جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان – الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الأساس في المسؤولية التقصيرية وفي العقد

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه (ل.م.د)

تخصص: قانون قضائي

إعداد الطالبة:

سعيدي إكرام نهال

إشراف:

أ.د. رايس محمد

لجنة المناقشة :

أ.د. شهيدة قادة	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. رايس محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د. بسعيد مراد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	ممتحنا
أ.د. فرعون محمد	أستاذة التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	ممتحنا
أ. فرحي محمد	أستاذ محاضر أ	جامعة تلمسان	ممتحنا

السنة الجامعية: 2025-2026

بسم الله الرحمن الرحيم

{يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ

الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ

حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ۝ }

[المائدة: 1].

« Le droit n'est pas un édifice figé : il est un récit en devenir, un effort toujours recommencé pour dire le juste. »

-François Ost, Raconter la loi, aux sources de l'imaginaire juridique.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي سدد الخطى وشرح الصدر حمدا يليق بجلالة قدره.

وبعد الحمد لله، أتوجه بالشكر إلى أستاذي المشرف البروفيسور رايس محمد الذي منحني من وقته الثمين ومن بحر معلوماته ومن خبرته الواسعة.

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء اللجنة على تشريفهم لي بقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع.

الإهداء

إلى صاحب الفكر المستنير، الذي كان لي مرشدا أمينا، أبي.

إلى ضياء الحكمة، التي وضعت الجنة تحت أقدامها، أمي.

إلى أخي أنيس، مؤنس وحدتي وسندي.

إلى الأهل والأصدقاء.

إلى رفقاء المشوار.

إلى كل زملائي وأساتذتي الذين سلكوا معي دروب العلم والمعرفة.

اهدي إليكم هذا الجهد المتواضع رمزا للعطاء وعرفانا بالجميل.

قائمة بأهم المختصرات:

أ- باللغة العربية

د س: دون سنة

د ط: دون طبعة

ص: صفحة

ط: طبعة

ق م ف: القانون المدني الفرنسي

ق م: القانون المدني

ب- باللغة الأجنبية

- Arch : Archives
- Arr : Arrêté
- Art : Article
- Ass.plén: Assemblée plénière
- Aud.son : Audience solennelle
- Cc: cour de cassation
- Ch: Chambre
- Chron: Chronique
- Civ: civil
- Com. : Arret de la chambre commercial de la cour de cassation.
- Com: commercial
- Concl. : Conclusions
- D: Dalloz
- DP: Dalloz périodique
- Ed: édition
- G.P: Gazette du palais
- IR: informations rapides du recueil Dalloz
- JCP: la semaine juridique
- LGDJ: Librairie générale de droit et de jurisprudence
- LPA: Les Petites Affiches
- N: Numéro
- Obs : Observations

- Op., cit.: Opus Citatum
- P : page
- P.p.: pages de.. à..
- PUF: Presse Universitaire de France
- RIDC: Revue internationale de droit comparé
- RTDciv: Revue trimestrielle de droit civil
- T: Tome
- Vol: Volume

مقدمة

المسؤولية المدنية التقصيرية والعقد يعتبران من بين المصطلحات الأكثر استعمالا في قانون الالتزامات. إلا أنه في غياب أساسا لهما، يكون من الصعب تحديد هويتهما القانونية.

البحث عن ظهور[1] المسؤولية المدنية التقصيرية يكون في القانون الروماني وفي قانون أكيليا « lex aquilia » بصفة خاصة، ويعود هذا القانون إلى القرن الثالث قبل الميلاد.

وجود التسمية لمصطلح "المسؤول" أو "المسؤولية" Responsabilité في اللغة الفرنسية كان سابقا ببضع سنوات عن الاعتراف به من قبل الأكاديمية الفرنسية الذي لم يتم حتى عام 1798. وتم تحديد المبدأ العام للمسؤولية في القرن السابع عشر في 1689 في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي أُخذت كما هي من طرف المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة للعقد، فإن أول تجميع للقواعد التعاقدية يعود إلى عهد جستنيان Justinien في عام 529. كان قانون العقود معروفًا بالفعل في بلاد الرافدين تحت حكم الآشوريين، والرومان طوروه على نطاق أوسع. لكن في عام 1804 تم جمع قانون العقود في القانون المدني الفرنسي الذي أخذ به المشرع الجزائري.

[1] DESCAMPS Olivier, « La responsabilité civile », histoire de la justice, Paris, 2009/1, n°19, p.p. 291-310.

إن توضيح المصطلحات التالية: الأساس، المسؤولية التقصيرية والعقد أمر ضروري قبل الخوض في عرض هذه الدراسة، ويتطلب البحث عن معنى الأساس استبعاد بعض المفاهيم المشابهة له.

الأساس هو ليس الأصل، نجد أصول المسؤولية المدنية في القانون الروماني والقانون الكنسي في العصور الوسطى الذي يعني قانون الكنيسة بين القرنين الحادي عشر والثالث عشر.

ولم يتم الاقرار بمبدأ عام للخطأ حتى القرن السابع عشر، ويفسر هذا الأصل بثلاثة أسباب: أولاً، المسؤولية مرتبطة بوجود الإنسان "أن تكون انسانا هو على وجه التحديد أن تكون مسؤولا" وفقًا للفقيه Saint Exupéry، ثانيا، البحث عن العدالة، فمن وجوه تكريس العدالة أن الشخص الذي يلحقه ضرر يطالب بالتعويض، وأخيراً الحفاظ على النظام العام، فعدم تكريس هذا المبدأ هو بلا شك يؤدي إلى العودة لقانون الغابة[1]، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، يأتي مفهوم العقد كما يعرف الان من مبادئ الفكر في عصر الأنوار ومبدأ سلطان الإرادة.

الأساس هو ليس الأساس القانوني، فهذا الأخير هو ما يُرخص قانونًا بوضع القاعدة القانونية، وهو ما يعطي الحق. وهذا هو شرط صحة المسؤولية المدنية وفقا للمادة 124 من القانون المدني والعقد الوارد في المادة 54 من القانون

[1] DESCAMPS Olivier, l'article 1382 du code civil : les origines de la responsabilité civile, ministère de la justice. Disponible sur Article 1382 du code civil : les origines de la responsabilité civile – YouTube.

المدني، هي الأسس القانونية التي يعتمد عليها العقد والمسؤولية التقصيرية وهذا يختلف عن مسألة التبرير.

الأساس هو ليس الوظيفة، وفقًا للمفهوم الكلاسيكي، فهناك وظيفتان في المسؤولية المدنية، أي هدفان، أو سببان للوجود: المعاقبة على السلوك غير المشروع الذي يسبب الضرر (الوظيفة المعيارية) la fonction normativeوتصحيح الضرر الذي لحق بالضحية (الوظيفة التعويضية) la fonction indemnitaire.

فالوظيفة المعيارية تقوم بتوجيه السلوك وترتبط بالشخص المسؤول عن الفعل الضار، في حين أن الوظيفة التعويضية متوخاة لصالح المتضرر. ومسألة تعويض المضرور تستنكر التوازن بين الوظيفتين. وللإشارة فيمكن أن تتطور الوظيفة التعويضية على حساب الوظيفة المعيارية.

أما في العقد، فتعني الوظيفة المعيارية احترام الكلمة المعطاة والوظيفة التعويضية بالتعويض عن الضرر الذي لحق الدائن.

الأساس هو ليس الفعل المنشأ، عند دراسة أركان المسؤولية المدنية بدون تحديد النص القانوني المستهدف فهنا نكون بصدد الحديث عن الفعل المنشأ إلا أن دراسة نفس هذه الأركان مع تحديد النص المطبق ففي هذه الحالة، الأمر يتعلق بالخطأ، مثلا لما تكون المسؤولية عن الفعل الشخصي المنصوص عليها في المادة 124 من القانون المدني. بينما نكون أمام فعل منشأ عندما يسبب الشيء في إحداث الضرر وفقًا للمادة 138 من القانون المدني. ونكون أمام الفعل المنشأ كذلك في مسؤولية المنتج المنصوص عليه في المادة 140 مكرر، ويكمن في عرض المنتوج للتداول. لذا فإن الفعل المنشأ يمكن أن يكون فعل أو خطأ. تُظهر

القراءة المزدوجة للمادة 124 من القانون المدني والمادة 138 من القانون المدني أن الفعل المنشئ قد يشكل خطأ أم لا.

في نظام المسؤولية الموضوعية، لا يتعلق الأمر إلا بالفعل المنشأ.

وإلى جانب هذا التمييز الثلاثي، لا يتضمن القانون المدني تعريفا للفعل الذي ينشأ عنه مسؤولية مدنية. ولكن كما يوحي الاسم، يجب أن ينشأ هذا الفعل ضررًا.

أما في العقد، يكمن الفعل المنشأ في عدم التنفيذ أو التنفيذ الجزئي أو التأخر في التنفيذ.

والأساس ليس هو الأساس بالمعنى المقصود في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي لا يزال مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بمفهوم السبب الذي لا يزال مثيراً للجدل فقهيا. فيعتبر سبب الدعوى هو الأساس غير أن أوجه الجدل ترتبط بمفهوم السبب فهل هو واقعة مادية مولدة للحق أم القاعدة القانونية مستند إليها.

من الناحية الفلسفية، يمكن تعريف الأساس على أنه «المبدأ الذي يقوم عليه نظام الدعم أو القواعد الذي يجعلها مشروعة من وجهة نظر منطقية أو أخلاقية أو قانونية»[1].

ولكن من وجهة النظر القانونية، لفهم الجوانب الخفية للأساس، من الضروري الإشارة إلى تحديد ما يسمى بأساس القاعدة، فإن البحث عن السبب هو الذي

[1] CUVILLIER Armand, Nouveau vocabulaire philosophique, Armond Colin, France, 1957, p. 81.

يبررها، ويوجب البحث عن أساس قاعدة قانونية خارج القانون، أي في مبدأ ما وراء القانونmétajuridique .

والسبب هو أنه لا يمكن للمرء أن يجد الأساس لقاعدة يضعها القانون نفسه. يعني ألا يمكن لقاعدة قانونية أن تبرر قاعدة قانونية أخرى أو التأكد على أن هذه القاعدة عادلة أو غير عادلة. وما تجعله ممكنا هو السماح بالتقييم أو الحكم على صحتها. وبعبارة أخرى، يجب البحث عن أساس القاعدة القانونية في قاعدة فوق قانونيةsupra-juridique، أي قاعدة منطقية وأخلاقية وقانونية وسياسية.

وتحدد هذه الاعتبارات خصوصية العقد والمسؤولية المدنية.

ثم يتعلق الأمر بتحديد "لمذا" أي السبب والأسباب التي دفعت المشرع في عام 1804 إلى إنشاء العقد والمسؤولية باعتبارهما منشئان للالتزام ذلك لتبرير عقاب المسؤول.

في المفهوم الكلاسيكي أو التقليدي، أساس المسؤولية التقصيرية يعتبر ذاتي أو فردي عندما تكون هذه المسؤولية قائمة على فكرة الخطأ لتبرير التعويض، أما ما يسمى بالنظرية الحديثة، وجراء الحداثة الناتجة عن الثورة الصناعية والميكانيكية، يدعو الخطأ إلى مفاهيم أخرى متمثلة في الخطر والضمان. وهنا يحدث التحول نحو ما يسمى بالمسؤولية الموضوعية، أي التحول القائم على أساس موضوعي.

والنقاش القائم حول أساس المسؤولية التقصيرية يتعلق خاصة بمكانة الخطأ فيتساءل الفقه حول إبقاء المسؤولية المدنية قائمة على الخطأ أو لا بد من وضع مفهوم آخر قادر على تبرير إدانة الشخص المسؤول خاصة أمام الحقائق الجديدة.

وهذا التساؤل حول أسس المسؤولية لا يزال قائما[1].

من ناحية أخرى، في المفهوم الكلاسيكي، يقوم العقد على مبدأ سلطان الإرادة، أي ما يسمى بالأساس الذاتي مع وضع الأطراف على قدم المساواة، ولكن هذه المساواة ليست حقيقية، وقد أدى هذا المفهوم إلى عدم المساواة حيث أن الطرف القوي يفرض شروطه على الطرف الآخر الضعيف.

ولكن في مواجهة هذه الثغرة، هناك الأسس الموضوعية البديلة الأخرى مثل التوجيهية التعاقدية[2]le dirigisme contractuelle، النافع والعادل[3] l'utile et le juste والتضامن التعاقدي[4] le solidarisme contractuelle، وتجدر الإشارة على أنه لا تخلو هذه النظريات من العيوب.

ولكن إلى جانب هذا النهج[5] الذي يستند إلى الأساس في تحديد المسؤولية المدنية والعقد، فيجب القول أن المسؤولية المدنية والعقد محددان أيضا قانونًا.

---

[1] BACH Lucien, « Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français» , *RTDciv*, 1977, Paris, p.17 et suivants. ainsi que 273 et s.

[2] هو اتجاه جديد مثار في الفقه الحديث والذي يشير إلى فرض القانون والدولة للمزيد من القواعد الملزمة في مراحل تكوين وتنفيذ العقد من أجل حماية الطرف الضعيف ولتحقيق أهداف المصلحة العامة والعدالة الاجتماعية.

[3] يشير النافع والعادل إلى فكرة أن العقد لا يستمد شرعيته من إرادة الطرفين فحسب، بل أيضا من قدرته أن يكون مفيدا لتلبية مصالح المتعاقدين، وعادل لاحترام التوازن وفقا لمتطلبات العدالة وفقا للنظام الاجتماعي.

[4] يشير التضامن التعاقدي إلى أن العقد ليس أداة للتبادل الفردي وفقط وإنما هو أيضا رابطة للتعاون: الطرفان لهما واجبات الولاء والمساعدة، بما يتجاوز مصالحهما الشخصية، من أجل ضمان التوازن والتنفيذ الجيد للعقد.

[5] التمييز بين النهج والمنهج: النهج هو زاوية أو طريقة رؤية الموضوع أما المنهج فهو الطريقة المتبعة للتحليل.

ومن وجهة النظر هذه، تُفهم المسؤولية المدنية التقصيرية بفكرة الاهتمام بحماية المضرورين. ويحتل المضرور مكانة مركزية في القانون الوضعي للمسؤولية المدنية، التشريعية منها والتنظيمية.

ولكن في مواجهة الوقائع والكيانات الجديدة الناشئة عن البيانات التكنولوجية الاقتصادية والاجتماعية[1]، تواجه المسؤولية التقليدية أزمة حقيقية[2].

لكن النتيجة الرئيسية لهذا التعريف الكلاسيكي هي وضع فكرة الخطأ في قلب المسؤولية المدنية والتي تأثرت بالفكر الكنيسي[3]. ويهدف مفهوم الخطأ إلى ربط المسؤولية المدنية بالمسؤولية الأخلاقية.

أراد المشرع الفرنسي في عام 1804 إعطاء جذور أخلاقية للمسؤولية المدنية، فالخطأ ضروري لتبرير التعويض. ويأخذ بأحادية الخطأ دون الخوض في تدرج الخطأ[4]. وتقتصر المادة 124 من القانون المدني باللغة الفرنسية على الاستنساخ الحرفي للمادة 1842 من القانون المدني الفرنسي (المادة 1382 سابقا). شرح أحد الأساتذة[5] هذا التقليد القانوني باعتبارات عملية منكرة لفكرة التثاقف القانونيl'acculturation juridique. مع أن السلطة التشريعية الجزائرية كرست مفهوم «الفعل الضار» الذي يشمل جميع حالات الضرر.

[1] VINEY Geneviève, Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, 2em éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 27.
[2] TERRE François, « Propos sur la responsabilité civile », *Arch.phil.droit*, T.22, Paris, D, 1977, p.37 et suivant
[3] VINEY Geneviève, op. cit., p. 23.
[4] VINEY Geneviève, op. cit., p. 24.
[5] SAIDI Mustapha, « le délit civil et le contrat dans le code civil évolution "bijectiviste" perfectible », *Annales de l'université d'Alger*, V.30, N3, Alger, 2016, p.p. 35-46.

وفيما يتعلق بمفهوم العقد، فاعتبره أحد الفقهاء بأنه مفهوما قانونيا تبريره الوحيد يكون عمليا بدلا من أن يكون مفهوما مجردا بحت. ويمكن أن تقدم فكرة الوظيفة هذه حلولاً متعددة فيما يتعلق بمجال العقد[1].

في القانون الانجليزي Common law، الهبة لا تعتبر عقدًا. وكذلك الأفعال التي تنقل الملكية أو تنشأ ضمانات باستثناء بيع الممتلكات المنقولة.

في القانون الألماني، النقطة الأساسية هي في التصرف القانوني"rechtgeschaft"، يتم تعريف العقد «vertrag» في القانون المدني الألماني" BGB" على أنه تصرف قانوني ذو التكوين الثنائي. ولا ينقل العقد الملكية ولا ينشئ ضمانات إلا بتسليم المنقول أو بإعداد سند عند الموثق فيما يخص العقارات.

في القانون الفرنسي، تعتبر الهبة عقد ولكن يجب أن تتخذ شكلًا معينا حتى يعترف بها القانون الوضعي، ويتم نقل الملكية من خلال مجرد تبادل الإرادتين[2].

في القانون المدني الجزائري، يعرف العقد في المادة 54 من القانون المدني على أنه "اتفاق يلتزم بموجبه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص اخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

[1] GHESTIN Jacques, « le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, Nice, 2000, n°92, n°1, p.p. 81-100.
[2] GHESTIN Jacques, op. cit., p.p. 81-100.

وبالتالي، فإن العقد هو تطابق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية عكس الاتفاقية، ويعترف به القانون و/أو القاضي على هذا النحو. لكن العقد يظل شريعة الطرفين والقاضي في خدمة العقد وتحديد مضمون العقد مسألة تخص الطرفين[1].

ولذلك، فإن هذا التعريف للعقد يعتبر التراضي وتطابق الإرادة كعنصرين أساسيين تضاف إليهما حرية الأطراف وشرعيتها، غير أن هذا المفهوم أدى إلى حالات عدم مساواة أدت إلى وضع ما يسمى بالأسس البديلة، ولا سيما التوجيهية التعاقدية، التضامن التعاقدي والنافع والعادل التي تعتبر نظريات لا تخلو من العيوب.

الإشكالية التي تطرح هي إلى أي مدى يساهم الأساس، كنموذج (paradigme)، في تحسين التفسير التقليدي أو الكلاسيكي للعقد والمسؤولية التقصيرية؟ خاصة في مواجهة المستحدثات الجديدة الناتجة عن تعقيد تنظيم المجتمع؟

علما أن المجتمع الجزائري انتقل من مجتمع زراعي وحرفي إلى مجتمع تجاري وصناعي ثم إلى مجتمع رقمي وتكنولوجي[2].

هذا التعقيد في المجتمع لا يخلو من العواقب على تطور القانون.

[1] MONEBOULOU MINKADA Hervé Magloire, « La question de la définition du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionelle», *juridical tribune, Review of Comparative and international law*, Roumanie, 2014, Vol.4, Issue.1, p. 89.

[2] MANUEL Castells, The rise of the network society, V1: The information age: economy, society and culture. 2em éd., Blackwell, Cambridge, MA ; Oxford, UK,1996, p. 28 et p. 33.

ويعود اختيارنا لهذا الموضوع لمجموعة من الأسباب المتمثلة في:

دراسة هذا الموضوع يساعد في تغيير «العادات الفكرية» المتمثلة في الروتين الفكري، حيث دأب رجل القانون في الجزائر تقبل النظام القانوني في شكله القديم التقليدي المنبعث من قانون 184 كواقع غير قابل للتغيير.

تكشف الإشكالية عن كمال الازدواجية بين الذاتية والموضوعية مما يستوجب التحقق من ذلك.

توفر المراجع العامة فيما يخص المسؤولية التقصيرية والعقد.

الميول الذاتي والمهني.

أما عن الدراسات السابقة، فرغم وجود العديد من المصادر والمراجع العامة في مادة الالتزامات الذي ذكر فيه الأساس كجزئية غير أنه لم نجد دراسات معمقة حول الأساس بذاته وإنما مواضيع أخرى تعالج جزئيات معينة كانت بمثابة معلومات قبلية لابد من الاطلاع عنها قبل الخوض في الموضوع.

الأهمية النظرية لهذه الدراسة تتمثل في أن المسؤولية والعقد تشكل جزءا أساسيا من قانون الالتزامات، الذي من دونه لن يكون من الممكن إتقان القانون المدني. ومن الناحية العملية، فيفرض قانون الالتزامات كمادة أساسية للحصول على الشعب المهنية. وعلاوة على ذلك، فإن العقد والمسؤولية هما وسيلتان لا يقتصر عملهما على تنظيم السوق فحسب بل أيضا على إعاقته.

وعند دراسة هذا الموضوع، قابلتنا بعض الصعوبات المتمثلة في:

هذا الموضوع يجعل من الممكن إدراك عدم كفاية النظام القانوني لعام 1804 الذي يعتبر حاجزا أمام التطورات السريعة في المجتمع الجزائري الحالي.

ينطوي النظام القانوني لعام 1804 على الكشف في مجال الأسس الموروثة عن السياق الاجتماعي والتاريخي والديني للعقد والمسؤولية المكرسة في القانون المدني الذي أراده واضعه «الامبراطور نابليون» أبديا فيستوجب الوصول إلى هذه الخلفيات[1] خبرة كبيرة في مادة الالتزامات.

يكمن الهدف الرئيسي للموضوع والذي من الصعب الوصول إليه في تجنب استخدام التناقضات بين العقائد في النظم القانونية المتداخلة.

من بين الصعوبات العملية هي ندرة المراجع باللغة العربية التي تعالج موضوعنا بصفة خاصة مما يستوجب الترجمة الدقيقة.

وللإجابة على الإشكالية السابقة الذكر تم الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي وكذلك المقارن وذلك راجعا لمتطلبات الموضوع وطبيعته لما يقتضيه من تحليل ووصف لمختلف المعلومات والبيانات وكذا مختلف القوانين والقرارات القضائية الوطنية والأجنبية خاصة الفرنسية.

[1] MARTIN Xavier, Mythologie du code Napoléon aux soubassements de la France moderne, 2em éd., revue et corrigée, Poitiers, Dominique Martin Morin, 2003, p. 286,337,455.

وارتأينا اقتراح الأساس كوسيلة تحليل في **محوري** دراستنا:

الباب الأول: الأساس في المسؤولية التقصيرية.

الباب الثاني: الأساس في العقد.

الباب الأول:
الأساس في المسؤولية التقصيرية

الأساس هو نقطة انطلاق لنظام الأفكار، ويرتبط بالعلوم القانونية بصفة عامة وبالمسؤولية التقصيرية بصفة خاصة.

من الصعب فهم مصطلح الأساس الذي كما قال الفقيه G.SOULIER عند دراسته لأساس مسؤولية الإدارة: " أن الأساس هو مصطلح غامض، والقول مثلا أن القاضي قد أسس حكمه على الخطأ، فمعنى ذلك أنه علل حكمه بالخطأ.. لكن لما يتم الحديث على أساس المسؤولية. فالأمر يتعلق بشيء أعمق.. وتتعلق المسألة هنا بتبرير ضرورة وجود المسؤولية...[1]".

في عدة قوانين كلاسيكية للعديد من الدول، تم تكريس المسؤولية التقليدية الفردية القائمة على الخطأ، وتم وضع القواعد العامة للمسؤولية من خلال المسؤولية عن الفعل الشخصي. وبالتالي الخطأ هنا هو محور المسؤولية التقصيرية، وتأخذ العلاقة السببية أهمية ثانوية[2].

لكن بظهور الثورة الصناعية والآلات أصبح من الصعب إثبات الخطأ عند حدوث أضرار وهذا ما أدى إلى ظهور المسؤولية الموضوعية غير القائمة على الخطأ.

[1] SOULIER Gérard, « Réflexions sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », *R.F.D.P*, Paris, 1969, p. 1051.
[2] DOMINGUEZ Ramon, « Le fondement de la responsabilité délictuelle dans certaines législations de l'Amérique Latine », *Revue internationale de droit comparé*, vo19, n°4, Paris, 1967, p. 919.

وعليه، فهذا التطور أدى إلى وجود تنافس بين الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية التقليدية (الفصل الأول)، والأساس الموضوعي للمسؤولية التقصيرية (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

الأساس الذاتي للمسؤولية التقصيرية

تقوم المسؤولية الذاتية على رؤية إنسانية للمجتمع، حيث يتمتع كل فرد، الذي يتسم بالعقلانية، بإرادته الحرة وأنه سيد نفسه ومصيره (سواء في الأشياء الكبيرة أو الصغيرة). فكل شخص عند تصرفه بحرية وبكامل إرادته، عليه تقبل المسؤولية عن عواقب أفعاله.

فالحرية والضمير والمسؤولية مفاهيم متكاملة لا تنفصم: فالمسؤولية تفرض مسبقا الضمير والحرية، ولا يمكن للشخص أن يكون حرا وواع بضميره إلا إذا كان مسؤولا[1].

ومن هذه الرؤية تقوم المسؤولية الذاتية التي تضع الخطأ كحجر الزاوية تدور حوله كل المسؤولية.

ويسعى الفقه منذ سنوات إلى البحث والتساؤل حول مفهوم الخطأ كأساس ذاتي للمسؤولية التقصيرية، إلا أن لا جدال حول مكانة فكرة الخطأ[2] المعترف بها في المسؤولية التقصيرية (المبحث الأول) التي أصبحت معززة بتكريسها في القانون المدني (المبحث الثاني).

[1] LE TOURNEAU Philippe, L'éthique des affaires et du management au XXe siècle, D, Paris, 2000, p. 65.
[2] RADE Christian, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *Recueil D*, 32e CAHIER, CHRONIQUE, France, 1998, p. 300.

المبحث الأول: مكانة الخطأ في المسؤولية التقصيرية

إن الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، قد مر بمراحل مختلفة، إذ أن المسؤولية في بدايتها كانت مستقلة عن الخطأ، ثم بعد ذلك أصبح يشترط خطأ المتسبب في الضرر لإمكان إلزام المسؤول بتعويض الضرر الذي سببه[1].

الخطأ هو فكرة تحمل العديد من الوظائف؛ فهي تعتبر أساسا للمسؤولية المدنية وشرطا لهذه المسؤولية في آن واحد. فالخطأ ضروري كأساس (المطلب 1) ولكنه غير كاف كشرط لهذه المسؤولية (المطلب 2).

المطلب الأول: ضرورة الخطأ كأساس

تعود ضرورة الخطأ كأساس في تفسير قواعد قانون المسؤولية إلى فكرة دوامه وبقائه كأساس (الفرع الأول). لكن هذا الاستقرار في بقائه لم يكن ممكنًا إلا بشرط التجديد (الفرع الثاني). ويستند التمييز بين الدوام والتجديد إلى فكرة حماية حقوق المضرورين.

الفرع الأول: ديمومة الخطأ كأساس

الخطأ يعتبر نقطة البداية، ويمكن تعويض الضرر لأن هذا الأخير يشكل نتيجة للخطأ [2] فقيام المسؤولية يتطلب وجود السببية وعلاقة بين السبب والنتيجة[3]

[1] رايس محمد، المسؤولية المدنية للمحامي، مجلة الحقوق، المجلد39، العدد3، جامعة الكويت، 2015، ص263.

[2] FENET Pierre-Antoine, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil suivi d'une edition de ce code,volum VI , T.XII, Paris, J.,-B Sirey, 1827, p.p 46-52 (Discours du Tribun).

[3] LE BOURG Johann & QUEZEL-AMBRUNAZ Christophe, Sens et non-sens de la responsabilité civile, CDPPOC, Chambéry, 2018, p. 151.

وكما قال الفقيه كربونييه CARBONNIER:" هذا المحرك – المتمثلة في الخطأ– هو ضروري لكل مجتمع يريد العيش"[1].

فيتم تفسير ديمومة الخطأ من خلال تطبيقاته المختلفة في القانون الوضعي على وجه الخصوص، وفي تطبيقه كذلك في النظم الخاصة[2]. وبناءا على ذلك، فإن هذه المسؤولية الموصوفة بأنها ذاتية لم تتمكن من إزالة تكريس مفهوم الخطأ.

بعد عام 1804، وبظهور الثورة الصناعية. أصبحت المسؤولية القائمة عن الخطأ مسؤولية بدون خطأ وذلك بهدف تحسين عملية تعويض المتضررين التي انتهكت حقوقهم. ذلك أن هذا الوضع، صار الخطأ عائقا في تعويض المضرورين نظرا لصعوبة اثباته وبالتالي، فالخطأ تحول إلى خطأ موضوعيا وهذا ما يضمن بقاءه. ويرجع ذلك إلى حقيقة أن الخطأ الموضوعي[3] هو فعل منشأ ومفهومه أوسع من الخطأ الذاتي. فهذا الأخير تخلى عن العنصر المعنوي الذي كان يعتبر حاجز

[1] CARBONNIER Jean, Droit civil, les obligations, T.2, 4ème ed, PUF, Paris, 1964. Traduction: " L'aiguillon de la faute est necessaire dans toute société qui veux vivre".

