مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ISSN: 2335-1039
المجلد: 12 العدد: 03 السنة 2023 ص 270 – 291

تاريخ الإرسال : 2023/02/27 تاريخ القبول: 2023/05/05

دور المشرع والقاضي في إعادة التوازن المالي للعقد

The role of the legislator and the judge in restoring the financial balance of the contract

أ.د سي يوسف / كجار زاهية حورية*
جامعة مولود معمري، تيزي وزو، (الجزائر)، siyoucefzahia@yahoo.fr

الملخص:

يمثل العقد أفضل وأنجع وسيلة للمتعاقدين لتحقيق غاياتهم وضمان الحصول على الخدمات والمنتوجات المتعددة، سواء كانت معدّة لاستهلاك شخصي، عائلي أو مهني. ولكن لن يتحقق ذلك إلاّ إذا نشأ هذا العقد صحيحا بتوافر أركانه وشروطه من إيجاب وقبول مع مراعاة ما يستوجبه القانون من شكل وأهلية وعدم مخالفته للنظام العام. ولمّا كان العقد بمثابة الأداة الأكثر تداولاً في إنشاء العلاقات ووسيلة للحصول على السلع والخدمات-كما أسلفنا القول- إلا أن سيطرة مبدأ القوة الملزمة وتطبيقه على كل التعاملات العقدية نجم عنه عجز في تحقيق التوازن بين أطرافه نظرا للتحولات الاقتصادية والتكنولوجية التي عرفها المجتمع، الأمر الذي تطلّب تدخل كلا من المشرع والقاضي للحد من مغالاة هذا المبدأ بهدف إعادة التوازن بين المتعاقدين ومن ثم تحقيق العدالة التعاقدية.

الكلمات المفتاحية: العقد، القوة الملزمة، الخدمات، المنتوجات، التوازن العقدي.

ABSTRACT

The contract is the most efficient way to allow contractors to achieve their objectives and to guarantee access to various services and products, whether they are intended for personal, family or professional consumption. But this can only be done if this contract is validly formed with its elements and conditions, namely the offer and the acceptance, taking into account the requirements of the law, in particular the form, the capacity and the respect of the public order. Thus, it is binding on the parties, because it cannot be

* المؤلف المرسل

terminated or modified to give effect to the principle of the binding force of the contract.

Since the contract is the most widely used tool for building relationships and a means of obtaining goods and services - as stated above - However its traditional principles - including the principle of binding force of contract - have failed to achieve a balance between its parts due to the economic and technological transformations that society has undergone, which necessitated the intervention of the legislator and the judge to limit the abuse of this principle in order to restore balance between the contracting parties and thus achieve contractual justice.

Keywords: Contract, Binding force, Services, Products, Contractual balance

مقدمة

يمثل العقد أفضل وأنجع وسيلة للمتعاقد لتحقيق غاياته، وضمان الحصول على الخدمات والمنتوجات. كما أنه يعد من أبرز التصرفات القانونية الشائعة والمميزة لسلوك الإنسان قديما وحديثا، لأنه ينظم الحقوق والواجبات بين الأفراد والجماعات بإقرار الحق وفرض الواجب. ولا ينكر أحد ما للعقد من أهميّة عظمى في حياتنا اليومية، فهو الركيزة الأساسية لمختلف المعاملات المالية التي تتّم في وسطنا الاجتماعي. فبعد أن كان يتميّز بالشكلية وخاصة في القانون الروماني. لكن بعد ظهور النظام الجمهوري أدّى إلى الحد من مغالاة الشكلية نتيجة لازدهار المبادلات التجارية مما سمح بظهور مبدأ الرضائية إلى جانب الشكلية، كما كان لتدخل الكنيسة دورا إيجابيا في تكريس مبدأ الرضائية أي مبدأ سلطان الإرادة وأصبح هو الأساس والمسيطر على أغلب العلاقات التعاقدية معتنقا لمبدأ حرية الفرد في تنظيم مصالحه في المجتمع. وبناء على ذلك انبثقت عنه مبادئ منها القوة الملزمة للعقد والتي تقوم على اعتبارات اقتصادية تتطلب استقرار المعاملات بين الأفراد [1].فإذا نشأ العقد صحيحا بأركانه وشروطه من إيجاب و قبول مع مراعاة ما يستوجبه القانون من شكل وأهلية وعدم مخالفته للنظام العام، فانّه يكون ملزما للأطراف، وتكون الالتزامات المترتبة عنه مقدسة واجبة التنفيذ[2]، وبالتّالي لا يجوز لأحد المتعاقدين، أن ينفرد بنقض العقد أو تعديل بنوده[3]دون رضاء المتعاقد الآخر. إلاّ أن تغيّر الظروف الاجتماعية والاقتصادية خاصة في المجتمعات الحديثة أدّت إلى اختلال التوازن بين

أطراف العقد، الأمر الذي تطلب تدخل المشرع والقاضي للحدّ من مغالاة مبدأ القوّة الملزمة للعقد بهدف إعادة التوازن المالي للعقد ومن ثم تحقيق العدالة التعاقدية.

وبناء على ذلك، فإن الإشكالية تتمحور **حول تحديد الحالات التي يتدخل فيها المشرع أو القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية، اتبعنا المنهج التحليلي، الوصفي والمقارن أحيانا لبعض نصوص القانون المدني، ثم عرجنا لكيفية الحد من مغالاة مبدأ القوة الملزمة العقدية على المعاملات العقدية عن طريق التعديل التشريعي والقضائي. وبناء على ذلك قسمنا البحث إلى نقطتين، أوّلهما دور التشريع في الحد من مغالاة مبدأ القوة الملزمة للعقد، وفي النقطة الثانية، عالجنا حالات تدخل القاضي لإعادة التوازن المالي للعقد.

المبحث الأول: دور المشرع في الحد من مغالاة مبدأ القوة الملزمة للعقد

لا تنتج العقود أثارها ولا تكون فعّالة إلاّ باقترانها بقوة إلزامية تضمن تنفيذ الالتزامات التي يتعهد بها الأطراف.إلّا أن هذه القوة قد تحول في معظم الأحيان دون تحقيق الغرض الذي تمّت من أجله إنشاء الالتزامات التعاقدية. ولذا قد يتدخل المشرع في بعض العلاقات التعاقدية لتحقيق العدالة العقدية أي تحقيق المساواة والتوازن العقدي بين أطرافها وذلك بوضع قيود تحد من القوة الإلزامية[4] التي تسيطر على مختلف المعاملات والتي تحول دون تحقيق فعاليتها وخاصة في ظل ظهور نوع من العقود التي ساهم التطور التكنولوجي في نشأتها. وهذه القيود تتمثل في منح حق العدول للمستهلك في العقود الإلكترونية (المطلب الأول). ثم مراعاة لاعتبارات العدالة بالنظر إلى المستهلك بوصفه الطّرف الضعيفاقتصاديا وخبرة في مواجهة المنتج الذي يحاول فيه هذا الأخير أن يستغلّ ضعفه بتضمين العقود التي يبرمها معه اتّفاقات تقضي بإعفائه أو التخفيف من مسؤوليته في حالة تحققها،ولذا سعى المشرع لإبطال مثل هذه الاتفاقات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: منح حق العدول للمستهلك في العقود الإلكترونية

تعد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من الركائز الأساسية التي يقوم عليها العقد، والتي مفادها أنّه لا يجوز نقض أو تعديل هذا العقد إلاّ باتفاق الأطراف أو نص في القانون.

