل بالعقد وليس أمامه حل آخر سوى عدم التعاقد، كما استعمل عبارة " شروط مقررة " لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه، بحيث لا يجوز للموجب له أن يقترح أي تعديل كان، فله إما أن يقبل أو يرفض الإيجاب جملة واحدة. أما بالنسبة للإيجاب في عقود

[1]- عبيدة نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري مذكرة ماجيستير تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد لطفي تلمسان، 2015-2016، ص 53.

[2]- عبيدة نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري مذكرة ماجيستير تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد لطفي تلمسان، 2015-2016، ص 53.

الإذعان فينبغي أن يصدر في شكل عام موجه لكل الجماهير دون تمييز بينهم، وذلك في قالب نموذجي يتضمن شروطا موحدة تسري على الجميع دون استثناء، أي في شكل نماذج عقدية غالبية الشروط التي تتضمنا نخدم مصلحة الطرف الذي وضعها على حساب الطرف الآخر المذعن.[1]

الفرع الثاني: الانتقال من وحدة المجال الى تفرع المجال

تمتاز النظرية العامة للعقد بعمومية مجال تطبيقها وتعتبر المرجع الأصلي لكل العقود المتعلقة بالتصرفات القانونية التي تمتاز بالتعميم، لكن ومع ظهور الفئات والأصناف المتعاقدة الخاصة أصبحت العلاقات أكثر تفرعا واستقلالا عما كانت عليه في السابق، فكل صنف انفرد بقواعده وأحكامه ومجاله (بعجي، 2018-2019 ، ص36) وهو ما نجده في قانون الاستهلاك والقانون التجاري وقانون العمل، وهذا دائما من أجل البحث عن التوازن العقدي، وإرساء حماية كفيلة للفئة الضعيفة.

فالأصل العام أن قواعد القانون المدني لا تقبل إعادة التوازن لكن هذه الفرضية ليست مطلقة فهناك حماية ملموسة للمتعاقد الضعيف في القواعد العامة وإعادة التوازن بينه وبين الطرف الآخر ومثل ذلك حماية رضا المستهلك عبر نظرية عيوب الإرادة وعن طريق الغبن ونظرية الظروف الطارئة.[2]

المطلب الثاني:الأهداف السلبية

مع محاولة البحث عن توفير حماية فعّالة وملموسة للفئة الضعيفة واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك وتحقيق العدالة العقدية إلّا أنّ هذا الأمر أدّى إلى المساس بالقانون الأساسي أو القواعد العامة في القانون المدني والذي جعل منها حبرا على ورق، وبالتالي يمكن القول أنّ هناك آثار سلبية نتجت عن حماية المتعاقد الضعيف وهزّت من القانون المدني

[1]-فيلالي علي، 2013 ، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، الجزائر، موفم للنشر.ص14.

[2]- نفس المرجع السابق.ص14.

وسنستلخصها في ثلاث فروع الأول إضفاء المزيد من الحماية للطرف الضعيف والثاني تقييد مبدأ سلطان الإرادة والثالث التعارض على مبدأ القوة الملزمة للعقد. [1]

الفرع الأول: إضفاء المزيد من الحماية للطرف الضعيف

المقصود منها أن الحماية المقررة من خلال المساس بالقواعد العامة هي لصالح الفئة الضعيفة فقط على غرار القواعد العامة التي لا تخص أحد الأطراف بالحماية وبالتالي تعيدنا هاته الحماية إلى إعادة اللاتوازن فالمحترف لا يتمتع بأية ميزة لأنّ القواعد الخاصة اهتمت بالفئة الضعيفة فقط وبالتالي يعتبر هذا الإجراء تمييزا غير مبرر.

كذلك الحقوق التي منحت في بعض القوانين للفئة الضعيفة ولا نجدها تخدم كافة الفئات فمثلا الحق في الرجوع منح للمستفيد من القرض فقط، وهناك أيضا فئات أخرى لا تتمتع بهذا الحق أيضا فيما يخص الشكلية

الفرع الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة

الحديثة تطلبت المعطيات والمعاملات الحديثة ضرورة تدخل الدولة للحد من الحرية التعاقدية التي أدّت إلى الإخلال الظاهر بين المتعاقدين وهذا التدخل يتعارض مع مبدإ سلطان الإرادة الذي يقدس الحرية التعاقدية ومنه ينتج خرق وتقهقر للإرادة وللقواعد المبنية على مبدا سلطان الإرادة، ومن أهم صور تدهور مبدإ سلطان الإرادة فرض العقود النموذجية والتي تعتبر الشكلية التي هي قيد من قيود هذا المبدأ، ضف إلى ذلك تولي المشرع تحديد آثار العقود بموجب نصوص قانونية غير قابلة للمخالفة مثل ما هو الحال في عقود العمل، لذلك لم يدم مبدأ سلطان الإرادة بمعناه الأصلي، فالتدخل التشريعي أدى إلى إتباع نظام العقد الموجه، كما أدى اهتزاز مبدإ سلطان الإرادة إلى الإقرار بأن العقد ليس ضمانا كافيا لتوليد التزامات عادلة فالتغيير والاختلاف ظاهرة طبيعية في أي مجتمع وقد يؤدي هذا التغيير إلى اضطراب وعدم انتظام فلم تعد المتغيرات تسير وفق منحناها الطبيعي بل أصبحت هناك حالات من

[1]-حليس لخضر، 2015-2016 ، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تلمسان، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد.ص14.

الانقلاب في الحياة الاجتماعية وذلك بفعل العديد من المؤثرات الثقافية والتكنولوجية والاقتصادية وهو ما انعكس على الحياة التعاقدية .[1]

الفرع الثالث: التعارض علي مبدأ القوة الملزمة

–التعدي على القوة الملزمة للعقد : لقد أصبحت تدخلات التشريع في تنظيم العقود أمرا مرناً ممّا هزّ القوة الملزمة للعقد، وذلك بفسح المجالات في تحديد آثار العقود بموجب نصوص وفسح المجال للقضاء للتدخل فيها، وهو ما يؤدي إلى عدم الجدوى من نصوص القانون المدني، حيث أدى انتشار هذه النصوص الأمرة التي تراجع الشريعة العامة للعقود لصالح التشريعات الخاصة فداخل كل عقد تتعدى الاختلافات تبعا لطبيعة التصرف أو لصفة المتعاقد، ووصل الأمر ببعض الفقهاء إلى درجة التنبؤ بنهاية العقد، فالعقد سيختفي إذا أخل التوزيع حسب الحاجات والضرورات محل التبادل الاقتصادي.[2]

تعتبر الغاية الحمائية للمتعاقد الضعيف من أهم المتطلبات خاصة مع التطور الاقتصادي والتكنولوجي، هذا الأمر الذي أجبر تدخل التشريعات في فرض حماية قانونية له حتى ولو كانت على حساب النظرية العامة للعقد، كون الفئة الضعيفة لا تحتمل البقاء على الحال دون وجود حلول توقف المتعاقد القوي عند حده، ولعل أهم هذه الحلول معالجة بعض العقود معالجة خاصة عبر قوانين تعتبر متفرعة عن القانون المدني وذلك كله يصب في قالب ما يسمى بالمصلحة العامة، لكن الأخذ بهذه الحلول والقوانين الخاصة يجب أن يكون وفق دائرة ضيقة منحصرة وفق نطاق شخصي محدد ونطاق موضوعي صارم، ومن هنا يصبح الأصل هو القاعدة العامة التي تحافظ على القوة الملزمة للعقد وتمنع المساس بها ويستثنى منها حماية الطرف الضعيف الذي تتوفر فيه الشروط المحددة في دائرة ضيقة ليكون البحث عن الانشغال الجديد ذو هدف حقيقي أي عمومية القواعد العامة ومحدوديتها في مواجهة حصرية

[1]-الجميعي حسن عبد الباسط، 1996، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، القاهرة مصر، دار النهضة العربية.ص44.

[2]-نفس المرجع السابق.ص44

ونوعية قواعد الحماية عبر التمركز البحث في تجاوز كلا المنطقين للوصول إلى حماية شاملة وعامة بقواعد نوعية ومعقولة ، وبالتالي يمكن القول أن النظرية العامة للعقد وتطويعها لخدمة الطرف الضعيف لا توفر الحماية المنشودة مع التطور الخاص خاصة مع التوجه التشريعي، لكن مع تطور العقود والمعاملات يبتغى تحديد للحماية وهذا ما يجعلنا نتوقع عدم فعالية للنصوص الموجودة في القواعد العامة لكن لو اعتمدنا مرونة النصوص في القواعد العامة وأمددناها بصلاحيات واسعة للقضاء بالتدخل والتفسير الواسع المبني على مبدإ التناسب ليكرس توازن وتعادل الأداءات هذا من جهة ومن جهة أخرى الاهتمام بالتضامن التعاقدي الذي تبنى عليها القواعد القانونية سيتم المحافظة على القواعد العامة مع حماية الطرف الضعيف الذي يجب البحث عن التوازن بينه و بين الطرف القوي.[1]

[1]-بوشارب ،إيمان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، الإسكندرية مصر، دار الجامعة الجديدة.2018،ص24.