[2] قانون رقم 83–13 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية الصادرة في الثلاثاء 24 رمضان عام1403، العدد 28.

[3] ظهر هذا النوع الجديد من الخطأ (الخطأ الموضوعي) في القانون الفرنسي في المادة 489–2 من القانون 03 جانفي 1968 الذي حذف شرط الإسناد (الركن المعنوي) للأشخاص الذين يرتكبون خطأ ولهم أمراض عقلية، وهذا الحذف يعتبر الخطوة الأولى نحو موضوعية الخطأ. وامتد القضاء هذا الحل لمسؤولية الأطفال القصر. انظر:
Cinq arrêts Gabillet, Derguini, Lemaire, Fullenwarth, Djouab, Ass.plén., 9 mai 1984,D.1984.525, concl, notes Chabas : JCP 1984.ll.20255, note Dejean de la Bâterie ; RTDciv.Paris,1984.508 obs.J.huet..

لتعويض المضرورين[1]. ويشهد هذا التحول للخطأ الرغبة في الاحتفاظ به كأساس للمسؤولية لأن الخطأ الموضوعي يؤدي إلى قيام المسؤولية عن الخطأ، وليس المسؤولية دون خطأ "المسؤولية الموضوعية"، أي أن هذا الانتقال إلى الخطأ الموضوعي فهو يساهم في بقائه[2].

يدعم الخطأ فكرة بقاءه لما يغير من معناه خاصة بالدور المتاح له كسبب للإعفاء المادة 127 من القانون المدني، وكذلك بتكريسه في مختلف المسؤوليات: في المسؤولية عن الفعل الشخصي المادة 124 من القانون المدني، وفي المسؤولية عن فعل الغير المادة 134 من القانون المدني الذي يكون فيه الإخلال بالالتزام بالمراقبة مشكلا خطأ في الرقابة. ويمكن تفسير فكرة ديمومة الخطأ كذلك بتكريس الخطأ الجسيم وفقا للمادة 137 من القانون المدني لما يكون للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما ويكون سلوكه خارج تأدية وظيفته المادة 136 من القانون المدني.

وفي مستهل الحديث، تعزز أيضا هذه الديمومة للخطأ في تكريسه بصفة صريحة في التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني، فأصبح التعسف في استعمال الحق يشكل خطأ حسب المشرع. بالإضافة إلى إلغاء المشرع للمادة 135 من القانون المدني، فبإزالة المشرع لمسؤولية الدولة وتحميل

[1] GRARE Cothilde, Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation, nouvelle bibliothèque des thèses, D, Paris, 2005, p. 126.

[2] MAZEAUD Henri, « La faute objective et la responsabilité sans faute », *D*. Paris,1985, chron.13, p. 13.

المعلمين والمربيين مسؤوليتهم الشخصية، فقد عاد إلى تطبيق الشريعة العامة القائمة على الخطأ كجوهر النظرة الفردية[1].

ويستمر الخطأ في التطور من أجل تحسين حالة المضرورين، وخاصة للتكيف مع المستحدثات[2] الجديدة –وفقا للنظرة الكلاسيكية– وذلك من خلال حيل متعددة. فتحول الخطأ إلى خطأ موضوعي[3] بتقديره المجرد هو دليل على بقاءه كما ذكرنا سابقا. ومهما يكن الأمر، سواء كان ذاتيا أو موضوعيا، يظل الخطأ دائمًا هو الخطأ[4].

ومن الصعب تصور أن مؤيدي نظام 1804 يتخلون عن الأساس الذي يرتبط به الخطأ ارتباطًا وثيقًا، وحتى عندما يوصف الأساس بأنه بديل، فإنه لا يعمل إلا على التأقلم مع الأضرار الناتجة عن الحداثة. فالخطأ يبقى حجر الزاوية للمسؤولية عن الفعل الشخصي.

إن مفهوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية قضية معقدة ومتطورة باستمرار. ويسعى أنصار النظرة التقليدية[5] إلى تكييف المفهوم التقليدي للخطأ مع الاحتياجات

[1] SAIDI Mustapha, « Le délit et le contrat dans le code civil, "bijectivisme" perfectible », *Annales de l'Université d'Alger*, vol.30, No3, 2016, p. 42.

[2] التقنيات والوسائل الجديدة وكل مبتكر في مجال معين خاصة التكنولوجي.

[3] MAZEAUD Henri, « La faute objective et la responsabilité sans faute », op. cit., p. 13.

[4] LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Le droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, D, Paris, 2022, p. 283.

[5] PLANIOL Marcel, Traité élémentaire de droit civil, T2 : les obligations, 12e éd, refondue et mise à jour par George Ripert, LGDJ, Paris, 1939, p.p. 732-740 (chapitre sur la faute).

القانونية المعاصرة، فمن الصعب الوصول إلى ذلك مع مراعاة الأعراف الاجتماعية المتغيرة وأوجه التقدم التكنولوجي.

ويتيح الاقتراح الداعي إلى وضع أسس جديدة وتكييف المسؤولية مع ظهور الضرر الجديد، ولا سيما الضرر البيئي والصحي، وتتميز هذه الأسس الجديدة بتوسيع وظيفة المسؤولية المدنية لتصبح وقائية، بل وأكثر من ذلك لتصبح قانونا للتأمين[1].

نظرًا لكونه الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، فإن الخطأ هو جزء من فكرة ديمومة وجوده من خلال عوامل متعددة أخرى من بينها: الأخلاق والعدالة والدين.

الخطأ الذي يعادل فكرة الخطيئة للقانون الكنسي (le pêché) [2]يطبق كعقيدة. وبالتالي، لا يمكن المساس بها، هذا التقديس يضمن الاستقرار من ناحية. ومن ناحية أخرى، يتم تفسير دوام الخطأ كأساس أيضًا من خلال الأخلاق، فإن المبدأ العام للمسؤولية القائمة على الخطأ له وفقًا لـ TRUBIN TERRIBLE «قيمة دائمة عندما يتم تصوره كمبدأ أخلاقي موجود في قلوب جميع الأشخاص»[3]. ولا يزال «مبدأ الأخلاق السليمة» يعتبر عمودا أساسيًا للتشريع المستدام. وبالتالي،

[1] RADE Christophe, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D*, Paris, 1999. Chron., p. 313.

[2] La faute mise en évidence par les canonistes se distingue de l'ancien droit qui avait perpetué la conception casuistique hérité du droit romain qui se limité à certains dommages définis objectivement. Ceci dans le but de régir les comportements blâmables connu du législateur de 1804. LEQUETTE Yves & VINEY Geneviève, Quel avenir pour la responsabilité civile?, D, Paris, 2015, p. 23.

[3] FENET Pierre- Antoine, op. cit., p.p. 46-52 (Discours du Tribun).

لضمان جبر الضرر، فإن الخطأ يثار كوسيلة المسؤولية الأخلاقية لزيادة اليقظة ولتجنب الفوضى[1].

تأثر واضعو القانون المدني لعام 1804 من فقهاء الكنيسة مثل دوما DOMAT[2]. وتؤدي العلاقة بين المسؤولية المدنية والأخلاق إلى وضع «مفهوم الخطأ» في صميم المسؤولية المدنية. وفي السياق الاجتماعي التاريخي لعام 1804، كان الهدف في ذلك الوقت إعطاء جذور أخلاقية للمسؤولية المدنية كتأكيد لضرورة وجود خطأ ولإضفاء الشرعية على عملية التعويض[3].

العلاقة بين المبادئ القانونية والمبادئ الأخلاقية في مجال المسؤولية المدنية تجعل من الضروري مراعاة حالة مرتكب الضرر وحالة المضرورين؛ إنها مسألة تكييف الحلول المتوافقة مع الأخلاق الجديرة بالثناء[4].

إن التمييز التقليدي للخطأ المتخلي عنه لصالح المفهوم الموحد للخطأ المدني يستبعد جميع الفروق الأخلاقية الدقيقة. وعلاوة على ذلك، يستلزم التعويض الكامل للضرر مراعاة حجم الضرر وليس درجة خطورة الخطأ[5].

---

[1] VINEY Geneviève, Traité de droit civil, introduction à la responsabilité, LGDJ, 3ème ed, Alpha, Paris, 2019, p. 23.

[2] VINEY Geneviève, Traité de droit civil, introduction à la responsabilité civile, op. cit., p. 23.

[3] VINEY Geneviève, Traité de droit civil, introduction à la responsabilité civile, op. cit., p. 24

[4] LAMBERT-FAIVRE Yvonne, « L'éthique de la responsabilité », *RTDciv*, France, 1998, p 1 et s.

[5] VINEY Geneviève, Traité de droit civil, introduction à la responsabilité civile, op.cit, p.24.

لكن دوام وجود الخطأ يفسر أيضًا بمتطلبات العدالة، فقد تم تكريس الخطأ في المادة 124 من القانون المدني التي تضع نظامًا للمسؤولية العامة من أجل الاستجابة للمتطلبات الثابتة للعدالة صالحة لجميع المجتمعات البشرية، فالهدف هو وضع قواعد ذات نطاق عام أو عالمي. ففي هذه الحالة يكون الاقتناع بديمومة المسؤولية القائمة عن الخطأ أمر مؤكد بشدة. وتقييم المصالح يكون بتعويض الضرر وفقاً لمبادئ العدالة، وهذا هو السبب في وجوب التعويض عن جميع أنواع الأضرار بطريقة موحدة.

يحتج الفقهاء الكلاسيكيون مثل JOSSERAND و RIPERT بتراجع الخطأ لتعزيز فكرة ديمومة الخطأ. وبالتالي، عندما يتراجع الخطأ كفعل منشئ، فإنه بذلك قد يحد من نطاقه من خلال المسؤولية الموضوعية. وتم كذلك استخدام فكرة تراجع الخطأ من طرف الفقه لتبرير فكرة تطور المسؤولية خلال القرن التاسع عشر[1].وفي مستهل الحديث، فإن عمل القضاء لصالح تطوير المسؤولية بدون خطأ لم يكن خاليا من العواقب المترتبة على فكرة تراجع الخطأ.

وقد كرس المشرع، من جانبه، مسؤولية مستقلة عن الخطأ الذاتي، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الخاص المتعلق بتعويض ضحايا حوادث المرور وحوادث العمل. وينطبق الشيء نفسه على الفقرة 2 الملغاة من المادة 125 من القانون

[1] VINEY Geneviève, « De la responsabilité individuelle à la répartition des risques », *archives philosophie du droit*, Paris, 1977, p. 5 et suivant.

المدني، التي وضع فيها مسؤولية الأشخاص عديمي التمييز. وكان ضعف الخطأ أيضًا راجع لتأمين المسؤولية، وهذا ما جعل المؤمن يحل محل الشخص المسؤول.

صرح أحد الفقهاء انه بما أن القانون هو الذي جاء بفكرة الخطأ، فيمكن له أيضا التراجع عنها، بطريقة متغيرة إن لم تكن طارئة، تماشيا والقيم التي يقترحها المجتمع، ولما يقوم المشرع بتبني نظام قيم معين بدلا من نظام اخر بعد أن رأى أن الخطأ قد تخلى عن مكانته، فيفسر هذا الانتقال بحجة تطهير هذا المفهوم الذي تم تشويهه[1].

يستخدم مصطلح التراجع بالفعل كحيلة لتبرير أن الخطأ له دائمًا دور أساسي في المسؤولية المدنية حتى ولو ضعف. وتعزز العقيدة الكلاسيكية بدورها فكرة التراجع برفضها لفصل الخطأ عن المسؤولية[2].

وكما هو منصوص عليه في النظام القانوني الكلاسيكي لعام 1804، ومن أجل التكيف مع الحالات الجديدة، يجب أن يقبل الخطأ من خلال تفسير الاجتهاد القضائي الذي غالبًا ما يوافقه الفقه هذا الوضع مع الاحتفاظ بمعناه الأصلي. بمعنى أخر، للحفاظ على بقاء فكرة الخطأ، فلابد من تقبل فكرة تجديد هذا الخطأ[3].

[1] ROUHETTE George, « D'une faute à l'autre ? », *Revue française de théorie juridique*, n°5, PUF, Paris, 1987, p. 12.
[2] RADE Christophe, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D*, Paris, 1998, Chron.301.
[3] DRUFFIN-BRICCA Sophie & HENRY Laurence-Caroline, Droit civil : Les obligations, Gualino éditeur, Paris, 2004, p. 166.

الفرع الثاني: تجديد فكرة الخطأ

تجديد الخطأ في المسؤولية التقصيرية موضوع يتسم بأهمية بالغة في مجال القانون. ولئن كان مفهوم الخطأ ركيزة من ركائز قانون المسؤولية لعدة قرون، فإنه يتزايد التشكيك فيه وإعادة النظر فيه في ضوء التطورات القانونية والاجتماعية والتكنولوجية. هذا التجديد للخطأ ينطوي على فكرة التفكير في كفاية معيار الخطأ في المسؤولية في العصر الحديث وإبقائه كأساس للمسؤولية التقصيرية.

لكن قبل الخوض في كيفية تجديد الخطأ، فمن الضروري توضيح أسباب وعوامل هذا التجديد.

تغيرت الأعراف الاجتماعية والتقدم التكنولوجي بشكل كبير في السنوات الأخيرة. على سبيل المثال، تشكل قضايا المساءلة في الأمن السيبراني والروبوتات والذكاء الاصطناعي تحديات جديدة في مجال الجريمة المدنية. يجب أن يأخذ تجديد الخطأ هذه التغييرات في الاعتبار.

إن تعقيد إثبات الخطأ يمكن أن يجعل العدالة غير فعالة في قدرتها على التعويض. قد يسعى تجديد الخطأ إلى تبسيط الإجراءات القضائية عن طريق تقليل الحاجة إلى إثبات الخطأ في كل حالة. وبالتالي، فالنهج الذي ذهب له الفقه لإبقاء الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية هو تجديد فكرة الخطأ بتعديل معايير الخطأ. ومن ثمة يتمثل هذا النهج في إعادة تحديد معايير الخطأ. فعلى سبيل المثال،

اعتمدت القرارات القضائية المقارنة نهج «الخطأ الموضوعي»[1] الذي يستند في تقديره إلى معيار سلوك الرجل العادي وليس إلى شخصية الجاني والعنصر المعنوي.

في مفهومه الذاتي الأول، يتطلب الخطأ عنصرا ذاتيا يتوافق مع مفهومه الأخلاقي للعمل غير المشروع. أما في مفهومه الموضوعي[2] لا يكون الخطأ حتما متصلا بالأخلاق، يقوم الخطأ بمجرد وجود سلوك يبعد عن السلوك المألوف للرجل العادي، أي أن تقدير الخطأ يكون تقدير موضوعي، فلا يتعلق بذاتية ونفسية الشخص وإنما بسلوكه كما سنراه بالتفصيل لاحقا.

وجود الخطأ متعلق بتصرف الشخص بالنظر إلى سلوك معظم الأشخاص التي تكون في نفس الظروف. وبالتالي، فالخطأ يصبح اجتماعي لا أخلاقي، وهذا ما يعرف بالخطأ الموضوعي فهو يقوم دون تمييز. من السهل بعد ذلك إيجاد الخطأ في الكثير من الحالات ويعترف ارتكاب خطأ الأشخاص الذي يغيب عندهم التمييز[3].

[1] Cour de cassation, Ch. civile 2,9 mai 1984, n°82-16.073, Bull. civ. II, n°83, affaire Lemaire : les juges de la cour de cassation déclare que la faute civile est objective, et définie par rapport au comportement et non pas l'intention ou le discernement de l'auteur.
[2] CHABAS François, « Cent ans de responsabilité civile », *Gaz.Pa*.24 Aout 2000, Paris, 2000, p. 2.
[3] DRUFFIN-BRICA Sophie & HENRY Laurence-Caroline, Droit civil : les obligations, Annales 2005, Gualino ed, Paris, 2004, p. 170.

وتماشيا مع ذلك، فطبق القضاء هذا الحل لمسؤولية الأشخاص غير البالغين القصر[1]. فقضت الكثير من القرارات الفرنسية بأنه يأخذ بالخطأ المرتكب من طرف قاصر حتى ولو لم يكن قادر على تمييز الأثار المترتبة عن فعله كما جاءت في قرار Lemaire.

أما المشرع الجزائري فبموجب الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن للقانون المدني وقبل التعديل جاء في مادته 125 الفقرة 2 ب:"... غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على التعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم". فيكون المشرع بهذه المادة قد سبق واعترف بخطأ الشخص غير المميز.

يشهد هذا التحول للخطأ الرغبة في الاحتفاظ به كأساس للمسؤولية لأن الخطأ الموضوعي يؤدي إلى قيام المسؤولية عن الخطأ، وليس المسؤولية دون خطأ المسؤولية الموضوعية، أي أن تجديد الخطأ يساهم في بقائه[2].

بصرف النظر عن الحالة التي يكون فيها الخطأ كافيا لتقوم المسؤولية الشخصية للفرد، فإننا نلاحظ أنه يطبق حتى في الأنظمة الموضوعية. وهكذا، ففي

[1] Cinq arrêts Gabillet, Derguini, Lemaire, Fullenwarth, Djouab, Ass.plén., 9mai 1984, D.1984.525, concl, notes Chabas : JCP 1984.ll.20255, note Dejean de la Bâterie ; RTDciv. France, 1984.508 obs.J.huet.

[2] MAZEAUD Henri, « La faute objective et la responsabilité sans faute », op.,cit., chron.13.

المسؤولية الناتجة عن الأشياء، إبعاد الحراسة عن تدخل الشيء يؤدي إلى البحث في خطأ حارس الشيء. والخطأ موجود أيضا في المسؤولية عن فعل الغير في مسؤولية التابع والمتبوع.

إن خطأ المضرور هو مظهر اخر من مظاهر بقاء الخطأ، وجود خطأ المضرور يمكن من إعفاء المسؤول من المسؤولية. ولا يمكن انتساب المسؤولية كاملة إلى الشخص الذي ساهم في إحداث الضرر فإذا كان خطأ المضرور له خصائص القوة القاهرة، فسيتم إعفاؤه تماما من المسؤولية. خلاف ذلك، فإن المبدأ هو التضامن في المسؤولية، كل منهم يقدم تعويض وفقا لشدة الخطأ المرتكب.

نلاحظ أن المفهوم الموضوعي للخطأ يجعل من الممكن تحسين مسألة تعويض المضرور. لكن لما نطبقه كخطأ المضرور، فإنه يؤدي إلى النتيجة المعاكسة من خلال تفضيل التضامن في المسؤولية. وهذا إن دل عن شيء فإنه يدل عن غموض الخطأ وصعوبة استخدامه كمعيار للمسؤولية، وهو ما يفسر تردد الفقه والقضاء في الاحتفاظ به أم التخلي عنه تماما. وهذا نظرا لعدم وجود أساس يشرح لوحده قانون المسؤولية بأكمله، فلا بد من تنظيم تكامله[1].

[1] DRUFFIN-BRICCA Sophie et HENRY Laurence, Droit civil : les obligations, Annales 2004, op. cit., p. 166.

من أجل تحسين وضع المضرورين، كان من الضروري أولاً تغيير النظرة. في الواقع، أوضحت المسؤولية الموقف تدريجيا. وحتى بين مؤيدي الخطأ، يدرك الغالبية العظمى من الفقهاء[1] أن الخطأ وحده لا يسمح لتفسير قانون المسؤولية.

وقد أنشأ المشرع الفرنسي، من جانبه، العديد من حالات المسؤولية بدون خطأ، مثل قانون BADINTER المؤرخ 5 جويلية 1985 بشأن حوادث المرور. ويتبع القضاء نفس المسار الذي يكتشف، من خلال تفسير الفقرة 1 من المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي، المسؤولية عن الأشياء أو المسؤولية التي تقوم بقوة القانون للوالدين عن طفلهما القاصر. ففي الحالات الأخيرة، من الواضح أن الخطأ لم يعد أساس المسؤولية. ومن هنا تأتي الحاجة إلى اكتشاف أسس جديدة ذات صلة[2].

لكن من بين تحديات تجديد الخطأ هو الإنصاف والعدالة أي يجب أن يقترن تجديد الخطأ بضمانات لضمان الإنصاف والعدالة. وينبغي ألا يحرم النهج الجديدة المدعى عليهم من حقوقهم وألا تزعزع استقرار الأفراد ظلما.

وتكمن أيضا تحديات تجديد الخطأ في تكييف المعايير الجديدة مع خصوصيات كل حالة. قد تتطلب بعض الحالات نهجًا مختلفًا.

[1] CARBONNIER Jean, Droit civil – les obligations, T4, 21e ed., PUF, France, 2000, p.p. 217-220.
[2] LECOURT Arnaud, Fiches de droit des obligations, Ellipses, 6em édition, Paris, 2019, p. 249.

إن تجديد الخطأ في المسؤولية التقصيرية قضية معقدة ومتطورة باستمرار. وهي تسعى إلى تكييف المفهوم التقليدي للخطأ مع المتطلبات القانونية الحديثة، مع مراعاة الأعراف الاجتماعية المتغيرة وأوجه التقدم التكنولوجي. ومع ذلك، يجب تجديد الخطأ بحذر للحفاظ على العدالة وحماية المضرورين.

المطلب الثاني: الخطأ كركن

لا يزال الخطأ يعتبر شرطا أساسيا للمسؤولية، ولكن من أجل قيام المسؤولية يظل غير كاف في غياب الضرر (الفرع الأول) والعلاقة السببية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: العلاقة بين الخطأ والضرر

الضرر يعرف هيمنة الخطأ عليه لأنه ضعيف من الناحية المفاهيمية، الضعف الناجم بصفة خاصة عن عدم وجود تعريفه القانوني[1]. وهكذا يظل الضرر أسيرا لتصوره المفاهيمي. والابتعاد عن شروط الانتماء المفاهيمي القانوني الحصري[2]، فإنه يعرضه لقيود تتمثل في مدى قابلية القراءة والوضوح.

يتميز هذا الضعف المفاهيمي للضرر بعدم كفاية خصائصه وأنواعه.

عدم الدقة الناتجة عن خصائص أو صفات الضرر

[1] GRARE-DIDIER Clothilde, Recherche sur la cohérence de la responsabilité civile-l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation, Dalloz, Paris, 2003, p. 162.
[2] CORNU Gérard, Linguistique juridique, Ed delta Montchrestien, 2ème édition, p. 21.

لا يُنظر إلى الخصائص على أنها مطبقة بالمعنى الذي يقصده المشرع كنوع من اتفاقية اللغة في شكل فعل تشريعي[1].

وبغض النظر عن خاصية الضرر المتمثلة في وجوبه أن يكون **مؤكد** الوقوع فيجب ألا يكون الضرر القابل للتعويض محتملا. ولا يحول شرط التأكيد دون التعويض على الضرر المستقبلي.

يقتصر عمل القضاء على التلاعب بصفات الضرر وخصائصه للقضاء بتعويض المضرور من عدمه[2]. وبوجه عام، فإن الضرر المؤكد يمكن دعم وجوده مع صفة التأكيد التي قد تكون في الضرر الفعلي أو المستقبلي أو المحتمل.

والضرر الذي وقع بالفعل دليل في حد ذاته على تأكده وتحققه، في حين أن الضرر المستقبلي لا يعتبر مؤكداً إلا بشرط أن يؤدي إلى انتاج أثار في المستقبل؛ ومن ناحية أخرى، فإن الطبيعة المحتملة أو الافتراضية البحتة لا تتفق مع مفهوم تأكد الضرر. لا يمكن مثلا لسكان السد في صدد الإنشاء التذرع بخطر انقطاع الماء[3].

وبالتالي، فإن تحليل خصائص التحقق والتأكد لا يخلو من العيوب الناتجة على عدم الدقة المفاهيمية للضرر.

[1]Une sorte de convention de langage sous forme d'un acte de législation.

[2] LAPOYADE-DESCHAMPS Christian, travaux dirigés, le droit des obligations, ellipses, Paris, 1998, p. 128.

[3] LAPOYADE-DESCHAMPS Christian & MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie & BLOCH Laurent, le droit des obligations, Ellipses, Paris, 2008, p. 157 et suivant.

على الرغم من أن الضرر الحال الذي يحدث في الواقع الحالي يبدو مطابقا لمتطلبات التعويض الكامل، إلا أن لما هذا الضرر الذي لحق بالمضرور يكون في تغيير وتطور فإنه يكون في تشابه مع وصف آخر مثلا الضرر المستقبلي. وبالتالي، هناك احتمال استبدال التعويض وتقييمه بصفة مختلفة. ومن جهة أخرى، فإن فكرة "الخطر الحالي" لا تزال غير متوافقة مع فكرة الضرر المستقبلي بالنظر إلى معناها النظري. يفرق الفقه[1] بين الضرر المستقبلي المحقق والضرر المستقبلي المحتمل.

ولكن مراعاة الضرر المؤكد "certain" يكون فقط من أجل تعويض ضرر قد يخفي تفاقم أو تغير هذا الضرر الذي من المحتمل أن يحدث لاحقًا.

والأضرار المؤكدة، حتى بتوقعها في المستقبل، تظل قابليتها للتحقق أمر مشكوك فيه لأن السيطرة على الأمور المستقبلية تبقى مضطربة، وفي مفهوم التأكد[2] يجب أن يزال أدنى شك[3] يتم تضمينه في مجال المستقبل لذلك. والمستقبل يظل عيب جوهري لليقين والتأكد.

[1] BACCACHE-GIBEILI Mireille, Traité de droit civil, T5, Les obligations : la responsabilité extra-contractuelle, 3ed, catégorie, Economica, Paris, 2010, p. 429.

[2] CHONE-GRIMALDI Anne-Sophie, « Le préjudice dans la réforme de la responsabilité civile : observation article par article », *GP*, n°17,2017, Paris, 2017 p. 23

[3] LI- KOTOV TCHKINE Xiao-Ying, « Le certain en droit civil », *LPA*, n°133, Paris,1999, p. 12.

ويحاول الفقه[1] تدارك هذا القصور عن طريق مراعاة التأكد «النسبي» فقط بدلاً من «التأكد المطلق» أو عن طريق الاستعاضة عن «اليقين القانوني» بـ «اليقين العلمي»، فإن التلاعب الفقهي بمفهوم التأكد سيجعل من الممكن قبول أو عدم قبول تعويض المضرورين عن الأضرار الأسيرة لهذه الخصائص غير الدقيقة من الناحية المفاهيمية. لكن مرونة خاصية التأكد هذه تساهم في تطوير أضرار جديدة يتم تعويضها لصالح المضرورين.

وتعني خاصية المباشرة للضرر أي أن يكوم الضرر مباشر الذي يفرضه القضاء على أن يكون «نتيجة مباشرة للضرر الذي أحدثه» حالات ضعف التنفيذ، وعدم التنفيذ، والتأخر في التنفيذ وفقا للمادة 102 الفقرة 2 من القانون المدني الذي ينص على المسؤولية العقدية، ولكنه ينطبق أيضا على المسؤولية التقصيرية وفقا لما ذكره البروفيسور حسنين.

ويبدو أن خاصية الشخصية، أي أن يكون الضرر شخصي، تعتبر خاصية لا بد من وجودها لتعويض الضرر[2].

وتدعم هذه الخاصية الشخصية "personnel" من طرف الفقه[3] بحجة مستمدة على وجه الخصوص من المادة 2 الفقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية. ويضيف أحد الفقهاء أن الضرر لا يمكن تعويضه إلا إذا تعرض له الضحية

[1] MAZEAUD Henri, Léon, Jean, Leçons de droit civil, op., cit., p.p. 357-360.
[2] GRARE- DIDIER Cothilde, op. cit., p. 179.
[3] C. LAPOYADE-DESCHAMPS, Droit des obligations, op., cit., p. 153, citant Yves Chartier et Jean Carbonnier.

شخصياً في ممتلكاته أو شرفه أو عرضه. لكن يبدو أن هذا الشرط يعرف استثناءات فيما يتعلق بالمضرورين بسبب الارتداد[1] والجمعيات والأضرار البيئية.

بالنسبة للمضرورين عن طريق الضرر المرتد، يمكن تعويض الضرر حتى في حالة الخطأ عندما يكون الضرر شخصيًا. فخاصية الشخصية تجعل من الممكن التمييز بين تأثير خطأ صاحب الضرر على الضرر الذي لحق المضرور بالارتداد والضرر الذي لحق بالمضرور المباشرة[2]. وهناك فعل منشأ واحد يتسبب في أضرار تلحق بالمضرورين بصورة مباشرة وغير مباشرة أي بالارتداد.

وينبغي تقدير تأثير خطأ الشخص الذي ألحق ضررا مباشرا بنفس الطريقة فيما يتعلق بالمضرورين بالارتداد[3].

ولكن من خلال تطبيق الخاصية الشخصية في الضرر الناجم عن الارتداد، يمكن للورثة فيما يتعلق بالميراث عن طريق دعوى شخصية المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي لحق بهم من خسارة الناتجة لفقدان الشخص كعائل ومسؤول عن العائلة ولا يمكن ذلك في نطاق التعويض عن ضرر المتوفى، يبدو أن محاولة الورثة بتحويل معاناتهم لفقدان الشخص لنقود وتقديرها نقدا للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي أكثر إثارة للتساؤل.