غيرأنه في عقود الاستهلاك الإلكترونية. فالمستهلك غالبا ما يتسرع إلى اقتناء سلعة أو طلب خدمة نتيجة انجذابه وراء وسائل الدعاية والإعلان وتأثره بإغراءات وتسهيلات المهني، دون أن تتاح له فرصة التفكير المتأني قبل إبرام العقد ودون أن يتفحص السلع بصورة مادية، بل بمجرد مشاهدتها عبر الشبكة.ونظرا لاختلال المراكز القانونية للأطراف أي بين طرف مهني يتمتع بالنفوذ الاقتصادي والخبرة الفنية في مواجهة طرف آخر ضعيف يفتقر إلى هذه القوة، دفع المشرع الجزائري إلى انتهاك مبدأ القوة الملزمة بتكريسه حق العدول للمستهلك الإلكتروني وذلك في المادة 19 الفقرة الثانية من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم[5]وللوقوف على أهمية

هذا الحق المخوّل للمستهلك المتعاقد عن بعد، كان من الأجدر دراسة مضمون هذا الحق (الفرع الأول)، ثم دراسة أثاره(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون الحق في العدول ،يتحدد مضمون الحق في العدول، بتعريفه ونطاقه.إذ يعرفالحق في العدول أو كما يفضل البعض تسميته بخيار الرجوع ، بأنّه وسيلة قانونية يستطيع المستهلك إعادة النظر في العقد الذي ساهم بإرادته في إبرامه عن طريق الرجوع فيه بإرادته المنفردة دون أدنى مسؤولية تقع على عاتقه.[6] وقد عرفه البعض بأنه، سلطة أحد المتعاقدان بنقض العقد والتحلل منه دون توقفذلك على إرادة الطرف الآخر[7].وقد خطى المشرع الجزائري خطوة إيجابية لإقرار حق المستهلك في العدول ولو أنّها جاءت متأخرة -مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى -في التعديل الأخير لقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر، وذلك في المادة 19 منه والتي جاء فيها ما يلي: (**العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب، للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية).**يتبين من النّص أن الحق في العدول، حق مخوّل للمستهلك وحده دون المورد الإلكتروني -أي المزوّد حسب اصطلاح بعض التشريعات-، فهو متروك لتقديره دون إلزامه بتبيان سبب العدول وعدم تحمله لأيّة مسؤولية وحتى دون دفعه لأيّة مصاريف قضائية. ولعل الحكمة في ذلك أن المستهلك لا يملك الإمكانيات الفعلية لمعاينة المنتوج الذي يتعاقد من أجله أو الخدمة التي يطلبها قبل إبرام العقد.فإذا كان المشرع الجزائري قد أدرج حق رجوع المستهلك عن الشراء في قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية [8]وبالخصوص في المادتين 22 و23 منه[9]، إلاّ أن مضمونهما يختلف عن مضمون حق العدول المدرج في المادة 19 المذكورة آنفا. ذلك أن حق العدول الوارد في هذه الأخيرة يكون تلقائيا من جانب المستهلك ودون إبدائه لأيّة أسباب ودون وجود أي إخلال بالتزام من جانب المتعاقد الآخر، وتكون نفقات إعادة البضائع على عاتق المستهلك. في حين أن الحق في إعادة المنتوج المنصوص عليه في المادتين 22 و23 المشار إليهما سابقا،هو فسخ العقد الذي يكون نتيجة إخلال المورد بالتزاماته[10]،إما لعدم احترام آجال التسليم أو تسليم للمستهلك منتوجا غير مطابقا أي معيبا. كما يفرض على المستهلك الإلكتروني تحديد سبب الرفض.أما نطاق حق العدول، فهويتحدد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع.يتحدد النطاق الشخصي لحق العدول، في المستهلك الإلكتروني صاحب هذا الحق والمورد الإلكتروني الذي يتحمل هذا الحق.إذ جاء تعريفالمستهلك الإلكتروني في المادة 4/6 قانون التجارة الإلكترونية، بأنّه: **(كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي)**، فالحق الممنوح للمستهلك في العدول ليس مطلقا، بل مقيّدا وإلا فتح مجالا للتعسف، وهذا الأمر

الذي عالجته بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي الذي وضع ضوابط لممارسة هذا الحق عكس المشرع الجزائري الذي لم ينظم هذه المسألة إلى حد الآن. ومن بين هذه الضوابط، ضابط زمني الذي يعني ضرورة ممارسة المستهلك لحقه في العدول في خلال المدة الزمنية المحددة قانونا، بالإضافة إلى ضابط موضوعي، أي ضرورة استعمال هذا الحق في العقود المبرمة عن بعد والعقود المنزلية وكذا القروض الاستهلاكية وعقود التأمين دون العقود المستثناة بنص قانوني.أمّا الطرف الآخر في العقد الإلكتروني فهو المورد الإلكتروني، ويعرفه المشرع الجزائري في المادة 4/6 من قانون التجارة الإلكترونية، سالف الذكر، على أنه:**(كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية)**.

أمابالنسبة للنطاق الموضوعي، فقد ذهبت معظم التشريعات إلى تطبيق حق العدول على كلّ العقود التي تتم عن بعد بما فيها العقود التي يكون محلها أداء خدمات وهذا بعدما كان هذا الحق قاصرا في البداية على بعض العقود دون غيرها[11]، وإن كان المشرع الجزائري قد قصّر العدول عن السلع دون الخدمات كما هو ظاهر من المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية المذكور سابقا.