يتضح من خلال دراستنا السابقة يتضح أن مفهوم الطرف الضعيف ليس مفهوما محددا وثابتا، بل يختلف باختلاف الحالات التي تكون سبب في ضعف الشخص وكل هذا يصب لتحقيق نتيجة واحدة وهي عدم المساواة العقدية بين الأطراف، إذ أن فكرة الطرف الضعيف شهدت العديد من التطبيقات أهمها عقود الاذعان وعقود الاستهلاك وفكرة الطرف الضعيف في عقود الاذعان تعالج الضعف الاقتصادي، في حين أن عقود الاستهلاك تعالج الضعف التعاقدي بأنواعه المعرفي والنفسي وبالإضافة إلى الضعف الاقتصادي كما أن الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك يحظى بحماية واسعة على جميع الأصعدة وفي جميع مراحل العقد لكن المشرع توسع في القواعد الخاصة بحماية المستهلك كون تدخله في ظل القواعد العامة مقيدا نوعا ما نظرا لحفاظه على المبادئ الأصلية المعتمدة في القانون المدني، وبالتالي الحماية في ظل القواعد العامة بقيت تحتاج إلى توضيح وتوسع قد يقلل من شأن القاعدة العامة لأن كثرة الاستثناء يجر عنه عدم ثبوت القاعدة الأصلية، ومع ذلك فقد كان للقضاء الفرنسي دور كبير في خدمة الطرف الضعيف وذلك بالتوسع في العديد من المفاهيم وتبني فكرة حسن النية كأساس لتبرير هذا التوسع وقد نجح في ذلك الى درجة نشأة العديد من الالتزامات القضائية كالالتزام بضمان السلامة والالتزام بالإعلام قبل اعتمادها في القواعد الخاصة، وهو ما جعل فكرة التوازن العقدي تلقي رواجا في القواعد العامة، ولكن رغم ذلك فقد خصصت نصوص خاصة تخدم الفئة الضعيفة بشكل واضح ولعل نصوص قانون حماية المستهلك أكبر مثال إلى درجة القول أن صرامة النصوص التي تخدم الضعيفة تكاد أن تعيد اختلال التوازن ليصبح المحترف هو الضحية.

الفصل الثاني:

اليات حماية الطرف الضعيف في العقد

الفصل الثاني: اليات حماية الطرف الضعيف في العقد

أصبح الطرف الضعيف محاطا بالعديد من العوامل التي أدت إلى تنامي مقومات ضعفه بصورة غير مسبوقة، وعلى نحو يبرر سرعة العمل على حمايته، ويمثل هذا الواقع الذي افتقد خلاله الطرف الضعيف القدرة على الدفاع عن مصالحه الاقتصادية والصحية. وبالنسبة للطرف الضعيف ، فقد ظهر باعتباره شخصية غير مجربة وسهل الإيقاع به في ضوء إفتقاره لمقومات الوعي، فهو بداية أصبح يجهل المواد الأولية التي تدخل في صناعة احتياجاته، كما أنه لا تتوافر لديه الخبرة الفنية التي تؤهله لفحص المنتجات وما قد يشوبها من عيوب، كذلك عدم إحاطته بمواصفات الجودة لكل منتج يسعى إلى حيازته أو إستعماله، وفضلا عن ذلك فهو لا يتمتع بالخبرة القانونية التي تمكنه من استيعاب شروط العقد أو نظيرتها التي تؤهله للحصول على حقه أمام القضاءتناولنا هذا المبحث في مبحثين المبحث الاول الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقد و الحماية القضائية للطرف الضعيف في العقد في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقد

يعتبر هذا الالتزام واجبا عاما على عاتق المتعاقدين المحترفين، ومؤداه إلزام المتعاقد المحترف بإخبار الطرف الآخر في التعاقد بكل تفاصيل موضوع العقد.[1]

يقع عبئ هذا الالتزام على عاتق المتعاقد المحترف، ويؤكد ذلك إليه البعض إلى «أنه يجب على المتعاقد الذي يعلم أمرا متصلا بالعقد أن يعلم المتعاقد الآخر الذي يجهل هذا الأمر، وعادة ما يتعلق الأمر بمضمون العقد في ذاته، أو بمدى مناسبة أو ملائمة إبرام العقد بالنسبة للطرف الآخر». نتطرق لمطلبين قبل ابرام العقد كمطلب اول وبعد ابرام العقد كمطلب ثاني.

المطلب الأول: الحماية القانونية قبل ابرام العقد

كما ذهب البعض إلى أن هذا الالتزام يتسع لكل شيء مثل الالتزام بحسن النية واحترام قواعد العدالة والأعراف. ويدخل هذا الالتزام في طائفة الالتزامات التبادلية، حيث يلتزم كل طرف بأن يعلم الطرف الآخر بما يتوافر لديه من معلومات، أو ما قد يكون بوسعه أن يعلمه من أمور من شأنها أن تؤثر على العقد.وقد توالت أحكام القضاء التي تدعم هذا الالتزام وتضعه على عاتق الطوائف المهنية الآتية (الطبيب، المحامي، رؤساء الاتحادات الرياضية، البائع المصرفي) وسنتناول في الفرع الأول الحق في الاعلام والفرع الثاني اشتراط الاهلية والفرع الثالث اشتراط الشكلية في التعاقد

الفرع الأول: الحق في الاعلام

يقصد بالالتزام بالإعلام الواجب الذي فرضه القانون على المتعاقد المحترف بتقديم كل المعلومات المتعلقة بموضوع العقد للمتعاقد الآخر ، وتزويده بكل التفاصيل المتعلقة بمحل

[1]- محمد السيد ،عمران حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1986،ص23.

العقد. كما ألزم القضاء المتعاقد المحترف بأن المفاهيم الخاطئة يصحح لدى المتعاقد الآخر بشأن محل التعاقد، وأخيرا ألزمه بتوضيح المدة اللازمة لتنفيذ العقد.[1]

أولا:أهمية الحق في الاعلام

ان الحق في الإعلام هو معطى شاملا، إما أن يتكرس في شموليته أو لا يتكرس بالمرة. بالتالي فلا معنى لتجزيئه، حتى وإن كانت الأجرأة القانونية تفرض ذلك. معنى هذا أن الحق في إعلام صادق وحقيقي وغير متحيز، هو كل لا يتجزأ .إنه حق موحد وشامل، ويجب أن يكون موحدا وشاملا، بصرف النظر عن الأجرأة القانونية والتحولات التكنولوجية التي تطاله[2] .

الفرع الثاني:اشتراط الاهلية في التعاقد

يفرق الفقهاء عادة بين أهلية الوجوب و أهلية الآداء، فالأولى تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و هذا النوع يثبت للإنسان منذ أن يرى نور الحياة، بل حتى الجنين في بطن أمه بشرط أن يولد حيا فأهلية الوجوب لا ترتبط بقدرة الانسان على التمييز أو عدم التمييز، فكما تثبت للعاقل تثبت للمجنون و كما تثبت للكبير تثبت للصغير، اما أهلية الآداء فتعني قدرة الشخص على التصرف في أمواله أي صلاحيته لإبرام تصرفات قانونية، و هذه الأهلية لا تثبت لكل الأشخاص كما هو الشأن بالنسبة للنوع الأول (أهلية الوجوب)، و إنما تثبت لمن عنده القدرة على إبرام التصرفات القانونية له و لغيره، و من ثمة فإن أهلية الاداء ترتبط ارتباطا بقدرة الانسان على التمييز، هذه القدرة تختلف من إنسان إلى آخر، و يرجع ذلك إما لصغر السن و إما لتأثرها بعوارض الأهلية، كالجنون و العته و السفه و الغفلة.وتمر أهلية الإنسان بثلاث مراحل، و هي:

[1] – محمد السيد ،عمران حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1986،ص23.

[2] -راسم محمد جمال،الاتصال والاعلام في الوطن العربي،مركز دراسات الوحدة العربية،بيروت،دون دار النشر،1991،ص19.

أولا: مرحلة عدم التمييز:

تبدأ هذه المرحلة من تاريخ ولادة الإنسان إلى غتية بلوغه سن الثالثة عشرة(13) سنة كاملة و هذا حسب ما تقضي به المادة 42 ق.م.ج، و خلال هذه المرحلة العمرية تكون كل تصرفات الشخص باطلة بطلانا مطلقا، لأن المشرع وضع قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس مفادها ان الإنسان قبل بلوغه سن الثالثة عشرة سنة تعتبر إرادته منعدمة و لا يمكن لعقله أن يميز الصحيح من الخطأ و النافع من الضار.[1]

ثانيا:مرحلة التمييز:

والتي تبدأ من بلوغ الشخص سن الثالثة عشرة سنة كاملة إلى غاية بلوغه سن الرشد المقدرة في المادة 40 ق.م.ج ب تسعة عشرة (19) سنة كاملة، في هذه المرحلة يسمى الشخص مميزا أو ناقص الأهلية فيسمح له القانون بإبرام التصرفات القانونية، و لكن في حدود معينة مع إحاطته بحماية خاصة تتناسب و النقص الذهني الذي يعتريه مقارنة بالشخص كامل الأهلية.وفي هذه المرحلة يميز الفقهاء بين ثلاث صور للتصرفات القانونية، هي:

- التصرفات النافعة نفعا محضا: هذه التصرفات تعتبر صحيحة و لا غبار عليها، لأنها تكسب الشخص حقوقا و لا تحمله التزامات و مثال ذلك أن يبرم عقد هبة و يكون في مركز الموهوب له.
- التصرفات الضارة ضررا محضا: تعتبر هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا لما فيها من آثار سلبية على الذمة المالية للشخص الذي يتحمل التزامات دون أن يتلقى حقوقا.
- التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر: و تتمثل في قيام الشخص بإبرام عقود معاوضة لا يمكن معها معرفة ما إذا كان القاصر سيستفيد ماليا من إبرامها أم أنه سيتضرر، فحكم هذه التصرفات هو القابلية للإبطال فهي صحيحة من حيث المبدأ لكن إذا تمسك الولي أو الوصي بإبطالها فإنها تبطل و يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها

[1]- راسم محمد جمال،الاتصال والاعلام في الوطن العربي،مركز دراسات الوحدة العربية،بيروت،دون دار النشر،1991،ص19.