---

[1] إبراهيم بن مختار، "التعويض عن الضرر المرتد في القانون الجزائري"، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، المجلد 10، العدد 1، 1997، ص 145.

[2] LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Le droit du dommage corporel- system d'indemnisation, op. cit., p. 173 et s.

[3] Arrêt de principe, chambres réunies du 25/11/1964, D, 1964. p. 764.

وتكمن الصعوبة في أن الشخص نفسه يمكن أن يرفع دعوى على أساس شخصي بسبب الضرر المرتد، وأيضا في نفس الوقت أن يرفعها بدلا من المضرورين المباشرين بصفتهم ورثة.

بالنسبة للجمعيات، منذ سنوات، يمكن للجمعية اتخاذ إجراءات قانونية لتمثيل المصالح الفردية لأعضائها بشكل جماعي للحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق بكل منهم، هذا ما جاءت به المادة 36 من القانون رقم 03-10 لسنة 2003 المتعلق بحماية البيئة فإطار التنمية المستدامة[1]، والجمعية يمكنها أيضًا الدفاع عن المصالح الجماعية بشرط أن تكون متوافقة مع غرض وجودها[2] كما نصت المادة 37 من نفس القانون. وعندما تدافع الجمعية عن انتهاك المصلحة الجماعية، يحتفظ بالتالي بالمفهوم العام لخاصية الشخصية للضرر.

وما يمكن قوله هو أن الضرر الجماعي لا يتعرض له شخصيًا أعضاء الجمعية نفسها، وإلا فإن الضرر سيكون فرديًا وليس جماعيًا. والضرر الجماعي لا يقتصر دائمًا على الدفاع عن المصالح الجماعية كما هو الحال بالنسبة للجمعية.

[1] القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية، العدد 43، 20 يوليو 2003.

[2] Civ, 3em, 26/04/2002, et Civ, 1ère, 18/09/2002, JCP, partie.2, 2008, p.1200

لما يكون الضرر الجماعي[1] الذي لا يقتصر بالمساس بمجموع المصالح الفردية التي يعاني منها أعضاء المجموعة، في هذه الحالة خاصية الشخصية للضرر تورد كاستثناء.

وحيث أن الثابت أن الضرر الذي يلحق بالبيئة[2] لا يؤدي إلى ضرر شخصي يمكن تحديده. فهو الأذى المترتب على مجموعة من الأنشطة الطبيعية أو الإنسانية التي تغير من صفات المحيط البيئي لمجموعة من الأشخاص[3] وفي هذه الحالة فإنها مسألة ضرر يوصف بأنه إيكولوجي بحت. ويُنظر إلى هذا الضرر بمعنى «الضرر الذي يلحق بالبيئة ويؤثر على البيئة الطبيعية»[4]، فلا جدال في أن الضرر لا يؤثر على شخص معين في طابعه الشخصي.

مع الضرر البيئي، تتأثر البيئة نفسها. يثير هذا الواقع مشكلة مع ما يتطلبه الضرر الذي يستوجب أن يكون شخصيا لأن الضرر هنا يبدو أنه يؤثر على المصالح الجماعية أكثر من الأشخاص الفرديين بشكل صارم، ولكن نظرًا لأن البيئة ليس لها شخصية قانونية، يتم تفسير الضرر البيئي على أنه ضرر جماعي يتم الاعتراف بالدفاع عنه لبعض الجمعيات المعتمدة.

---

[1] BACCACHE−GIBEILI Mireille, op. cit., p. 371.

[2] BACCACHE-GIBEILI Mireille, op. cit., p. 379.

[3] محمد حسناوي، مستقبل الضرر في ظل توسع الأضرار –الضرر البيئي نموذجا–، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد7، العدد2، الجزائر، 2023، ص426.

[4] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit civil, 2ème Année, les obligations, 6e edition, Paris, D, 2010, n°802.

لا ينبغي الخلط بين هذا **الضرر الجماعي le dommage collectif** ونوع جديد من الضرر، ولا سيما **ضرر الجماعة le dommage de masse**[1]. الذي يُعرَّف بأنه «ما يصيب الأشخاص والممتلكات والبيئة الطبيعية التي تؤثر على عدد كبير من المضرورين فيما يتعلق بحادث ضار واحد» والتي قد تتمثل في مجموعة من الأحداث الضارة ذات الأصل الوحيد[2].

والتعويض عن عواقب هذه الأحداث يعني ضمناً إنشاء نظام محدد، افتراض القانون في مسائل العلاقة السببية، وجداول مقدار التعويض موحدة تنطبق على جميع الضحايا، وهذا يتعارض مع قواعد المسؤولية المدنية.

وعلى أساس خاصية الشرعية التي يجب أن يتسم بها الضرر، ينبغي استبعاد تعويض الشريك غير المتزوج le concubin أو الشريكة المضرورة، فهذا يتعلق بعلاقة غير شرعية وقي غياب روابط قانونية، ولكن الشرعية التي تفسر بعدم وجود صلة قانونية تثير مشاكل لأن التعويض على أساس المادة 124 من القانون المدني لا يتطلب وجود صلة قانونية بين المدعى عليه والمدعي للحصول على التعويض، ولكن في القضاء المقارن يتم قبول تعويض الضرر للخليلة عندما يكون هناك عاطفة ومودة عميقة ودائمة أو استقرار في العلاقة، حتى في حالة عدم

[1] DUBUISSON Bernard & QUISTREBERT Yohann, Les dommages de masse, Collection du GRERCA, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 361.
[2] GUEGAN LECUYER Anne, Dommages de masse et responsabilité civile, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006, p. 472.

وجود معاشرة[1]، إلا أن جبر الضرر الذي لحق بالخليلة لا يزال يمثل مشكلة في القانون الجزائري خاصة أن هذه العلاقات ليس لها إطار قانوني.

ولكن يبدو هنا أيضا أن القضاء يستغل خاصية الشرعية لاستبعاد التعويض أو للحد من التعويض التعسفي عن الضرر غير المقبول اجتماعيا في ضوء تطور السيكولوجيات الاجتماعية[2].

عدم الدقة الناتجة عن ضعف تصنيف الأضرار القابلة للتعويض.

على الرغم من أن الضرر ورد ذكره في المادة 124 من القانون المدني ولكنه لم يُعرَّف، ولا يزال من الصعب تحديد محتواه، الأمر الذي يترتب عليه اللجوء إلى التسميات الفقهية.

وفي شكله المادي أي الضرر المادي الذي يعتبر مستقلا أو أوليا لأنه لا ينجم عن الضرر الأصلي، فإنه يوصف أيضا بأنه «ضرر اقتصادي محض»[3]. بمعنى «التعدي على أملاك المضرور»[4]. ويمكن تقديره بما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وفقا للمادة 182 من القانون المدني.

ومن ناحية أخرى، يبدو أن الأذى الجسدي الذي يحتمل أن ينجم عن «الاعتداء على سلامة المضرور»[5] لا يمكن تحليله كفئة مستقلة لما يكون من

---

[1] Arrêt du 27/02/1970, D, 1970, p. 201.
[2] GRARE-DIDIER Cothilde, op. cit., p. 164.
[3] LAPOYADE-DESCHAMPS Christian, « La réparation du préjudice économique pure en droit français», *R.I.D.C*, t.50, no 2, Paris,1998, p. 367.
[4] PORCHY-SIMON Stéphanie, op. cit., n°814, p. 395.
[5] PORCHY-SIMON Stéphanie, op. cit., p. 406.

الممكن تقدير الضرر الجسدي في شكل مادي وفي شكل معنوي أيضا. ويميزه الفقه عن التعدي على الممتلكات[1].ففي نطاق التعدي على سلامة الأشخاص، يظهر أن ما يصيب الشخص في جسده يبتعد عما يصيبه في الممتلكات[2].

يبدو أن الضرر الجسدي ينمي خصوصية ويهيئ لكي يصبح فرع مستقل من القانون، قانون الضرر الجسدي. كما جاءت به الفقيهة YVONNE LAMBERT FAIVRE في كتابها الموسوم ب الضرر الجسدي[3]، الذي يعتبر حالة خاصة، يتكون من عنصر مادي يمكن ترجمته إلى ما لحق المضرور من خسارة المتمثلة في الرعاية العلاجية ولكن أيضًا ما فاته من كسب كفقدان الدخل أو العمل بعد الحادث ولكن أيضًا في شكل غير مالي مثل المفهوم المتعدد للضرر المعنوي الذي يتجلى في presium doloris ثمن الألم الجسدي، وفي الجمال كالمعاناة من التشوه والالام، لكن يبدو أن بعض الأضرار المعنوية الناتجة عن الأذى الجسدي تكتسب استقلالية لدرجة أن تثير تساؤلات بسبب فكرة أنها تهدف إلى تعويض ما لا يمكن تعويضه.

ومع ذلك، لا يزال نظام التعويض عن الضرر الجسدي غير مؤكد بسبب القيمة التي يبدو أن البعض يعلقها على أجسادهم وقد أثير هذا الأمر من الناحية الفقهية باعتباره يشكل صعوبة في تعويض ما لا يمكن تعويضه.

---

[1] BACCACHE-GIBEILIE Mireille, op. cit., n°352 et 353.
[2] LAMBERT-FAIVRE Yvonne, le droit du dommage corporel, op. cit. LEROI Max, L'évaluation du préjudice corporel,8e éd. Paris, LITEC, 2000.
[3] VIALARD Antoinne, droit civil Algérien : la responsabilité civile délictuelle, Alger, OPU, 1980 , p. 120.

الضرر الجسدي الذي تنظمه أحكام الأمر المتعلق بتعويض ضحايا حوادث المرور يتميز عن الضرر المشار إليه في المادة 124 من القانون المدني. في القضاء المقارن، تحاول محكمة النقض الفرنسية إلحاق ضرر جسدي جديد في شكل «سبب حالة ضيق والهوس والخوف من الموت»[1] على أساس تسمية تستند إلى ما جاء به القضاء. والضرر المعنوي بمعنى «الاعتداء على أحاسيس ومشاعر الضحية»[2] يترك الشك عند الفقهاء ليس فقط لوصفه ولكن أيضًا بسبب الجانب غير الأخلاقي لمحاولة تحقيق دخل مالي من جراء الألم. ويبدو أن هذا النقد لم يعد له ما يبرره بسبب التكريس التشريعي للضرر المعنوي في القانون المدني المادة 182 من القانون المدني.

لا يزال الاعتراف بالضرر المعنوي مثيرًا للجدل بالنسبة للعديد من الفقهاء، ويبدو أنه هذا الأمر غير مفهوم من الناحية الأخلاقية ومن غير المنطقي الرغبة في تعويض الألم المعنوي للشخص، وهو نوع من تسويق الألم. ولا يزال موضوع النقاش حول تعويضه قائما لأن المال لا يمكنه تعويض الألم[3].

لكن بالنسبة لفقهاء آخرين، فإن التعويض عن الضرر المعنوي منطقي لأنه يساعد على الأقل في تخفيف الحزن. ويعتقد أغلبهم أن التعويض والجبر الناقص

[1] Cour de cass., Arret de la 2e chambre civile, 11 juillet 2024, n°23-10.068 ; Préjudice d'angoisse de mort imminente.

[2] PORCHY-SIMON Stéphanie, op. cit., n°810.

[3] RIPERT George, « Le prix de la douleur », *D*, Paris, 1948, chron, p.1 et suivant.

أفضل من عدم التعويض على الإطلاق. بعبارة أخرى، عدم ترك خطأ دون جزاءات بحجة أنه لم يسبب سوى ضرر معنوي[1].

هناك اتجاه جديد في القضاء يعترف بالضرر الناتج عن القلق وهي فئة خاصة من الضرر[2] بهدف تعويض الضرر المعنوي المرتبط بالقلق[3]، أو الخوف الناتج عن خطر عدوى فيروس نقص المناعة البشريةVIH أو التعرض للأسبستوس L'amianteأو حتى الضرر الناتج عن «اضطراب وتغير الظروف الموجودة».

في القضاء المقارن، يبدو أن هناك اتجاها آخر نحو تعويض الحق في الصورة، والشرف بوصفه انتهاكا لحق من حقوق الشخصية، وذلك بتكريس مبدأ افتراض الضرر، الذي يقصد به تخفيف عبء الإثبات عن الضحية. من الصعب تقييم المعاناة التي تتميز بالذاتية والداخلية لأنها لا تتناسب مع العجز الفسيولوجي[4].

علاوة على ذلك، فإن التقييم النقدي للأضرار غير المادية يتسم بخصوصية لأنه يقع خارج السوق الاقتصادية. وإن الطابع الشخصي لهذا التعويض هو الذي يتم طرحه من حيث أنه يظل مرتبطًا بشخص الضحية[5].

---

[1] FLOUR Jacques & AUBERT Jean-luc & SAVAUX Eric, Doit civil, les obligations II, Paris, D, 2019, n°136.

[2] PORCHY-SIMON Stéphanie, « L'indemnisation des préjudices d'angoisse en droit français », *Revue générale de droit*, V.50, N.2, 2020, p. 411.

[3] MORIN TRUDELLE Adeline, Le préjudice de l'anxiété, Thèse de doctorat de Droit privé, Université d'Angers, soutenue le 14 Janvier 2022, p. 183.

[4] LAMBERT-FAIVRE Yvonne, le droit du dommage corporel, op. cit., n°71.

[5] LAMBERT-FAIVRE Yvonne, le droit du dommage corporel, op. cit., n°135.

تجدر الإشارة إلى أن الضرر موجود في المادة 124 من القانون المدني، ولكن من أجل رفع دعوى للتعويض، يجب تحديد مختلف مراكز الضرر.

ويبدو أن تفويت الفرصة، من جانبها، يراها الفقه من زاوية الطابع المؤكد[1] والمحقق للضرر ولكنه يعترف بها أيضا في القضاء كضرر محقق ومؤكد[2].

فقهيا[3]، هذا النوع من الضرر يتمثل في تعويض الأمل في المستقبل، لمعرفة ما إذا كان سيتحقق في غياب الفعل الضار. فالقاضي لا يعوض فقدان الحق، ولكن فقدان الفرصة للجوء إلى القضاء.

لا يزال التعويض عن تفويت الفرصة فيه مشكل تعويض المضرورين، لا سيما لما يؤثر الفعل الضار على الضرر. لكن تفويت الفرصة لن يتم تكريسه على أنه ضرر إلا بشرط أن تكون الفرصة الضائعة مهمة ولا يتم تفسيرها على أنها ضرر محتمل.

يظل الاعتراف بتفويت الفرصة كضرر مستقل متوقف على تحديد تحقيقه وتأكده. لكي يتم قبوله على هذا النحو، يجب أن تكون الفرصة موجودة بطريقة حقيقية وجدية وفقًا للقضاء المقارن[4]. وأخذ كذلك القضاء الجزائري بالفرصة الجدية فاعتبر فسخ الخطبة هو تفويت لفرصة الزواج[5] فإن هذه الفرصة كانت حقيقية[1].

---

[1] PORCHY SIMON Stéphanie, op. cit., p. 392.

[2] LAPOYADE DESCHAMPS Christian, Le droit des obligations, op. cit., p. 157.

[3] PORCHY SIMON Stéphanie, op. cit., p. 392.

[4] Cass, deuxième Ch. Civ., 1/04/1965, bull. civ, n°336.

[5] المحكمة العليا، القرار رقم 372290 صادر بتاريخ 2016/11/15، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007، ص55.

غير أن الرغبة في إخضاع تفويت الفرصة لشروط يشكل في حد ذاته انتهاكا لنهجها المفاهيمي باعتباره ضررا مؤكدا[2].كما أن تفويت الفرصة كضرر لا يزال يمثل مشكلة. ففي حالة ضياع الفرصة، لا يوجد ضرر بالمعنى الدقيق[3].

ولا يزال التساؤل يسيطر عليها فيما يتعلق بتحقيق اليقين «وجود خطر تافه لا يكفي لوصف تفويت الفرصة، فالضرر الناجم عنه يكون محتمل»[4]. فلما يكون هناك شك في تحقيقه، طلب التعويض يكون مرفوض[5] دون اشتراط حدوث الضرر.

«النتيجة الضائعة» بسبب اختفاء فرصة الحصول[6] عليها تشكل ضررًا افتراضيا محتملاً. لا يمكن للضحية في هذه الحالة إثبات التأكد من الضرر.

إن تحقيق فرصة هو بطبيعته حدث غير مؤكد، فمثلا ليس هناك يقين للمحامي للفوز بمحاكمته. عدم تحقيق فرصة هو رهان ضروري مع أحداث لا يمكن التنبؤ بها.

ولكن بتأكيد أن المبدأ «لا تعويض بدون حق» فالفقه[7] يهدف أيضا إلى تأكيد وجود الضرر ذاته، فإن هذا الرأي تدعمه فكرة أن الضرر يمكن إثباته

---

[1] عسالي عرعارة، تفويت الفرصة في القانون المدني، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد7، العدد3، الجلفة، 2022، ص696.

[2] GRARE Cothilde, op. cit., p. 172.

[3] GRARE Cothilde, op. cit., p. 173.

[4] Civ. première Ch., 16/06/1998, D, 1998, ir, p.180.

[5] MAZEAUD Henri & Léon & Jean, Leçons de droit civil, T II, 1e vol.: les obligations, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1978, p.416.

[6] VIALARD Antoinne, Droit civil algérien, La responsabilité civile délictuelle, deuxième éd, OPU, Alger, 1996, p. 123.

[7] SIMLER Philippe & LEQUETTES Yves, Droit des obligations, Paris, D, 2022, n°700.

بوجوده أو باستهلاكه[1]. من الواضح أيضًا أن منع محاولة الحصول على نتيجة يشكل ضررًا معينًا[2].

يكمن اليقين –في وجود الضرر. والمطالبة بأن يكون الضرر مؤكدًا يعني ان يكون موجود. يرتبط التأكد والوجود الكامل للضرر ارتباطًا وثيقًا.

لكن تفويت الفرصة هذه لا تزال تعتبر ضرراً من «الدرجة الثانية»[3] ؛ ويخدم القاضي أحيانا للتحايل على عدم التيقن من العلاقة السببية وتبرير دفع تعويض جزافي[4].

وبالتالي، فإن فقدان الفرصة قد ييسر تحديد الضرر –الذي يكون من الصعب التعرف عليه– في شكل تعويض إضافي[5] . ويبدو أن ضياع الفرص يتلاقى مع تعويض إضافي غير مؤكد عن ضرر لا يمكن قياسه[6].

ولا يشكل شرط التأكد أيضا عقبة أمام تعويض تفويت الفرص[7]. ويثار تساؤل عما إذا كان ضياع الفرصة قد يؤدي إلى مطالبة إضافية بالتعويض.

إنها مسألة تمييز هنا بين ضياع فرصة في تحقيق الحدث الإيجابي والمحدد وبين إمكانية استفادة الضحية من إمكانية تحقيق هذه الفرصة. هذا هو الحال

---

[1] GRARE Cothilde, op. cit., p. 172.

[2] VIALARD Antoinne, Droit civil Algérien, La responsabilité civile délictuelle, op, cit., p. 124.

[3] Selon l'expression formulé par G. COUTURIER dans sa note publiée, Dalloz, 1993.p. 158.

[4] Cass., Crim.,3/11/1983, JCP, 1985, II, 20360.

[5] LAPOYADE-DESCHAMPS Christian, Le droit des obligations, op. cit., p. 157.

[6] LAPOYADE-DESCHAMPS Christian, Le droit des obligations, op. cit., p. 59.

[7] BACCACHE-GIBEILIE Mireille, op. cit., p. 342.

بالنسبة للمحامي الذي لا يزال لديه الفرصة للدفاع عن موكله في جلسة استماع أخرى.

عندما يتعلق الأمر بالتعويض، لا ينبغي الخلط بين تحقيق الفرصة وضياع تلك الفرصة في حد ذاتها[1].

وعند تحديد الشروط، فجاء القضاء بأنه لا يمكن التعويض إلا عن ضياع الفرص التي تكون حقيقية وجدية. فهنا يجب تحديد أهمية الفرصة الضائعة. ولكن إذا تبين أن الحدث الإيجابي كان لديه امكانية كبيرة للتحقق، في هذه الحالة سيكون تعويض فقدان الفرصة أكثر أهمية. وبعبارة أخرى، فإن التعويض عن ضياع الفرص يتوقف على احتمال تحقيقه. ومن المفروض أن «ضياع فرصة معينة تكون قابلة للتعويض حتى وإن كانت صغيرة» لكن عندما يكون فقدان الفرصة ضئيلاً لن يتم تعويضه[2].

لكن مقدار «تفويت الفرصة يجب أن يتحدد وفقًا للفرصة الضائعة إلا أنه لا يمكن أن يكون مساويًا للفائدة التي كانت ستوفرها هذه الفرصة»، يعني أن التعويض عن ضياع الفرصة لا يتمثل في الفائدة المكتسبة من وقوع الحدث أي تحقق الفرصة، بل يقابل فقط الفرصة الضائعة[3].

لا يمكن تفسير فقدان الفرصة بخطورة الضرر الناتج ولكن الحكمة بالفرصة الضائعة.

---

[1] JOURDAIN Patrice, « La perte de chance », *RTdciv*, France, 1992, p. 109.

[2] Cass. Arrêt 1ère Ch. civil du 30 avril 2014.

[3] Cass civ. 1ère, 27/03/1973, n71-14-587. ; JCP 1974. II, 17643, note, SAVATIER.

إن تحقيق فرصة ما يتأثر دائمًا بالظروف الخارجية، ولهذا السبب يكون التعويض فقط على ما هو مؤكد. ويشترط القضاء تحديد الضرر طبيعة ونطاقا وبيان أسس ومعايير تقدير مبلغ التعويض في التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة للكسب[1]

وتخفيف في شرط الضرر المؤكد[2]، لما يوسع نطاق الضرر القابل للتعويض، فهو قد يعزز ظهور نوع جديد من الضرر الذي يتعين تعويضه خاصة الأضرار الجديدة التي تنشأ بشكل خاص من الثورة الصناعية[3].

إعادة النظر في الضرر

في سياق تفسير الضرر، لابد من إعادة النظر فيه من خلال تحليل بعض الحالات فالسؤال المطروح هنا هو ما إذا كان الضرر يتحقق فعلا في حالة ما إذا كان الشخص في غيبوبة أو في حالة وجود منافسة.

- الضرر لما يكون الشخص في حالة الذهول والغيبوبة

يبدو أن هناك مفهومين متعارضين فيما يتعلق بإمكانية تعويض المضرور لما يكون في حالة غيبوبة. في الأول هناك رفض التعويض بحجة أن الضحية لا يمكنه تصور الضرر، أي أنه لا يعاني منه رغم وقوعه[4]. أما المفهوم الثاني الذي

[1] المحكمة العليا، القرار رقم 1138480 الصادر في تاريخ 2017/11/22.

[2] Cass., crim., 19/10/1999, Defrenois, 2000, p. 1978.

[3] VINEY Geneviève, Introduction à la responsabilité civile, op. cit., p. 67.

[4] GRARE-DIDIER Cothilde, op. cit., p. 182.

هو موضوعي يعتبر أنه بغض النظر عما يشعر به المضرور في هذه الحالة، إلا أنه محروم من أحاسيس الحياة الطبيعية. وفي هذا الصدد، يبدو أن فكرة حقيقة الضرر الشخصي هي السائدة، ويسمح القضاء بالتعويض عن بعض الأضرار غير المالية على الرغم من أنه من غير المعلوم ما إذا كانت قد تعرض بالفعل لضرر.

وبالتالي فالقضاء يقبل تعويض المضرور الذي ليس على علم بتعرضه للضرر وينص على أن: «التعويض ليس دالة على ما تصوره المضرور بل على استنتاج القضاة وتقييمه الموضوعي»[1].

من هذا المنظور، من الصعب الجدال في أن حالة الغيبوبة للشخص ويستبعد وجود الضرر، ويجب أن يكون الضرر تعويضًا كاملاً بجميع عناصره[2]. وأضاف أحد الفقهاء أن «لا يهم أن الضحية لا تشعر بشيء».

تأثير المنافسة (الفعل التنافسي) على الضرر

وهنا تكمن العلاقة بين المنافسة والضرر.

تندرج المنافسة غير المشروعة في إطار المسؤولية المدنية استنادا إلى المادة 124 من القانون المدني، (المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي)[3].ولكن لا يزال من الصعب قياس تأثير الخطأ الناجم عن السلوك غير المشروع على الرغم من تحديد وتصنيف السلوك غير عادل في القضاء وعلاوة على ذلك، فإن

[1] Cass., Crim,3/04/1978, JCP.1979, II, 19168.
[2] Cass., Civ.2, 22/01/1994, D, 1996, p. 69.
[3] Cass, .Com., 352000, D, 2001, p. 256.

المنافسة غير المشروعة، التي تكون غير مشروعة عن طريق التقليد، قد تحدث بالاقتران مع التقليد الذي يكون فيه الخلط في الخصائص المميزة للمنتج المنافس. وفي هذا الصدد، جاء القضاء الجزائري بقرار يعترف بالضرر المعنوي في إطار المنافسة غير المشروعة وبالخصوص في قضية عرض المنتجات المقلدة[1]

هذا هو السبب في أن تأثير السلوك غير المشروع على الضرر لا يزال من السهل إثباته[2].

مع ذلك، عندما يكون السلوك غير المشروع قائما على أساس الخطأ، يمكن تقدير تأثير الضرر من خلال تعويض قادر على مراعاة ما فات من الخسائر ومن المكاسب المفقودة حسب المادة 182 من القانون المدني الذي يطلق عليه بمبدأ التعويض الكامل. وفي حالة الضرر الناجم عن الفعل التنافسي تفسر الخسارة تقليديا بفقدان جزء من الزبائن من خلال السلوك غير المشروع لشركة اخرى[3]، ولكن في الواقع يمكن تفسير هذه الخسارة بطرح مفاهيم في السوق كالمنتجات أو بإدخال ابتكارات تكنولوجية، في هذه الحالة يمكن الطعن في الضرر في واقعه المادي[4].

[1] المحكمة العليا، قرار رقم 919 الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 2006.

[2] Cass.com, 01/07/2008, n°07-14741.

[3] عبد الحميد ساسان، "دعوى المنافسة غير المشروعة"، مدونة قانونية، 2012، الرابط: dr-sassane.over-blog.com.

[4] GRARE-DIDIER Cothilde, op.,cit., p. 177.

حتى على هذا المستوى، يطرح السؤال موضوعيا عن الوجود الفعلي للضرر من هذه الزاوية، ويمكن تفسير غياب الضرر بعدم وجود عنصر التأكد.

نتيجة لذلك، الضرر لا يجد تبريريه في الفعل المنشأ الذي يتمثل في سلوك غير المشروع أو فعل تنافسي.

فيمكن تسهيل إثبات الضرر بافتراض أن الضرر يستدل عليه باستخراج فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة[1]. والذي ذكرها المشرع الجزائري في القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2].

لكن في بعض الأحيان، العملية التي تشكل فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة تتعلق بمنتوج تم التعدي على سمعته التجارية للعلامة أو جودته. في هذه الحالة الضرر غير موجود كواقعة مادية.

الفرع الثاني: تأثير الخطأ على العلاقة السببية.

لقد مرت فكرة السببية بعدة مراحل كطريقة لفهم الواقع وإعطاء الحقيقة التجريبية[3](fait empirique) معاني أخرى.

[1] Cass.crim, 15/01/2020, n°17-27773.

[2] القانون رقم04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004، ص3.

[3] الذي يعتمد فقط عن التجربة والملاحظة، وليس على النظرية أو المنطق.

يبقى أن مبدأ السببية «كل ما يتم القيام به له سبب والأسباب نفسها الموضوعة في نفس الظروف تنتج نفس الآثار» يبدو أن هذا يتوافق والنهج العلمي والسلوك العقلاني.

ومن الناحية القانونية، تُستنتج العلاقة السببية من مصطلح السبب المذكورة في المادة 124 من القانون المدني. ويشير شرط الضرر المباشر الوارد في المادة 182 من القانون المدني أيضا إلى ضرورة وجود علاقة سببية بين الضرر والفعل المنشأ الذي يمكن تحميله. لكن هذه الضرورة لا تعطي إجابة فيما يتعلق بتعريف السببية القانونية. ويؤدي هذا الافتقار لتعريف قانوني إلى تعقيد تحليل مسألة العلاقة بين الخطأ والسببية[1].

وفي ضوء الفقه، يمكن تحديد تأثير الخطأ على العلاقة السببية إما بمفهوم الخطأ نفسه[2]، إما بشكل السببية المعتمدة[3].

يقال أن التأثير على العلاقة السببية لا يكون نفسه حسب ما إذا كان الخطأ واجب الاثبات أو مفترض.

وبالتالي، على أساس خطأ واجب الاثبات أو مفترض، فإن السبب يتماشى مع قصد الإضرار. وفي هذه الحالة، يكفي إثبات القصد في التسبب في ضرر

[1] LAMBERT-FAIVRE Yvonne & PORCHY-SIMON Stéphanie, Le droit du dommage corporel ; systèmes d'indemnisation, D, Paris, 2022, p. 175.
[2] VIALARD Antoine, Le droit civil algérien, op., cit., p. 136.
[3] GRARE-DIDIER Cothilde, op. cit., p.p.131,137.