الفرع الثاني: أثار الحق في العدول،إذا نشأ العقد صحيحا، فإنّه يرتب آثاره. أمّاإذا باشر المستهلك حقه في العدول، فإن العقد يزول بأثر رجعي أي يعتبر كأن لم يكن أصلا. لكن يولدّ التزامات على عاتق الطرفين. فبالنسبة للمستهلك الإلكتروني،فإنه ملزم بإرجاع السلعة إلى المورد الإلكتروني بالحالة والتي تسلمها فيه وفي خلال المدة المعينة للعدول[12]. إضافة إلى التزامه بدفع مصاريف إرجاع السلعة. غير أنه بالنّسبة للخدمة، فالأمر مختلف تماما، لأنه غير ممكن إرجاع ما استفاد منه. فالرد يتمثل في تعويض المورد عما استفاد منه قبل ممارسته حق العدول. ويحدد المبلغ بناء على القيمة الإجمالية المحددة في العقد، وهو ما نصت عليه المادة221-25 Lمن قانون حماية المستهلك الفرنسي.[13] مع العلم أن تحمل المستهلك مصاريف إعادة السلعة ليس إجحافا في حقه ما دام هو الذي استعمل حقه في العدول. فمن غير العدل أن يلتزم بها المورد فهو لم ينسب إليه أيّ خطأ ولم يخلّ بتنفيذ التزاماته.ويستفادمن ذلك، أن معظم التشريعات التي أقرّت بحق المستهلك في العدول، جعلت أحكام ممارسة الحق في العدول من النّظام العام لا يجوز الاتّفاق على خلافها وإلا كان باطلا .[14]أمّا بالنّسبة للمورد الإلكتروني، فهو يلتزم بإرجاع الثمن إلى المستهلك بنفس الطريقة التي تلقاه بها كالتحويل البنكي مثلا. كما يلتزم أن يرجع الثمن بنفس عملة الوفاء الأصلية التي تم بها الدفع، وفي خلال مدة ثلاثين يوما (30) التالية لاستعمال الحق في العدول. وفي حالة تقاعس المهني في رد المبلغ المدفوع من المستهلك، يلتزم بدفع الفوائد القانونية عن المبالغ الملزم بدفعها. كما قد تطبق عليه عقوبة مالية في حالة رفضه الرد والتي تتجاوز 15000 يورو بالنسبة للشخص الطبيعي،

والتي تتجاوز 75000 يورو بالنسبة للشخص المعنوي، وهذا طبقا للمادة242-13من قانون الاستهلاك الفرنسي[15]، في حين يخلو قانون التجارة الإلكترونية الجزائري من مثل هذه الأحكام.

المطلب الثاني: بطلان اتفاقات الإعفاء من المسؤولية

الأصل أنه طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يجوز اتفاق المتعاقدين على تعديل الآثار الناشئة عن العقد إما بالتخفيف منها أو التشديد[16] أو حتى بالإعفاء منها. ويعد هذا الاتّفاق صحيحا وبمثابة قانون يلزم الأطراف- طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين -متى كان غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. إلاّ أن هناك حالات تمثل خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد استجابة لتدخل المشرع الذي اعتبر بعض اتّفاقات الإعفاء من المسؤولية أو حتى التخفيف منها باطلة وعديمة الأثر بغية الحفاظ على التوازن العقدي، مع بقاء العقد صحيحا-إلاّ إذا تبين أن العقد ما كان ليبرم بغير الشرط الذي وقع باطلا، فهنا يبطل العقد كله -[17].

الفرع الأول: عدم جواز شرط إعفاء المقاول والمهندس المعماري من المسؤولية عن تهدم وتصدع البناء.إذتنص المادة 556 قانون مدني على أنه:**(يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه).**فبناء على هذا النّص، لا يجوزالاتفاق في عقد المقاولة على إعفاء المقاول والمهندس من الضمان العشري سواء كان إعفاء كليا أو جزئيا، لأنّ المشرع اكتفى بإيراد كلمة إعفاء بصورة عامة، وأن تبدأ مدة هذا الضمان من وقت تسلّم العمل نهائيا (المادة 2/554 قانون مدني). والسبب الذي يصبو إليه المشرع من تحمل المتدخلين- أي المقاول والمهندس- المسؤولية العشرية،هو منع التلاعب بأرواح الأشخاص، وذلك بإلزامهم باحترام أصول البناء وضمان متانته في جميع مراحل إنجاز البناء. فالبطلان لا يقتصر على الاتفاقات المعفية منالمسؤولية فقط،بل يشمل أيضا الشروط المخففة من المسؤولية[18]. وأنّ الضمان من النظام العام فكل شرط يقضي بخلاف ذلك يعد باطلا. لكن هل يجوز الاتفاق على الزيادة من الضمان؟ فبمفهوم المخالفة للمادة المذكورة أعلاه، فالاتفاق على الزيادة من الضمان أو التشديد منه جائز. كأن يتفق صاحب العمل مع المقاول أو المهندس على أن يتحمل هذا الأخير التهدم الذي ينشأ عن الزلزال مثلا، فهذه تعد ضمانة قوّية لصاحب العمل .

الفرع الثاني: حالة الغش والخطأ الجسيم

يحتل مبدأ حسن النية أهمية كبرى عند تنفيذ العقد طبقا للمادة 107 قانون مدني. ولذا فالإخلال بهذا المبدأ يدل على سوء نية المدين أي أن تصرفه منطويا على الغش أو الخطأ الجسيم. وإن كانت معظم التشريعات المدنية المقارنة قد أجازت اتفاقات تعديل المسؤولية العقدية ووجوب الأخذ بها تكريسا لمبدأ الحرية التعاقدية وقوتها الإلزامية، إلا أنها استثنت

تلك التي تتضمن الغش أو الخطأ الجسيم. إذ اعتبرت مثل هذه الاتفاقات باطلة. وتطبيقا لذلك ما أوجبه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 178 قانون مدني [19]، والتي تنص على ما يلي:**(... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلاّ ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم...)**.وهو نفس المعنى الذي ورد في السطر الأخير من المادة172 من نفس القانون .فبناء على هاذين النصين، يمكن للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية إلّا إذا ثبت غشه أو خطئه الجسيم. لأن ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم أثناء تنفيذ التزامه التعاقدي قرينة على سوء نيته، فهذا يخرجه من دائرة المسؤولية العقدية ويدخله في دائرة المسؤولية التقصيرية، ويترتب على ذلك مساءلته عن الضرر المتوقع وغير المتوقع. إلا أنه ما يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 178 قانون مدني المذكورة أعلاه، تناولت جواز الإعفاء من المسؤولية عند عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي دون الإشارة إلى حالة التأخر في تنفيذه رغم أن هذه الحالة الأخيرة تشكل أيضا إخلالا بالتنفيذ . فالمقصود بالغش، هو كل عمل غير مشروع ينوي من قام به إحداث ضرر بالغير أي الدائن. أو هو كل عملامتناع يقع من المدين أو أحد تابعيه بقصد إحداث الضرر بالغير الذي هو طرف في العقد. وبهذا يقترب الغش من دائرة الخطأ العمد.أمّا الخطأ الجسيم، فهو الخطأ الذي يصدر عن إهمال ويرتب الضرر للغير ودون أن يقترن بنيّة الإضرار به. أو كما يعرفه البعض بأنه الخطأ الذي لا يصدر عن أقل الناس حذرا وحيطة .[20]ومن خلال ما سبق، هو تأكيد بطلان شرط إعفاء المدين من المسؤولية العقدية في حالة ثبوت الغش أو الخطأ الجسيم [21]إلاّ أنه استثناء يمكن للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، كما ورد في الفقرة الثانية من المادة 178 قانون مدني، كما يلي: **(...غير أنه يجوز أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه...)**.والحكمة من ذلك، تتجلى في أن بعض التابعين ينفذون أعمال المتبوع وفق لوائح وتعليمات الأخير، وهذا لا يعني أن يصبحالمتبوع مسؤولا عن جميع أخطاء التابعين، خصوصًا في مجال القيام بالمهام المخولة لهم.[22]