قبل التعاقد، كما يمكن للقاصر الذي لأبرم هذه التصرفات أن يتمسك بإبطالها بعد بلوغه سن الرشد.[1]

ثالثا:مرحلة اكتمال الأهلية:

و تبدأ من تاريخ بلوغ الشخص سن 19 سنة كاملة (المادة 40 ق.م.ج) مع عدم إصابته بعارض من عوارض الأهلية التي تعدم الإرادة(الجنون و العته) أو التي تنقص الإرادة (السفه و الغفلة)، ففي هذه المرحلة تكون كل تصرفات الشخص صحيحة سواء الضارة منها أو النافعة أو الدائرة بين النفع و الضرر و بالتالي تكون نافذة و مرتبة لآثارها دون أي تهديد بإبطالها.[2]

الفرع الثالث:اشتراط الشكلية في التعاقد

يعتبر نظام انعدام الشكلية ونقصانها وسيلة هامة لحماية الطرف الضعيف في حالات الضعف الذاتي المستمر، حيث تتقرر عدم أهليته للتعاقد ابتداء فتكون تصرفاته باطلة، هذا علاوة على خضوع الطرف الضعيف في هذه الحالات لنظام الولاية على المال

أولا: وجوب الشكلية في العقد

والشكلية كما هو معلوم تتمثل بوجه عام والذي يهمنا من هذه الدراسة هو شكلية الأداء التي تشترط في الشخص الطبيعي تمكنه مباشرة الحقوق بنفسه إذا كان قادرا على ذلك، وإلا خضع لنظام الولاية على المال إذا كانت شكلية الأداء لديه ناقصة أو منعدمة، وذلك لأن التمتع بالحقوق شيء والقدرة على مباشرتها شيء آخر

ولا خلاف بين فقهاء القانون المدني والشريعة الإسلامية في أن مناط الشكلية هو التمييز والعقل، فالعقل القاصر تثبت به أهلية أداء قاصرة، والعقل الكامل تثبت به أهلية كاملة،

---

[1]- راسم محمد جمال،الاتصال والاعلام في الوطن العربي،مركز دراسات الوحدة العربية،بيروت،دون دار النشر،1991،ص19.

[2]- يوسف محمد شندي، حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقات بين المهنيين : دراسة في القانون الفرنسي وتطبيقاته القضائية، ملحق خاص – العدد (3) – الجزء الثاني – أكتوبر 2018م صفر 1440 هـ ، ص452-453

والأول عقل الصبي المميز الذي يدرك الخير والشر، ويعرف ما فيه النفع والضرر من الالتزامات والتصرفات، والثاني من بلغ رشده ووصل عقله إلى الكمال والمقصود بشكلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق، فالشكلية يقصد بها صلاحية الشخص لممارسة التصرفات القانونية.[1]

ثانيا:أهمية الشكلية لحماية الطرف الضعيف

وبالتالي يتبين لنا أهمية نظام الشكلية في حماية الطرف الضعيف خلال تكوين العلاقة التعاقدية، فالقانون المدني الجزائري على غرار القوانين الأخرى يشترط سنا معينة ليصبح من خلاله الشخص صالحا لإبرام أي عقد كان مستقلا عن وليه وهي سن 19 سنة كاملة، ليصبح كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (المادة 40 مدني جزائري). وبالتالي فالشخص الذي لم يبلغ سن الرشد لا يمكنه مبدئيا إنشاء علاقة تعاقدية بسبب ضعفه المتمثل في عدم كمال أهليته، وفي هذا الصدد نشير إلى أن الشخص قبل بلوغه سن الرشد يتسم بضعف مطلق وضعف نسبي فالضعف المطلق هو الضعف الناشئ عن انعدام الأهلية أي قبل بلوغ الشخص سن التمييز وهو ثلاثة عشرة سنة (13 سنة) (المادة 42/02 مدني (جزائري ففي هذه المرحلة لا يكون الشخص أهلا لمباشرة حقوقه المدنية سواء كان فاقدا للتمييز لصغر سنه أو جنونه أو عتهه المادة (42/02). أما الضعف النسبي فيتمثل في المرحلة التي يكون فيها الشخص ناقص الأهلية والتي تتحدد من يوم بلوغ الشخص سن التمييز (13 سنة) إلى غاية بلوغه سن الرشد (19) سنة ففي هذه المرحلة يتمتع الشخص بأهلية ناقصة تصلح لتكوين بعض العلاقات التعاقدية التي تنفعه نفعا محضا.[2]

[1]– محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، الجزائر، دار هومه، 2011.ص16.

[2]- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991.ص63.

المطلب الثاني: الحماية القانونية بعد ابرام العقد

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد، من أهم المبادئ التي منحت المتعاقدين الحرية في إبرام العقود والاتفاق على ما شاءوا ليكون قانونا يحكم العلاقة التي تربطهما، طالما كان اتفاقهم يرتكز على قواعد غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

ولم تكن حرية التعاقد هي قوام مبدأ القوة الملزمة للعقد فحسب، بل إن تنفيذ العقد بما اشتمل عليه وبحسن النية يعتبر من مكملات هذه القوة، باعتبار قيامها من جهة على منع أي تدخل شأنه من المساس باستمرارية العقد وأمنه القانوني عن طريق التعديل أو الإنهاء، فضلا عن الالتزام بالأمانة والإخلاص عند التنفيذ من جهة أخرى

الفرع الأول:مبدا سلطان الإرادة

اذا كان التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمالاً لتلك الإرادة، فمبدأ سلطان الإرادة يعني أن الإرادة قادرة على أن تنشئ التصرف القانوني، وتحدد الآثار التي تترتب عليه. فهو مبدأ ذو شقين: يتعلق الشق الأول منه بالشكل، وهو مبدأ الرضائية الذي يجعل الإرادة وحدها مجردة عن أي شكلية كافية لإنشاء التصرف. فكل ما هو مطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة، وهذا التعبير يكون بأي صورة، فقد يقع باللفظ أو بالكتابة أو حتى بالإشارة، ويجوز أن يكون ضمني

أولا تعريف مبدأ سلطان الإرادة

سبق القول أن العقد توافق بين إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني إذ أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه فمبدأ سلطان الإرادة هو توافق إرادتين لإنشاء العقد و أن المتعاقدين هي التي تحدد من الالتزامات التي يرتبها العقد و هذا يعني أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة و أن هذه الإرادة هي التي تحدد ما يترتب على الالتزام من آثار قانونية و يترتب عن هذا وجوب احترام حرية المتعاقدين و القوة الملزمة للعقد

المستمدة من مشيئة المتعاقدين فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقها فلا يتدخل المشرع أو القاضي في هذا العقد إلا في حالات خاصة[1].

إنّ القوة الملزمة للعقد مبدأ منظم في ثنايا القانون المدني الجزائري ضمن الفصل الثاني من الكتاب الثاني المعنون ب"الالتزامات والعقود" جاعلا منه أثر من أثار العقد في القسم الثالث بموجب المادة 106 التي تنص : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون. يتضح من خلال محتوى هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعرف القوة الملزمة للعقد، المعنى الذي قصدت إليه هذه المادة هو الذي أبان عن التكريس الصريح لهذا المبدأ من خلال جعل العقد هو القانون الذي يسري على الأطراف المتعاقدة عند التنفيذ، ومن ثم يمنع المساس به من طرف المتعاقدين والقاضي عن طريق التعديل أو الإنهاء.[2]

ثانيا: تحديد نطاق القوة الملزمة للعقد

يظهر من خلال ما سبق أن الإرادة الحرة هي أساس العقد بين المتعاقدين وهي التي تكسبه القوة الملزمة، وبالتالي فإنّ الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد لا تتعدى المتعاقدين اللذان أبرماه وفقا لفكرة الأثر النسبي للعقد، ومع ذلك قد تنصرف هذه الآثار إلى غير العاقدين الأصليين كما تقضي به المادة 108 من القانون المدني وذلك إلى الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث. والمراد بالخلف العام حسب هذه المادة هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق أو التزامات أو جزء منها ، ومعنى ذلك أن ما يكتسبه

[1]-محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام (1976).ص96.

[2]- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها – دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2007/2008.ص15.

الخلف من حقوق وما يتحمله من واجبات ليست له ولا عليه وإنّما تحملها لحلوله محل السلف.[1]

أما بشأن انصراف أثار العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين فهو مقيّد حسب أحكام المادة 108 السالفة الذكر إمّا بموجب القانون كما هو عليه الأمر بالنسبة لانقضاء العقد بوفاة المتعاقد، ومثال ذلك المادة 394 من القانون المدني التي تنص : " تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء .." ، وكذلك المادة 852 منه التي تنص : " ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين..."، أضف إلى ذلك المادة 586 من نفس القانون والتي جاءت تقضي بما يلي : " تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل العين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل ..." ، أو لأن طبيعة التعامل تمنع ذلك وهو الحال بالنسبة لوضع إيراد لمدى الحياة، وكذلك إذا كان الشخص المتعاقد المتوفى محل اعتبار كالرسام أو المحامي، فضلا عن حق النفقة باعتباره حق غير قابل للانتقال، هذا ويحق للأطراف المتعاقدة أن يتفقا في العقد على عدم انصراف أثار العقد إلى الخلف العام.

بالإضافة إلى ما تقدّم؛ يترتب على انصراف أثار العقد إلى الخلف العام أيضا ضرورة احترام قواعد الميراث من بينها قاعدة "لا" تركة إلا بعد سداد الديون"، التي تقتضي بقاء شخصية المتوفى على قيد الحياة إلى أن يتم الفراغ من تصفية تركته وسداد ديونه، ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث ، وأيضا قاعدة أن الوارث غير ملزم بدفع ديون مورثه من ذمته الخاصة، بل تؤخذ من التركة بعد تسديد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع وقبل تنفيذ الوصية ". إذا كان الخلف العام يخلف الشخص في ذمته المالية أو في جزء منها في حدود معينة، فإنّ الخلف الخاص يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها ولا تنتقل إليه الالتزامات والحقوق اللصيقة بالشيء الذي انتقل

[1]-بن عيسى عبد الحكيم، مبدأ" حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الاقتصادية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور – الجلفة، المجلد 04، العدد 01 ، سنة 2021 ، ص ص .191-201.