لتحمل المسؤولية، لأنه هذا يؤدي بموجب نتيجة منطقية إلى وجود علاقة سببية، فإن إثبات نية الضرر هو إثبات السببية.

في الخطأ غير العمدي يجب على المضرور إثبات أن هذا الخطأ تسبب في وقوع الضرر. وفي حالة الخطأ المفترض، في المادة 134 من القانون المدني التي ينجم عنها مجرد افتراض وجود علاقة سببية، يكون للمسؤول في هذه الحالة أن يثبت أن خطأه ليس سبب الضرر.

وفي حالة المسؤولية بدون خطأ، ففي المادة 138 من القانون المدني، السببية هي إثبات المضرور أن الشيء تسبب في وقوع الضرر. ومن جانبه، يجب على حارس الشيء، المسؤول، أن يثبت السبب الأجنبي بالمعنى المقصود في المادة 138 الفقرة 2 من القانون المدني: عمل الضحية، عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة لإعفاء نفسه من المسؤولية وليس له أن يثبت عدم وجود خطأ لأنها مسؤولية دون خطأ.

في المسؤولية الناتجة عن الأشياء للمادة 138 من القانون المدني، وجود السببية يقتصر على إثبات أن الشيء هو الذي قام بإحداث الضرر[1].ففي العموم، الخطأ ليس له أي تأثير عند غياب العلاقة السببية في حالة المسؤولية الموضوعية.

[1] VIALARD Antoine, op. cit, p. 137.

لكن في مسؤولية فعل الغير في المادة 134 من القانون المدني، افتراض الخطأ يؤدي إلى وجود افتراض بسيط للسببية، فعلى الشخص المفترض فيه الخطأ أن يثبت أنه لم يكن سبب في إحداث الضرر[1].

ينطبق الشيء نفسه على المادة 136 من القانون المدني، حيث تنعكس السببية في العلاقة بين الفعل الضار الذي يرتكبه التابع والضرر أو عندما يكون ذلك الفعل الضار خارج نطاق وظيفته. من جانبه، يستفيد المتبوع من دعوى الرجوع ضد تابعه في حالة ارتكابه خطأ الجسيم وفقاً للمادة 137 من القانون المدني.

وكما هو الحال في الضرر، فالعلاقة السببية هو مفهوم "ثابت تحت التأثر"، لكن تأثير الخطأ على العلاقة السببية لا يعتبر قاعدة عامة حيث أن السببية القانونية ليست بتلك الصرامة التي هي عليها السببية العلمية.

وتظل العلاقة السببية ضعيفة بسبب الاحتمال، أي الجزء الذي يجب الاعتراف به بشكل عشوائي وعلى حسب حرية الإنسان.

لا بد من الإشارة أنه يمكن أيضا تحديد العلاقة بين الخطأ والعلاقة السببية وفقا لشكل العلاقة السببية المعمول بها، فالعلاقة بين الخطأ والسببية تقف على اختيار الطريقة المعتمدة لتحديد السببية[2].

[1] VIALARD Antoine, op. cit, p. 136.
[2] GRARE Cothilde, op., cit., p. 189.

يلاحظ أحد الآراء الفقهية[1] أنه كلما ابتعدنا عن الخطأ، زادت صعوبة إثبات العلاقة السببية بسبب تدخل أسباب أخرى محتملة للضرر. في نفس السياق، يثير رأي فقهي آخر[2] مسألة صعوبة تحديد العلاقة السببية لأنه يمكن أن يكون للحدث عدة أسباب أو يمكن أن يتسبب حدث ما في حدث آخر. لكن تأثير الخطأ سيكون أقوى في نظرية السبب الملائم من نظرية تكافؤ الأسباب.

أما في نظرية السبب المنتج، لا توضع جميع الوقائع على قدم المساواة، لأن كل واقعة تأثر بصفة مختلفة في حدوث الضرر. يتطلب أن يكون الحدث من النوع الذي يسبب الضرر[3]. وييسر هذا الشكل من أشكال العلاقة السببية الإثبات عن طريق تمكين الاحتفاظ بالواقعة في الاحتمال الذي يزعم أن سبب الضرر هو السبب الأكبر. وبعبارة أخرى، فإن السبب الغالب هو الفعل الوحيد الذي ينشأ عنه المسؤولية.

يفضل الفقه نظرية السبب الملائم ولا يأخذ في الاعتبار إلا الواقعة السببية التي تجعل إنتاج الضرر متوقعًا. وهذا المعيار المتمثل في إمكانية التنبؤ يجعل من الممكن الفرز بين الأسباب الضرورية، والاحتفاظ فقط بالفعل الذي جعل الضرر ممكنا والتخلي على السبب المادي البعيد. بعبارة أخرى، عندما يحدث

[1] BACACHE-GIBEILI Mireille, Droit civil, la reponsabilité civile extra-contractuelle, op., cit., p. 411.
[2] MAZEAUD Denis, « La distension du lien de causalité a des limites », *Recueil Dalloz*, Paris, 2004, p. 1344.
[3] VIALARD Antoine, Le droit civil algérien, op. cit., p. 138.

الضرر، يمكن فرزه وتركيبه كسبب مناسب لجعله يتحمل القدرة على توقع الضرر، وهو نوع من المساءلة une responsabilisation[1].

في هذه النظرية، الوضع السابق مهم من حيث أنه يتمثل في الأخذ بالسبب المباشر للضرر الذي من بين جميع الأسباب يمكن أن يجعل الضرر متوقعًا. لا يكون المدعى عليه مسؤولا إلا عندما يكون فعله هو السبب المنتج للضرر.

نظرية تكافؤ الأسباب، من جانبها، تمكن أيضا إثبات العلاقة بين الضرر والفعل المنشأ "الخطأ". ففي هذه النظرية يجب اعتبار كل ما يشارك في السلسلة السببية كسبب للضرر. وبالتالي فإنه مفهوم واسع للسببية. لا يتم إجراء الفرز بين جميع الأسباب الضرورية التي تسببت في الضرر. وتوضع جميع الأحداث على قدم المساواة وتعتبر متكافئة. ويجب قبول جميع الوقائع التي ساهمت في الضرر بطريقة مماثلة دون الحاجة إلى تمييزها أو تحديد أولوياتها. الهدف هو ضمان تعويض أفضل للضحايا.

بتم العثور على مسؤول في كل الأحوال. لكن اختيار تطبيق نظرية تكافؤ الأسباب في وجود خطأ، يسمح للخطأ بالتأثير على القاعدة السببية. بعبارة أخرى، يترك القاضي الأمر للخطأ فرز الأسباب المختلفة للضرر. تأثير الخطأ حقيقي في هذه الحالة، لكنه يظل محسوبًا.

[1] JOSSERAND Louis, La responsabilité civile, Paris, D, 1929, p. 51.

لكن ماذا عن هذا التأثير في حالة وجود التزام في التضامن حيث يُطلب من كل من المسؤولين المشاركين دفع تعويض كافة الضرر دون الاحتجاج بالعلاقة السببية للآخر[1]. هذا الالتزام في التضامن غير قائم على تحليل العلاقة السببية. لكن على الرغم من السببية الجزئية، إلا أنها تعارض تقاسم المسؤولية.

مع ذلك، ومع مراعاة الفعل أو الخطأ السببي للمضرور يجب أن يؤدي هذا الأخير إلى الإعفاء الجزئي للشخص المسؤول. ولكن الفعل المسبب للمضرور لا يكون معفيا جزئيا إلا إذا شكل خطأ[2] بالمعنى المقصود في المادة 124.

فيما يتعلق باشتراط الطابع المباشر للضرر الوارد في المادة 182 القانون المدني، لا يزال السؤال مطروحا بشأن تأثير الخطأ على العلاقة السببية في حالة الضرر الناجم عن ارتداد الذي يبدو بطبيعته غير مباشر[3].

من جهة أخرى، قد يتعلق تأثير الخطأ هذا أيضًا على إثبات العلاقة السببية. ويجب أن يثبت المضرور هذه العلاقة السببية، أي المدعي في الدعوى. ولكن يمكن أن يستنتج من قرينة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر كما في حالة المسؤولية عن فعل الغير. وبالتالي، فإن أثر تحديد العلاقة السببية هو تمكين المضرور في الحد من التعويض عن الضرر. لكن يمكن رفض هذه السببية بالسبب الأجنبي. ويجوز رفضها بالقوة القاهرة أو بواسطة الغير. ولذلك، القاضي يرفض المطالبة بالتعويض في حالة عدم وجود علاقة السببية حتى في حالة وجود

[1] BACCACHE-GIBEILI Mireille, op. cit., p. 458.
[2] BACACHE-GIBEILI Mireille, op. cit., p. 479.
[3] LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Le droit du dommage corporel, op. cit., p. 175.

خطأ. وعندما لا يكون من المؤكد أن هذا الفعل هو مصدر الضرر، يكون رفض السببية ضروريا.

قد ينتج إثبات العلاقة السببية عن افتراضات خطيرة ودقيقة ومتسقة.

في مستهل الحديث، وعلى المستوى الفقهي، إن مسألة تحديد السببية بالنظريات المقترحة تبقى بنفسها متأثرة بالخطأ. ففي المسائل المتعلقة بالمسؤولية بدون خطأ، يبدو أنه يتعين استخدام نظرية السبب الملائم فقط. وفيما يتعلق بالمسؤولية القائمة على الخطأ، يمكن اعتماد حلول مختلفة.

في نظرية تكافؤ الأسباب، يرجع كل حدث إلى أسباب مختلفة. هذه النظرية تجعل من الممكن الاختيار بين الأحداث السابقة التي يمكن استخدامها لتحديد الخطأ. من ناحية أخرى، فإن نظرية السبب الملائم[1] تجري فرز فيما يتعلق باحتمال سببي حصري وبالتالي باستبعاد أي تأثير، بينما نظرية التكافؤ لا تقوم بأي فرز. ويحيل دوره إلى عنصر آخر. إذا كان هذا الاختيار يبنى على خطأ، فإنه يؤثر على تقدير السببية. بالتالي فلما تطبق نظرية تكافؤ الأسباب في وجود الخطأ فإن هذا الأخير يؤثر على القاعدة السببية.

يجوز للقاضي في حكمه، دون أن يكون ملزما بالنظريات المجردة، إقامة «السبب قانوني» لأي حدث يبدو أنه كان حاسما لوقوع الضرر.

[1] MAZEAUD Henri & Léon & Jean, op. cit., n°124 et s.

وبالنظر إلى نظرية تكافؤ الأسباب، قد ينتج الضرر عن «حزمة من القرائن» وللأحداث التي تسبب في الضرر قيمة سببية معادلة لأنه «إذا لم يحدث أحدها، لما حدث الضرر»[1].

لكن عدم القدرة على تحديد أي حدث "سبب" بمعيار انتقائي يترك كل الحرية للقاضي في تحديد الواقعة التي يرغب فيها كسبب. وبالتالي، فإن نظرية تكافؤ الأسباب سهلة التطبيق لأنه لا يوجد فاصل بين الأسباب التي ساهمت في وقوع الضرر والضرر نفسه.

لكن بالرجوع إلى سلسلة الأسباب، فإن الخطر يكمن في تحقيق نتائج غير عقلانية. ومن المرجح أن تؤدي نظرية تكافؤ الأسباب إلى تحديد الأسباب البعيدة للضرر، لأنه لولا وقوعها لما حدث الضرر.

يعيب على هذه النظرية أنها قد تجبر القاضي على العودة بعيدًا في البحث عن الأسباب، لذلك فإن جميع الأحداث أو الأسباب التي تؤدي إلى حدوث الضرر متكافئة. وجميع الأسباب متساوية وصالحة لتفسير تحقيق الضرر. يمكن اعتبار أي فعل – فعل شخصي أو فعل الغير أو فعل الشيء– أحد أسباب وقوع الضرر.

فيما يتعلق بنظرية السبب المنتج يجب على القاضي أن يختار من بين العديد من الأسباب التي تنشأ، تلك التي من المحتمل أن تلعب الدور الرئيسي في

[1] LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Le droit du dommage corporel, op. cit, p. 297.

تحقيق الضرر. هذه النظرية مهمة خاصة في أنها تميل إلى الوصول إلى السببية وتسمح للقاضي بإجراء اختيار.

لكن الاحتفاظ بالسبب المنتج لوحده كفعل منشأ للمسؤولية يعفي القاضي من العودة إلى سلسلة الأسباب اللانهائية، فإن السبب المباشر والقريب وحده هو الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية. لكن هذه النظرية لها عيب في أنه يوجد خلل في تحديد السبب الحقيقي للضرر وهذا يمكن أن يكون غير عادل. وبالتالي من الممكن أن تؤدي هذه النظرية إلى الظلم لأنها قد تستبعد مسؤولية على أساس أن السبب لم يلعب دورًا مهما.

وفي نهاية المطاف، إذا اختيرت فئة واحدة أو أخرى من الفئتين، رهنا بالنتيجة المرجوة، يجوز للقضاء أن يتصرف بتنظيم خاص يتعلق بتعويض المضرورين.

ولما يختار المفهوم الموسع للسببية، فيكون بتطبيق نظرية تكافؤ الأسباب وهذا يؤدي إلى الاحتفاظ بمسؤولية بوجود سبب ما. ومن ناحية أخرى، عند اختيار المفهوم الضيق للسببية، فإن للقاضي أن يطبق نظرية السبب المنتج وهذا يستبعد مسؤولية سبب ما في وقوع الضرر.

يبدو أنه على الرغم من أن العلاقة السببية لا تزال مسألة قانونية، إلا أن القضاء يحاول أن يحبس نفسه في إطار عقائدي(dogmatique)[1].

[1] SAVATIER René, Traité de la responsabilité civile en droit Français, 2e éd., Paris, LGDJ, 1951, t.1, n°175 et s.

وبالتالي، في وجود خطأ يظهر بين الأسباب المختلفة للضرر، يفضل القضاء الاتجاه نحو تطبيق نظرية تكافؤ الأسباب. ولكن يترك الأمر للخطأ في اختيار السبب بين الأسباب المختلفة للضرر.

وبالتالي فإن التعويض يُحمَّل على الطرف المسؤول المرتكب الخطأ. والقيام بهذا الاختيار فإنه يفضل تأثير الخطأ في سياق استخدام السببية على الغاية المعيارية (la finalité normative).

وبالنظر من زاوية أخرى في إطار البناء المستمر (une construction constante)، يظل تأثير الخطأ تابع باليقين أو التأكد من العلاقة السببية. وفي حالة وجود علاقة سببية غير مؤكدة، فإن تأثير الخطأ لا يمكن إلا أن يكون غير مؤكد هو بدوره.

المبحث الثاني: تكريس المسؤولية التقصيرية الذاتية في القانون المدني الجزائري

غالبا ما استخدم المؤلفون القدماء كمرادف للتعبير على المسؤولية الأكويلية (aquilienne) في ذكرى القانون أكويليا lex aquilia للقانون الروماني لعام 287 أو 286 قبل الميلاد[1]، والذي يعتبر أحيانا السلف البعيد للمادة 124 من القانون المدني، على الأقل كما فسرها الشراح القانونيين.

تقوم المسؤولية الذاتية على المبدأ العام للمسؤولية القائمة عن الخطأ، ويطلق عليها بالمسؤولية "الذاتية" لأن هذا النوع من المسؤولية يستند إلى تقييم سلوك الفرد، إنها مسألة البحث في ذاتية، سلوك وتمييز الشخص المسؤول غير المشروع وهذا هو عمل القاضي، ومن هنا تأتي الصلة بالذاتية.

كرس المشرع الجزائري المسؤولية الذاتية الأصلية (المطلب الأول) المبنية على الخطأ في كل من المواد 124 من القانون المدني، 124 مكرر من القانون المدني، المادة 140 الفقرة 1 من القانون المدني التي يكون الشخص المسؤول هو المرتكب الخطأ، وكرس أيضا المسؤولية الذاتية بالانتساب (المطلب الثاني) في كل من المواد 134 قانون مدني و140 الفقرة 2 من القانون المدني.

[1] POTHIER Robert-Joseph, Traité des obligations, dans Œuvres de Pothier, éd.M.Bugnet, T.II, Paris, Cosse et Marchal, 1861, n°116, p. 79.

المطلب الأول: الخطأ والمسؤولية الذاتية الأصلية

تم تطوير المسؤولية التقصيرية الذاتية من قبل الرومان كجزء من نظامهم القانوني. ففي القانون الروماني، كان يسمى "culpa" وتم تعريفه على أنه الخطأ هو أساس المسؤولية بامتياز. ويتمثل هذا التطور بتطور قانون السوابق Droit Prétorien وهو قانون مستمد من تفسير قضاة الرومان[1]، فحدث تطور بعدما كان القانون الروماني القديم يعترف بقيام المسؤولية بمجرد وقوع فعل يحدث ضرر ولم يربطه بفكرة الخطأ، فهذا التطور أنداك تمثل في إجراء التمييز بين القضايا حسب القصد أو الإهمال. وبالتالي، تم الاعتراف تدريجيا بالخطأ كشرط لقيام المسؤولية في قانون Aquilia[2].

تم تكريس هذا التصور في القانون المدني ل 1804.

في هذا الصدد، قام أحد الفقهاء[3] بالرجوع إلى مفهوم الذاتية في الفلسفة وكشف العلاقة بين الذاتية الأخلاقية التي جاء بها الفيلسوف إيمانويل كانت EMMANUEL KANT والطريقة التي يُنظر بها إلى الخطأ في القانون الحديث على أنه تعبير عن الحرية الفردية.

[1] BARRY Nicholas, Introduction au droit romain, trad. française de Sylvie Mouton, Paris, LGDJ, 1997, coll. « Droit privé », p.p. 165–175.
[2] ULPIEN Digestes (Digesta), Livre 9, Titre 2 (De Lege Aquilia), dans Corpus Iuris Civilis, compilé sous Justinien, trad. Eugène Petit, Paris, Cotillon, 1891.
[3] ATIAS Christian. Philosophie du droit. 4e éd. Mise à jour. Collection Thémis. Droit, Presses Universitaires de France (PUF), Paris, DL 2016, p. 185 et s.

وتم تكريس أيضا الذاتية في التشريع الجزائري في كل من المسؤولية عن الفعل الشخصي (الفرع الأول)، وفي المسؤولية الناتجة عن الحريق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخطأ والمسؤولية عن الفعل الشخصي

ظهر في العصر 17 مبدأ عام للمسؤولية عن الخطأ الشخصي، والفيلسوف الهولندي HUGO GROTIUS هو أول من جاء بهذا المبدأ مؤكدا أن كل شخص مسؤولا على كل أخطائه مهما كانت طبيعتها، وعليه أن يتحمل مسؤوليته، أي أن يقوم بتعويض المتضرر[1].

أما في فرنسا فظهر هذا المبدأ في عام 1689 على يد الفقيه JEAN DOMAT، ثم مرة أخرى خلال المرحلة الثورية عندما قدمت ثلاث مشاريع لتقنين القانون المدني والتي أخدت كلها بهذا المبدأ. غير ان التبني بصفة نهائية لهذا المبدأ كان في عام 1804 في القانون المدني على يد الإمبراطور NAPOLEON BONAPARTE[2].

وأخذ القانون المدني الجزائري بنفس المبدأ في القانون المدني الجزائري لعام 1975 وأدرجه ضمن القسم الأول تحت عنوان "المسؤولية عن الأعمال

[1] GROTIUS Hugo, De iure belli ac pacis, Livre II, chapitre XVII, section I, dans Du droit de la guerre et de la paix, trad. française par André de Laubadère, Paris, Dalloz, 1986, p. 334.

[2] DESCAMPS Olivier, Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804, LGDJ, Paris, 2003, p. 45.

الشخصية"، والفصل الثالث الموسوم بالعمل المستحق للتعويض. وأكد قضاة المحكمة العليا وجود مبدأ المسؤولية عن الفعل الشخصي بالخصوص[1].

إلا أن الجدال لازال قائما ما بين فقهاء القانون المدني حول ضرورة تعريف الخطأ[2] من طرف المشرع من عدمه. يرى البعض أن هناك أهمية كبيرة في تعريف الخطأ تتمثل في البت في مسألة اتخاذ "المبدأ العام للمسؤولية التقصيرية القائمة عن الخطأ"[3] أم لا؟. فإذا كان التعريف للخطأ مقيدا، هل يمكن في هذه الحالة التكلم على مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية القائمة عن الخطأ؟

جاء مشروع تعديل المسؤولية المدنية ل 2017 لأول مرة في فرنسا بتعريف للخطأ في المادة 1242 التي تنص على أنه: "يشكل خطأ الاخلال بالتزام قانوني أو مخالفة الواجب العام للحيطة والحذر " [4] .

قام هذا المشروع بإحياء النقاش حول اتخاذ المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ كمبدأ عام. وفي صدد تحليل هذا الطرح لابد من توضيح الإيجابيات والسلبيات لذلك. فالأخذ بهذا المبدأ يعتبر عائق لتوحيد القانون الأوروبي، ذلك أن

---

[1] المحكمة العليا، القرار رقم 87411 الصادر في 1993/01/06، الغرفة المدنية، نشرة القضاة، العدد50 ، سنة1997، ص55.

[2] DUGUE Michel, « La definition de la faute civile », *Revue des contrats*, N.4, Décembre 2019, Lextenso, Paris, 2019, p. 175.

[3] DUGUE Michel, op. cit., p. 175 et s. : "La definition de la faute présente un interêt, celui de nous permettre de voir s'il est possible de parler de principe Générale".

[4] Projet de réforme de la responsibilité civile, présenté de 13 mars 2017 par Jean-jaques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016. Article 1242 : "Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence".

القانون الألماني يضع قائمة محدودة للمصالح المشروعة التي تحميها المسؤولية، والقانون الإنجليزي يستبعد كذلك مبدأ عام شامل ويتخذ السوابق المتعلقة بقانون الضرر أو قانون المسؤولية (Law of torts). إلا أن النقطة الرئيسة الإيجابية في اتخاذ هذا المبدأ العام هي أن عموميتها تسمح بتكييفها مع الحالات الجديدة خاصة بسبب صياغتها بعبارات عالمية. وفي نفس الوقت، بسبب الطبيعة الشاملة للمبدأ، فإنه يتجاهل تمامًا التسلسل الهرمي للمصالح. وبالتالي، سيكون أخف ضرر هو الأكبر، وسيكون لأخف خطأ نفس أثار الخطأ الأكثر إجراما. وعلى العكس من ذلك، يعطي القانون الألماني الأولوية للمصلحة ولا يمنح نفس الحماية. علاوة على ذلك، فإن المسؤولية، بعموميتها، مفتوحة لأي مضرور، وهذا ينتج كثرة الدعاوى، في حين أن واجب الرعاية "duty of care"الإنجليزي والقانون الألماني يتغلبان عن مشكل كثرة الدعاوى.

وفي الأخير، أصبح القانون الفرنسي مرتبكًا لأنه من الصعب تحديد الحدود بين الأنظمة العامة والخاصة، وهو مصدر للتعقيد وعدم اليقين[1].

ولقد كرس المشرع الجزائري هذه المسؤولية "مسؤولية الفعل الشخصي" التي هي تلك المسؤولية التي أفعالها تصدر عن المسؤول نفسه وبقيت كقاعدة عامة بعد تعديل 2005 مستبدلا عنوان القسم الأول "المسؤولية عن الأعمال الشخصية" ب

[1] VINEY Geneviève, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité pour faute ? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, p.p. 555-568.

"المسؤولية عن الأفعال الشخصية" وكذلك بعض مصطلحات المادة 124 فاستبدل "عمل" والمرء" ب "الفعل" و "الشخص" وأضاف مصطلح "بخطئه".

تقوم هذه المسؤولية على **أساس الخطأ واجب الإثبات** لذلك فهي تعتبر جوهر المسؤولية الذاتية. أي الخطأ ليس مفترض بل على الدائن إثباته في جانب المدين وهذه هي القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية[1].

وللإعفاء من هذه المسؤولية، على المسؤول أن يثبت عدم وجود خطأ أو وجود سبب أجنبي المنصوص عليه في المادة 127 من القانون المدني. وفي نفس السياق، لا بد من القول أن استخراج السبب المعفي للمسؤولية يؤكد لنا نوع الأساس. وللقاضي السلطة في تقدير الأدلة والإثبات[2].

بالرجوع إلى المسؤولية عن الفعل الشخصي في القانون المدني، فتجدر الإشارة أن القانون المدني الجزائري لم يعرف الخطأ رغم أنه العمود المؤسس للمسؤولية التقصيرية. كما يلاحظ من خلال المادة 124 من القانون المدني التي نصت على "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض." أي أن المشرع اكتفى بذكر الخطأ دون **تعريفه.**

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1970، ص200.

[2] رايس محمد، إثبات المسؤولية الطبية، المجلة الدورية الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد0، ديسمبر2005، نشر ابن خلدون، تلمسان، ص64.

وبطبيعة الحال، ففي غياب تعريف قانوني للخطأ لا بد من الرجوع إلى تعاريف المقترحة من طرف الفقه.

عرف الفقيه بلانيول PLANIOL بأن الخطأ هو خرق أو إخلال بالتزام سابق[1].

والدكتور سافاتييه SAVATIER يعرف الخطأ بأنه إخلال بواجب كان في إمكان معرفته ومراعاته فإذا وقع الإخلال عمدا فتمت جريمة مدنية[2]. أما الدكتور إيمانويل ليفي EMMANUEL LEVY يرى أن الخطأ يتحدد عند التوفيق بين أمرين، مقدار معقول من الثقة يوليه الناس للشخص، ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه أي مبدأ الإخلال بالثقة هو الذي يحدد الخطأ[3].

من الممكن تعريف الخطأ بأنه اخلال متعمد أو بإهمال لالتزام يفرضه القانون، في حين ان يرى بعض الفقهاء أن ربط الخطأ بالإخلال بالتزام قانوني يشكل ثنائية مضرة، لأنه من الممكن ان يحدث إخلال بالقانون دون إحداث أي أثار من حيث المسؤولية[4].

ولكن بالإضافة إلى هذه التعاريف العامة، التي ظلت غير تطبيقية، الفقه يلجأ إلى تعريفه بتقسيم الخطأ إلى ثلاثة عناصر المكونة له.

---

[1] PLANIOL Marcel, Traité élémentaire de droit civil, t.2, 12e éd, LGDJ, Paris, 1939, n°870.

[2] SAVATIER René, Traité de la responsabilité civile en droit Français, t.1, 2e éd, LGDJ, Paris, 1951, n°29.

[3] LEVY Emannuel, la confiance, in la vision socialiste du droit, Paris : Marcel Giard, 1926, p. 50.

[4] DUGUE Marie, op., cit., p. 179.

هذا التعريف يجعل من الممكن تحليل الأساس، والمسؤولية عن الفعل الشخصي المادة 124 من القانون المدني، والتعسف في استعمال الحق المادة 124 مكرر من القانون المدني، ومسؤولية القاصر المميز المادة 125 من القانون المدني، الأفعال المبررة المواد 128.129.130 من القانون المدني، وذلك على أساس العناصر المكونة للخطأ المنصوص عليه في المادة 124 من القانون المدني، وهي العنصر الشرعي، والعنصر المعنوي (الإسناد)، والعنصر المادي.

الركن الشرعي: (l'illiceité)

لم يتم تعريف عدم المشروعية "L'illiceité" قانونيا، فعرفه القاموس القانوني، بالمعنى العام، بأنه "طبيعة ما تتعارض مع النص أو ما هو ممنوع سواء كان قانون أو مرسوم أو أمر. وفي القانون المدني، أنه «طبيعة ما تتعارض مع النظام العام، ومع المتطلبات الأساسية للنظام القانوني، حتى وإن لم تكن قد صيغت بشكل دقيق»[1].

في التشريعات المقارنة، يعرَّف عدم المشروعية بأنه «انتهاك لواجب احترام قاعدة السلوك وفقا للظروف أو الأعراف أو القانون وفقا للمادة 1457الفقرة 1 من القانون المدني لكندا».

[1] CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, PUF, Delta, Paris, p. 404.

يبدو أن هذا التعريف القانوني غير كامل بمعنى أنه يؤكد على دور العرف والقانون على الرغم من أن القيمة المعيارية للظروف والأعراف لا تزال موضع جدال.

في القانون المدني، لا تنص المادة 124 صراحة على نوع التعدي، سواء كان في شكل قاعدة عرفية أو قانون. وهذا ما يترك مشكل الإخلال بالقواعد العرفية مثارا.

وعلاوة على ذلك، لا تنص المادة 1 من القانون المدني إلا على مبادئ الشريعة الإسلامية، واحتياطيا إلى العرف، ولم يشير المشرع إلى القضاء كمصدر للقانون صراحة. وبهذه الطريقة يبدو أن المشرع يؤكد أن دور القاضي يقتصر على التطبيق الآلي للقوانين.