الفرع الثالث: عدم جواز إعفاء المنتج والمهني في مواجهة المستهلك

تحتل مسألة اتفاقات تعديل أحكام المسؤولية بالإعفاء أو التخفيف منها عن العيوب الخفية التي تظهر في المنتوجات، أهمية كبيرة في نطاق عقود البيع التي تبرم بين المستهلك والمهني باعتبار هذا الأخير محترفا ومسيطرا لما له من نفوذ، قد يسعى لإدراج مثل هذه الاتفاقات التي تهدر حقوق المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة. ولذا سعت معظم التشريعات إلى حظر وإبطال مجمل اتفاقات تعديل المسؤولية وبالخصوص اتفاقات الإعفاء والتخفيف من مسؤولية المحترفين في مواجهة المستهلكين. ومن بين هذه

التشريعات التشريع الفرنسي. إذ أخذ بمبدأ عدم جواز إعفاء المهني المنتج من المسؤولية في قانون حماية وإعلام المستهلكين حول السلع والخدمات رقم 78-23 مؤرخ في 10 يناير 1978[23]، وذلك في المادة 35 منه .إذ اعتبر باطلا الشرط الذي يرد في عقد بيع يبرم بين مهني من ناحية وغير مهني أو مستهلك من ناحية أخرى، ويكون موضوعه أو أثره، إسقاط أو إنقاص حق غير المهني في التعويض عن إخلال المهني بأيّ من التزاماته. ثم أكده المشرع أيضا في المسؤولية المستحدثة للمنتج عن فعل منتوجاته المعيبة لحماية المستهلك العادي الذي يقوم بعملية استهلاك المنتوج بشكل نهائي أي المستهلك النهائي[24].إذ جاء في المادة 1245-14 تقنين مدني فرنسي والمطابقة تماما لنص المادة 12 من التوجيه الأوروبي رقم 85-374[25]، كما يلي :

(كلّ الشروط التي تهدف إلى إعفاء أو الحد من المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة تعتبر ممنوعة و كأنها لم تكن) .[26]وبناء على ذلك، أن كل شرط يدرجه المهني في عقد الاستهلاك من شأنه الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها يعد باطلا وغير مكتوب لمصلحة المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في هذا العقد.لأن مثل هذه الشروط تخدم مصالح المهنيين، ولذلك فهي تعسفية، مما يترتب عليها بطلانها واعتبارها كأن لم تكن. وهوما قرّرته محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر في 1978/11/22 ،وتتلخص وقائع هذا الحكم في كون إحدى الشركات المنتجة للمبيدات الحشرية، أدرجت ضمن تعليمات طريقة الاستعمال، بندا يقضي بإعفائها كلّيا من المسؤولية إذا لم يحقق المنتوج في بعض الحالات الغاية المرجوّة منه، بل وبإعفائها كذلك مما قد يترتّب عن استعماله من أضرار، وعند مطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي نجمت عن هلاك بعض أشجار العنب بعد رشها بهذا المبيد، تمسّكت ببند الإعفاء.

الفرع الرابع: عدم جواز الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسدية.

ثار خلاف فقهي حول مسألة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسدية بين اتّجاه مؤيّد لبطلانها واتّجاه مؤيّد لصحتها، وذلك لغياب نصوص تشريعية تقيّد من حق المدين في اشتراطها. إذ يستند أصحاب الاتجاه القائل بصحة الاتفاقات إلى القول أنها لا تنصب على الشخص في حياته وسلامته، لكونها مخالفة للنظام العام، بل ينصب الاتفاق على تعويضات عن الحوادث التي تصيب الإنسان.أمّا الاتّجاه الآخر المؤيد لبطلانها، يرى أن الأضرار التي تصيب الإنسان في جسده أو حياته لا يمكن أن تكون محل لأيّ اتفاق. كما أن الشعور العام في المجتمع يأبى ويرفض مثل هذه الاتفاقات التي تؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسدية[27].فمثل هذه الاتفاقات باطلة وعديمة الأثر إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى عدم مسؤولية المدين عن الإخلال بضمان سلامة الأشخاص.[28]أما في الجزائر فرغم عدم وجود نص صريح في القانون يبطل أيّ اتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسدية، إلاّ أن المساس بجسد الإنسان موجب

للتعويض وأن الحق في السلامة الجسدية ، حق مكفول دستوريا[29]. في حين هناك قوانين عربية، كقانون الموجبات والعقود اللبناني تقرّ صراحة ببطلان أي اتفاق حول الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسدية وذلك في المادة 139منه[30]، في كون البنود التي تعفي من المسؤولية العقدية عن الأضرار الجسمانية باطلة، وذلك لكون حياة الإنسان وسلامته تتعلقان بالنظام العام .[31]أمّا الأضرار الواقعة على الأشياء فهي خاضعة للأصل العام القاضي بجواز الإعفاء من المسؤولية الناجمة عنها ما لم يرتكب المدين غش لكون هذا الأخير يفسد كل المعاملات.