إليه ؛ إلا إذا كانت من مستلزماته وكان على علم بها وقت انتقال الشيء إليه وهذا طبقا للمادة 109 من القانون المدني أما الغير الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد من أطراف العلاقة التعاقدية؛ فإن أثر العقد لا ينصرف إليه لأنه بعيد عن دائرة التعاقد ،[1] هذا هناك حالات معينة تقتضي انصراف أثار العقد إلى الغير كما في حالتي الاشتراط لمصلحة الغير أو التعهد عن الغير، إذ يكتسب الغير في الحالة الأولى حقا من عقد ليس طرفا فيه وهو أمر يجيزه القانون المدني في المادة 113 التي تنص:" لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، في حين يتعهد المتعاقد في الحالة الثانية بجعل الغير يلتزم بالتزام معين ما دام أن العقد نسبي في قوته الملزمة من حيث الأشخاص كما تقدّم؛ فهو كذلك من حيث موضوع التعاقد، فلا يلتزم المتعاقدان إلا بما يحتويه العقد من شروط أو بنود تراضا على تضمينها عند إبرامه، ويتحتم على القاضي بفعل القوة الملزمة للعقد التدخل لتفسير العقد والكشف عن نية وإرادة طرفيه إذ ما تنازعا حول الآثار دون المساس بالالتزامات التي أرادها الطرفين.[2]

الفرع الثاني:استبعاد الشروط التعسفية

أدركت بعض الدول الأوروبية الحاجة إلى إصدار التشريعات التي تهدف إلى مقاومة الشروط التعسفية، خاصة بعد أن أصدر المجلس الأوروبي قرارا في 14 أبريل 1975 أطلق عليه "البرنامج الأول للتجمع الاقتصادي الأوروبي نحو حماية وإعلام المستهلكين"، وتماشيا مع ذلك أصدرت ألمانيا قانونا متخصصا في مقاومة الشروط التعسفية الواردة ضمن الشروط العامة في العقود النموذجية، وذلك بتاريخ 9 ديسمبر 1976 ، وكان الهدف من هذا القانون حماية المستهلك من عدم التوازن الناتج من العقود المكتوبة مسبقا بإرادة المهني، ولمواجهة ما يؤدي إليه سوء استخدام الشروط العامة في العقود من تحايل على مبدأ حرية التعاقد،

[1]-نفس المرجع السابق. ص ص .191-201.

[2]- حسيني عزيزة، أثر" صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد"، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14 أكتوبر 2020، ص ص 156-170

وتبنى لذلك النظام التشريعي حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة، كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير بعض هذه الشروط ومن ثم الحكم ببطلانها.

أولا:في التشريعات الخاصة بحماية المستهلك

وفي إنجلترا أصدر المشرع مجموعة من التشريعات الخاصة بحماية المستهلك من أهمها القانون الخاص بالشروط التعاقدية غير العادلة، وتقضي المادة الثانية منه أن تكون الشروط الواردة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية عادلة ومعقولة، وألقى القانون الإنجليزي عبء إثبات معقولية الشرط على عاتق المهني في عقود الاستهلاك وعلى من حرر العقد في العقود النموذجية.[1]

والمشرع الجزائري مثله مثل التشريعات المختلفة الأخرى تبين له أن المستهلك يحتاج إلى حماية خاصة تكمل الحماية التي تقررها القواعد العامة في نظرية العقد وفي المسؤولية عن الفعل الضار، فالقانون يحمي رضا المستهلك كمتعاقد ولا يعتبر رضاه صحيحا إلا إذا كان خاليا من العيوب، فكل من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال يجعل العقد قابلا للإبطال، كما أن المشرع جعل من العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لمن يتعاقد مع المستهلك ولا لهذا الأخير نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ويجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ثانيا:إجراءات المقررة لحماية المستهلك

وفي حالة العود تطبق أحكام المادة 47 من ذات القانون، حيث تضاعف العقوبة وتتخذ إجراءات الغلق الإداري للمحل لمدة أقصاها 60 يوما، كما يمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط مذكور في المادة 2 من القانون 04-02 ، بصفة مؤقتة لمدة لا تزيد عن عشر (10) سنوات، وتضاف لهذه العقوبات زيادة على ذلك، عقوبة الحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى خمس (5) سنوات.

[1]-نفس المرجع السابق.156.

أمام هذا الوضع الذي أصبح يتطور يوما بعد يوم، نتيجة لتعقد الحياة وتشعب المعاملات الاقتصادية بين المستهلك والمحترف، أدى بالمشرع إلى وضع قواعد قانونية سواء في قواعد التقنين المدني أو في القوانين الخاصة بهدف حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك سواء عند تكوين العقد أو أثناء تنفيذ العقد.[1]

ثالثا:الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي.

لقد تبنى المشرع الفرنسي 30 في قانون 1995 وكذا المشرع الجزائري ضمن القانون 04/02 تبنى معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين أو ما يعرف بالميزة المجحفة الناتجة عن استغلال القوة الاقتصادية السابق ذكرها. ولقد رأى جانب من الفقه ضرورة عدم التقليل من أهمية هذا التعديل الاصطلاحي الذي جاء به قانون 1995 ذلك أن واضعي قانون 10 جانفي 1978 صرحوا بان معيار الميزة المفرطة موضوعه إقصاء الشروط التي لها قابلية لإيجاد حادث مهم على تنفيذ العقد وليس تصحيح عيب في التوازن بين الالتزامات والحقوق وذلك ما قصده المشرع الفرنسي في قانون 1995 إذ وسع من نطاق تطبيق هذا القانون لان بعض الشروط تعتبر تعسفية ولو لم تكن مفروضة تبعا للتعسف في استعمال القوة الاقتصادية.

فيما يطلق عليها البعض بالميزة المفرطة وهي تعني عدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقد، ولا تتعلق فقط بثمن السلعة أو الخدمة، وإذا كان من اللازم الأخذ في الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة الشرط التعسفي، إلا انه يجب عدم الوقوف عند هذا الحد، بل يجب أن يؤخذ العقد في مجموعه ومجموع شروطه وأثاره، وليس الوقوف عند شرط بذاته، فيبدو الشرط تعسفيا إذا نظر إليه بمعزل عن بقية الشروط الأخرى على حين انه لا يعد كذلك إذا نظر إليه في مجموع شروط العقد وأحكامه ، ومع ذلك يمكن القول انه إذا ما تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لعقد معين سبق إبرامه، فان ذلك يتم استنادا لمعيار شخصي،مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظرف إبرام العقد، أما إذا وقع التقدير

[1]- شرون حسينة، حملاوي نجاة ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04-2012 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، العدد الرابع ، أفريل 2017، ص.65.

على الطابع التعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين، فإنه ولا شك يتم بطريقة مجردة بالرجوع إلى مستهلك متوسط وفي ظل ظرف عادية.

وأخيرا يلزم أن يكون الاختلال كبير بيت التزامات الطرفين، أما إذا تعلق الأمر بانعدام توازن بسيط، فإنه يعتبر من الأمور المتجاوزة حفاظا على استقرار المعاملات وتماشيا مع ما هو جار به العمل في عالم المال والأعمال.

رابعا:الحماية التشريعية من خلال القواعد الخاصة:

لقد نص المشرع الفرنسي في المادة 35 من القانون 78/23 على انه :" في العقود المبرمة بين المحترفين وبين غير المحترفين أو المستهلكين يمكن أن تمنع تقييد أو تنظيم عن طريق مراسيم صادرة عن مجلس الدولة بعد رأي اللجنة المنشاة المادة 36."، وهي لجنة الشروط التعسفية التي جاءت المادة 36 على تعداد تركيبتها البشرية 47 والتي عهد لها المشرع بدراسة نماذج العقود والاتفاقات المقترحة من قبل المحترفين على متعاقديهم، والبحث فيما إذا كانت تتضمن شروط تعسفية طبقا لنص المادة 37 من نفس القانون ولها تبعا لذلك أن توصي بحذف أو تعديل الشروط التي ظهر لها أنها ذات طابع تعسفي وفقا لما قضت به المادة 38، وتلعب هذه اللجنة دورا هاما سواء كان دورا أساسيا من خلال التوصيات التي تصدرها 48 أو استشاريا من خلال الآراء التي تبديها بصدد مشاريع المراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية . والملاحظ على هذه اللجنة أنها لم تنجح فيما أصدرته من توصيات في إقناع وحض المحترفين في حذف الشروط المعتبرة تعسفية من نماذج عقودهم إلا نادرا نظرا لعدم اقترانها بجزاء ، ومع ذلك لا يمكن القول بخلو توصياتها وأرائها من أية قيمة ما دامت تمارس ضغطا على المحترفين ولو كان ضغط معنويا بسيطا فمن جهة قد تكون دليلا للقاضي الذي يرجع إليها لتقدير الطابع التعسفي لشرط ما ومن جهة أخرى هي بمثابة أداة تمكن المستهلك من الاطلاع على الشروط التعسفية ومحاولة تفاديها أما بالنسبة للمشرع الجزائري وباستقراء نصوص القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية وكذا مرسومه التنفيذي رقم 06-306، نجد انه اكتفى في نص المادة 29 من القانون المشار إليه

أعلاه وذلك في فقرتها الأولى بما يفيد تعداد الشروط التعسفية ونفس الأمر أشارت إليه المادة 30 من نفس القانون بتعبير المشرع فيها بمنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التعسفية لكن لم يبين المقصود بالمنع اهو البطلان أم المنع المسبق قبل إبرام العقد.[1]

الفرع الثالث:ضمان العيوب الخفية

من بين الالتزامات التي وضعها القانون على عاتق البائع التزامه بضمان العيوب الخفية، وهو التزام مستقل عن الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق تتبع فيه المشرع الجزائري خطى المشرع الفرنسي الذي ورثه بدوره عن القانون الروماني. بحيث اهتمت التشريعات والنظم القانونية الحديثة بفكرة الضمان القانوني نظرا لأهمية القانونية وقيمته العملية في حماية المستهلك، فقد أخذت هذه الفكرة حيزا كبيرا من الدراسات الفقهية لاسيما في مجال القانون المدني، ولذلك نجد أن المشرع الجزائري ينظم الأحكام المتعلقة بالضمان القانوني بموجب نصوص قانونية واضحة ضمن قواعد القانون المدني وبالأخص في الباب السابع منه تحت عنوان العقود الناقلة للملكية وهذا على أساس أن الضمان يرد فقط على العقود التي يكون موضوعها متعلق بنقل شيء سواء كان شيئا معين بالذات أو معين بالنوع وسواء تعلق الأمر بعقار أو منقول وهذا ما نلمسه في عقد البيع وفي عقود الاستهلاك بصفة عامة، على اعتبار أن هذه الأخيرة – أي عقود الاستهلاك – تشكل المجال الخصب لتطبيق فكرة الضمان، فضلا عن ذلك يعد عقد البيع همزة وصل بين عملية الإنتاج والاستهلاك. وهناك عدة أساليب قانونية يمكن إعتمادها كضمانات من أجل توفير الحماية الضرورية للمستهلك – بإعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية ومن أهم هذه الضمانات نجد ضمان العيوب الخفية .[2]

[1]- احمد يحياوي سليمة ، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010/2011، ص 79-80.