وفقا للفقه الكلاسيكي، فإن القاضي ليس سوى فم المشرع[1]، وبعبارة أخرى، يبدو أنه يحرمه حتى من وظيفة التفسير. وبالتالي، يبقى السؤال المطروح إذا كان بإمكان القاضي استخراج التزامات قضائية التي قد تشكل خطأ عند الإخلال بها.

ويمكن القول أن لسد الثغرات القانونية، يجوز للقاضي قانوناً أن يتخذ ممارسة مهنية أو قاعدة أخلاقية والتي يشكل عدم القيام بها خطأ تقصيري بالمعنى المقصود في المادة 124 من القانون المدني.

[1] MONTESQUIEU Charles de secondat, De l'esprit des lois, Livre XI, Chapitre VI, "De la constitution d'Angleterre", Paris, Classiques Garnier, 1973, p. 395.

على ضوء ما سبق، لا يعطي القانون الجزائري تعريفا قانونيا لعدم المشروعية، ولكن المادة 124 من القانون المدني تركت الباب مفتوحا للقاضي لتقييم ذلك في ضوء «أي فعل يرتكبه شخص قد يسبب ضررا للغير بسبب خطأه»، مما يعني أن المشرع لا يستطيع أن يتوقع كل شيء، ولكن يبدو، ضمنيًا، أنه يشير إلى الاخلال بالتزام الحيطة والحذر، والذي تم تكريسه صراحة مؤخرًا في تعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي في المادة 1241 القانون المدني الفرنسي[1].

حسب الرأي الغالب في الفقه، يتم تقييم عدم المشروعية بالسلوك الذي يشكل خطأ بمقارنته مع ما يسمى بالسلوك المألوف للرجل العادي، لكن هذا التقدير المجرد الذي وصف بأنه معيار وهمي تمامًا يظل قابلاً للاستخدام على الرغم من قدميته. ومع ذلك، في خطر الوقوع في تناقض أو خطأ، لا ينبغي مقارنة سلوك الطفل الصغير بسلوك الرجل العادي[2].

وبالتالي، فإن الفعل الضار لا يتشكل إلا بعد تقديره وتصنيفه من خلال القانون[3].

[1] Code civil Français, art.1241, "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence." Introduit par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, relative à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F du 11 février 2016, en vigueur depuis le 1er octobre 2016.

[2] LAMBERT FAIVRE Yvonne, Le droit du dommage corporel – systèmes d'indemnisation, op., cit., p. 282.

[3] CORNU Gérard, op., cit., p. 347.

إن تصنيف الاخلال بالقواعد أو القانون موضوع خلاف فقهي، فيطرح تحت عدة زوايا على أنه «الفعل الذي يخل بالقانون» أو «عدم الوفاء بواجب مفروض أو ممارسة حق يعترف به القانون»، «الإخلال بالتزام بعدم الإضرار بالغير» أو «الإخلال بقاعدة تأدي إلى وقوع ضرر» أو «الإخلال بواجب قانوني». ومهما كانت المصلحة أو الحق المحمي فإن تبرير هذه الحماية يتوقف على القيمة أو الأهمية التي يمنحها النظام القانوني.

ويثير التشكيك في غياب المشروعية التساؤل عما إذا كان يتقرر بذاته أو مصحوبا بقائمة عددية للحقوق والمصالح الواجب حمايتها. في النظام التقليدي، يعتبر عدم المشروعية عنصرا من عناصر الخطأ. عنصر أساسي من أجل تكييف الخطأ بشكل أفضل. وبعبارة أخرى، وبالمعنى الذاتي فإن عدم المشروعية مرتبطا بالخطأ وعدم المشروعية[1] يشير إلى السلوك نفسه، ومن هذا المنظور، عند وضع تمييز بينه وبين الخطأ فهذا قد يزيل معناه. بالمفهوم الذاتي هناك دمج عدم المشروعية l'illiceité الذي هو الإخلال بواجب اتخاذ سلوك معين وفكرة الإسناد l'imputabilité التي تتمثل في القدرة على التمييز، هذه من جهة. ومن جهة أخرى، بالمعنى الموضوعي فإن عدم المشروعية ينفصل عن الخطأ.

وفي القانون المقارن، لا مجال الان للتمييز، وعدم المشروعية مستقلا. من هذا الوجه، القانون الجرماني يدمج الخطأ مع الفعل غير المشروع ويقول الفقه أنه

[1] DEMOGUE René, Les principes de la responsabilité civile, Paris, LGDJ,1935, p. 128.

لا يمكن أن يكون وجود الخطأ إلا بوجود فعل غير مشروع[1]. ويرى أن الخطأ جزء من الفعل غير المشروع. ويتجلى هذا الرأي بوجه خاص في المادة 41الفقرة 1 من القانون المدني السويسري.

وبالرجوع إلى تعريف عدم المشروعية، فيمكن تعريفه على النحو الوارد ضمناً في المادة 124 من القانون المدني بأنه «انتهاك لالتزام قانوني بعدم إضرار الغير».

وبالتالي، في ضوء المادة 124 من القانون المدني، التي تعبر عن المبدأ العام للمسؤولية عن الخطأ، فإن عدم المشروعية يقع على مستوى أي فعل من أفعال الشخص الذي يسبب ضررا للغير ويشكل خطأ دون الإشارة إلى نية الإضرار. ويبدو أن عدم المشروعية منظم في شكل اخلال بقاعدة ذات نطاق عام، بتنوع التشريعات الخاصة من غير القانون المدني.

وفي هذه الحالة، فبمجرد تجاوز معيار تنظيمي يكون ذلك كافيا لقيام المسؤولية. ولا يتعين على القاضي أن يقدر ما إذا كان سلوك المسؤول متناسب أم لا مع سلوك الرجل العادي، كما هو الحال بالنسبة للأمر 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بالتأمين الإلزامي للمركبات ونظام التعويض عن الأضرار المعدل والمكمل بموجب القانون 88-31 المؤرخ في 19 جويلية 1988.

[1] WIRTSCHAFTSLEXIKON Gabler, "Unerlaubte Handlung" Malte stofen, consulté le 15/09/2024, URL : https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/unerlaubte-handlung-5086 .

في المادة 124 من القانون المدني، الخطأ يقوم بتوجيه القاضي إلى البحث أولاً على عدم مشروعية فعل المسؤول دون الحاجة إلى البحث عن حالة فقدان الوعي. ومن هذه الزاوية، سيكون عدم المشروعية أمرا بالغ الأهمية، فهو مسألة قانونية. وحيثما ينشأ الالتزام من نص مكتوب أي قانون أو لائحة، يكون أي تجاهل لذلك النص في حد ذاته غير قانوني ويشكل خطأ. بل بالإضافة إلى المادة 124 من القانون المدني، ففي المادة 124 مكرر من القانون المدني، عدم المشروعية مصاغ في شكل حالات أو معايير على سبيل المثال، والتي تفرض القاعدة الإلزامية بعدم ممارسة حق في «نية الإضرار» أو «انتهاك لغرض اجتماعي» والذي يشكل خطأ. في التعسف في استعمال الحق، الذي يتميز عن مضار الجوار، والذي يفرض احترام للالتزام غير المشروع بعدم تجاوز المضار المألوف للجوار وفقا للمادة 691 من القانون المدني. وبالتالي، اكتسبت نظرية مضار الجوار استقلاليتها بتكريسها التشريعي[1].

وبهذه الطريقة، هي ليس فقط كتمت بالكامل التعسف في استعمال الحق، بل قامت أيضًا بتقليل استعمالاته.

في المادة 125 من القانون المدني، تتجلى عدم المشروعية في الفعل أو الامتناع، الإهمال أو عدم الحيطة الذي يتحقق في شكل خطأ، الذي يرتكبه ناقص

[1] لعشعاش محمد، مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد6، العدد3، سبتمبر 2021، ص 1283.

الأهلية المميز، وبالخروج عن فكرة الإسناد[1]، يترجم الخطأ التقليدي بفكرة الخطأ الموضوعي في فرضية مسؤولية ناقص الأهلية المميز التي تعززها الإدانة في التعويض بشكل منصف وعادل. في هذا المنظور، المجنون والطفل الصغير غير مدرجين في كلمة «شخص» في المادة 124 من القانون المدني وبالتالي لا يمكنهما ارتكاب الخطأ.

وفي المادة 124 من القانون المدني، يحدد السلوك الخاطئ بالمنهج الاستدلالي في حين أن استنتاج التعدي الوارد في المادة 124 مكررا من القانون المدني هو نتيجة إجراء استقرائي، وهو عرضة للنقد بدرجة كبيرة. يعني أن عدم المشروعية كمبدأ عام، سواء كان بالخطأ المستنتج الوارد في المادة 124 من القانون المدني أو ذلك الخطأ المستخرج بالاستقراء في المادة 124 مكرر، يمكن تمييزه عن الأفعال غير المشروعة ذات الطابع الاستثنائي.

ويبدو أن حالات عدم المشروعية الأخرى المنصوص عليها في القانون المدني تستفيد من عدم وجود تعريف للخطأ المتصور تقليديا بأنه الاخلال بالتزام الموجود من قبل في المادة 124 من القانون المدني. ولكن بخلاف القانون الجنائي الذي لا يزال مبدأ الشرعية فيه يهيمن على عدم المشروعية، ففي القانون المدني لم يذكر وجوب وجود معايير السلوك المفروضة كنموذج للسلوك المتوقع لكي يستنتج منها الفعل الضار الذي ينبغي تعويضه.

[1] SAVATIER René, Traité de la responsabilité civil en droit français, Tome I: Principes généraux, 2em éd, Paris, LGDJ, 1951, p.p. 274-280.

وعلاوة على ذلك، تعتبر المادة 124 من القانون المدني الشخص المسؤول مخطئا بصفة ذاتية، في حين أن السلوك غير المشروع للشخص ناقص الأهلية يكون استثنائيا فقط. وبعبارة أخرى، لا يأخذ به إلا في حالة وجود فترة الصحو الذهني[1] (lucidité) في المادة 125 من القانون المدني.

على صعيد أخر، بالنسبة للشخص غير المميز، فإن عدم المشروعية تظهر إلا في شكل سببي، وتتوخى حالة الخطأ الموضوعي فقط عند التخلي عن فكرة الإسناد. وفي هذه الحالة، لا يجمع الركن الشرعي مع الإسناد. ويبدو أن مفهوم عدم المشروعية والإسناد غير مترابطين في المادة 125 من القانون المدني، في حين أن المادة 124 من نفس القانون تجمع بين عدم المشروعية وقابلية الإسناد.

وبالانتقال إلى نقطة أخرى، ماذا عن عدم المشروعية للأفعال المبررة؟

فالفعل هذا هو ظرف قانوني يجعل الفعل غير القانوني مشروعا ومبررا، وبالتالي يلغي مسؤولية مرتكبه، شريطة أن يتم ذلك وفقا للقانون[2].

لا يجوز متابعة المسؤول في حالة طاعة أمر صادر من قبل رئيس وفقا للمادة 129 من القانون المدني، هذا الفعل المبرر يزيل الطابع غير القانوني لفعل مشكلا خطأ الذي يمكن أن يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية لصاحبه، بالمعنى

[1] في علم النفس، هذه الفترة هي فترة مؤقتة يستعيد خلالها الشخص المصاب بمرض عقلي صحته العقلية وقدرته المعرفية.

[2] SCARANO Jean-pierre, op., cit., p. 153.

المقصود في المادة 124 من القانون المدني، عندما ينفذ عملا بأمر صادر عن سلطة شرعية مختصة[1].

وفقاً للمادة 128 من القانون المدني، فإن الدفاع الشرعي يكون بما يتناسب مع التعدي، فهذا يبرر الفعل ولا يؤدي إلى أي مسؤولية أو إجراء للتعويض. أي أن الفعل المبرر الذي يصدر عن الضحية يزيل الطابع غير المشروع لفعل الخطأ على النحو المنصوص عليه في المادة 124 من القانون المدني، شريطة أن يكون الدفاع لا يجاوز القدر الضروري[2]. غير أن عند الإقرار أن الفعل المبرر يزيل المسؤولية عن الفعل الضار، فالإلتزام بالتعويض يزول كذلك، ما لم تستوف شروط الفعل المبرر. وبالتالي، فإن الدفاع الشرعي يجب ألا يتجاوز التدابير اللازمة، أي أن يكون متناسبا مع التعدي. للدفاع الشرعي هذه الخصوصية ليس فقط لنزع عدم مشروعية الفعل الضار ولكن أيضا لمنع أي مسؤولية، حتى المسؤولية الموضوعية[3].

وحالة الضرورة، من جانبها، تزيل، وفقا للمادة 130 من القانون المدني، الطابع غير المشروع للفعل الضار، على النحو المنصوص عليه في المادة 124 من القانون المدني. إنها حالة الضرر الذي تحدث من أجل تفادي ضرر أكبر مثلا شخص يلحق ضرر لإنقاذ حياة شخص ما[4].

[1] SCARANO Jean-pierre, op., cit., p. 43.
[2] SCARANO Jean-pierre, op., cit., p. 131.
[3] BACCACHE-GIBEILIE Mireille, op., cit., p. 149.
[4] SCARANO Jean-pierre, op., cit., p. 89.

وفي حالة الضرورة، لا يستخدم التبرير إلا إذا كان الضرر الذي تم تجنبه أشد خطورة من الضرر الناجم. وفي هذه الحالة، يكون الفاعل مسؤولا عن التعويض العادل فقط. ومنه، فإن حالة الضرورة التي أقرها القاضي تشكل حاجزا للاعتراف بالخطأ ومسؤولية الفاعل[1].

ولكن هناك أفعال أخرى تعتبر مبررة دون أن ينص عليها القانون. في حالة ما إذا قبل المتضرر المخاطر، لا يمكن اعتبار الفعل غير مشروعا ويعتبر أمرا عاديا. أي قبول الخطر من خلال تعريض نفسه عن علم وطوع لحالة خطيرة. على وجه الخصوص، مثلا في المسائل الرياضية (الملاكمة) فهذا لا يشكل فعلا مبررا مزيلا للطبيعة غير القانونية للفعل، حتى في حالة حدوث ضرر[2].

إنه يختلف عن موافقة الضحية، الذي قد يعتبر فعل مبرر وفقا للقول «لا يضر المرء الشخص الذي يوافق». وعلاوة على ذلك، يجب عدم الخلط بين عدم المشروعية l'illiceité واللاقانونية.l'illégalité وقد يكون عدم المشروعية أشمل والذي هو انتهاك قاعدة منشؤها دولة أو جهاز قضائي أو عرفي، من عدم القانونية الذي يكون بانتهاك القانون فقط.

الفقه يميز بين القاعدة والقانون[3]، وهناك رأي فقهي[4] آخر يثير عدم تطابق المعنى لأن المصطلح "قانوني" ينطبق على مطابقة القانون بالمعنى المحدد، في

[1] BACCACHE-GIBEILIE Mireille, op. cit., p. 149.
[2] BACCACHE-GIBEILIE Mireille, op., cit., p. 150.
[3] GNZGOREXYK Chris & STUDNICKI Thomas, Les rapports entre la norme et la loi, Archives de philosophie du droit: Langage du droit, t.19, paris Sirey, 1974, p. 243.
[4] CORNU Gérrard, La linguistique juridique, Delta- Montchretien, 2em éd, p.p. 443-456.

حين أن مصطلح "مشروع" يتعلق بالتوافق مع القانون بالمعنى العام. ويتصور كل ما هو قانوني في النص، بينما المشروعية يمكن تصورها في النص وسياقه. وبالتالي يمكن أن يفسر فعل قانوني من خلال نص من دون سياقه. اللجوء إلى العنصر القانوني يكون له أهمية إلا في حالة ما إذا كان معناه يمثل اختلافًا عن معنى المشروعية[1].

الأخذ بعين الاعتبار الإسناد يثبت أن عدم المشروعية في حد ذاته، لا يشكل ذلك الخطأ الذي يحدده القانون والخالي من التقدير المجرد. والواقع أن عدم المشروعية ليس بالضرورة غير قانوني رسمياً، أو محظوراً صراحة بموجب حكم من الأحكام. والامتثال لحكم تشريعي أو تنظيمي لا ينفي وجود الخطأ[2].

ويمكن السعي إلى الفصل بين الفعل غير المشروع والفعل غير القانوني في التعسف في استعمال الحق. وبدون ممارسة حق مشروع، يحدث الضرر ولا يستطيع الضحية التمسك به ما لم يثبت نية الإضرار التي يقتضيها القانون في المادة 124 مكرر من القانون المدني.

يمنع تشويه السمعة الذي تشكل منافسة غير مشروعة. ولكن إذا كان التشهير متسقا مع الحقيقة المزعومة، فإن قصد الإضرار يزيل طابع عدم مشروعية الفعل[3].

[1] SAIDI Mustapha, Réflexions sur les rapports de droit entre le délit civil et le contrat, op., cit., p. 43.
[2] AYNES Laurent & MALAURIE Philippe & STOFFEL-MUNK Philippe, op., cit, p. 31.
[3] SAIDI Mustapha, op., cit., p. 45.

يمكن فهم مصطلح "غير المشروع" بمعناه الواسع. وبالتالي فإن مضار الجوار غير مشروع عندما لا يكون مشروعا بموجب قواعد القانون. وبعبارة أخرى، يعتبر التعدي مشروعا لما يكون مأذون به وفقا للأحكام القانونية والتنظيمية. ولكن هذا الانتهاك المشروع قد يسبب إزعاجات غير المألوفة للجوار، وفي هذه الحالة يصبح غير مشروع.

أمر السلطة أو رئيس يزيل طابع عدم شرعية الفعل، ما لم يكن الأمر غير قانوني بشكل واضح، مثل حالة التنصت الهاتفي بأمر من ضابط شرطة[1].

إن الاعتداء على ممتلكات لإخماد حريق يمكن أن يوضح حالة الضرر الذي يلحق بالآخرين لتجنب المزيد من الضرر. إنه عمل دون أن يكون مخطئا. بالمعنى القانوني، قد يكون غير مشروع لأنه غير مبرر. في هذا الصدد، يضع القانون الألماني قائمة بالمصالح التي يجب حمايتها والتي تعتبر أفعالاً غير مشروعة موضوعياً ولكنها تشكل مسؤولية مدنية بالمعنى القانوني.

العنصر الشرعي في القانون الجنائي يتطلب نصا، وهذا ليس هو الحال في القانون المدني، لأن العنصر الشرعي يمكن تبريره بالأفعال المبررة. وفي القانون المدني، لا تأخذ بعين الاعتبار قوانين المسؤولية، ولكن اللجوء إلى المسؤولية يثبت أن عدم المشروعية في حد ذاته لا يشكل خطأ. وفي النهاية، يمكن لمعيار الإخلاص أن يميز بين القانوني وغير القانوني. كما أن الضرر الناجم عن المنافسة المشروعة ضرر قانوني في حين أن الضرر الناجم عن المنافسة غير

[1] Cass, civ, 2em, 18/3/1955, Jcp, 1955, II, 8909.

المشروعة غير قانوني[1]. ومن الناحية الفقهية، هناك خلط بين المنافسة غير المشروعة على المنافسة غير النزيهة، ولكن التمييز بين الاثنين يكمن في أن المنافسة غير النزيهة، على عكس المنافسة غير المشروعة، تفترض مسبقاً سوء النية.

وجود الخطأ متصل بوجود سلوك يعتبر فعلا غير مشروع الذي يتمثل في الإخلال بقاعدة قانونية.

وعلى خلاف القانون الجزائي، الذي ينص على كل فعل مجرم على حدا في نص التجريم وذلك خضوعا لمبدأ الشرعية[2]، ففي القانون المدني على القاضي أن يقدر ما إذا كان تلك السلوك غير الشرعي يشكل خطأ. وذلك دون أن يكون تلك الإخلال منصوص عليه على سبيل الحصر. لكن يكون هذا التقدير بالرجوع إلى الالتزام العام بعدم الإضرار بالغير المنصوص عليه في المادة 124 من القانون المدني.

لكن يبقى التساؤل مطروح حول الحالات التي سبق ذكرها والتي لا يكون التعدي فيها خطأ، فيصبح العمل مشروعا غير مرتبا للمسؤولية التقصيرية، وهذا ما يؤكده القانون بالنصوص التالية:

تنص المادة 128 من القانون المدني على حالة الدفاع الشرعي: "من أحدث ضررا وهو في حالة الدفاع الشرعي عن نفسه، أو عن ماله، عن نفس الغير، أو

[1] التمييز بين المصطلحات المتشابهة أساسية لفهم أكثر الركن الشرعي.

[2] PRADEL Jean, Droit pénal général, 5e éd, Paris, Montchrestien, 2004, p. 112.

عن ماله، كان غير مسؤول، على ألا يتجاوز دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي"، وبالتالي، فلما الشخص يكون بصدد الدفاع عن نفسه ويسبب ضررا فهو غير مسؤول بموجب هذه المادة.

حالة طاعة أمر رئيس تجب طاعته: قرر المشرع الجزائري في المادة 129 من القانون المدني على أنه: "لا يكون الموظفون والعمال العامون مسؤولين شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت طاعة هذه الأوامر واجبة عليهم."، في هذه الحالة لما يتم تنفيذ هذا أمر يكون التعدي عملا مشروعا لكن بتوافر شروط[1] متمثلة في: أن يكون مرتكب الفعل موظفا عموميا (وهنا نعود إلى القانون الإداري لتحديد مفهوم الموظف العمومي.) أن يكون هذا الموظف قد قام بالفعل في إطار تنفيذه لأمر صادر من رئيس، وأن تكون هذه الطاعة واجبة، أن يثبت الموظف العام أنه اتخذ في عمله جانب من الحذر، فلم يأت العمل إلا بعد أن تثبت وتحرى. والموظف المعتاد في مثل هذا الموقف يعتبر معيار لذلك السلوك[2].

حالة الضرورة: تنص المادة 130 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا"، أي أنه لما يقوم الشخص بالتسبب في ضرر متفاديا لضرر أكبر فإنه غير مسؤول بشروط تتمثل في أن يجد الشخص نفسه

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، د. ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص88.

[2] سمير عبد السيد سعد تناغو، النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار المعرفة للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 2000، ص289.

أمام خطر لا إرادة له فيه، وبمفهوم المخالفة فإذا كان هو الذي أحدثه بإرادته فلا ينطبق النص.

من بين الشروط هي أن يكون هذا الخطر حالا، ولا يكفي أن يكون مستقبلا، وأن يكون هذا الخطر يهدد النفس أو المال، سواء نفس المضطر أو نفس غيره. وسواء كان الخطر يهدد ماله أو مال غيره، وهنا أيضا يتميز القانون المدني عن القانون الجنائي الذي يشترط أن يهدد الخطر النفس لا المال.

وأن يكون الخطر الذي يريد الشخص تفاديه أشد بكثير من الخطر الذي يرتكبه، وأن يكون الضرر الذي يريد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي يرتكبه، فإذا كان مساويا له أو أقل منه فلا ينطبق النص، والموازية بين الضررين تقاس بمعيار الرجل العادي.

يقضي القانون بالتعويض المناسب إذا توفرت هذه الشروط مراعيا ظروف الفاعل ومدى الضرر الذي سببه[1].

كما أن استيعاب المسؤولية التقصيرية في مفهوم الفعل المستحق للتعويض عنصر أساسي في أسس المسؤولية التقصيرية. ويعني هذا الاستيعاب أن الالتزامات التقصيرية تستند إلى التعويض عن الضرر الناجم. وينعكس هذا النهج في إدخال مصطلح «الفعل المستحق للتعويض» في القانون المدني، الذي يمثل الإخلال بالتزام يفرضه القانون ويسبب ضررا للغير.

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، الجزائر، 2006، ص207.

ويندرج تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض كذلك التعسف في استعمال الحق،

فالتساؤلات التي تطرح هنا هي: ماهو مفهوم التعسف في استعمال الحق؟ وهل مفهوم الخطأ في التعسف في استعمال الحق هو نفسه الخطأ في المادة 124 من القانون المدني؟

للإجابة على هذا السؤال، يجب التذكير أن معظم الأنظمة القانونية حول العالم أخذت بنظرية التعسف في استعمال الحق[1]، ومن بينها النظام القانوني الجزائري.

حتى لو كان القانون الروماني يتسم بأنه مطلق، وهذا ما لخص في المبدأ "لا يضر الشخص الذي يستخدم حقه"[2]، غير أنه لم يصل أبدًا إلى التعسف كما هو موضح في المبادئ الأخرى: " يجب ألا نستخدم حقنا بشكل غير عادل"[3].

في الأصل، في نهاية القرن التاسع عشر، طور القضاء، المتأثر بالفقه المفهوم القانوني للتعسف في استعمال الحق. دخل هذا المفهوم إلى تاريخ الفكر القانوني في بداية القرن العشرين على الرغم من أن الفكرة كانت أقدم[4]. كتب الفقيه جسران JOSSERAND في هذا الصدد: "إن التطور الذي أحدثه الفقه في التعسف في استعمال الحق هو انتصار التقنية القانونية"..

---

[1] القانون السويسري، الألماني، الإيطالي..

[2] La maxime en latin : « Ulpien neminem laedit qui suo iure utitur »

[3] La deuxième maxime en latin : « male enim nostro iure uti non debemus »

[4] Abus de droit, Gouvernement du canada, 14/10/2020, https://www.noslangues-ourlanguages.gc.ca/fr/juridictionnaire/abus-de-droit, 20/02/2022.

عرف التعسف في استعمال الحق تأثيرا كبيرا في عالم الفقه القانوني والقضاء وأصبح نظرية ثم مبدأ عام بعدما أخذت به التشريعات في مختلف القوانين.

أطافها القانون الجزائري هو كذلك في نظام المسؤولية التقصيرية، وتغلب المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني المعدل مسبقًا على العديد من الانتقادات الشكلية والموضوعية التي صاحبت تشريعه لنظرية التعسف في استعمال الحق، وهكذا أعاد الصياغة ونقلها إلى المادة 124 مكرر، بحيث لم يعد هناك تسلسل منطقي للنصوص، تنص في محتواها على أن تعسف الأشخاص الاعتباريين هو بالضبط نفس تعسف الأشخاص الطبيعيين، وأعاد صياغة النظرية بحيث تم ذكر المعايير المنصوص عليها مرة أخرى ولكن على سبيل الحصر[1].

عند البحث في طبيعة التعسف في استعمال الحق نرى أن الفقه انقسم إلى اتجاهين، فمنه من يجزم أن التعسف في استعمال الحق من سبيل المسؤولية التقصيرية لأنه خطأ تقصيري[2]، ومنه من يقول إن المسؤولية التقصيرية نظرية قائمة بذاتها خارجة عن نطاق المسؤولية التقصيرية[3].

التعسف في استعمال الحق موجود في الشريعة الإسلامية والكثير من الفقهاء يرون أن مصدره الحقيقي في الشريعة الإسلامية، ويُعرف التعسف في

---

[1] شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد46، عدد3، الجزائر، ص 185-230.

[2] PLANIOL Marcel, Traité élémentaire de droit civil, t.2, 12e ed, par George Ripert et Paul Esmein, LGDJ, 1939, n°871 et suiv.

[3] CARBONNIER Jean, Droit civil, Les obligations, t.1, 10em éd, PUF, 1978, p.p. 592-594.

استعمال الحق في الشريعة الإسلامية بقاعدة المضارة في استعمال الحق[1]. ذلك راجع للنظرة الاجتماعية للفقه الإسلامي، فوضع شرط في التصرف في الحق أن يكون كسبا وانتفاعا بالنسبة إلى صاحبه، وبالنسبة إلى الغير، فردا كان أم جماعة، بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشارع، والمحافظة على الغير[2].

المشرع الجزائري أزال الغموض مجيبا على الانتقادات، وجاء في المادة 124 مكرر أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ. وذكر حالات التعسف التي تشكل خطأ:

عندما يقع بقصد الإضرار بالغير: هو الصورة الأولى من التعسف في استعمال الحق، فمثلا إذا كان مالك وهو يستعمل حق الملكية، كان هدفه هو إضرار الجار، بدون أن يصيب منفعة من ذلك، فيكون في هذه الحالة قد تعسف في استعماله لحق الملكية وهذا يستوجب مسؤوليته، ويظل متعسفا حتى ولو ترتب على هذا الاستعمال بعض الفوائد له، فالمنفعة هنا تعد قرينة على قصد الإضرار[3].

الأمر الجوهري في هذا المعيار هو وجود قصد الإضرار وهنا يجب التمييز بين "قصد الإضرار" l'intention de nuireأي أن الشخص تكون له النية المتعمدة في إلحاق الضرر للغير بهدف معين هو إيذاء الآخر و"النية في تسبب الضرر"l'intention de causer un dommage التي تعرف بانها الإرادة في إحداث

[1] عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، د.ط.، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص34.

[2] فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق، د.ط، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ت.، ص34.

[3] زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، د.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص64.