المبحث الثاني: حالات تدخل القاضي لإعادة التوازن المالي للعقد

القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز للقاضي أن يعدّل العقد أو أن ينهيه قبل تنفيذه بهدف إعادة التوازن المالي المختّل،إلا مراعاة لظروف اقتصادية تحول دون تنفيذه أو تجعله مرهقا أو تجعل تنفيذه مجحفا لطرف ما لغرض تحقيق مصلحة طرف آخر، ويتّضح ذلك من خلال النقاط الآتية:

المطلب الأول: حدوث ظروف طارئة

قد تعترض العقد أثناء تنفيذه ظروف طارئة تؤدي إلى اختلال توازنه المالي. وفي هذا يرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، أن نظرية الظروف الطارئة هي نظرية ظهرت لِتُصلح اختلال التوازن المالي للعقد في مرحلة تنفيذ العقد.[32]فالظرف الطارئ هو الظرف الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين إرهاقا يهدده بخسارة فادحة، وفي هذه الحالة لا ينقضي الالتزام، بل يجب ردّه إلى الحد المعقول[33].وبهذا يمكننا القول أن نظرية الظروف الطارئة وجدت لهدف تيسير تنفيذ العقد لمصلحة المدين بدلا من فسخه.ومعظم التشريعات الحديثة أخذت بنظرية الظروف الطارئة كاستثناء عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لما تحققه من عدالة عقدية، ومنها المشرع الجزائري في المادة 3/107 قانون مدني، والتي جاءت كما يلي: **(...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).**ويفهم من النّص، أن المشرع منح للقاضي سلطة للتدخل ليس لإنهاء العقد، بل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول والذي لو نفذه المدين في هذه الحالة لما ألحق به خسارة فادحة نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية التي لم تكن متوقعة من المتعاقدين عند التعاقد مما أدّى إلى اختلال التوازن العقدي [34]مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر ثم يقلّ المتداول منها في السوق لظرف طارئ، فهنا يجوز للقاضي أن ينقص الكميات التي التزم المدين بتوريدها إلى حد يجعل الالتزام غير مرهق .والجدير بالذكر أن المشرع لم يوضح المقصود من مصطلح –رد الالتزام المرهق إلى

الحد المعقول_ والذي قد يتمثل إمّا في تخفيف من التزام المدين أو إعفائه منه أو زيادة التزام الدائن[35]، أو وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ[36].مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشا، ولكن الارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد.[37]إلاّ أنّه وعلى كل حال، فإن السلطة الممنوحة للقاضي مقيّدة ببعض الضوابط التي يجب عليه مراعاتها عند إجراء التعديل.

المطلب الثاني: في حالة ورود شروط تعسفية في عقود الإذعان

الأصل أن العقد تسبقه مفاوضات ومناقشات عديدة، إذ لا يقدم الأطراف على إبرامه إلا بعد التأكد من وجود مصلحة لهما على خلاف الحال في عقد الإذعان الذي يسلم فيه القابل بشروط يضعها الموجب دون مناقشة. .لقد نظم المشرع عقود الإذعان في المادة 70 قانون مدني والتي تنص على ما يلي:**(يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها)**. ويفهم من خلال النص، أن عقد الإذعان هو العقد الذي يملي فيه أحد الأطراف في العقد شروطه التعسفية على الأخر الذي ليس له الحق في مناقشتها، فإن قبلها ووافق عليها تكوّن العقد وإن رفضه لا وجود له. ويعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب[38]. أو كما يعرف، بأنه العقد الذي يتعلق بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية للمستهلك أي التي لا يمكن الاستغناء عنها كون أحد طرفي العقد يتمتع باحتكار فعلي أو قانوني، وبموجب إيجاب أو إعلان عام موجه إلى الجمهور أو إلى فئة معينة منهم .[39]أما الشرط التعسفي فهو الشرط المحرر مسبقاً منجانب الطرف ذو النفّوذ الاقتصادي القوّي والذي يخوّله ميزة فاحشة على حساب الطرف الأخر. وفي هذا الصدد سار الفقه على خطى القضاء، إذ اعتبر الشروط التعسفية التي يضعها الطرف ذو النفوذ الاقتصادي ليقبلها الطرف الآخر الضعيف، من الشروط المخلّة بالنظام العام وأن أساس بطلانها هو افتراض عدم الثقة في الطرف الأول.ويترتب على ذلك أن كل شرط يورده في العقد بهدف الإعفاء من المسؤولية يكون باطلا.[40]وقد عرّف المشرع الجزائري، الشرط التعسفي في المادة 3/ 5 من قانون رقم 04-02، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[41]،كما يلي:**(شرط تعسّفي: كلّ بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد)**.وقد عرّف أيضا الإذعان في المادة 70 قانون مدني على ما يلي: (يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها).كما تنص المادة 110 قانون مدني على ما يلي: (**إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان**

قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاقا على خلاف ذلك).وبناء على ذلك، إذا تضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل تلك الشروط أو إعفاء الطرف المذعن أي الضعيف منها بهدف رفع الظلم والعنت عليه، ولتحقيق العدالة التعاقدية.وبخصوص التفسير في عقود الإذعان جاء نص المادة112من نفس القانون كالآتي:**(غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن).**يتضح من النّصوص المذكورة، أن المشرع أراد أن يحمي الطرف المذعن حماية فعالة من تعسف الطرف القوي الذي غالبا ما يدرج في العقد شروطا تعسفية لا يملك الطرف المُذعَن إلا القبول. وبغية إعادة التوازن العقدي ،خول للقاضي سلطة التدخل في عقود الإذعان التي تتضمن شروطا تعسفية بالتعديل أو إعفاء الطرف المذعن منها باعتبارها وسيلة لتحقيق التوازن العقدي عن طريق إنقاص من التزامات هذا الأخير، التي قد ترهق كاهله، فتعديلها لصالحه أو إعفاءه كلية منها، من شأنها التخفيف من التزاماته.[42]ولا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي التي تعتبر من النظام العام، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 110 قانون مدني على ما يلي: :**(... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).**كما لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن طبقا للمادة 112 قانون مدني.

المطلب الثالث: في حالة الشرط الجزائي

الأصل أن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض، باعتباره يشكل ضمانة قوّية لحماية حقوق الأفراد. لكن قد يتّفق الطرفان مقدما على تقدير مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي. يعرف الشرط الجزائي ،بأنه بند يتعهد بموجبه طرف في العقد تجاه المتعاقد معه بدفع تعويض ثابت يتم تحديده مسبقًا في حالة عدم تنفيذ كليًا أو جزئيًا لالتزاماته.[43]

كما يمكن تعريفه، بأنه مبلغ يحدده المتعاقدان مسبقا يدفعه المتعاقد الذي يخلّ بالتزامه سواء تمثل هذا الإخلال في عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذه. ويرى بعض الفقه الفرنسي جوسرانJOSSERAND، فيليب لوتورنوLETOURNNEAU Philippe أن الشرط الجزائي هو تعويض يدفع إلى الدائن الذي تضرر من عدم التنفيذ للالتزام الأصلي طبقا للمادة 1229 قانون مدني[44]. إلاّ أنه ما يلاحظ على هذا التعريف، أنه يحصر التعويض في عدم تنفيذ الالتزام الأصلي دون مراعاة حالة التأخر في تنفيذه.

أما بالنسبة لشروط استحقاقه باعتبار تعويضا حدده المتعاقدان سلفا هينفسها شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة، وتتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بالإضافة إلى شرط الإعذار.إلا أنه خروجا على مبدأ القوة لملزمة للعقد وللحد من مغالاته، أجاز

المشرع للقاضي في حالات معينة تعديل الشرط الجزائي منعا للإجحاف والتعسف الذي قد يمارس من قبل طرف قوي،إما بالتخفيض منه أو الزيادة حتى الإعفاء منه حسب الحالة.