[2]- القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25 فبراير 2009 ج- ر ح ج دش، العدد 15 الصادرة بتاريخ 08/03/2009.

أولا:تعريف ضمان العيوب الخفية:

نظم المشرع الجزائري أحكام ضمان العيب الخفي في المواد من 379 إلى 386 من القانون المدني، والتي تقابلها المواد من 1641 إلى 1649 من القانون المدني الفرنسي. سنحاول من خلال تعريف العيب وبيان الشروط الواجب توافرها في العيب الموجب للضمان

تعدّدت التعريفات الفقهية للعيب الخفي، وتُعزى في أغلبها إلى فقهاء الإسلام الذين أسهبوا في معالجة العيب في باب الخيارات. من هذه التعريفات ما قرّرته محكمة النقض المصرية من: " العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ." . وقد نقلت محكمة النقض المصرية هذا التعريف من حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي، فقد ورد فيها : " لغة هو العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، وشرعا من وجد بمشريه ما ينقص الثمن كما عرفه الإمام الكاساني صاحب بدائع الصنائع بأنه :" كل ما يوجب نقصان الثمن نقصا فاحشا أو يسيرا" .[1]

الملاحظ على هذه التعريفات أنها اهتمت بأثر العيب الخفي في الانتقاص من قيمة الشيء وثمنه، و لم تول اهتماما للانتفاع به فالغاية من تقرير ضمان العيوب الخفية هي تأمين ملكية نافعة للمشتري، وغرض المشتري من العقد هو الانتفاع بالمبيع على الوجه الذي أعد له، وتحقيق رغباته المشروعة منه، ويتفرع عن ذلك كل السلطات التي يمنحها حق الملكية لصاحبه من تصرف واستعمال واستغلال . فإذا حدث وأن وُجد بالمبيع عيب، انتقصت قيمته وتقلصت إمكانية الانتفاع به، وبالتالي ضاعت على المشتري تلك الغاية .

هذا ما كرّسه المشرع المدني الفرنسي الذي لم يعرف العيب الخفي صراحة، لكنه أشار من خلال المادة 1641 إلى آثار وجوده، مركزا على فكرة الانتفاع التي يقلصها وجود العيب، حيث نص على أن : " البائع ملزم بالضمان بسبب العيوب الخفية للشيء المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال الموجه له، أو التي تنقص كثيرا من هذا الاستعمال.

[1]- القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25 فبراير 2009 ج- ر ح ج دش، العدد 15 الصادرة بتاريخ 08/03/2009.

حيث لو علم به المشتري قبل العقد ما كان ليشتريه أصلا، أو أنه كان سيدفع فيه ثمنا أقل".

وقد حاول جانب من الفقه الجمع بين الاتجاهين عندما عرف العيب الخفي بأنه:"الآفة الطارئة التي تخلو منها الخلقة السليمة والتي تلحق بالمبيع، فتنقص من قيمته أو من استعماله نقصا مؤثرا لا يتسامح به العرف أو التعامل التجاري بحسب المألوف من التعامل ومن استعمالات الشيء".[1]

ثانيا:شروط ضمان العيوب الخفية:

من خلال النصوص المنظمة للعيوب الخفية في القانون المدني يتضح أن المشرع اشترط لإلزام البائع بضمان العيب، توافر مجموعة من الشروط حماية لمصالح البائع حسن النية، وتحقيقا لمبدأ استقرار المعاملات، وهي أن يكون العيب مؤثرا، قديما خفيا ولا يعلم به المشتري

أولا : أن يكون العيب مؤثرا : العيب المؤثر بحسب المادة 379 من القانون المدني الجزائري هو الذي يُنقص من قيمة المبيع، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. معنى ذلك أن يكون العيب قد بلغ حدا الجسامة.[2]

من الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدّد قدرا معينا تنتقص به قيمة المبيع أو الانتفاع به لاعتبار العيب مؤثرا أو غير مؤثر، لذلك يمكن الاستعانة بالقانون المقارن. فقد قرر المشرع المصري أنه يخرج عن وصف العيب الموجب للضمان، ذلك الذي جرى العرف على التسامح فيه، لأن التسامح يقتضي أن العيب غير مؤثر . أما المشرع الفرنسي فقد تبنى معيارا ذاتيا لاعتبار العيب مؤثرا أو غير مؤثر، مرجعا عدم صلاحية المبيع للاستعمال

[1]- عامر احمد قاسم القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2002، ص 42

[2]- فتحي عبد الرحيم عبد الله، نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري والمقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة 1999، ص 13و14

الموجه له أو انتقاصها كثيرا من هذا الإستعمال إلى موقف المشتري، بحيث لو علم به المشتري قبل العقد ما كان ليشتريه أصلا أو أنه كان سيدفع فيه ثمنا أقل.

والملاحظ أيضا في القانون الجزائري من عموم نص المادة 379، أن درجة التأثير في العيب هي من مسائل الواقع، المتروك أمر تقديرها لقاضي الموضوع وفقا معيار موضوعي، ما لم يوجد في العقد ما يخالف ذلك. أما العيب المؤثر في مجال مسؤولية المنتج، فهو كل ما يجعل المنتوج خطيرا، أو يزيد في خطورته، والخطورة هنا مرجعها عيب في التصنيع أو عيب في التصنيع ، ففي هذه الحالات يسأل المنتج عن الأضرار التي تنجم عن منتجاته باعتبارها أضرارا صناعية.[1]

ثانيا : عدم علم المشتري بالعيب : تنص الفقرة الثانية من المادة 379 على أنه :"غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه" علم المشتري بالعيب يعتبر مانعا من قيام مسؤولية البائع، لأن هذا العلم يُعد قرينة على قبوله المبيع بعيبه، وتنازلا عن حقه في الضمان بشرط أن يكون علمه علما يقينيا وليس مجرد افتراض.

ما يخفف من هذا الشرط، هو صفة المشتري، إذا كان مستهلكا محترفا لأن هذه الصفة تجعله أكثر تحفزا، ومؤهلا لإدراك عيوب المنتوج، وبالتالي لا يمكنه الرجوع بالضمان على المنتج. غير أن جانبا من الفقه يرى بأن هذه الصفة لا تمنع مقتني السلعة أو الخدمة الرجوع على البائع إذا أثبت خطأه، لأنه من الصعوبة الاعتقاد بأن المستهلك المحترف قد قبل ضمنا بالمنتوج المعيب بالرغم من الأضرار التي ينطوي عليها، والتي قد تتجاوز الأضرار التجارية وتمتد إلى أمنه وسلامته الجسدية له أو لعائلته. أما بالنسبة للبائع، فلا عبرة بجهله للعيب، فهو يضمنه دائما، ولو لم يكن عالما بوجوده، لكن قد يترتب على علمه بالعيب دون إخبار

[1]- فتحي عبد الرحيم عبد الله، نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري والمقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة 1999، ص 13و14

المشترى به افتراض غشه أو تدليسه، مما عنه تشديد مسؤوليته. ويقع عبء إثبات علم المشترى بالعيب على البائع، فيثبت بأن المشترى كان يعلم بوجود العيب وقت تسلم المبيع ومع ذلك قبل ذلك قبل به، والإثبات هنا واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة الوسائل. أما إذا تعذر عليه ذلك، افترض أن المشترى غير عالم بالعيب وبالتالي وجب على البائع الضمان.

ثالثا : أن يكون العيب خفيا : يشترط في العيب الموجب للضمان أن يكون خفيا، وعلى ذلك لا يجوز للمشتري المطالبة بالضمان في العيوب الظاهرة، التي يمكنه اكتشافها بالفحص العادي. وعلى العموم فإن المعيار المعتمد في ذلك هو معيار الرجل العادي متوسط الحرص، غير أن الأمر يختلف في تقدير ما إذا كان العيب خفيا أم ظاهرا باختلاف المشتري إن كان محترفا أم لا. فإذا كان المشتري أو المستهلك غير محترف فهو مطالب فقط بالفحص البسيط، فإذا كان جهازا فهو مطالب فقط بتشغيله وتجربته، وبالتالي لا يمكنه الرجوع على البائع بالعيوب الظاهرة جدا. أما ما عداها من العيوب فيتحمل ضمانها البائع باعتبارها عيوبا خفية، إلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب عنه غشا منه، لأن اكتشاف العيب حينئذ لا يكفي فيه نباهة و فحص الرجل المعتاد.[1]

أما إذا تعلق الأمر بمستهلك محترف وكان يتصرف في مجال تخصصه، فإن فحصه للمبيع يكون دقيقا وبالتالي لا.[2]

الملاحظ أنه في حال امتداد الأضرار المتولدة عن العيب إلى جسم الإنسان فإن مسؤولية المنتج تقوم حتى ولو كان العيب ظاهريا، إذا أثبت المريض خطأ المنتج في التصنيع، خصوصا في المنتجات الخطرة كالأدوية نظرا للآثار الجانبية الضارة التي قد تسببها .[3]

---

[1]-نفس المرجع السابق،ص14.

[2]-نفس المرجع السابق،ص13.

[3]-معتز نزيه محمد الصادق المهدي المتعاقد المحترف، مفهومه النهضة العربية، القاهرة 2009، ص23.

المبحث الثاني:الحماية القضائية

يستوجب توفير حماية قضائية لهذا الطّرف الضعيف تكفل تحصيل حقوقه التعاقدية ، وتحميه من تعسّف المصلحة المتعاقدة أثناء قيامها بممارسة سلطاتها الاستثنائية من رقابة وتوجيه أو تعديل ، وكذا في فرض الجزاءات الإدارية ، فتكون الرقابة القضائية بمثابة ضمانة للمتعامل المتعاقد، كما تتجسد هذه الحماية عن طريق قضاء الاستعجال ما بعد التعاقد من خلال الأوامر القضائية أو الدعاوى ، وكذلك من خلال دعاوى القضاء الكامل.