الضرر كما وقع واحداث أثاره لكن بدون نية إضرار الغير أو التعدي على حقوقه. فالتساؤل المطروح هنا هل الخطأ في المادة 124 من القانون المدني هو نفسه الخطأ الذي جاء به المشرع في المادة 124 مكرر من القانون المدني؟

وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من التوضيح أنه من جهة، فقصد الإضرار يشكل خطأ كما جاء به المشرع في مادة التعسف باستعمال الحق. ومن جهة أخرى، ففي المادة124 من القانون المدني لم يشترط المشرع الجزائري قصد الاضرار بالغير لقيام الخطأ العادي، ومنه قد تقوم المسؤولية بمجرد وجود خطأ أدى إلى حدوث ضرر. إلا أن عند الرجوع إلى التسلسل الهرمي لجسامة الخطأ وأنواعه، نرى أنه لا يقوم الخطأ جسيما إلا بوجود قصد الاضرار. ومن جهة أخرى فتعتبر النية في تسبب الضرر وحدوثه عنصرا لقيام الخطأ العمدي. وتفيدنا هذه التفرقة في بعض الحالات المنصوص عليها في القوانين الخاصة.

بالتالي، نقول أن الخطأ في المادة 124 مكرر المتعلق بالتعسف في استعمال الحق هو غير الخطأ الذي جاء به المشرع في المسؤولية عن الفعل الشخصي في المادة 124 من القانون المدني. وأن قصد الإضرار هو صورة من صور الخطأ في التعسف في استعمال الحق، وأما في المسؤولية التقصيرية بصفة عامة فهو شرط في وصف الخطأ بالجسامة. وهو شرط من شروط الخطأ العمدي.

فإذا وقع الضرر وتبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة في الاستعمال، فيمكن اتخاذ انتفاء المصلحة أو تفاهتها قرينة على توافر قصد الإضرار. فمعيار التعسف في هذه الحالة شخصي، يتطلب البحث عن نية صاحب الحق عند استعماله، ولما كانت النية مسألة نفسية داخلية، فلا يمكن

الكشف عنها إلا بالرجوع لبعض المظاهر الخارجية. وعلى ذلك، فقصد الإضرار يمكن الاستدلال عليه من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهتها[1].

يستوجب اثبات أن صاحب الحق قد استعمل حقه بقصد الاضرار بالغير وهذا القصد يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات[2].

عدم التناسب بين الفائدة والضرر: الصورة الثانية من التعسف في استعمال الحق لا يكون فيها قصد الإضرار بالغير ولكن يثبت أن المصالح التي يكون بصدد تحقيقها قليلة الأهمية، حيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها[3].

هذا المعيار موضوعي، يقوم على موازنة بين المصلحة المرجوة والضرر الذي يصيب الغير. ويتسم بالمرونة والليونة، الغاية منه أن يسهل عمل القاضي إذ أنه يتيح له سلطة واسعة في تقدير تفاهة المصلحة أو جديتها، فيتمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة في مراقبة الحقوق واستعمالها في ضوء تحقيق غاياتها، إذ تؤدي الرقابة هنا إلى الوصول إلى توفيق بين المصالح المتعارضة، وتضع الحق في مكانه الصحيح وتؤكد بقائه لتتحقق به المصالح الفردية والاجتماعية على السواء[4].

---

[1] عبد الهادي فوزي العوضي، النظرية العامة للحق، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص321.

[2] زرارة عواطف، المرجع السابق، ص65.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، حق الملكية، ص690.

[4] زرارة عواطف، المرجع السابق، ص66.

عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال: لا يجوز استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها، أي المصلحة التي جاء بها القانون وقررها الحق. إذا استعمل الفعل لمصلحة غير جدية أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة فهنا يعتبر ذلك الفعل تعسفا[1].

إذا كان تحقيق المصلحة يتعارض مع النظام العام والآداب فتكون حينئذ المصلحة غير مشروعة. وإذا كان المعيار في هذه الحالة ماديا في ظاهره، إلا أن النية كثيرا ما تكون المشكل الأساسي لنفي المشروعية عن المصلحة[2].

بما أن المصلحة تمثل غاية للحق، فهي بالتالي قيد لاستعماله، وعلى صاحب الحق عند استعمال سلطاته المقررة، أن يحقق من هذا الاستعمال مصلحة أو منفعة[3].

الركن المادي: هو الفعل أو التعدي

يجب على المتضرر اثبات أن سلوك الطرف الأخر يمثل عملا غير مشروعا لطلب التعويض.

هذا السلوك قد يكون إما فعلا إيجابيا أو سلبي، أي بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء(par action ou omission)[4].

---

[1] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص39.

[2] محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، د.ط، منشأ المعارف، الإسكندرية،2005، ص399.

[3] زرارة عواطف، المرجع نفسه، ص67.

[4] CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, paris, PUF, 10e éd., 2019, p.p. 128-129.

لا حصر للأفعال التي تشكل تعديا إيجابيا أو سلبيا ولم يقوم المشرع الجزائري بتعداد لها كما فعل في قانون العقوبات بينما اكتفى بالقول "كل فعل أيا كان". وفيما يخص معيار تقدير الخطأ، يفرق الفقه بين التعدي بالعمد faute intentionnelle ou délit والتعدي بإهمالfaute non intentionnelle، ففي الحالة الأولى يكون المعيار ذاتيا أو شخصيا in concreto، لأن القصد يستشف من ذات الشخص، وقد ألحق المشرع الجزائري الخطأ الجسيم بالعمد كما تقرر في عهد الرومان. أما في حالة التعدي بإهمال، فيأخذ بمعيار مجردin abstracto فيسأل عما كان يفعله الشخص المعتاد لو كان في مكان المسؤول[1].

عندما لا تأخذ بالظروف الشخصية والداخلية للشخص مثل السن والجنس والحالة النفسية في إطار الأخذ بالمعيار المجرد هذا لا يعني عدم الأخذ بالظروف الخارجية. فعلى القاضي أن يضع الواقعة مجردة في إطار الظروف الخارجية التي أحاطت بها ويرى إذا ما كان الشخص العادي يمكن تفاديه ذلك الفعل في نفس الظروف[2].

وبطبيعة الحال، على المضرور أن يثبت انحراف سلوك المعتدي على سلوك الرجل المعتاد لإثبات المسؤولية وذلك بكافة طرق الإثبات.

تجدر الإشارة أن محكمة النقض الفرنسية تعتبر أن مسألة تقدير الخطأ هي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

---

[1] محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ت، ص152.

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص69.

الركن المعنوي (الاسناد) l'imputabilité: هو الإدراك أو التمييز

إدراك الإنسان لأفعاله هو الركن المعنوي في الخطأ. فلا يكف ركن التعدي لقيام المسؤولية[1].

بقي مؤيدي نظرية الخطأ (الذاتية) مخلصين لفكرة وجوب توفر التمييز في الشخص الذي ارتكب الخطأ وذلك رغم ظهور نظرية جديدة للمسؤولية بدون خطأ وتقوم بمجرد وجود الضرر (النظرية الموضوعية)[2].

لكن بقي المشرع الجزائري يشترط لقيام المسؤولية أن يكون من صدر منه التعدي مكلفا أي مميزا ويعي ما في سلوكه من انحراف. فإذا لم يكن مميزا فلا يكون مكلفا ولا يكون بالتالي مسؤولا عن فعله كقاعدة عامة[3]. وذلك رغم ما كان عليه الحال قبل تعديل 2005 لما كان المشرع يقر بمسؤولية عديمي التمييز.

وهنا لا بد من وجود هذا الركن والذي يعرفه الفقيه HENRI CAPITANT على أنه ما يمكن أن ينسب إلى الشخص من خطأ لأن هذا الشخص يتمتع بإرادة حرة وواعية[4]. ومنه ففي النظرة التقليدية، لا يكفي وجود الخطأ لقيام مسؤولية الشخص بل يجب أن يسند الخطأ لهذا الشخص، ولا بد أن يكون هذا الشخص مميزا. خاصة أن في قانون 1804 كانت وظيفة المسؤولية المدنية عقابية. وبالتالي

[1] مدان المهدي، المرجع السابق، ص35.

[2] جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، د.ط ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1989، ص85.

[3] بلحاج العربي، 'المرجع السابق، ص73.

[4] CAPITANT Henri, Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 1936.

هذا الركن كان لا ينطبق عن الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني قبل التعديل، ومن ثم فلا بد من التطرق إلى هذه المسؤولية التي هي تندرج بدورها تحت مسؤولية الفعل الشخصي، مسؤولية المميز تضمنتها المادة 125 من القانون المدني.

الحالة هنا تتأرجح بين حق عديم التمييز في إعادة إدماجه في المجتمع ذلك باسم الحرية والشرف من جهة، وحماية المجتمع من الخطر الذي يحدثه من جهة أخرى. ففي هذه الحالة تثير مسألة حماية عديم التمييز وكذلك حماية المضرور.

وبالتالي، فيمكن القول أننا أمام نوعان من المتضررين: الفاعل الذي يُسأل بسبب أهليته التي هي لا يد له فيها. وكذلك المضرور الذي يصبح من غير العادل تعويضه عن الضرر الذي ألحقه. التمييز هو المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري لتحديد النظام المطبق لعديمي التمييز.

وقبل كل شيء، لابد من تحديد مفهوم التمييز[1]، فالتمييز هو لما يكون الشخص قادرا على التفرقة بين الخير والشر وبين ما هو جائز وما هو ممنوع، وبالتالي يكون الشخص أهل لفهم الأثار المترتبة عن أفعاله.

وبالرجوع إلى المادة 42 الفقرة 1 من القانون المدني، فتنص على:" لا يكون أهل لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون".

[1] JOSSERAND Louis, La responsabilité civile, D, paris,1929, p. 100

وتجدر الإشارة أن المشرع في المادة 125 من القانون المدني يستعمل مصطلح "تمييز"، بينما في المادة 124 فإنه يستعمل مصطلح "خطأ". وبالتالي، فالشخص العادي يسأل على خطئه بينما في المادة 125 يشترط التمييز لقيام مسؤولية الشخص ناقص الأهلية.

لكن يوجد حالات التي يكون فيها الشخص عديم التمييز في حالة عادية بصفة استثنائية، وهنا على القاضي أن يبحث عن فترة وضوح الفكر أو الفترة التي يكون فيها في حالة جيدة مثلا الأشخاص المصابة باضطرابات عقلية مؤقتة.

أما من ناحية الإثبات، فعلى عكس المادة 124 الذي يثبت فيها المضرور وجود الخطأ، ففي المادة 125 من القانون المدني على الشخص الذي أحدث ضرر أو ممثليه أن يثبت عدم التمييز أي يقومون بإثبات أنه غير مميز. وبإدراج هذه المسؤولية في المادة 125 من القانون المدني، يبقى الأساس القائم لهذه المسؤولية هو الأساس التقليدي الخطأ الواجب الإثبات، فعلى المضرور اثبات وجود الخطأ[1].

من بين النقاط المهمة التي يجب الوقوف عندها في هذه المسؤولية هي مجال تطبيق هذه المادة من حيث الأشخاص، فمن هم الأشخاص المعنيون في المادة 125 من القانون المدني؟

[1] العربي بن قسمية، أثر إلغاء الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني الجزائري على تحديد أساس المسؤولية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد6، العدد1، الأغواط، 2022، ص53.

- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه حسب ما ذكرته المادة 40 من القانون المدني.
- القاصر الذي بلغ سن التمييز 13 سنة، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة (ناقص الأهلية) حسب المادة 43 من القانون المدني.

وبطبيعة الحال، المادة 125 من القانون المدني لا تمنع من تأسيس الدعوى على المادة 134 من القانون المدني، خاصة في حالة بلوغ القاصر سن التمييز دون سن الرشد.

بعد تعديل 2005، وبإدراج هذه المسؤولية في المادة 125 من القانون المدني، فالمشرع كانت له نزعة تقليدية أي ذاتية. ولما ألغى المشرع مسؤولية عديم التمييز الفقرة الثانية سابقا، فإنه بذلك قد أحيا نقاشا حول مكانة هذا الشخص في المجتمع والأثار المترتبة جراء عدم مسؤوليته. وقد يفسر هذا الإلغاء بإنكار المشرع لوجود الأشخاص غير مميزين بسبب الأمراض العقلية.

في نفس الوقت، نرى أن التشريعات المقارنة وحتى تلك التي تمجد الذاتية تنص على مسؤولية عديمي التمييز مثل القانون الفرنسي[1].

انطلاقا مما سلف، فواجب الشعور بالعدالة يحل محل المنطق والنهج الذاتي الذي يعود على المضرورين بعواقب ضارة في بعض الأحيان، لأن من الملاحظ

[1] VINEY Geneviève & JOURDAIN Patrice, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité : dommage, fait générateur, 4e éd, Paris, LGDJ, 2013, n°556.

أن هذه المسؤولية متأثرة بالصراع بين الذاتية والموضوعية لكن المشرع لا يستطيع التخلي عن النظرة الكلاسيكية.

الضرر:

لقيام المسؤولية التقصيرية، يجب أن يحدث هذا الخطأ ضررا.

يذكر المشرع في المادة 124 من القانون المدني مصطلح الضرر بدون تعريفه. إلا أن الفقه يعرفه على أنه الأذى الذي يصيب الإنسان من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية[1].

قد يكون الضرر مادي ومعنوي، الضرر المسمى بالمادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور جراء المساس بحق من حقوقه. والضرر يكون المعنوي لما يكون التعدي على الحقوق أو المصالح غير المالية أي أنه يلحق الجانب المعنوي كالعاطفة، الشرف، السمعة[2]...

وقد يكون الضرر مرتدا وهو الضرر التبعي الذي ينعكس عن الضرر الأصلي كأن يتوفى شخص في حادث مرور، ويكون هو المعيل الوحيد لأسرته، في هذه الحالة، يكون الضرر هو ضرر أصلي أصاب الشخص المتوفي، والضرر

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص59.

[2] نظام المعاملات المدنية، موقع هيئة الخبراء لمجلس الوزراء، المملكة العربية السعودية، 2023/6/20، laws.boe.gov.sa

الثاني نتج بالارتداد عن الضرر الأول[1]، وقد يكون متغيرا أي أنه يتعرض للزيادة أو النقصان قبل صدور الحكم[2].

ولا بد من التذكير بشروط الضرر الذي يأخذ به، وهي كالتالي:

أن يكون الضرر محققا: وذلك سواء كان حالا أو مستقبلا مادام أنه سيقع. وللقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر الحالي ويحفظ للمضرور حقه في الرجوع إليه في خلال مدة معينة عندما تسوء حالته مستقبلا. أما الضرر المحتمل فلا يعوض[3].

أن يكون مباشرا: أي أنه ينتج مباشرة عن الخطأ أو الفعل الضار، وأما المعيار الذي وضعه المشرع لتحديد الضرر المباشر فيتمثل في عدم استطاعة الدائن في تجنب الضرر ببذل جهد الشخص المعتاد، لكن وهناك انتقادات وجهت من قبل بعض الفقهاء، حيث لا يسمح في كل الحالات تحديد الضرر المباشر[4].

أن يكون شخصيا: يشترط في الضرر أيضا أن يكون شخصيا أي أنه إذا كان الشخص الذي طلب التعويض هو المضرور أصلا وعليه أن يثبت ما أصابه شخصيا من ضرر[5].

---

[1] محمد بن حمار، الضرر المرتد في التشريع الجزائري –دراسة مقارنة–، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة البليدة2 علي لونيسي، 2022–2023، ص13.

[2] حسن حنتوش رشيد الحسناوي، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية، مجلة جامعة كربلاء، المجلد 5، العدد 2، جامعة كربلاء، 2007، ص266.

[3] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 161.

[4] علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، 2010، الجزائر، ص296.

[5] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص167.

وفيما يخص الإثبات، فإن الضرر مسألة مادية وبالتالي يجوز إثباته بكافة الطرق، ويقع عبء الاثبات على من يدعيه. واثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع، ولا رقابة فيها للمحكمة العليا[1].

العلاقة السببية:

هي شرط أساسي لأي مسؤولية مدنية، يمكن تعريف العلاقة السببية بأنها صلة سببية بين الفعل المنشئ الذي يسبب الضرر والضرر نفسه. إنه رابط بين السبب والنتيجة. المسائل المتعلقة بالعلاقة السببية معقدة كما توصلنا إليه عند دراسة الخطأ كشرط للمسؤولية وعلاقته بالضرر والعلاقة السببية، لأن ناذرا ما ينتج الضرر من سبب واحد.

فالعلاقة السببية لها وظيفة مزدوجة: فمن ناحية، وجودها يؤدي إلى إدانة الشخص، ومن ناحية أخرى، فإن غيابها يفتح إمكانيات الإعفاء لمرتكب الفعل. ومن ثم فإن عدم وجود العلاقة السببية بين الفعل المنشئ والضرر يؤدي إلى الإعفاء من أي مسؤولية.

ويجب أيضا التمييز بين العلاقة السببية وفكرة الإسناد، الإسناد يقصد به البحث على تمييز الشخص المسؤول عند أداء الفعل الضار فقط. وبالتالي، فكرة الإسناد تنطوي على تقييم لسلوك المسؤول، بينما تظل العلاقة السببية موضوعية.

[1] المحكمة العليا، 18 نوفمبر 1986.قرار رقم 46297 (غير منشور) : "كما أن تقدير مبالغ التعويض ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير الخاضعة للرقابة". انظر كذلك، المحكمة العليا 6 مارس 1985 ، قرار رقم 34034 (غير منشور).

تعتبر السببية في المادة 124 من القانون المدني تطبيقا للعقلانية وللمنطق الصوري والقياس المنطقي بصفة خاصة[1] فتتمثل المقدمة الكبرى في أن كل شخص يرتكب خطأ ويسبب ضرر للغير فيجب عليه التعويض. والمقدمة الصغرى هي ارتكاب الشخص لخطأ، والنتيجة تتمثل في أن هذا الشخص ملزم بالتعويض. فلا يمكن انكار هذه النتيجة التي هي تحصيل حاصل، وإلا نكون قد انتهكنا الحتمية السببية. وان دل هذا على شيء، فإنما يدل على تأثر واضعو القانون المدني لعام1804 بالفلسفة اليونانية خاصة الارسطية[2]، وهي لا تخلو من الانتقادات لأنها بالرغم من أن هدفها هو السعي إلى اكتشاف الحقيقة لكن لا يستبعد وقوع العقل في الأخطاء رغم صحة المنطق شكليا.

وبعد تحقق شروط المسؤولية عن الفعل الشخصي، فللمتضرر الحق في التعويض، وفيما يخص طريقة التعويض فيكون عيني أو نقدي أي بإعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل. أو بمبلغ يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمتضرر. ويجب أن يشمل التعويض كل الضرر أي ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذه هي القاعدة العامة.

[1] STARCK Jean, Essai sur la notion de causalité en droit civil, LGDJ, paris, 1947, p.p. 25-60.
[2] TERRE François & SIMLER Philippe, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 12e éd, 2022, p.p 100.-1020.

الفرع الثاني: المسؤولية الناتجة عن الحريق

لم تعرف هذه المسؤولية لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم ولا في تقنين الامبراطور نابليون عند وضعه عام 1804، ولما ظهرت المادة 1384 التي تنص عن المسؤولية الناتجة عن الضرر الذي يحدثه الشيء الذي يقع تحت الحراسة، اقتصر تطبيقها فيما يتعلق بالحريق الذي يمتد من المنقولات ويصيب الغير بضرر، أما الحريق الذي ينشأ في العقارات ويمتد منها إلى عقارات أخرى فظل خاضعا لأحكام المادتين 1382و1383 الخاصتين بالخطأ الواجب الإثبات[1]. وعند صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في 15 مارس 1921 في قضية مشهورة[2]، بامتداد حريق من عقارات إلى أخرى طبقت حراسة الشيء وبمعنى آخر الخطأ المفترض، مما أثار شركات التأمين وملاك الغابات، فطالبو بإصدار تشريع يستثنى من الفقرة الأولى بالمادة 1384 الحريق الذي يمتد إلى عقارات مجاورة للعقار الذي يشب فيه الحريق، ويخضع لإثبات الخطأ طبقا للقواعد العامة. وصدر قانون بتاريخ 7 نوفمبر 1922، أضاف فقرة ثانية إلى المادة 1384 نص فيها على ما يلي: "ومع ذلك فكل من يجوز بأي سبب كان عقارا أو جزء من عقار أو أموالا منقولة ويشب فيها حريق، لا يكون مسؤولا إزاء الغير عن الأضرار التي

[1] محمد صبرى السعدي، المرجع السابق، ص247.

[2] تتلخص القضية في أن حريقا شب في محطة بوردو البحرية ولم يعرف سببه، وازداد الحريق اشتعالا بسبب امتداده إلى براميل مليئة بالصمغ "résine" كانت مودعة لحساب شركة سكك حديد جنوب فرنسا وامتد الحريق إلى المباني المجاورة لشركة حافلات أصيبت بأضرار جسيمة فرفعت دعوى تعويض على المحطة البحرية وحكمت محكمة بوردو بالتعويض في 1917/7/16 على أساس المادة 1/1384، وطعن في الحكم وأيدت محكمة النقض الحكم. نشر الحكم في DALLOZ الدورى سنة 1922 عدد1 ، رقم 25.

تنشأ عن هذا الحريق إلا إذا اثبت أن الخطأ ينسب إليه أو إلى الأشخاص الذين هو مسؤول عنهم"[1].

وبالرغم من أن هذا القانون أثار في الفقه الفرنسي ضجة كبيرة لاعتباره استثناء لا مبرر له ومحاباة لبعض الطوائف[2]، فقد جرى القانون المدني الجزائري الإرادة التشريعية الفرنسة ونقل حرفيا نص الفقرة الأولى للقانون السالف الذكر في الفقرة الأولى من المادة 140 من القانون المدني الجزائري.

فقد أقر المشرع الجزائري المسؤولية الناتجة عن الحريق في المادة 140 الفقرة 1 من القانون المدني كالتالي:" من كان حائز بأي وجه كان لعقار أو جزء منه، أو منقولات حدث فيها حريق لا يكون مسؤول نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا أثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم."

نستخلص أن أساس هذه المسؤولية هو **الخطأ الواجب الإثبات** في جانب الحارس أو الأشخاص الذين يسأل الحارس عنهم. فإذا ثبت الخطأ، قامت المسؤولية عن الحريق واستحق المضرور التعويض. وبالتالي يرى الفقه أن هذه المسؤولية تخضع للأحكام العامة الواردة في المادة 124 من القانون المدني.

وتتمثل شروط مسؤولية حائز العقار أو المنقول عن الحريق في:

---

[1] , l'article 1384, alinéa 2 issu de la loi du 7 novembre 1922 énonce : « Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable ».

[2] MAZEAUD Henri, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome second, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1939, p. 356.

حيازة عقار أو جزء من عقار أو منقول:

يقصد بالحائز الشخص الذي في حيازته الشيء وله السلطة الفعلية عليه أي له سلطة الاستعمال والرقابة والتسيير[1] بأي وجه كان سواء كان مالك أو غير مالك فالأهم هنا هو الحيازة بأي صفة وهو بهذا المعنى كالحارس بل هو الحارس نفسه سواء كانت سلطته شرعية أو غير شرعية. فالحارس مسؤول عن الحريق حتى ولو كان سارقا.

الشيء الذي حدث فيه حريق:

حسب المادة 140 قانون المدني فالشيء هو عقار أو جزء من العقار أو منقول.

أن يكون الحريق هو سبب الضرر:

لتحقق هذه المسؤولية لابد أن يكون سبب الضرر هو اشتعال النار عند المسؤول ثم تسرب هذا الحريق إلى الغير ليحدث بها الضرر.

ثبوت الخطأ في جانب الحائز أو في جانب من هو مسؤول عنهم:

يجب على الضحية إثبات الضرر والعلاقة السببية، والحريق ينسب إلى خطأ الحائز أو خطا من هو مسؤول عنهم، الأشخاص الخاضعين للرقابة.

[1] حزام فتيحة، قراءة في الأحكام الخاصة للمسؤولية عن الحريق على ضوء القانون 19-02 المتعلق بالقواعد العامة للوقاية من أخطار الحريق والفزع، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 31، العدد 4، جامعة قسنطينة، 2020، ص81.

أما إذا كان السبب مجهول، فلا تقوم مسؤولية الحائز عما يحدثه من ضرر لممتلكات الغير إلا إذا كان اهماله أو عدم تبصره سبب في اشتعال النار وثبت ذلك في جانبه.

فتقوم المسؤولية عند استيفاء هذه الشروط، ويجب على المضرور اثبات الخطأ في جانب الحائز أو في جانب من هو مسؤول عنهم[1].

تجدر الإشارة أنه نصت المادة 496 من القانون المدني على أن:" المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا اثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله". فهذه المسؤولية هي مسؤولية مفترضة افتراض بسيط يمكن اثبات العكس، وهذه المسؤولية عقدية، فالاعتناء بالعين المؤجرة هي من بين التزامات المستأجر إلا إذا اثبت أن الحريق الذي نشب لا يد فيه. وإذا تعدد المستأجرين فكل واحد منهم مسؤول عن الحريق بالنسبة للجزء الذي يسكنه.

وكما ذكرنا سابقا، فالمسؤولية الناتجة عن الحريق أساسها الخطأ الواجب الإثبات ويمكن لحائز العقار أو المنقول دفع هذه المسؤولية بنفي الخطأ عن نفسه أو عن الذين يسأل عنهم ذلك بإثبات أنه لم يبدر منه او من الشخص المسؤول عنهم أي إهمال او تقصير أو انحراف، ويكون دفع المسؤولية أيضا بإثبات السبب الأجنبي في أحد صوره.

[1] حزام فتيحة، المرجع نفسه، ص81،82.

المطلب الثاني: المسؤولية بالانتساب

أحد الفقهاء[1] يرى أنه يوجد فرق جوهري بين الإلحاق إلى المستجيب الطبيعي "Le répondant naturel" والمستجيب بالاستبدال "Le répondant substitué" في حين أن الأول هو شرط تقني ضروري، لأن الاعتراف بحقيقة قانونية تسبب الضرر ليس في حد ذاته قادرا على تقديم أي حل. والثاني عديم الفائدة من الناحية الفنية، لأن هناك مستجيب طبيعي للضرر في الأصل. وضع ألية للمسؤولية عن فعل الغير يعني بالضرورة وضع مستجيب أخر غير المستجيب الطبيعي. والسؤال الذي يطرح بعد ذلك، هل هناك إضافة للمستجيب الطبيعي أو استبدال له؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد من التمعن في بعض الحالات التي يكون لا يكون المستجيب الطبيعي هو المسؤول عن الضرر الذي ألحقه، وإنما مستجيب أخر مسؤولا عليه لسبب معين ويعني ذلك أن المسؤولية تقوم، لكن لا يكون المتسبب في الضرر هو المسؤول شخصيا[2] وإنما شخص اخر مكلف برقابته (الفرع الأول) أو مالك لعقار يستوجب له صيانة البناية المسببة للضرر (الفرع الثاني)

الفرع الأول: المسؤولية عن فعل الغير

المسؤولية عن فعل الغير هي الالتزام بجبر الضرر الناجم عن أفعال الأشخاص الذين هم تحت مسؤولية الشخص المكلف بالرقابة. وبالتالي فإن

[1] GRARE Cothilde, op., cit., p. 55.
[2] GRARE, op., cit., p. 46.

الشخص المسؤول لا يتسبب في الضرر مباشرة. لكنه ينسب إليه الفعل الضار الذي تسبب فيه شخص آخر والذي هو مكفل برقابته لسبب من الأسباب.

بصدور قرار BLIECK تم إقرار الأسس لمبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير، استنادًا إلى المادة 1242، الفقرة 1 للقانون المدني الفرنسي الجديد، دون القول أنه تكريس حقيقي لمبدأ عام وإنما تفسير قضائي.

لكن يرى الفقه الفرنسي أنه يتم توزيع المسؤولية العامة عن فعل الغير بناءً على المادة 1242، الفقرة 1 من القانون المدني الفرنسي الجديد حول قطبين، أولهما المسؤولية المتعلقة بمتولي الرقابة، والثاني يتعلق بالرقابة وتنظيم نشاط الغير[1].

كرس المشرع الجزائري هذه المسؤولية، والتي يكون فيها الشخص مسؤولا عن فعل غيره. فقبل التعديل الذي وقع في 2005كان هناك تكريسا للمسؤولية عن فعل الغير في المادة 134 من القانون المدني القديم كمبدأ عام، وكان هناك نص آخر المادة 135 من القانون المدني، وكان فيه الصور الخاصة لهذه المسؤولية كمسؤولية الآباء، الأساتذة، المعلمين..

بعد تعديل 2005، ألغى المشرع المادة 135 ، وأدخل الحالات الخاصة ضمنيا في المادة 134 من القانون المدني، مع إضافة حالات الإعفاء من هذه المسؤولية. وخصص الفقرة الأولى من هذه المادة لوضع شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة المتمثلة في:

[1] A. LECOURT, Fiches de droit des obligations, op. cit., p. 288.

واجب الرقابة: لا مجال للمسؤولية عن فعل الغير، مالم يكن المسؤول ملزما برقابة الفاعل[1].

حيث يستشف من المادة 134 القانون المدني أن مصدر واجب الرقابة هو القانون مثل الأب المسؤول عن ابنه أو الاتفاق، فالشخص يتولى رقابة شخص آخر بسبب صغر سنه أو مرضه.