الفرع الأول: تدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي،

بناء على المادة 184 الفقرة الثانية قانون مدني، والتي تنص على ما يلي:**(...يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه..).**

مبدئيا أن الشرط الجزائي يستحق كاملا متى أثبت الدائن إخلال المدين بتنفيذ التزامه إعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد. أما إذا فاقت قيمته قيمة الضرر الفعلي و تسبب في اختلال التوازن المالي، فهنا يجوز للقاضي تخفيضه ليصبح متناسبا مع الضرر كما لو نفذ المدين جزء من التزامه، إذ من غير المعقول أن يلزم المدين بكامل مقدار الشرط الجزائي أو إذا كان الشرط الجزائي مبالغا فيه،أو مفرطا [45].مثلا في عقد البيع بالتقسيط يُتفق على أنه إذا لم يدفع المدين أحد الأقساط في ميعاده ، يلتزم بدفع شرط جزائي تحدد قيمته بالأقساط الباقية، مما يجعله شرطا جزائيا مبالغا فيه ومنافيا لمبادئ العدالة.[46]

ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على عاتق المدين.وأن يكون هناك اتفاق على التنفيذ الجزئي، وفي هذه الحالة يكون القاضي قد احترم إرادة المتعاقدين اللذان قصرا الشرط على حالة عدم تنفيذ الالتزام كلية.إضافة إلى الشروط المذكورة، يشترط أن يكون المدين حسن النية. [47]

الفرع الثاني:تدخل القاضي لزيادة الشرط الجزائي

فبناء على المادة 185 قانون مدني التي تنص على ما يلي:**(إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما).**يستفادمن النص، أن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي الذي يعتبر في هذه الحالة بمثابة تخفيف من المسؤولية، كما أن القاضي لا يحكم إلا بقيمة الشرط الجزائي حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن[48].أي أنّ المشرع قد سلب القاضي صلاحية الزيادة في قيمة الشرط، إذ يجد القاضي المدني نفسه في هذه الحالة مقيّدا ومغلول اليدين عن مراجعة قيمته أمام صراحة وصرامة نص المادة المذكورة أعلاه. إذ لا يمكن للقاضي الحكم بأكثر من ذلك المبلغ، وإلا كان حكمه مشوبا بعيب مخالفة القانون، وبهذا يكون المشرع الجزائري متأثرا بتشريعات بعض الدول كالقانون المصري عكس المشرع الفرنسي الذي سمح للقاضي من تلقاء نفسه ودون طلب من الخصوم بتعديل التعويض المذكور بالشرط الجزائي إذا كان مغالى فيه أو زهيدا جدا،وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 1152 قانون مدني[49]التي أضيفت بموجب القانون رقم 85-1097 مؤرخ في 11 /1985/10 . إلّا أن المشرع الجزائري سمح للدائن أن يطالب بزيادة الشرط إذا أثبت أن

المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وبالتالي كان على القاضي زيادة قيمة الشرط الجزائي حتى يتساوى مع مقدار الضرر.

الفرع الثالث: حالة الإعفاء من الشرط الجزائي

إذا أثبت المدين بأن الدائن لم يلحقه أي ضرر، أو أن الشرط الجزائي باطل،فهنا يتدخل القاضي لإعفاء المدين منه أي بتعبير آخر استبعاده في حالة انعدام الضرر، فقد نصت المادة 184 قانون مدني على أنه: **(لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أنّ الدائن لم يلحقه أي ضرر).**يستفاد من هذا النص أنّ استحقاق الشرط الجزائي مرتبطا ارتباطا وثيقا بتحقق ضرر يلحق الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه الأصلي. فالضرر هو مناط تقدير الجزاء الواجب أداؤه، ويترتب على هذا أنّ انتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدين.(50)أما في حالة بطلان الشرط الجزائي، ففي هذه الحالة أن الضرر قد يلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام، إلا أن هذا الأخير لا يستحق التعويض لبطلان الشرط نفسه لسبب ذاتي أو بطلانه بصورة تبعية لبطلان الالتزام الأصلي.

خاتمة

توصلت من خلال دراستي لهذا البحث إلى ما يلي:

-سعي معظم التشريعات ومنها المشرع الجزائري،إلى تحقيق العدل والتكافؤ بين المتعاقدين وإعادة التوازن العقدي،لتشجيع المعاملات المالية كأداة لتطوير الاقتصاد ودعم احتياجات المواطنين، لكن لن يتحقق ذلك إلا من خلال الحد من مبدأ القوة الملزمة المسيطر على تلك المعاملات العقدية، وذلك بمنح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الحق في العدول عن العقد أو من خلال إبطال اتفاقات الأطراف التي ترمي إلى إعفاء طرف قوي أي المهني من المسؤولية أو الحد منها، إضرارا بالطرف الآخر أي الدائن، سواء في مجال الأضرار الجسدية أو في عقود الاستهلاك المبرمة بين المتدخل والمستهلك أو حتى في حالة انطواء تصرف المدين أي المهني على الغش والخطأ الجسيم .بالإضافة أن هناك قيود وضعها المشرع لحماية المصلحة العامة، أو لحماية أحد أطراف العقد وذلك بمنح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو التي تجعل تنفيذ التزامه مرهقا بسببها أو بسبب أجنبي أو تعديل شرط جزائي وغيرها والتي قد يكون فيها أحد الأطراف ضحية كل هذه الشروط.

وبناء على ذلك، توصلت إلى إيراد **بعض الاقتراحات:**

-يخلو القانون المدني الجزائري من تنظيم مسألة إبطال اتفاقات الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسدية، رغم أن المتفق عليه أن حياة الإنسان وسلامته لا يمكن أن تكون محل اتفاقات. لذا نقترح تدخل المشرع لتنظيم هذه المسألة.

-بالرغم من تكريس المشرع الجزائري للمسؤولية الخاصة بالمنتج عن منتوجاته المعيبة، من خلال المادة 140 مكرر قانون مدني ، إلا أنه لم ينظم حكم الاتفاقات التي قد ترد في عقود الاستهلاك والمتضمنة إعفاء المنتج أي المتدخل من المسؤولية رغم ورودها في قانون رقم 04-02 المذكور سالفا . ولذا ندعوه إلى النص صراحة على بطلان مثل هذه الاتفاقات إذا وردت في عقود الاستهلاك لتحقيق حماية مثلى للمستهلك.