تطرقنا في المطلب الاول سلطة القاضي في مرحلة ابرام العقد والمطلب الثاني سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد.

المطلب الأول: سلطة القاضي في مرحلة ابرام العقد

تناول المشرع الجزائري موضوع الشروط التعسفية ضمن مواد القانون المدني وتدخل بقواعد من شأنها المحافظة على التوازن العقدي قدر الإمكان وقبل بيان هاته القواعد نوضح أولا مفهوم الشرط التعسفي ثم مكافحة الشروط التعسفية في القانون المدني الجزائري.

تناولنا هذا المطلب في فرعين سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية و سلطة القاضي في تفسير العقد .

الفرع الأول:سلطة القاضي في الشروط التعسفية

1- التعسف لغة هو الاستعمال السيئ وقد تناول تعريف الشرط التعسفي كل من الفقه والتشريع والقضاء .

- التعريف الفقهي : عرف بعض الفقهاء الشرط التعسفي هو " ذلك الشرط الذي يترتب عل عدم توازن واضح بين طرفي العقد والتزاماتهم لصالح الطرف الأول الذي يستخدم نفوذه الاقتصادي ويأتي نتيجة لذلك بميزة مجحفة على حساب المستهلك"

- التعريف التشريعي: عرفه المشرع الجزائري في المادة 3 من القانون 04-02 بأنه" كل بند أو شرط بمفرده او مع بند واحد او عدة بنود او شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد "

2-معايير الشرط التعسفي: يتميز الشرط التعسفي بثلاث معايير وهي:

معيار التعسف ف استعمال القوة الاقتصادية : فيظهر أحد طرفي العقد بمظهر التفوق والنفوذ الاقتصادي على حساب الطرف الآخر.[1]

– معيار الميزة المفرطة : فيعتبر الشرط تعسفيا إذا منح لأحد أطراف العقد ميزة فاحشة معيار الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد

أولا:مكافحة الشروط التعسفية في القانون المدني الجزائري

عالج المشرع الجزائري مسألة الشروط التعسفية ضمن أحكام القانون المدني وهذا ما نصت عليه المادة 70 من نفس القانون يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها كما نص في المادة 110 إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" ومن هنا فإن المشرع منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية كما أنه لا يمكن لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية.

وبالنسبة لعقد الشركة وبموجب المادة 426 من ق م ج والتي نصت على بطلان عقد الشركة كجزاء لما يعرف بشرط الأسد إذ جاء فيها : " إذا وقع الاتفاق ان أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا" اما بالنسبة للشرط الجزائي الذي تناوله المشرع في المادة 183 ق م ج فقد منح الشرع للقاضي سلطة تخفيض مبلغ التعويض بموجب المادة 184 أذا اثبت المدين ان التقدير كان مفرطا او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه.[2]

[1]– بن حملة سامية حماية المستهلك من الشروط التعسفية ملتقى وطني الخامس جامعة الوادي، 2012، ص2

[2]-نفس المرجع السابق. ص2

ثانيا مكافحة الشروط التعسفية في تشريعات الاستهلاك

على الرغم من أن المشرع الجزائري قد اخذ بفكرة حماية المستهلك على مستوى التشريع منذ سنة 1989 حينما وضع القواعد العامة لحماية المستهلك الا أن الاحكام المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية لم ترى النور الا سنة 2004 بعد صدور القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وفي دراسة هذا الفرع نقف عند تحديد المشرع للشروط التعسفية ، جزاء الشروط التعسفية.[1]

الفرع الثاني:سلطة القاضي في تفسير العقد

إن التفسير كسلطة لقاضي الموضوع، تقيده مجموعة مبادئ سبق الكلام عنها و خاصة منها احترام إرادة الأطراف التي صيغت بعبارات دقيقة و واضحة لا تحتمل التأويل. و يبدو هذا الأخير جليا إذا تعلق الأمر بمحرر أو عقد رسمي، الذي يعتبر دليل إثبات ذي طابع خاص، كما تؤكد على ذلك المادة 324/5 من القانون المدني بقولها : يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و هو ما تؤكده المادة 324/7 قانون مدني و نفس الحكم نصت عليه أحكام المادة 179 قانون إجراءات إدارية. فتفسير العقد لا يعني تقديم دليل مناقض أو مخالف لمضمون العقد، لأن ذلك يؤدي إلى إلغاء العقد و إعدامه، بخلاف ما إذ تعلق الأمر بإصلاح خطأ مادي ورد في العقد قد يعيبه و يجعله غامضا، فيكون دور الإصلاح بمثابة إعادة الدقة و الوضوح لذات العقد. فالتفسير الذي يقوم به قاضي الموضوع ليس عملية مناقضة لمضمون العقد و لكن تأكيدا له ، ثم انه ليس من شأن التفسير إضافة شيء لا يرغب فيه الأطراف و لا إلغاء شيء انصرفت إليه نيتهم و بالرجوع إلى العقد التوثيقي، فانه تجب التفرقة بين البيانات التي يتضمنها العقد و ذلك على التفصيل التالي:

فإذا كانت هذه الوقائع مما عاينه الموثق أو قام به في إطار مهامه وصلاحياته، فان هذه الأخيرة لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير la force probante de l'acte و كمثال على

[1]-بن حملة سامية،المرجع السابق،ص10.

ذلك الدفعات المالية التي تمت بمعاينة الموثق، أو ذكر خمس الثمن دفع بين يدي الموثق و أن الباقي دفع خارج رؤية الموثق و لم يدون في محاسبته.[1]

أما إذا تعلق الأمر بوقائع لم يطلع عليها الموثق فيمكن ضحدها بدليل مخالف كما هو الحال بالنسبة للاعتراف بالدين، بحيث يذكر بأن المبلغ دفع بين الطرفين ولم يسجل في محاسبة الموثق، و هنا تتار مسألة التكييف لمضمون العقد، فلا يجب الخلط بين الاعتراف بالدين و عقد القرض الذي يعد عقدا عينيا.

وبالمناسبة ما دمنا نتكلم عن الأخطاء المادية والكلمات المحورة أو المكتوبة بين الأسطر أو المضافة فهي باطلة وهو ما تقضي به المادة 27/2 من قانون التوثيق إلا أن بعض الأحكام القضائية تعتبرها تزويرا وهو خطأ قضائي تنجر عنه آثار خطيرة لا تمس فقط بمحرر العقد بل تؤثر على استقرار المعاملات والأمن القانوني وتضرب في العمق الخدمة العمومية. علما بأن التزوير محدد بالقانون، ومن ذلك أن بيانا من بيانات العقد من شأنه تغيير مضمون العقد

ومحتواه من حيث الحقوق و الالتزامات لذلك يمكن اللجوء إلى وسائل إثبات أخرى وتكون كافية إذا كان الخطأ الذي تضمنه العقد ينطوي على خطأ شكلي وبالمقارنة الأخطاء والأحكام القضائية، وحتى نؤكد إمكانية تصحيح مع الواردة في العقد، فان قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يسمح بتصحيح الأخطاء الواردة في الأحكام و ذلك طبقا للمادة 286 منه التي تجيز تصحيح الخطأ المادي والإغفال الذي يشوب الحكم وهو ما تؤكده المادة 283 من نفس القانون. وقد وضحت المادة 287 مفهوم الخطأ المادي. ناهيك عن أن أحكام المادة 284 ترفع من درجة العقد بقولها " يكون للحكم حجية العقد الرسمي" إلا أن الواقع يثبت عكس ذلك تماما.[2]

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري نظرية العقد ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 626.

[2]-نفس المرجع السابق، ص 626.

المطلب الثاني:سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

يعد موضوع سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري خروجا على أهم مبدأ من المبادئ القانونية التي تحكم العقد، وهو المبدأ القاضى بأن :" العقد شريعة المتعاقدين "، فلا يملك أيا كان المساس بقوته الملزمة ، إذ لا يجوز لأي من المتعاقدين تعديله على انفراد، كما لا يجوز ذلك حتى للقاضي الذي يجب عليه احترام ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين، وتطبيق بنود العقد كقانون. غير أنه قد يقترن العقد ابتداء عند إبرامه أو حال تنفيذه بظروف تجعل الالتزامات المترتبة عنه تتسم بالاختلال، وفي هذه الحالة يجيز القانون للقاضي التدخل قصد إعادة التوازن العقدي وتجنيب أطرافه الأضرار التي كانت ستلحقهم وسنتناول في الفرع الأول سلطة القاضي في تعديل بسبب الظروف الطارئة والفرع الثاني سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل بسبب الظروف الطارئة

عرف فقهاء القانون الظرف الطارئ بأنه كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء عنه اختلال بيّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال لاحقة لانعقاده يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد مرهقا له إرهاقا شديدا ويتهدد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار .[1]

ولقد قيد المشرع تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروط موضوعية نص عليها في المادة 107/03 من القانون المدني، والتي يمكن إجمالها في:

1. أن يكون الالتزام تعاقد متراخي التنفيذ: بحيث لا يحدث اختلال التوازن العقدي إلا إذا تغيرت الظروف ما بين نشوء العقد وتنفيذه.

[1]-حميد بن شنيتي: سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 1996، ص26.

2. أن يكون العقد من العقود المحددة: فلا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة في العقود الاحتمالية، لأن هذه العقود بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لكسب كبير أو خسارة جسيمة والمتعاقد فيها قبل المجازفة.

3. أن يكون الحادث الطارئ حادثا استثنائيا عاما وغير متوقع: يقصد بالحادث الاستثنائي "ذلك الحادث الذي يندر حصوله، بحيث يبدو شاذا وخارجا عن المألوف بحسب السير العادي للأمور "؛ أما العمومية فمعناها ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين؛ وأخيرا يشترط أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع وقت التعاقد.

4. أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة: لكن دون أن يبلغ درجة الاستحالة وهنا يبرز الفرق الهام بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة التي يترتب عنها انقضاء الالتزام ولا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، بعكس الحادث الطارئ الذي يرد فيه الالتزام إلى الحد المعقول ويتحمل بذلك المدين شيئا من تبعة الحادث.

وبتوفر هذه الشروط أعطى المشرع للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقد بفرض إعادة التوازن الاقتصادي الذي اختل تحقيقا للعدالة، إلا أن هذه السلطة رغم ما يظهر من اتساعها فقد حرص المشرع على تقييدها بوضع ضوابط تحكم ممارسة القاضي لها، ويمكن حصر هذه الضوابط في:

أولا : ضابط مراعاة القاضي للظروف المحيطة بكل عقد

على حدة فالظروف المحيطة بالمتعاقدين وظروف التعاقد أو التنفيذ تختلف من عقد إلى آخر ، فعبارة "...تبعا للظروف..." المنصوص عليها في المادة 107/03 توسع من سلطة القاضي التقديرية وتفتح له مجالا واسعا في أداء مهمته في تعديل العقد المختل اقتصاديا المطروح عليه من عدمه.[1]

[1]- حميد بن شنيتي: سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 1996، ص26.

ثانيا: ضابط قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين

يقوم هذا الضابط على مبدأ توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين، ذلك أن العقد وقت نشأته انعقد على مصالح متوازنة بين طرفيه غير أن تغير الظروف أدى إلى اختلال تلك المصالح وانعدام التعادل بينها، فأصبحا طرفا الرابطة العقدية ما بين كاسب وخاسر، ولذا فقد حرص المشرع على أن يتم التعديل بعد تقدير الظروف المحيطة وإجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين، وهذه الموازنة تتم في ميزان الظروف الاستثنائية الجديدة.

ثالثا: ضابط الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام المرهق:

المراد برد الالتزام إلى الحد المعقول إشراك طرفا العقد الدائن والمدين معا في الخسارة التي نتجت عن حوادث طارئة غير متوقعة، لا أن يتحملها المدين وحده. يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد للقاضي القواعد التي يجري بها رد الالتزام إلى الحد المعقول، بل ترك الأمر لسلطته التقديرية، ومع ذلك يمكن لنا أن نستخلص من نظرية الظروف الطارئة ككل القواعد التالية: [1]

1. إذا كانت الخسارة مألوفة يتحملها المدين وحده.

2.إذا كانت الخسارة غير مألوفة فيشترك الطرفان في تحمل الإرهاق، وذلك بأن يقوم القاضي برد الالتزام إلى الحد المعقول،

إن الحد المعقول المذكور في النص يعتبر معيارا مرنا وللقاضي سلطة واسعة في تقديره. إلا أنه ولتلافي هذه المرونة يأخذ بعين الاعتبار الفرق الناجم بين قيمة الالتزام في العقد وقيمته بعد وقوع الحادث لتحديد الحد المعقول

وفق معيار موضوعي على أن يراعي الظروف الخاصة بكل مدين على حدة، وهكذا يكون القاضي قد خفف من المعيار الموضوعي المادي بالمعيار الشخصي الذاتي.

[1]- علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 182.

فللقاضي سلطة إنقاص الالتزام المرهق، وله أن يزيد في الالتزام المقابل للالتزام المرهق بحيث يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المألوفة، على أنه لا يجوز للقاضي إجبار الدائن على تحمل الزيادة خاصة إذا كان هذا الأخير يؤثر التخلي عن العقد، لا سيما أن فسخ العقد يكون أصلح للمدين إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ وأخيرا للقاضي أن يلجأ إلى وقف تنفيذ العقد لمدة معينة إلى أن يزول الحادث الطارئ إذا كان ذلك الحادث وقتيا يقدر له الزوال بعد فترة قصيرة، فينصب التعديل هنا على موعد الوفاء بالالتزام.

3.الدائن غير ملزم بقبول تعديل الالتزام خاصة إذا قضى التعديل بزيادته، فله أن يقبل وله أن يطلب الفسخ دون أن يسأل عن التعويض، فحق طلب الفسخ مقصور على الدائن دون المدين، كما أن القاضي لا يملك سلطة تعديل العقد فالقانون المدني قصر حق المدين على طلب تعديل الالتزام وقصر – عمل القاضي على رد الالتزام إلى الحد المعقول.

4.إن رد الالتزام إلى الحد المعقول لا يكون إلا بالنسبة للحاضر، فإذا كان العقد مستمرا وعدل القاضي آثاره ثم زال الظرف الطارئ الذي اقتضى التعديل قبل انتهاء مدة العقد، وجب إلغاء التعديل من وقت زوال الظرف الطارئ والعودة إلى العقد، فليس هناك ما يمنع القاضي من إعادة النظر في التعديل.[1]

وآخر ما يمكن أن نشير إليه بصدد نظرية الظروف الطارئة تأكيد المشرع الجزائري على اعتبار هذه النظرية من النظام العام، حيث نصت المادة 107/03 من القانون المدني على .... ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك.[2]

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

وقد اشترط المشرع الجزائري لتطبيق الشرط الجزائي توافر الشروط العامة في المسؤولية المدنية وهي وجود المدين، وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية بينهما، إضافة إلى إعذار المدين، لذلك يتوجب على القاضي التحقق من توافر هذه الشروط أولا ليتقرر له بعد ذلك

[1]- أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر،2010، ص173.

[2]– العربي بلحاج: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000،ص85.

حقه في التدخل بتعديل الشرط الجزائي في صورة الإنقاص من مبلغ الشرط أو الزيادة فيه، أما سلطته المتمثلة في عدم الحكم به (إلغاء الشرط الجزائي) فتترتب على عدم توافر تلك الشروط أو بعضها.[1]

أولا: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي

للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالة كون هذا الشرط مرتفعا إلى درجة كبيرة أو في الحالة التي يكون فيها الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

1 . حالة كون القاضي مرتفعا إلى درجة كبيرة: إذا أثبت المدين أن التقدير الإتفاقي للتعويض مبلغه يزيد كثيرا (مفرطا) عن الضرر الذي لحق الدائن، جاز للقاضي تخفيضه إلى الحد الذي يراه معقولا، ولا يلزم أن يخفض التعويض إلى الحد الذي يكون مساويا للضرر ، وهذا الأمر متروك لسلطة القاضي التقديرية.

2. حالة تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه إذا كان الشرط الجزائي مشروطا لضمان التنفيذ، وكان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، فللقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي الذي اتفق عليه وفقا لما يراه مناسبا شريطة :

– ألا يكون هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على أسلوب التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي، فالقاضي هنا ملزم باحترام إرادتها. – أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي حتى يمكن تخفيض الشرط الجزائي، فلا يمكن إجبار الدائن على قبول استفاء جزء من الالتزام حتى ولو كان هذا الالتزام قابلا للتجزئة [2].

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي

في هذه الحالة يتجاوز الضرر قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه، وطبقا لنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري فإنه لا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت

[1]- العربي بلحاج: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000،ص85.

[2]-نفس المرجع السابق.ص85.

أن المدين أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما كما لو تعمد عدم تنفيذ التزامه، أما إذا لم يستطيع الدائن إثبات ذلك فإن القاضي لا يحكم له إلا

بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصابه، لأن هذه الحالة تعتبر بمثابة اتفاق على تخفيف المسؤولية، ومثل هذا الاتفاق جائز قانونا . يتبين من كل ما سبق أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل مقدار الشرط الجزائي سواء بالزيادة أو الإنقاص متى توافرت الشروط المنصوص عليها قانونا، وحتى تؤدي هذه السلطة دورها كاملا جعلها المشرع من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على استبعادها ويقع كل اتفاق خلاف ذلك باطلا . لكن السؤال المطروح هنا طالما أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام، فهل يجوز للقاضي أن يقوم بالتعديل من تلقاء نفسه ؟

يرى البعض أن سلطة القاضي في التعديل تتوقف على طلب المدين أو طلب أحد الطرفين، لأن القول بإعطاء القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه يعني أنه سيحكم فيما لم يطلب منه الحكم فيه وهذا يخالف القواعد العامة، ثم إن سلطة القاضي في التدخل هي سلطة استثنائية وأن مبدأ عدم المساس بالشرط الجزائي يقوم على قاعدة عامة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين.[1]

ورغم دقة هذه التبريرات من الناحية القانونية، إلا أن جانبا آخر من الفقه يرى أنه لا بد أن يمارس القاضي هذه تلقاء نفسه حتى تبلغ هذه السلطة غايتها الحقيقية وتجسد أهدافها.

موقف المشرع من تعديل الشرط الجزائي يختلف من نظام قانوني إلى آخر، لكن الغالب في التشريعات المدنية – ومنها التشريع الجزائري والمصري والفرنسي – أنه يُجيز تعديل الشرط الجزائي إذا تبين أن التقدير مبالغ فيه أو غير عادل، ويمنح القاضي هذه السلطة في إطار ضوابط محددة. في التشريع الجزائري:

المادة 183من القانون المدني تنص على أنه:

[1]– محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ، 1992، ص202

"يجوز للقاضي أن يُعدل في الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغًا فيه إلى حد كبير أو أن الالتزام الأصلي قد نُفّذ في جزء منه".

إذن، المشرع الجزائري يمنح القاضي سلطة التعديل بطلب من المدين، حماية له من الجور، بشرط إثبات المبالغة أو تنفيذ جزئي للالتزام.

يتضح من خلال دراستنا لهذا الفصل نستخلص ان الآليات القانونية لحماية الطرف الضعيف خلال مرحلة تنفيذ العقد طبقا لمضمونه و وضع المشرع قاعدة عامة في المادة 106 مدني جزائري مفادها أن العقد شريعة المتعاقدين أي قانون المتعاقدين يتم تنفيذه طبقا لهذا القانون العقدي، بحيث لا يجوز أن يستقل أحد أطرافه بنقضه أو تعديله إلا بالاتفاق أو للأسباب التي قررها القانون، وهذا تجسيدا للحماية القانونية للطرف الضعيف من خلال فرض القوة الملزمة للعقد عن طريق هذه القاعدة. تنظيم المشرع للعلاقة التعاقدية في بعض الحالات بقواعد قانونية آمرة تعد استثناءات عن الطابع التكميلي للتنظيم القانوني للرابطة العقدية، والتي يسميها الفقهاء بالنظام العام العقدي الذي يهدف في المقام الأول إلى حماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية.