نصت هذه المادة على ثلاث حالات التي تدعو إلى نشوء التزام بهذه الرقابة وهي القصر والحالة العقلية والحالة الجسمية[2].

القاصر غير المميز: يكون الشخص مسؤول عن القاصر، أي الشخص الذي لم يبلغ بعد سن الرشد، ويكون غير مميز أي لم يبلغ 13 سنة حسب ما جاءت به المادة 42 الفقرة الثانية من القانون المدني. وفي هذه الحالة عند ارتكابه لخطأ يمكن قيام هذه المسؤولية بموجب المادة 134 من القانون المدني، ويستبعد تطبيق نص المادة 125 من القانون المدني لأنه يشترط التمييز خاصة بعد الغاء الفقرة الثانية التي كانت تقر بمسؤولية عديمي التمييز.

القاصر المميز: لم يميز المشرع في المادة 134 من القانون المدني بين الشخص المميز وغير المميز غير أنه في هذه الحالة التي يكون فيها القصر مميزا، فتقوم المسؤولية بموجب المادة 125 من القانون المدني.

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص101.

[2] محمد صبرى السعدى، النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، القسم الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص196.

الحالة العقلية: وقد يكون المسؤول متولي لرقابة شخص بسبب حالته العقلية أي الجنون والعته عديمي الأهلية وبالتالي تطبق نفس أحكام القاصر غير المميز، السفه والغفلة نقص الأهلية وبالتالي تطبق نفس أحكام القاصر المميز حسب المادتين 42 و43 من القانون المدني.

الحالة الجسمية: قد يتحمل المسؤول رقابة شخص بسبب عاهته الجسمية، ويتحمل المسؤول المسؤولية لما تكون الأضرار التي سببها الشخص تكون ناتجة عن العاهة مباشرة.

من الضروري الإشارة أنه كان المشرع يفرق بين حالتين فيما يخص القاصر المادة 135 القانون المدني الملغاة، عندما تكون المساكنة ففي هذه الحالة يسأل الوالد، أما في حالة عدم المساكنة فلا يسأل عن أعمال أولاده القصر. وبالرغم من الغاء هذه المادة غير أن القضاء بقي يستند إلى فكرة المساكنة في مسائلة الوالد.

أن يصدر عمل ضار ممن هو تحت الرقابة: هذا الفعل يصدر عن شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو حالته الجسمية.

تجدر الإشارة أن مضمون الالتزام بالرقابة يختلف حسب اختلاف الحاجة إلى الرقابة.

تكتسب المسؤولية عن فعل الغير طريقتها الخاصة لقيامها بانفصال عن الخطأ، فمن الضروري تحديد المعيار الذي يسمح بانتساب العبء بغض النظر عن فكرة المستجيب الطبيعي[1].ويبقى السؤال مطروح حول اشتراط خطأ المسؤول

[1] GRARE Cothilde, op.,cit., p.p. 55-56.

الأول ومن الرغم من ذلك، فجانب من الفقه يؤيد فكرة أن هذه المسؤولية هي مسؤولية أصلية وليست بالتبعية ذلك أن المسؤول يسأل عن خطئه أي تقصيره في واجب الرقابة وليس عن خطأ الغير.

أساس هذه المسؤولية عن فعل الغير يبقى مبهم ويختلف فيه الفقه، إلا أن الكثير يعتبر أن الأساس يكمن في **الخطأ المفترض في واجب الرقابة**، وأن هذه المسؤولية تقوم على قرينة الخطأ في الرقابة، ولا يحتج بقرينة الخطأ إلا المضرور في علاقته بمتولي الرقابة، فلا يجوز التمسك بها في مواجهة المشمول بالرقابة، وإنما يجب اثبات الخطأ إلى جانبه[1].

وبالتالي، يشكل الإخلال بواجب الرقابة خطأ وأساس هذه المسؤولية هو الخطأ المفترض في الالتزام بالرقابة. ويمكن للمسؤول أن يدفع هذه المسؤولية إما بإثبات أداء واجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

الفرع الثاني: المسؤولية الناتجة عن تهدم البناء

جاء المشرع الجزائري بمسؤولية تهدم البناء في الفقرة الثانية من المادة 140 من القانون المدني كالتالي "...مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى اهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه..."

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص304.

ومنه نستخلص شروط هذه المسؤولية ويستوجب تحديد معنى البناء قبل تحديد الملكية التي تعتبر شرطا من شروط قيام هذه المسؤولية. فالمقصود بالبناء هو الشيء المتماسك الذي يكون من صنع الإنسان ويتصل بالأرض، ولا يعتبر العقار بالتخصيص بناء[1]. أما مالك البناء الذي يكون هو المسؤول عما يحدثه تهدم البناء من ضرر للغير، هو من له السيطرة الفعلية عن البناء، ولكنه يسأل حتى ولو كان البناء في حيازة المستأجر، وحتى ولو تقرر الاستيلاء عليه من سلطة عامة أي حتى ولو كان البناء في حيازة شخص أخر غير المالك[2].

والمالك هو أيضا الراهن عقار البناء، وبائع العقار قبل الشهر حتى وان انتقلت الحيازة، والشخص الذي قام بالبناء على أرض غير مملوكة له بحسن أو سوء النية، والملاك في الشيوع[3].

ولقيام المسؤولية يجب أن يكون تهدم[4] البناء كليا أو جزئيا وإلحاقه ضررا للغير. ويكون هذا التهدم بسبب إهمال في الصيانة أو قدم في البناء او عيب فيه.

أساس هذه المسؤولية هو **الخطأ المفترض** في جانب المالك بإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو اصلاح، هذا الافتراض لا يقبل اثبات العكس،

[1] السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، القاهرة، 1964، فقرة 714.

[2] علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، ENAG، الجزائر، 2002، ص236.

[3] أم الخير بوقرة، صفة المالك المسؤول عن تهدم البناء طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري، مجلة الفكر، المجلد 13، العدد 2، بسكرة، 2018، ص501.

[4] التهدم: هو تفكك أجزاء البناء كلها أو بعضها عن الأرض المقام عليها سواء كان تهدما كليا أو جزئيا كانهيار البناء، أو وقوع سقفه او انهيار حائطه، انهيار الشرفة، أو سقوط سلمه او بعض أبوابه أو نوافذه. أما الأشياء التي تسقط من البناء وهي منفصلة عنه لا تعتبر تهدما. ولا يعتبر الانهدام الإرادي تهدما.

ويمكن للمالك أن ينفي مسؤوليته عند اثباته أن الانهدام لم يكن بسبب اهمال في الصيانة أو في قدم البناء أو في وجود عيب فيه.

الفصل الثاني:

الأساس الموضوعي للمسؤولية التقصيرية

المسؤولية التقصيرية التي كانت تقوم على الخطأ وتعتبر وجهة نظر كلاسيكية مأخوذة من القانون الروماني، تطورت لتستجيب لواقع اجتماعي يتمثل في الثورة الصناعية، تكاثر الآلات، حوادث العمل وحوادث المرور.

شهدت المسؤولية انتقالا من المذهب الفردي الذي يقوم على فكرة أن الشخص يقوم بالتعويض والإصلاح لأنه ارتكب ظلما الذي يتجسد في الخطأ، إلى المذهب الاجتماعي الذي يقوم على فكرة أن الشخص يعوض ويصلح ليس لأنه مرتكب لخطأ وإنما لأن الضرر موجود، ومفهوم التضامن يأمر بعدم ترك المضرور بمفرده في هذه الحالة.

فكثرة الحوادث الناتجة عن النشاطات التي كانت تمارس جراء الثورة الصناعية أدى إلى بروز مسؤولية جديدة الموسومة بالمسؤولية الموضوعية وهذا للقضاء على أزمة تعويض المضرورين نتيجة صعوبة إثبات الخطأ، فظهرت فلسفة جديدة التي تتمثل في وجوب للمجتمع حماية المضرور الذي أصابه الأذى حتى في حالة عدم وجود خطأ في هذا النوع من الحوادث (المبحث الأول) والتي أثبت المشرع وجودها بتكريسها قانونيا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ظهور المسؤولية الموضوعية

من أجل تحسين حالة الضحايا، كان يلزم أولا تغيير الذهنيات. في الواقع، تم تجسيد المسؤولية الموضوعية تدريجياً. واليوم، حتى بين مؤيدي الخطأ، تدرك الغالبية من الفقهاء أن الخطأ وحده لا يسمح من تفسير قانون المسؤولية.

وفقا لهذه المسؤولية، فليس من الضروري أن يكون فعل ما خطأ كي تترتب عليه مسؤولية فاعله، وإنما كل فعل يسبب ضررا للغير سواء عن طريق الخطأ أو بدونه، يلزم فاعله بتعويض ما نتج عنه من أضرار.

كما ذكرنا سابقا، فتبني الفقه والقضاء لهذه المسؤولية كان بصفة تدريجية، وتم بعدها تأسيس هذه المسؤولية وذلك بوضع أسس بديلة غير الخطأ (المطلب الأول)، والمشرع الجزائري بدوره تأثر بنظرية المخاطر خاصة بعد ما عرفت نجاحا في الوسط القضائي وبالتالي وضع قانون التعويض التلقائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأسس البديلة

لا يفوتنا أن ننوه أن الخطأ بعدما أصبح غير كافيا في تفسير هذه المسؤولية التي لا تتطلب وجود خطأ، أصبح من الضروري البحث عن أسس جديدة لتبرير هذه المسؤولية. ومن هذا المنطلق فأقبل الفقه على وضع نظريات جديدة والتي سرعان ما انتقدت (الفرع الأول)، مما استوجب استدراك الأمر خاصة بممارسة تقنيات التأمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظريات الجديدة

نظرية المخاطر هي المحاولة الأولى لتحرير المسؤولية التقصيرية بعد أسبقية الخطأ، وكلما تصبح المسؤولية موضوعية، تستند بعد ذلك إلى الالتزام بتحمل عبء المخاطر[1] التي يمكن أن يخلقها النشاط البشري.

ظهرت هذه النظرية في أواخر القرن 19 على يد الفقيهين Raymond[2] Salleilles & Louis Josserand[3]، فبمقتضى هذه النظرية يكون الشخص الذي أنتج خطر هو الملزم بالتعويض لأنه مجبر بتحمل أثار ذلك الخطر الذي خلقه.

وعليه، فتعتبر هذه النظرية من بين الأسس الموضوعية كونها لا تقوم على تحليل السلوك ولا على الخطأ.

نظرية المخاطر مفادها أن تقوم المسؤولية دون وجود خطأ، ولمجرد أن صاحب الضرر قد أوجد خطرا أو يتلقى منفعة من نشاط فيه مخاطر. وبالتالي، يجب أن يتحمل النتائج إذا تحقق ذلك الخطر.

ولا يمكن الحديث على هذه النظرية دون ذكر شروطها المتمثلة في أن يكون نشاط الشخص خطيرا، وأن يكون هذا النشاط ينتج فائدة أو منفعة للمسؤول[1].

---

[1] يرى الفقيه فخار ان المخاطر تقع من حيث الأصل على صاحب العمل، انظر BENALI Fekhar, La commande (EL QIRAD) en droit musulman, Thèse pour le doctorat, présentée et soutenue devant la faculté de droit de Lyon le 30 Juin 1910, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910,p.41,42.

[2] SALEILLES Raymond, Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Pari: A.Rousseau, 1897, p. 90.

[3] JOSSERAND Louis, De la responsabilité des choses inanimées, dans la construction de la responsabilité civile, S.Carval (dir.), PUF, 2001, p. 30.

في الواقع، نظرية المخاطر متعددة، حيث يميز الفقه بين الخطر الذي يجلب المنفعة le risque-profitو كما سميت من طرف الفقه الغرم بالغنم ويقصد به أن كل من يأخذ المنفعة الاقتصادية من نشاط ما وجب أن يتحمل العواقب الضارة هذا من جهة. ومن جهة أخرى الخطر المستحدث le risque créé الذي يتمثل في كل شخص الذي يشكل نشاطه خطرا على الأخرين يجب أن يتحمل الضرر الناتج، حتى و إن لم يحصل على أي فائدة اقتصادية من ذلك النشاط[2]، أي مساءلة كل شخص أحدث نشاط خطيرا في المجتمع، بصفة موضوعية عن الأضرار التي يتسبب فيها وتحميله نتيجة هذه المخاطر المترتبة عن نشاطه بدلا من غيره[3].

هذه النظرية التي جاءت بها مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون[4] فعالة اقتصاديا لأنها تشجع على اتخاذ الاحتياطات اللازمة في ممارسة نشاط ما. ومع ذلك، فهذه النظرية لا تخلو من الانتقادات. فمن جهة، يرى الفقه الكلاسيكي أنه تستحدث النظرية تفكيرا من حيث القوة وتتجاهل بمنطقها شرط السلوك غير العادي الذي ينطوي على المسؤولية، وفي الواقع، إذا كان هذا الفكر يناسب نظام التعويض (مثل نظام التعويض لقانون حوادث المرور لعام 1985)، فإنه يخالف

---

[1] قوسم ياسمين، فارة سماح، نظرية المخاطر وتأثيرها على الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد7، العدد 3، الجلفة، 2022، ص1200-1189.

[2] LECOURT Arnaud , Fiches de droit des obligations, op. cit., p. 249.

[3] شهيدة قادة، بن طرية معمر، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج وإشكالية اليسر المالي، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك "مشكلات المسؤولية المدنية"، جامعة أدرار، يومي 09-10 ديسمبر 2015، ص11.

[4] معتصم بالله الغرياني، دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الدراسات القانونية، جامعة تلمسان، العدد4، 2007، ص41-42.

على نطاق أوسع منطق المسؤولية والعقاب. ومن ناحية أخرى، فإنه يخلق خطر شل النشاط البشري لأن أي نشاط سواء كان مربح أم لا، يولد المسؤولية.

ولكن مهما يكن من أمر، فإن نظرية المخاطر أحدثت اضطرابا في قانون المسؤولية. حيث يكيفه البعض على أنه تطور طفيف (النظرة الحديثة الموضوعية)، وأما البعض الآخر فيرى في هذا الاضطراب الذي تم احداثه بفكرة إعمال فكرة المخاطر ثورة في قانون المسؤولية من خلال تغيير المنظور بشكل كبير (النظرة الكلاسيكية الذاتية).

يرى الفقه[1] أن نظرية المخاطر تقوم على فكرة العدالة، فمن المستحيل ترك المضرورين دون تعويض لعدم وجود الخطأ.

ومن الضروري في أطروحتنا هذه البقاء في سياق الأساس الذي يعتبر المحور الأساسي للموضوع وطرح السؤال حول ما إذا كانت نظرية المخاطر تحمل الحجج الكافية لكي تكون أساسا ومبررا للمسؤولية الموضوعية. وللإجابة على هذا السؤال لا بد من القول أنه بصفة غير منتظرة ضعف نظرية المخاطر عزز فكر الفقه الكلاسيكي الذي جاء بالعديد من الانتقادات واقترح العودة الى الخطأ فيرى الفقيه Boris Stark[2] أنه لا يمكن قيام نظرية المخاطر بصفة مستقلة والمسؤولية

[1] JOSSERAND Louis, Cours de droit civil positif français, Tome II, théorie générale des obligations, 3e éd, Paris, 1939, Paragraphes 556-558.

[2] STARCK Boris, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, éd L.RODTEIN libraire, paris, 1947, p. 27.

أصبحت أمام طريق مسدود، فلقد اعتادت العقول على حصر مشكلة المسؤولية في مأزق متمثل في "الخطأ أو الخطر"

ومن أجل التغلب على عيوب نظرية المخاطر التي ظلت مساهمة محدودة، اقترح الفقيه نظرية ثانية من أجل وضع أساس للمسؤولية التقصيرية الموضوعية، وهي نظرية الضمان Théorie de la garantie.

تم اقتراح هذه النظرية عام 1947 ومن منظور مبتكر. من خلال اتخاذ قرار بوضع نفسه إلى جانب الضحية بدلا من مرتكب الضرر، فيقترح stark بإعادة النظر في تعويضه. فيجب أن يتمكن الضحية من الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به، بصرف النظر عن تقييم سلوك صاحب الضرر. وتحقيقا لهذه الغاية، يبدأ Starkمن الحق الذاتي الافتراضي بأن كل فرد له الحق في أن تحترم سلامته البدنية[1].

إن انتهاك هذه السلامة البدنية المادية أو المعنوية، يستتبع تلقائيا جبر الضرر. ولكن إدراكًا للانتهاكات المحتملة لحرية السلوك، أعطى STARCK تدرج لأولوية الأضرار القابلة للتعويض للضحية. في حين أن الاعتداءات على حياته وسلامته البدنية وسلامة ممتلكاته المادية تهيمن على حرية السلوك وبالتالي تستتبع جبر الضرر تلقائياً دون الحاجة إلى تقدير سلوك المسؤول، فإن الاعتداءات المادية أو المعنوية البحتة لا تكون مضمونة إلا بوجود خطأ.

[1] STARCK Boris, op. cit., p. 37.

على الرغم من أن هذه النظرية أصلية ومواتية للمضرورين، إلا أنها لم تحظ بأصداء تذكر في القانون الوضعي. ومن بعض الجوانب، تواجه نفس انتقادات نظرية المخاطر.

لم تعد نظرية الضمان تستند إلى منطق المسؤولية، بل إلى منطق التعويض في الحالات التي لم يعد فيها ارتكاب فعل غير مشروع لازما. فأي عمل بسيط يكفي لتحمل المسؤولية.

ومن خلال الإشارة الضمنية إلى هذه النظرية، تمكنت محكمة النقض الفرنسية من استبعاد أي مرجع إلى فعل غير مشروع من جانب الطفل القاصر كي يتحمل أباءه المسؤولية[1].

ولمبدأ الوقاية منظور مختلف، فهو آلية للترقب، أكثر من العقاب أو الجبر. ويفترض المبدأ الوقائي ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة لتجنب وقوع حدث متوقع أو محتمل، ولكن المعرفة العلمية بشأنه لا تزال غير مؤكدة. وإذا كان هذا المبدأ موجود ويأخذ به في القانون البيئي أو قانون الأغذية، فإنه يبدو من الصعب الجمع بينه وبين المسؤولية المدنية بشكل عام. فمن ناحية، فإن الحيطة ليست هدفا دستوريا، بل هي وسيلة لحماية النظام العام. من ناحية أخرى، فإن التوقع يقترن بشكل ضعيف بمفهوم التعويض وأوجه القصور في تنفيذ المبدأ الوقائي خاصة

[1] Cass. civ. 2e, Levert 10 mai 2001, JCP éd. G, 2002, I, 124, n° 20, obs. Viney, RTD civ., 2001, p. 601, obs. Jourdain.

وقت أزمة مرض جنون البقرة[1] تثبت أنه لا يزال قابلاً للكمال والتحسين إلى حد كبير.

هذا وان دل على شيء إنما يدل على أن هذه المبادئ تسجل كأسس بديلة ولا يمكنها أن ترسخ كأسس قائمة بحد ذاتها.

وتجدر الإشارة أنه لا وجود لنظرية المخاطر إلا بتطوير تقنية التأمين.

الفرع الثاني: الاعتماد على تقنية التأمين

ارتبط ظهور التأمين على المسؤولية بنشوب الحريق الشهير في لندن عام 1666، وانتشرت الكثير من المكاتب للحريق في انجليترا والدول الأوروبية[2]. يعود تأخر ظهور التأمين إلى اعتبارات دينية حيث كان رجال الكنيسة يعتبره بمثابة المضاربة على حياة الإنسان[3].

فالتأمين من المسؤولية هو تأمين من الاضرار يهدف إلى تأمين المؤمن له من الرجوع عليه بالتعويض على إثر قيام مسؤوليته عن الفعل الضار[4]. وكتب الفقيه André Tunc على التأمين قائلا أنه بما أن هذه الظاهرة أثرت بشكل كبير على أسس المسؤولية المدنية مند ظهوره في النصف الثاني من القرن 19 ويعود

[1] MATTEI Jean François, " Le rapport sur la maladie de la 'vache folle'", Mission d'information commune de l'assemblée nationale, 1997. Rapport numéro 3291, p. 28.
[2] DAVIES Peter, The development of insurance in London: Lloyd's and the fire office, Oxford university Press, 1987.
[3] مسعودي عبد الرحيم وشهيدة قادة، التأمين على المسؤولية المدنية. أي مسار؟، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد8، العدد1، الجزائر، ماي 2021، ص716.
[4] ميسوم فضيلة، الطبيعة القانونية لتأمين المسؤولية المدنية، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد9، العدد27، الجزائر،2017، ص8.

إليه الفضل في محاولة مراجعة الأفكار حول الأخطار القابلة للتغطية بعد أن كان يعتبر منافيا لمبادئ الأخلاق ومرفوضا قضائيا[1].

تبنت العديد من الدول هذا النظام، وكذلك المشرع الجزائري الذي جاء بنظام جديد بموجب الأمر رقم 95-07 المؤرخ في جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات[2]، ملغيا جميع الأحكام المخالفة له. وقد جاء المشرع في هذا الأمر بالتأمينات الإلزامية، وتأمينات المسؤولية المدنية، التأمينات عن الحريق[3]...الخ.

يطلب المؤمن له بالتعويض عن الخطر المؤمن له في التأمين من المسؤولية وتكون هذه المطالبة بتحقق مسؤولية المؤمن أو لم تتحقق لكن لابد من تحقق الخطر ويمكن أن تكون المطالبة قضائية أو ودية.

ويؤدي عقد التأمين إلى نشأة علاقة قانونية بين المؤمن والمؤمن له، ومنطقيا لا تكون هناك علاقة بين المضرور والمؤمن، والعلاقة المباشرة الموجودة هي بين المضرور والمؤمن له على أساس دعوى مسؤولية والعلاقة الثانية هي بين المؤمن والمؤمن له على أساس عقد التأمين. لكن وجب أن يكون للمضرور دعوى مباشرة

[1] TUNC André, La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de circulation, Revue internationale de droit comparé, 18eme année, numéro 4, 1966, p.p. 996-998.

[2] أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات.

[3] العرباوي نبيل صالح، التأمين من المسؤولية وعلاقة التأمين بالمسؤولية وتأثير تأمين المسؤولية على نظام المسؤولية المدنية، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك "مشكلات المسؤولية المدنية"، يومي 09-10 ديسمبر 2015، ص3.

يرجع بها على المؤمن بالتعويض المستحق له في ذمة المؤمن وذلك بموجب نص المادة 59 من الأمر المتعلق بالتأمينات[1].

أثر التأمين في تطور المسؤولية، وحسب الفقهاء فإنه ساهم في تلطيف الخطأ مما أدى إلى تراجعه تدريجيا. وقام بتوسيع تفسير المسؤولية المدنية للقضاة، أصبح القاضي يتميز ببعض الليونة في تسبيب القرارات بوجود تقنية التامين ويسعى لحماية المضرور، وساهمت في الاعتراف للمضرور بحق الرجوع مباشرة على المؤمن بالدعوى المباشرة[2].

لكن هذا النظام تولد عنه كثرة الحوادث نتيجة اطمئنان المؤمن له ونظرا لتزايد الإعمال بهذه التقنية وبصفة مفرطة، فأصبح هناك جو لعدم الاستقرار القانوني وانتشار اللاأمن القانوني.

وفي بعض الأحيان لا يكفي وجود الخطأ ولا الخطر للتعويض، ففي هذه الحالة هل يمكن استبدال المسؤولية المدنية بنظام التعويض التلقائي دون الرجوع إلى الضرر أو نشاط الشخص.

المطلب الثاني: نظام التعويض التلقائي

الخطأ والمخاطر غير كافيين في بعض الأحيان لبعض الأضرار الناشئة عن الحوادث. ثم تطرح مسألة ما إذا كان ينبغي ممارسة الاعتراض المدني عن طريق التعويض التلقائي دون الحاجة إلى اسناد الضرر إلى خطأ أو نشاط شخص ما.

[1] العرباوي نبيل صالح، المرجع نفسه، ص9.

[2] مسعودي عبر الرحيم، قادة شهيدة، المرجع نفسه، ص720.

ويمكن استبدال مسؤولية الفرد بنظام توزيع المخاطر بين جميع أفراد المجتمع، حيث لا يقع عبء تعويض الضحية على عاتق شخص ما بل يوزع على الأشخاص المؤمن عليهم. بدأت بوجود الضمان الاجتماعي، ظاهرة التنشئة الاجتماعية للمخاطر تطورت بالتأمين وبإنشاء صناديق التعويض[1].

فالمشرع الجزائري كرس هذا النظام من خلال قوانين حوادث المرور وحوادث العمل.

الفرع الأول: حوادث المرور

يعتبر حادث المرور الجسماني واقعة مادية ينتج عنه أثرين قانونيين وهما أثر جزائي، الذي يتجسد في توقع عقوبة الحبس أو الغرامات المالية أو سحب رخصة السياقة لمدة محدودة للشخص المخطئ والمسؤول في نفس الوقت عن الحادث.[2] وينتج كذلك أثر مدني يتمثل في المساس بمصلحة الضحايا وذوي حقوقهم في حالات الإصابات البدنية أو الجروح أو وفاة عما أصابهم من الضرر[3].

ونظرا لعدم قدرة المسؤولية المدنية التقليدية والأساس الذاتي على احتواء الأضرار الناتجة عن حوادث السير، فأصبح للمسؤولية مفهوم أخر مغاير عن المسؤولية المدنية التي قوامها الخطأ. فاستبعدت نظرية الخطأ وحلت محلها نظرية

---

[1] DRUFFIN-BRICCA Sophie & HENRY Laurence-Caroline, Droit civil : les obligations. Op.cit. p. 164.

[2] حالة القتل الخطأ، الجرح الخطأ، حالة الفرار بعد الحادث، في المواد 289،288 من قانون العقوبات و المادة 13 من قانون المرور المعدل والمتمم.

[3] عيسى لحاق، إجراءات حصول ضحايا حوادث المرور على تعويض، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 1، العدد1، الأغواط، 2012، ص411.

المخاطر. وإعمالا بنظرية المخاطر، فإنّ القانون أوجب دفع التعويض لذوي الضحايا مهما كان خطأها في ارتكاب الحادث، وحتى أن القانون أقر أحقية المتضرر جسمانيا التعويض ولو كان هو المتسبب في الحادث إذ كان العجز الذي أصابه يساوي أو يتجاوز 50 بالمئة[1].

جاء المشرع بنظام جديد من خلال الأمر رقم 75-15 [2]هو نظام التعويض دون خطأ وذلك لتوفير حماية للضحايا. ومن بين الأسباب التي أدت به إلى استصدار هذا الأمر، أن أحكام مسؤولية القانون المدني غير ملائمة مع المفاهيم والتطورات الاجتماعية والاقتصادية الحديثة وكذلك بسبب الإجراءات الطويلة والمعقدة التي ينجم عنها تأخر في صدور الأحكام بعد الحوادث[3].

ومنه فالتعويض وخاصة عن الأضرار الجسمانية يتقرر دون النظر إلى خطأ المتسبب في الضرر. بينما الأصل في القانون المدني أن لا تعويض إلا بعد إثبات خطأ صاحب المركبة أو السيارة على أساس المسؤولية التقصيرية المترتبة عن حراسة الشيء كما جاءت به المادة 138[4] .

---

[1] يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الاضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2008، ص6.

[2] الأمر 75-15 الصادر بتاريخ 30 جانفي1974 المتعلق بإلزامية التأمين عن السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 19 فيفري 1974.

[3] بوجدر سيف الدين، التعويض عن حوادث المرور في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2014، ص86-87.

[4] بومدين محمد، المسؤولية عن تعويض أضرار حوادث المرور بين القانون المدني وقانون إلزامية التأمين على السيارات، مجلة القانون والمجتمع، المجلد1، العدد1، أدرار، 2013، ص33.

ولا بد من وجود شروط لتطبيق الأمر رقم 75-15 المتعلق بإلزامية التأمين عن السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار تتمثل في أن يكون الضرر جسمانيا وأن يكون الضرر من فعل السيارة.

شرط الضرر الجسماني

لم يأت الأمر رقم 75-15 بتعريف للضرر الجسماني واكتفى بذكر أن للضحايا المتضررين من الضرر الجسماني حق التعويض[1] وعرف الفقه الضرر الجسماني على أنه "جميع ما يصيب الشخص في نفسه أو جسمه ويختلف تقديرها حسب خطورتها"[2].

وقسم المشرع الأضرار الجسمانية على النحو التالي: الضرر الذي يترتب عنه عجز مؤقت عن العمل، الضرر الذي يترتب عنه العجز الدائم الجزئي أو الكلي الدائم عن العمل، الوفاة بالإضافة إلى ما ينتج عن هذه الأضرار الجسدية من أضرار مادية أخرى تنعكس ماليا على ذمة المضرور. وتتمثل هذه الأضرار في نفقات وتكاليف العلاج وكذا مصاريف الجنازة التي يجب أن تسدد للضحايا أو لذوي الحقوق[3].

[1] المادة 8 من الأمر رقم 75-15 المؤرخ في 30 يناير سنة 1974 يتعلق بإلزامية التأمين عن السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.