-إذا كان المشرع قد منح للمستهلك حق العدول عن العقد، إلا أنه لم ينظم أحكامه كما فعلت بعض التشريعات. ولذا نأمل أن يسارع إلى إصدار نصوص تنظيمية لتنظيم هذا الحق كآلية ضرورية لتحقيق التوازن المالي بين المستهلك الإلكتروني والمورد الإلكتروني.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

-عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن-دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة-دار النهضة العربية، القاهرة، مصر2005.

-رشوان حسن، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، بدون مكان النشر، 1994.

-محمد يونس،حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، أكاديمية شرطة دبي2016.

-عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004.

- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام،مصادرالالتزام،دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية 2002.

-مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الأول(العقد)، بيروت، 1995.

-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام(مصادر الالتزام)، منشأة المعارف الإسكندرية 2004.

---------- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي-الجزء السادس الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998 .

---------نظرية العقد، ج 2،ط2منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

-مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العام، مطبعة جامعة دمشق، طبعة 2، 1960.
-محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، إسكندرية ، مصر 2007.
-سي يوسف/ كجار زاهية حورية، أثار الالتزام في ضوء القانون المدني الجزائري، (دراسة تحليلية ومدعمة باجتهادات فقهية وقضائية)، الناشر بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر 2021.
-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، الهدى للنشر، الجزائر 2010.

ثانيا: المقالات

-فاطمة الزهراء تبوب ربحي، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 10، العدد03، ديسمبر 2019، (ص ص 790-811).
-دلال تفكير مراد العارضي، حالات بطلان بعض اتفاقات تعديل المسؤولية العقدية، مجلة آداب الكوفة، الجزء الثاني، العدد 45، ربيع الأول 2020، (ص ص 344-366).
- ابن النوّي خالد، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد واشتراط الشروط المقترنة بالعقد،مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد08،ج2، جوان 2017، (ص ص874-892).
- مصدق فطيمة الزهراء، بقة عبد الحفيظ، حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة،المجلد6، العدد 02، سنة 2021، ص ص (347-334).

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

- يحيى أحمد بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود (دراسة مقارنة) بين القانون المصري والإنجليزي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان للدراسات العربية العليا، 2007.
- أحمد مفلح عبد الله خوالده، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري)، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا ،جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007 .
-أسيل حسن رضا، دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2015.

-عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين. 2007
-عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين 2007.
-فارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015 .
-عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر 1983.

رابعا: النصوص القانونية

-النصوص القانونية الوطنية
-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
-قانون رقم 04-02 مؤرخ في2004/06/23، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،جريدة رسمية عدد 41، صادر في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 46، مؤرخة في 2010/08/18.
-قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية، عدد 15 لسنة 2009 معدل ومتمم بقانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 يونيو2018، جريدة رسمية، عدد 35، مؤرخة في 13 يونيو 2018.
-قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة رسمية، عدد28 مؤرخة في 16 مايو 2018.
-النصوص القانونية الأجنبية
-قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري لسنة 2010. جريدة رسمية، عدد 09 مؤرخة في 2010/09/28.
- قانون رقم 2017-203 مؤرخ في 21 فيفري 2017 المتعلق بقانون الاستهلاك الفرنسي المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 0045 مؤرخة في 2017/02/22.
قانون الموجبات والعقود اللبناني،صادر في 1932/3/9.
-التوجيه الأوروبي رقم 577- 85 مؤرخ في 20 ديسمبر 1985،
-القانون المدني المصري رقم 131-1948، مؤرخ في: 1948/7/29 معدل ومتمم -
قانون مدني فرنسي الصادر في 21 مارس 1804 المعدل والمتمم

خامسا : المراجع باللغة الفرنسية

- AmélieGautier Qu'est-ce qu'une clause pénale ? téléchargé du site://www.captaincontrat.com/contrats
-SAVATIER, René, les contrats de conseils professionnels en droit privé, Dalloz, 1972, p 138
-Yves GUYON, droit des affaires, T1, 8eme éd,Economica,Paris1994,p91

الهوامشوالمراجع المعتمدة:

1 - يحيى أحمد بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد (دراسة مقارنة) بين القانونالمصري والإنجليزي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان للدراسات العربية العليا، 2007، ص182.

2 -عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقار، - دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة-، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر2005 ، ص 16.

3 - أما المقصود بتعديل العقد، بأنه تلك العملية التي يمكن أن تحدث أثناء تنفيذ العقد ويكون مقتضاها إدخال تغير جوهري, أو تغير غير جوهري. انظر في هذا الصدد:
-رشوان حسن، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، بدون مكان النشر، 1994، ص 188.

4 -أسيل حسن رضا، دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2015، ص 35.

5 - قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية، عدد 15 لسنة 2009 معدل ومتمم بقانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 يونيو2018، جريدة رسمية، عدد 35، مؤرخة في 13 يونيو 2018.

6 -محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، أكاديمية شرطة دبي2016، ص17.

7 -عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004، ص 768.

8 - قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة رسمية ، عدد28 مؤرخة في 16 مايو 2018.

9 - تنص المادة 22 من قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، على ما يلي:**(في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لأجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج .....)**

كما تنص المادة 23 من نفس القانون على ما يلي:**(يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا....).**

10 - عكس المشرع القطري الذي لم يستعمل مصطلح العدول، بل استعمل مصطلح الفسخ أو إنهاء العقد دون إخلال المورد بالتزاماته العقدية. انظر في هذا الصدد المادة 57 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري لسنة 2010. جريدة رسمية، عدد 09 مؤرخة في 2010/09/28.

11 - فاطمة الزهراء تبوب ربحي، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي،المجلد 10، العدد03، ديسمبر 2019، ص801.

12 - تحددها المادة 222-7 من القانون رقم 2017-203 مؤرخ في 21 فيفري 2017 المتعلق بقانون الاستهلاك الفرنسي المعدل والمتمم، كما يلي:

(Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités).

13 - Article L221-25 /2 du code de consommation français modifié en 2017 , dispose :

(.. Le consommateur qui a exercé son droit de rétractation d'un contrat de prestation de services ou d'un contrat mentionné au premier alinéa de l'article L. 221-4 dont l'exécution a commencé, à sa demande expresse, avant la fin du délai de rétractation verse au professionnel un montant correspondant au service fourni jusqu'à la communication de sa décision de se rétracter ; ce montant est proportionné au prix total de la prestation convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni…)

14- وعلى سبيل المثال، التوجيه الأوروبي رقم 577- 85 مؤرخ في 20 ديسمبر 1985، إذ نص في مادته السادسة على ما يلي:(...بأنّه يقع باطلا أي شرط يقضي بحرمان المتعاقد من ممارسة حق الرجوع كما لا يجوز لمن تقرر له التنازل عنه للغير). مأخوذ من مرجع : عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق،ص 770.