خاتمة

خاتمة:

بعد دراسة معمقة لموضوع الطرف الضعيف في العقد، يتبين من هذا تمثل مظهرًا مهمًا من مظاهر العدالة العقدية في الأنظمة القانونية الحديثة، حيث لم تعد الإرادة وحدها كافية لضمان التوازن بين الأطراف. فقد أفرزت الممارسات العملية تفاوتًا واضحًا في المراكز القانونية، خاصة في العقود التي يكون فيها أحد الأطراف ضعيفًا اقتصاديًا أو قانونيًا أو معرفيًا، كالمستهلك أو العامل أو الطرف غير المهني.

وقد أظهرت الدراسة أن المشرع سعى إلى إرساء مجموعة من الآليات القانونية لحماية هذا الطرف، من خلال تدخل تشريعي صريح في العقود النموذجية، أو بتكريس مبدأ حسن النية، والحد من الشروط التعسفية، وتوفير وسائل الإبطال أو الإلغاء أو التعويض. كما لعب القضاء دورًا محوريًا في تكريس هذه الحماية من خلال تفسير العقود لصالح الطرف الأضعف عند وجود غموض أو إجحاف.

وبناء على ما سبق، فإن تحقيق التوازن العقدي لا يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة، بل يعكس تطورًا طبيعيًا لهذا المبدأ في إطار قواعد العدالة الاجتماعية والاقتصادية.

التوصيات

1. ضرورة تدعيم التكوين القانوني للطرف الضعيف (مثل المستهلك) لتمكينه من الدفاع عن حقوقه.
2. تعزيز رقابة القضاء والإدارة على الشروط التعسفية في العقود الجاهزة.
3. دعم التشريعات الخاصة بحماية المستهلك والعامل وغيرهم من الفئات الضعيفة.

وأنّ العلاقة التعاقدية لم تعد تقوم فقط على مبدأ المساواة الشكلية بين الأطراف، بل أصبحت ترتبط بضرورة مراعاة الواقع الاجتماعي والاقتصادي الذي يفرض أحيانًا وجود طرف ضعيف في العقد يحتاج إلى حماية قانونية خاصة. فقد كشفت الممارسة أن الإرادة التعاقدية قد تكون موجهة أو مضلَّلة أو خاضعة لضغوط اقتصادية، مما يؤثر على توازن العقد ومصداقية التراضي.

وتجلّى الطرف الضعيف من خلال تدخل المشرّع في العديد من النصوص القانونية، خاصة في العقود الاستهلاكية، وعقود العمل، والعقود ذات الطابع المهني، حيث وُضعت آليات لضمان عدم استغلال هذا الضعف، ومن بينها مراقبة الشروط التعسفية، وتقييد سلطان الإرادة، وفرض التزامات مسبقة على الطرف القوي

قائمة المراجع

أولا: النصوص القانونية :

1- القانون رقم 02-04المؤرخ في 23 يونيو 2004 هو قانون تكميلي للقانون المدني الجزائري

2-المادة 112 من القانون المدني الجزائري

3-المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

4-القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25 فبراير 2009 ج- ر ح ج دش، العدد15 الصادرة بتاريخ 08/03/2009

ثانيا: الكتـــب :

-يوسف محمد شندي، حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العلاقات بين المهنيين : دراسة في القانون الفرنسي وتطبيقاته القضائية، ملحق خاص – العدد (3) – الجزء الثاني – أكتوبر 2018م صفر 1440

-حليس لخضر مقتضيات حماية الطرف الضعيف في عقد العمل دراسة في ظل المتغيرات الإجتماعية والإقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس المدية (الجزائر

-علي فيلالي، الالتزام – النظرية العامة للعقد الجزائر، موفم للنشر، 2013

-أسامة أحمد بدر، تكميل العقد دراسة تحليلية في القانون المصري والفرنسي الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة،

-حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة ، دار النهضة العربية، 1996

-الجميعي حسن عبد الباسط، 1996، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، القاهرة مصر، دار النهضة العربية

-بوشارب ،إيمان حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، الإسكندرية مصر، دار الجامعة الجديدة.2018

-محمد السيد ،عمران حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1986

-محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، الجزائر، دار هومه، 2011

-حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري نظرية العقد ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998

-علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005

أ-نور سلطان: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر،2010،

-العربي بلحاج: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000

-محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ، 1992

ثالثا الرسائل و المذكرات :

مندي أسيا يسمينة – النظام العام والعقود – مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية – كلية الحقوق – جامعة يوسف بن خدة – 2008-2009

دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد – دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016

– عبيدة نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري مذكرة ماجيستير تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد لطفي تلمسان، 2015–2016

– حليس لخضر، 2015–2016 ، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تلمسان، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد.

– علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها – دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008

– حميد بن شنيتي: سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 1996

رابعا:المقالات :

– جبلو جميلة، "حماية المستهلك في العقود الالكترونية"، مجلة الاقتصاد الجديد، العدد 10 المجلد 01، 2014

–بن عيسى عبد الحكيم، مبدأ" حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الاقتصادية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور – الجلفة، المجلد 04، العدد 01 ، سنة 2021

–حسيني عزيزة، أثر" صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد"، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14 أكتوبر 2020،

–شرون حسينة، حملاوي نجاة ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون –04–2012 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، العدد الرابع ، أفريل 2017،

الفهرس

الفـــــــــــهرس

المحتوى	الصفحة
شكر وعرفان	01
مقدمة	04
الفصل الأول: الاطار المفاهيمي للطرف الضعيف	
المبحث الأول: مفهوم الطرف الضعيف في العقد	07
المطلب الأول: تعريف الطرف الضعيف وأسباب ضعفه	08
الفرع الأول:تعريف الطرف الضعيف	09
الفرع الثاني:أسباب الطرف الضعيف	11
المطلب الثاني: الطرف الضعيف والمستهلك	15
الفرع الأول:تعريف المستهلك	15
الفرع الثاني:التمييز بين الطرف الضعيف والمستهلك	16
المبحث الثاني: نتائج حماية الطرف الضعيف في العقد	20
المطلب الأول: الاهداف الإيجابية	21
الفرع الأول:تحقيق التوازن العقدي	21
الفرع الثاني:الانتقال من وحدة المجال الى فترع المجال	22
المطلب الثاني: الاهداف السلبية	22
الفرع الأول:إضفاء المزيد من الحماية للطرف الضعيف	23

الفرع الثاني:تقييد مبدأ سلطان الإرادة	23
الفرع الثالث:تعارض على مبدأ القوة الملزمة	24
خلاصة الفصل	26
الفصل الثاني: اليات حماية الطرف الضعيف في العقد	
المبحث الأول: الاليات القانونية لحماية الطرف الضعيف	29
المطلب الأول: الحماية القانونية قبل ابرام العقد	29
الفرع الأول:الحق في الاعلام	29
الفرع الثاني:اشتراط الاهلية	30
الفرع الثالث:اشتراط الشكلية	32
المطلب الثاني: حماية القانونية بعد ابرام العقد	34
الفرع الأول:مبدأ سلطان الإرادة	34
الفرع الثاني:استبعاد الشروط التعسفية	37
الفرع الثالث:ضمان العيوب الخفية	39
المبحث الثاني: الحماية القضائية	43
المطلب الأول: سلطة القاضي في مرحلة ابرام العقد	44
الفرع الأول:سلطة القاضي في الشروط التعسفية	44
الفرع الثاني:سلطة القاضي في تفسير العقد	46

المطلب الثاني: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد	47
الفرع الأول:سلطة القاضي في تعديل بسبب الظروف الطارئة	48
الفرع الثاني:سلطة القاضي في تعديل بسبب الشرط الجزائي	51
خاتمة	55
قائمة المراجع والمصادر	**60**

ملخص الدراسة:

يهدف البحث في موضوع الحماية القانونية للطرف الضعيف إلى الوصول إلى تحديد مفهوم الطرف الضعيف ، وبيان الكيفية القانونية التي وضعها المشرع لحماية هذا الطرف ومدى كفايتها في القضاء على عدم المساواة بين الطرفين الناتج عن التفوق الاقتصادي والنفوذ الذي يتمتع به الطرف الآخر بالنظر إلى مركزه القانوني. ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها من القصور التشريعي الملاحظ خلال هذا البحث هي بالنسبة لنظام الاستغلال من حيث ضيق نطاقه المتمثل في الطيش البين والهوى الجامح، ومن أجل توفير قدر أكبر من الحماية للطرف الضعيف ارتأينا توسيع هذا النطاق ليشمل الحاجة وعدم الخبرة والطيش، ويمكن القول أن القانون تدخل بالفعل في عدة مواضيع سواء عند تكوين العقد أو عند تنفيذه لحماية الطرف الضعيف عن طريق قواعد قانونية آمرة تشكل النظام العام العقدي الذي يكفل ضمان المساواة بين الأطراف المتعاقدة.

الكلمات المفتاحية:الطرف الضعيف،القانون المدني،التوازن

باللغة الأجنبية:

This research on the subject of legal protection for the weaker party aims to define the concept of the weaker party, clarify the legal methods established by the legislature to protect this party, and demonstrate its adequacy in eliminating inequality between the two parties resulting from the economic superiority and influence enjoyed by the other party, given its legal status. One of the most important findings we have reached regarding the legislative shortcomings observed during this research concerns the narrow scope of the exploitation system, which is characterized by blatant recklessness and unbridled passion. In order to provide greater protection for the weaker party, we decided to expand this scope to include need, inexperience, and recklessness. It can be said that the law has already intervened in several matters, both during the formation of the contract and during its implementation, to protect the weaker party through mandatory legal rules that constitute the general contractual order, which guarantees equality between the contracting parties.

Keywords: weaker party, civil law, balance