15-art L. 242-13 code consommation Français: (**Tout manquement aux dispositions des articles L. 221-18 à L. 221-28 encadrant les conditions d'exercice du droit de rétractation reconnu au consommateur, ainsi que ses effets, est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 15**

000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale)

16 - وتطبيقا لذلك، ما ورد في المادة 178 الفقرة الثانية قانون مدني، كما يلي:(يجوز الاتفاق على يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة...).

17 وهذا طبقا للمادة 104 قانون مدني جزائري:(**إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله).**

18 -مثلا لا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة الضمان بجعلها أقل من عشر سنوات؛ لأن مثل هذا الاتفاق يعدّ حداً من الضمان. إلا أن القانون المدني المصري أجاز إنقاص هذه المدة في حالة انصراف إرادة المتعاقدين إلى أن يبقى البناء مدة أقل من 10 سنوات. مأخوذ من مرجع: عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين. 2007ص99.

19 - تقابلها المادة 2/217 قانون مدني مصري، كما يلي:(...وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم...).

20 - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية 2002، ص237.

21 -وقد اتجه القضاء المصري إلى إعمال المساواة بين الغش والخطأ الجسيم وذلك في عدة أحكام قضائية. وقد رتب على الخطأ الجسيم ، تغيير وصف المسؤولية الواقعة على عاتق المدين من دائرة المسؤولية العقدية إلى دائرة المسؤولية التقصيرية .انظر في هذا الصدد: دلال تفكير مراد العارضي، حالات بطلان بعض اتفاقات تعديل المسؤولية العقدية، مجلة آداب الكوفة، الجزء الثاني، العدد 45، ربيع الأول 2020،ص 348.

22 - أحمد مفلح عبد الله خوالده، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري)، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا،جامعة عمان العربية للدراسات العليا، نيسان 2007 ، ص 65.

23 - J.O.R.F, du 11 /01/ 1978.

24 -يقصد بالمستهلك النهائي بالذي يقتني سلع أو خدمات أو يحصل عليها مجانا لتلبية حاجاته الشخصية والعائلية أي ليس لأغراض مهنية .وبهذا يستبعد من نطاق الحماية، المستهلك المهني الذي يعد شخص غير ضعيف مثل المستهلك العادي، إذ حتى لو تعامل خارج نطاق تخصصه، فسيكون أكثر إلماما بخصائص المنتوج.
مأخوذ من مرجع: Yves GUYON, droit des affaires, T1 , 8eme éd,Economica,Paris1994,p91.

25 - Article 12 de la directive 85/374 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, dispose **:(-La responsabilité du producteur en application de la présente directive ne peut être limitée ou écartée à l'égard de la victime par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité**).

26 - Article 1245-14 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant reforme du droit des contrats , du régime général et de la preuve des obligations dispose **:(Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites**…).

27 - دلال تفكير مراد العارضي، مرجع سابق، ص350.

28 - مأخوذ من مرجع: أحمد مفلح عبد الله خوالده، مرجع سابق، ص126.

29-تنص المادة 39 من دستور سنة 2020 على ما يلي:(... يحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة..).

30 - تنص المادة 139 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي:(البنود النافية للتبعة وبنود المجازفة تكون صالحة معمولا بها على قدر إبرائها لذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطئه غير المقصود، ولكن هذا الإبراء نحصر في الأضرار المادية لا في الأضرار التي تصيب الأشخاص، إذ إن حياة الإنسان وسلامته هي فوق كل اتفاق).

31 - مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الأول(العقد)، بيروت،1995،ص 548.

32 -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام(مصادر الالتزام)، منشأة المعارف الإسكندرية 2004، ص 515-516.

33 -مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العام، مطبعة جامعة دمشق، طبعة 2، 1960، ص339.

34 - ولذا يمكن القول إن الظرف الطارئ يتفق مع القوة القاهرة في عدم التوقع، لكن هناك اختلاف بينهما. فالظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام ممكنا لكنه مرهقا. أما القوة القاهرة، فتجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

35 - إذ بهدف إعادة التوازن المالي للعقد والحد من الإرهاق الذي يواجه المدين، قد يعمد القاضي إلى زيادة التزام الدائن. إلا أن هذا الأخير لا يجبر على قبول الزيادة، إذ له حق فسخ العقد لكن دون أن يثبت له الحق في التعويض.

36-إن أهم تطبيق على الظرف الطارئ في وقتنا الحالي، هو انتشار فيروس كوفيد 19 الذي أثر سلبا على مجمل المعاملات المالية في شتى مجالات الحياة وخاصة الصحة . ولذا لا يمكن أن يقارن إطلاقا بالظرف الطارئ البسيط الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقا فقط.

37-عبد الرزاق السنهوري،مصادر الحق في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بالفقه الغربي-الجزء السادس،الطبعة الثانية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،1998،ص27.

38 - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2،ط2منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 279.

39 - وقد نشأ عقد الإذعان مع التطور الاقتصادي الذي ساهم في ظهور شركات إنتاجية عملاقة ومؤسسات تحتكر إنتاج وتوزيع السلع والخدمات الضرورية. واستطاعت على إثر ذلك أن تفرض شروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد دون أن يكون لهم الحق في مناقشتها.وأمثلة على عقود الإذعان كثيرة، كالتعاقد مع شركة الكهرباء والغاز أو مع شركة المياه أو مع شركة التأمين.

40-SAVATIER, René, les contrats des conseils professionnels en droit privé, Dalloz,1972, p 138.

41-قانون رقم 04-02 مؤرخ في2004/06/23، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،جريدة رسمية عدد41، صادر في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، جريدة رسمية عدد 46، مؤرخة في 2010/08/18.

42 - مصدق فطيمة الزهراء، بقة عبد الحفيظ، حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد،مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد6، العدد 02، 2021، ص324. (334-347).

43- Amélie Gautier Qu'est-ce qu'une clause pénale ? téléchargé du site://www.captaincontrat.com/contrats

44 - L'article 1229 code civil français dispose ***:(la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale).***

45 - لم يعرف المشرع الجزائري، الإفراط رغم أنه سببا موجبا لتدخل القاضي لتخفيض قيمة الشرط. ويمكن تعريفه بأنها المبالغة لدرجة كبيرة، أي بلوغ الزيادة حدا لا يتسامح معه الناس عادة.

46 -عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة) مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر 1983، ص 189.

47 -فارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015،ص94.

48 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، الهدى للنشر، الجزائر 2010، ص90.

49 -Article 1152 code civil français dispose :(**(..Néanmoins le juge peut même d'office, modérer ou augmenter la peine)**

50 -بن النوي خالد ، مرجع سابق ، ص889.