[2] مغني دليلة، نظام تعويض الأضرار الجسمانية الناتجة عن حوادث المرور، مجلة الحقيقة، العدد 26، جامعة أدرار، 2013، ص230.

[3] يوسفي سميرة ويعطة وردة، المسؤولية المدنية عن حوادث المرور في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020-2021، ص29.

وجاء المشرع الجزائري في القانون رقم 88-31 المعدل للأمر 15/74 بالأضرار المعنوية وضرر التألم لكن حصر هذا النوع من الضرر في حالة الوفاة فقط[1].

شرط تسبب الضرر من طرف المركبة

لكي يطبق الأمر 75-15 والقانون 88-31 يجب أن تكون المركبة هي التي تسببت في الضرر الذي لحق الضحية.

عند استفاء الشروط، لا بد أن يحصل المضرور على تعويض.

زيادة عن التعويضات التي يتحصل عليها من شركة التأمين، يجوز للضحية اللجوء إلى القضاء للحصول على التعويض من جراء المسؤولية المدنية. وبعيدا عن القواعد العامة، فيقدر التعويض بموجب الأمر رقم 74-15 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 88-31 باتباع أساليب حسابية وأساسه الأجر أو الدخل المهني للضحية، حيث لا يجوز أن يتجاوز مبلغ الأجر أو المداخل المهنية المتخذة في الأساس لحساب مختلف أصناف التعويضات مبلغا شهريا مساويا لثمان مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحدث[2].

[1] زيتوتي طارق، شرف سميرة، التعويض عن حوادث المرور في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص18.

[2] يوسفي سميرة ويعطه وردة، المرجع السابق، ص37.

كما أن القانون جاء بطريقة حساب تعويض بالدخل السنوي[1]. وجاء في الجدول الموجود بملحق القانون 88-31 على كيفية التحصل على النقطة الاستدلالية.

أما فيما يخص القضاء، المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2001/09/04 جاءت بتعويض نوع من الضرر الذي يقع جراء هذه الحوادث وهو الضرر الجمالي الذي يصيب حسن الملامح والذي يكون بإجراء العمليات الجراحية اللازمة لإصلاح الضرر الجمالي[2].

كما أن المشرع منح تعويض ذوي الحقوق المتوفي حسب ما كان الضحية بالغ أم قاصر. وتجدر الإشارة أنه تم إنشاء صندوق خاص بالتعويضات الموسوم بصندوق ضمان السيارات لحماية وتعويض الضحايا من طرف الدولة. ونص المشرع الجزائري في المرسوم رقم 04-103 على الحالات التي يكون الصندوق يتحمل التعويضات[3].

[1] يقوم بذلك بضرب دخل الشهر في عدد أشهر السنة 12، وإذا كان الضحية لا يشغل منصب عمل يضرب أجر الشهر الأدنى المضمون عند وقوع الحادث في 12.

[2] المحكمة العليا، القرار المؤرخ في 2001/09/04، مجلة المحكمة العليا، العدد2، سنة 2004، ص447.

[3] المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 04-103 المؤرخ في 5 أفريل 2004 المتضمن إنشاء صندوق ضمان السيارات وقانونه الأساسي، ج.ر، العدد 21، الصادر في 7 أفريل 2004: الحالات: -إذا كانت الاضرار المطالب يجرها أضرار جسمانية ناتجة بفعل مركبة ذات محرك- إذا ظل المسؤول عن الحادث او الأضرار مجهولا في حالة سقوط الضمان عنه -إذا كان تأمينه ناقص أي كانت تغطيته غير كافية أو تبين أنه غير مقتدي كليا أو جزئيا على الوفاء.

فالمسؤولية في الأمر رقم 15/74 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات تقوم بدون خطا كأصل عام إلا أن المشرع ذكر حالات يكون فيها خطأ السائق مؤثرا على التعويض.

نص المشرع في المادة 13 من الأمر رقم 15/57 الأخطاء التي قد تكون بإهمال أو عدم الإحتياط والحذر وعن الرعونة أو عدم احترام قواعد المرور. فلما يقع حدث نتيجة ذلك يخفض من تعويضه[1].

وقد نص المشرع عن استبعاد التأمين عن الأخطاء العمدية [2] بقصد الإضرار بالغير، وكذلك الأخطاء غير المعذورة مثل سياقة الشخص لمركبة دون أن يكون متحصلا على رخصة السياقة أو بالغا السن المطلوب[3]. وهذا ما أكده قضاة المحكمة العليا[4].

وبالتالي، نلاحظ وجود الخطأ في هذا النظام فقط لتقدير التعويض أو الإعفاء منه.

[1] القانون رقم 16/04 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرقات وسلامة أمنها معدل ومتمم بالقانون رقم03/09 المؤرخ في 2009/07/22، المادة 9 مكرر.

[2] المادة 12 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتامين، الصادر في 1995/01/25.

[3] المادة 45 من القانون رقم 15/83 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، المؤرخ في 02 يوليو 1983. والمرسوم رقم 80-34 المتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 7 من الأمر 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.

[4] المحكمة العليا، القرار رقم 1177340 الصادر بتاريخ 22-03-2018.www.coursupreme.dz

الفرع الثاني: حوادث العمل

نظرا لتزايد حوادث العمل وإبقاء الضحايا دون تعويض، جاء المشرع بنظام جديد وهو نظام التعويض بهدف جبر الأضرار الناتجة عن حوادث العمل. وذلك لأن المسؤولية المدنية في أول ظهور لها لا تتماشى مع الحوادث التي ظهرت عقب الثورة الصناعية. هذا النظام الجديد يعمل على تعويض الضرر بغض النظر على مسؤولية المتسبب في الفعل الضار حتى أنه أحيانا لا يفترض وجود[1] مسؤول لكي تستحق الضحية التعويض المحدد في هذا النظام.

تجدر الإشارة أن العامل غير ملزم بإثبات الرابطة السببية بين فعل المسؤول والضرر، ولا بإتباع إجراءات قضائية معقدة.

اعتمد المشرع الجزائري على طريقة التقدير الجزافي للتعويض عند حدوث حوادث العمل. ويتم تقديره قيمة التعويض بعملي حسابية يعتمد فيها على نسب مئوية للعجز وكذلك على أجر الضحية أو الأجر الوطني الأدنى. غير أن السؤال المطروح في هذه الحالة هو ما إذا كان التعويض بهذه الطريقة يؤدي إلى حصول المضرور على تعويض عادل ومنصف؟

فحسب القانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية. إذا نتج عجز مؤقت أو دائم للعامل إثر إصابته وهذا العجز ينقص من قدرته على

[1] رايحي بن عليه، خصوصية نظام التعويض عن حوادث العمل، مجلة التراث، المجلد7، العدد2، الجلفة، 2017، ص339.

الإنتاج والكسب، فيحق له مطالبة هيئة الضمان الاجتماعي بكافة التعويضات العينية والنقدية المنصوص عليها قانونا[1].

وتتمثل هذه التعويضات في أداءات عينية مثل العلاجات، الألات والأعضاء صناعية..، وكذلك تعويضات نقدية مثل المبالغ المالية التي تمنحها هيئة الضمان الاجتماعي[2].

والمصاب له الحق في الاستفادة من أداءات المنصوص عليها في المواد من 38 إلى 51 من القانون رقم 83-13 السالف الذكر في حالة ما إذا أصيب العامل بعجز جزئي دائم عن العمل وذلك بعد تقرير الطبيب المستشار لهيئة الضمان الاجتماعي. أما في حالة وفاة الضحية إثر حادث عمل. فأقر المشرع الحق في التعويض لذوي حقوق الضحية يكون على شكل ربح أو منحة يتم تقديمها حسب شروط المنصوص عليها قانونا.

وجاء المشرع الجزائري بشروط حادث العمل في المادة 6 من القانون رقم 89-13:" يعتبر كحادث عمل كل حادث انجرت عنه إصابة بدني بسبب مفاجئ وخارجي وطرأ في إطار علاقة عمل".

وأساس هذا التعويض يكمن في احتياج ذوي الحقوق للدخل الذي كان يتقضاه الضحية، خاصة إذا كانت الضحية العائل الوحيد للأسرة.

---

[1] قانون رقم 83-13 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 02 يوليو سنة 1983 يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 رمضان عام 1403هـ، ص1810.

[2] رايحي بن عليه، المرجع السابق، ص342.

ويحدد القانون رقم 83-12 المتعلق بالتقاعد طريقة تحديد معاش الضحية المتوفاة[1].

التعويض التلقائي في حوادث المرور يقوم بإفادة ضحايا الأضرار الناشئة عن حوادث العمل. غير أن من بين أوجه القصور لهذا النظام هو الاعتماد على التقدير الجزافي الذي لم يسمح للمضرورين من الحصول على تعويض يغطي جميع الأضرار كما أنه يقيد حق العامل في اللجوء إلى القواعد العامة للحصول التعويض التكميلي. وكان من المفروض على المشرع أن يلتفت إلى التعويض عن إصابات العمل من الأضرار الجمالية وضرر الحرمان من متع الحياة...[2].

عرف المشرع الجزائري بأنه جميع الحوادث التي تصيب العامل أثناء أو بمناسبة أو نتيجة لأدائه لعمله، سواء في مكان العمل أو خارجه، مطبقا بذلك أوامر صاحب العمل أو مهام حددها القانون، بحيث ينتج عنها إصابات بدنية يكون سببها خارجي ومفاجئ في إطار علاقة العمل[3].

[1] قانون رقم 83-12 مؤرخ في 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بالتقاعد، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة في 2 يوليو سنة 1983.

[2] رايحي بن علية، المرجع السابق، ص347.

[3] سليمان احميه، النظام القانوني لعلاقات العمل في الجزائر-علاقة العمل الفردية-، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص147.

المبحث الثاني: تكريس المسؤولية الموضوعية في القانون المدني

يعكس تطور قانون المسؤولية تحولا تدريجيا من المسؤولية القائمة عن الخطأ إلى المسؤولية الموضوعية، حيث يمكن تعويض الضرر بدون خطأ ذلك لحماية المضرور الذي لا يستطيع إثبات الخطأ في الكثير من الأحيان[1].

وينص القانون المدني الجزائري صراحة على هذه المسؤولية الموضوعية في عدة أحكام، مستوحاة من القانون المدني الفرنسي ومكيفة مع السياق الوطني[2].

إن هذا التكريس للمسؤولية الموضوعية في القانون المدني يمثل كسر مع المفهوم الكلاسيكي للمسؤولية القائمة على الخطأ الموروث من القانون المدني النابوليوني لعام 1804. وهذا يعكس تطورا نحو منطق التضامن الاجتماعي والتعويض المتكامل بدلا من المنطق الأخلاقي والعقابي. وبعبارة أخرى فإن المشرع يريد القول أن الأولوية لم تعد في معاقبة المسؤول، إنما في تعويض المضرور.

فكرس المشرع المسؤولية الموضوعية في القانون المدني الجزائري من خلال تدخل الشيء أو العيب في المنتوج (المطلب الأول) وكذلك من خلال الفعل غير الخاطئ المنسب إلى نشاط الشخص (المطلب الثاني).

[1] STARCK Boris, op, cit., p. 51.
[2] MEKKI Mustapha, La responsabilité civile en droit algérien, OPU, 2002, p. 113.

المطلب الأول: تدخل الشيء أو العيب في المنتوج

لقيام مسؤولية حارس الشيء (الفرع الأول) لا بد من أن يكون الضرر راجعا الى فعل الشيء أي أن يتدخل الشيء في احداث الضرر للغير، وينبغي أن يكون الضرر قد نتج عن التدخل الإيجابي للشيء intervention active، ويقتضي التدخل الإيجابي بطبيعة الحال أن يكون الشيء في وضع أو حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر، أي أن تكون علاقة سببية بين الضرر وبين تدخل الشيء الإيجابي[1]. وكرس المشرع الجزائري المسؤولية الموضوعية كذلك بتكريسه لمسؤولية المنتج التي تقتضي وجود عيب في المنتوج وهو الفعل المنشأ لهذه المسؤولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مسؤولية حارس الشيء

تم خلق المسؤولية الناتجة عن الأشياء عند ظهور الثورة الميكانيكية في القرن 19 وذلك لإعفاء الضحايا من اثبات خطأ مستعمل الشيء.

وحرصا على تعويض ضحايا حوادث العمل وحوادث السير، أدى تفسير القضاء للمادة 1384الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي إلى تبني مسؤولية موضوعية عن الأشياء وهي نفسها المنصوص عليها في المادة 138 القانون المدني الجزائري، التي يجب تحديد شروطها ونظامها القانوني.

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص372.

المادة 138 من القانون المدني الجزائري تنص على: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"

وبالتالي فالضرر الناتج عن تدخل الشيء يؤدي إلى قيام مسؤولية الحارس.

لقد تعرض المشرع للأشياء، باعتبارها محلا للحقوق المالية في عدة مواد من القانون المدني، إلا أنه لم يعرفها صراحة، وذكر عند تصنيفه للأشياء العقارات والمنقولات والأشياء غير المادية، ويقصد بالشيء في نص المادة 138 من القانون المدني كل شيء مادي غير حي بغض النظر على صفته أو نوعه عقار أو منقول، جامد أو سائل، غازي أو صوتي، صغير أو كبير، متحرك أو ساكن، متحرك ذاتيا او بفعل الإنسان، به عيب أو خالي منه، خطير أو غير ذلك[1].

الشيء في هذا النص حسب الفقهاء[2] هو كل شيء غير حي . ويخرج من نطاقه الشيء الحي، فالحيوان نصت عليه المادة 139 مدني جزائري إذا أحدث ضررا. والبناء الذي يتهدم خصص له نص المادة 140 مدني جزائري، وعلى ذلك ففيما عدا هذين الشيئين، يمكن القول على الشيء بمفهوم هذه المادة كل شيء، منقولا كان أو عقارا كبيرا أو صغيرا، جامدا أو سائلا ويصدق على الشيء الذي يحتاج بسبب حالته أو طبيعته أو الظروف التي وجد فيها إلى عناية خاصة. هذا

[1] سعيدي إكرام نهال، الأفعال المنشأة في مسؤولية حارس الشيء ومسؤولية المنتج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص (تخصص قانون قضائي)، 2019-2020، ص5.

[2] BELHADJ Larbi, La responsabilité du fait des choses inanimés dans le droit civil algérien, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques (1991), vol.29, p.p. 614-646.

ويجب ملاحظة أن الآلات الميكانيكية دائما في حاجة إلى عناية خاصة لأن لها قوة تحريك ذاتية مما يجعلها مصدر خطر دائم.

ويعتبر من الأشياء التي يشملها النص الجزائري، المواد المتفجرة، الأسلحة ،السموم، الأسلاك الكهربائية، المواد الكيميائية، الأدوات الطبية، الزجاج، تيار الغاز وأيضا الضجيج الذي يحدثه الطائرات. وقد تنطبق هذه الصفة على الشيء بسبب حالته أو الظروف التي يوجد بها كالسلم إذا كان حديث الطلاء، والأرض الخشبية إذا كانت مطلية بمادة تساعد على الانزلاق، والشجرة إذا مال جذعها بشكل يهدد بسقوطها[1].

ويستثني القضاء الفرنسي الأشياء التي تنظمها قوانين خاصة بحجة قاعدة الخاص يقيد العام، وكذلك جسم الإنسان، فالأضرار الذي يسببها تخضع للمادة 124 من القانون المدني، تم استبعاد الأشياء بدون صاحب والأشياء المهجورة لغياب سلطة الحراسة[2].

اشترط المشرع الجزائري لقيام هذه المسؤولية تدخل الشيء في احداث ضرر ويكون هذا الشيء محل الحراسة.

إن شرط تدخل الشيء في إحداث الضرر أمر بديهي لأن انعدام هذا الشرط يعني انتفاء علاقة السببية بين تدخل الشيء محل الحراسة والضرر اللاحق بالضحية ومن ثم لا تحقق مسؤولية الحارس. والمقصود بتدخل الشيء في إحداث

---

[1] محمد صبرى السعدى، المرجع السابق، ص229

[2] RENAULT-BRAHINSKY Corinne, Droit des obligations, Gualino éditeur, paris 2003, p. 300.

الضرر عادة هو التدخل المادي أي مساهمة الشيء في إحداث الضرر بغض النظر عما إذا كان هذا التدخل هو المولد أو المنتج للضرر أم لا[1].

إن تدخل الشيء في إحداث الضرر يتحقق بصورة عادية لما وجد اتصال مادي مباشر بين الشيء محل الحراسة والمتضرر، فهذا الاتصال يعني تدخل الشيء في إحداث هذا الضرر كما هو الحال عند اصطدام الشيء بالضحية أو عند ما تصل غازات سامة، أو مياه ملوثة إلى جسم الضحية أو ماله. فبإثبات الاتصال المادي بين الشيء، ومحل الضرر تكون الضحية قد أثبتت تدخل الشيء في إحداث الضرر[2]. وبالتالي، يمكن القول أن المشرع يشترط تدخل الشيء بغض النظر إذا كان هذا الشيء مفعل من طرف الشخص أم لا وسواء كان ثابت أو متحرك.

يتمثل الشرط الثاني في حراسة الشيء مما يقتضي تحديد مفهومها. فلم يعرف المشرع الجزائري ماهية الحراسة، لكنه ذكر أن من تولى حراسة الشيء تكون له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة. وقالت المحكمة العليا أن الحراسة القانونية تنصرف إلى أن حارس الشيء هو المالك[3] ويمكن أن تنتقل هذه الحراسة لشخص أخر إراديا بموجب تصرف قانوني عن طريق البيع أو الإيجار أو الإعارة...الخ، أو بدون إرادة مثلا في حالة السرقة. ويجب على الحارس أن يكون مميزا. وتجدر الإشارة أن صفة الحارس تتنافى مع صفة المتبوع التي تحكمه أحكام خاصة.

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص196.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 196.

[3] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الأول، ملف 91712، غير منشور.

تطرح إشكالية تعدد الحراس، وفي هذا الصدد، جاء القضاء الفرنسي بنوعين من الحراسة المتمثلة في الحراسة الجماعية وتجزئة الحراسة. ففي الحراسة الجماعية، قد يكون لأكثر من شخص سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة على نفس الشيء وفي نفس الوقت، بحيث يعتبر كل واحد من هؤلاء حارسا للشيء وبالتالي يكون هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن تجاه الضحية عن الاضرار التي يتسبب فيها الشيء محل الحراسة الجماعية[1].

أما بالنسبة لتجزئة الحراسة فقد ظهرت هذه الفكرة بسبب الأشياء الخطيرة أو تلك التي لها قوة تحرك ذاتية وفي هذه الحالة الحراسة قد تكون محل تجزئة بين المالك الذي يتحمل التعويض عن الاضرار التي يسببها العيب الموجود بالشيء، بصفته حارس للبنية، وبين الشخص المستعمل للشيء الذي يتحمل التعويض عن الأضرار المترتبة عن استعمال الشيء باعتباره حارسا للاستعمال[2].

ولا يخلو هذا التمييز من العيوب حيث الغموض الذي يثيره للقضاة يؤدي إلى رفض الدعوى وقد يمنع المضرور من الحصول على التعويض.

[1] Angers, 13/11/1957, Dalloz, 1957, p121 ; Cas Civ 04/01/1957 Dalloz, 1957, p. 264.

[2] يقتصر مجال تطبيق هذا التمييز على الأشياء التي تكون بنيتها قابلة للانفصال عن الاستعمال، راجع علي فيلالي، المرجع السابق، ص224.

تعددت اتجاهات القضاء في تقرير أساس هذه المسؤولية وتباينت بين الخطأ، افتراض المسؤولية، وقيام المسؤولية بمجرد توفر علاقة سببية بين فعل الشيء والضرر[1].

عند الاطلاع على المادة 138 من القانون المدني نرى أن أساس هذه المسؤولية هو خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس والخطأ المفترض أساسا هو الخطأ في الحراسة والذي لا يقبل اثبات العكس، ولنفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ المصاب أو فعل الغير.

الفرع الثاني: مسؤولية المنتج

التطور المذهل في المجال الصناعي أدى إلى تعرض حياة المستهلك وأمواله للخطر، خاصة عندما تكون المنتوجات معيبة. فأقرت معظم التشريعات لإقرار المسؤولية المدنية للمنتج، وهو ما تبناه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، وذلك متأثرا بالقانون 19الصادر بتاريخ ماي 1998 الفرنسي[2].

[1] جوابي فلة، قراءة في مسؤولية حارس الشيء على ضوء القضاء الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7، العدد 2، مسيلة، 2022، ص355.

[2] Loi du 19 mai 1998 instaure en droit français, une responsabilité de plein droit des producteurs professionnels au profit des victimes de dommages causés par un produit défectueux.

يبدو أن المشرع يريد الحد من نطاق الذي يحدده قانون حماية المستهلك فيما يخص القيود المفروضة على النزعة الاستهلاكية. خاصة بحماية المستهلك المكرسة في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

وقبل الخوض في أساس هذه المسؤولية لا بد من تحديد نطاق تطبيق هذه المسؤولية.

إن الأشخاص المعنيين بهذه المسؤولية هم المنتج والمضرور. لم يعرف المشرع الجزائري المنتج في القانون المدني ولا حتى في القانون 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، لكن المشرع يقوم بتمييزه عن الصانع والمتدخل.

لم يضع محررو اتفاقية لاهاي تعريفا محددا لشخص المنتج وإنما اعتمدوا أسلوب تعداد الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف المنتج، لذلك فإن التعداد الذي احتوته هذه الإتفاقية كان واسعا بالنسبة للأشخاص الذين يخضعون لنظام مسؤولية المنتج بالرغم من أن هذا التعداد قد ورد على سبيل الحصر[1].

وعليه يمكن القول أن اتفاقية لاهاي في مجال تحديدها للشخص المنتج شملت كلا من الصناع والموزعين أو الوسطاء بشكل عام، فهي لم تقتصر على البائع الصانع، بل شملت البائع المهني كما يسمى في الفقه الفرنسي الذي يضم التاجر، ومن باب أولى الصانع الذي فضلنا تسميته بالمنتج كما سبق بيانه[2].

[1] The Hague conference on the law applicable to products liability, international lawyer 1974.vol8. p. 613

[2] Article 3 :"This convention shall apply to the ability of the following persons+ : manufacturers of afinished product or of a component part + producers of a natural product+ suppliers of a product+ other persons, in clouding repairers and ware house men, in the commercial chain of preparation or distrubution of product

بينما تولت اتفاقية Strasbourg لدول المجلس الأوروبي وضع تعريف المنتج في الفقرة ب من المادة الثانية عندما أشارت إلى أنه أغراض هذه الاتفاقية فإن تعبير المنتج يدل على صناع المنتجات بشكلها النهائي وصناع الاجزاء التي تتركب منها تلك المنتجات، ومنتجي المنتجات الطبيعية.

أما اتفاقية دول السوق الأوروبية المشتركة فقد تناولت تعريف وتحديد المنتج بأسلوب يكاد يقترب كثيرا من المنهج الذي اعتمدته اتفاقية ستراسبورغ، حيث جاء في المادة الثانية من اتفاقية دول السوق أن المنتج هو:" منتج الشيء بشكله النهائي، والمنتج لأية مواد أو أجزاء، وكذلك أي شخص يضع اسمه أو علامته التجارية أو أية علامة مميزة على الشيء تفيد بأنه هو المنتج"[1].

تعدد المصطلحات في هذا المجال تجعل من الصعب تحديد مجال الأشخاص التي تربط بهم مسؤولية المنتج، ففي هذا السياق الدكتور شهيدة قادة يجيب على الأسئلة التالية: هل الأحرى الكلام عن الصانع، أو المنتج أو المحترف وما هي المشاكل التي يثيرها تحديد المسؤولية من حيث الأشخاص؟

يرى الدكتور أن تعدد المصطلحات من باب الانحياز إلى مصطلح الذي سيعطي مضمونا خاصا للمدى الذي تصل إليه المسؤولية من حيث الأشخاص وليس من باب التوارد اللفظي. فتم حصر مسؤولية طائفة الأشخاص القائمين

It shall also apply to the liability of the liability of the agents or employees of the parsons specified above".

The Hague conference on the law applicable to products liability, op.,cit.. p. 613.

[1] سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، د.ط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص64 وما يليها.

بعملية التحويل الصناعي Transformation للمادة الأولية بالنصوص التي تستعمل مصطلح الصانع لتعيينهم، على اعتبار أن المجال الحقيقي لدراسة المسؤولية هو المنتجات الصناعية، في حين أن القوانين التي تستعمل مصطلح المنتج مثل اتفاقية لاهاي، والمجلس الأوروبي والتوجيه الأوروبي، والقانون الفرنسي، تستهدف توسيع نطاق المسؤولية لتشمل أيضا منتجي المواد الأولية التي لم تخضع للمعالجة الصناعية كالموارد الزراعية، الصيد وغيرها.... أما النصوص التي تستخدم مصطلح المحترف Professionnel وهو الشأن بالنسبة للقانون الجزائري في كثير من المواقع، فإنها ترى بضرورة انسحاب هذه المسؤولية على كافة الأشخاص المتدخلين في عملية عرض المنتوج، من صنعه، وانتاجه، وتهيئته، وتغليفه وتسويقه[1].

وللإجابة على السؤال الثاني المتعلق بالمشاكل التي يثيرها تحديد المسؤولية من حيث الأشخاص، فتمر المنتجات بعدة مراحل، قد تعكف عليها مؤسسة واحدة فتقوم بعملية الاستخراج والتحويل ثم طرحها في السوق. ولكن هذا الوضع أصبح قليل الوقوع، إذ الحاصل حاليا أن عملية الإنتاج تتقاسمها عدة منشئات، فتتكفل كل واحدة بجزء من العملية الإنتاجية، وهو الحال بالنسبة لصناعة السيارات. تطرح المسألة هنا هي تحديد المنتج في حالة حدوث أضرار من فعل هذا المنتوج المعيب؟[2].

[1] شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص39.

[2] شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع نفسه، ص40،39.

عند الرجوع إلى القوانين الخاصة، وخاصة تلك المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش نرى أن المشرع لم يستعمل مصطلح المنتج بل أخذ مصطلح المتدخل الذي عرفه كالتالي في المادة 3 من نفس القانون: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"[1].

أما المضرور فحسب نص 140 مكرر من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى" أن المنتج يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

فالمشرع تماشيا مع ما أقره المشرع الفرنسي بهذا الخصوص أراد أن يضع حدا للتمييز بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية للمنتج، وبالتالي يبقى المنتج.

أما المنتوج فأخذ المشرع الفرنسي تعريفه أساسا من اتفاقية لاهاي التي تنص في مادتها الثانية على: " لأغراض هذه الاتفاقية فإن مفهوم المنتوج سوف يشمل المنتجات الصناعية والمنتجات الطبيعية فيما إذا كان خاما أو مصنوعة وفيما إذا كان منقولة أو غير منقولة"[2].

ولقد استعمل المشرع الجزائري لفظ المنتوج كمصطلح قانوني لأول مرة في القواعد العامة لحماية المستهلك. ليقرر لاحقا المسؤولية عن عيب المنتوج

[1] المادة 3 من القانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[2] Art 2: "For the purpose of this convention: a.The word (product) shall include natural and industrial product, wether raw or manufactured, and wether movable or immovable."

فالمصطلحات التقليدية أي الشيء وفعل الشيء أو الثمار قد أصبحت لا تعبر بصدق عما انصرفت إليه نية المشرع، قد يكون هناك تداخل بين مدلولاتها ولكن لا يمكن أن تكون مترادفات لبعضها، فلا شك أن المنتوج شيء، ولكن ليس كل شيء منتوج وإلا ما كانت هناك حاجة إلى مصطلح جديد[1].

المشرع الجزائري لم يأت بتعريف للمنتوج في المادة 140مكرر من القانون المدني واكتفى بذكر ما يعتبر منتوج كما جاء في المادة " يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار لاسيما المنتوج الزراعي، المنتوج الصناعي، تربية الحيوانات، الصناعة الغذائية، الصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

قد عرفه القانون الملغى رقم 02-89 والذي ألغاه القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش فقد جاء في نص المادة 02 من القانون الملغى السالف الذكر أن المنتوج "أي شيء مادي أو خدمة مهما تكن طبيعته يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس بصحة المستهلك أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية".

يستنتج من هذا النص أمران: أولهما أن المشرع شدد الالتزام على المنتج بالضمان على كل منتوج مهما تكن طبيعته، وثانيهما أن مصطلح المنتوج جاء واسع لا تتضمن أية استثناءات لتشمل المنتوجات الزراعية والحرفية والمنتوجات

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص70.

المحلية والمستوردة، لكن بالرغم من هذه الصياغة الواسعة، فإنه لا ينطبق على المنتوجات الخاضعة لأحكام تشريعية خاصة كالأسلحة والمفجرات[1].

يبدو أن المنتجات الاصطناعية مثل هرمون النمو أو الجينات أو الدم مستبعدة ومن المادة 140 مكرر من القانون المدني والقانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وبالتالي فإن المنتوج، بسبب استخدامه بعدة طرق، قد يؤدي إلى خطر عدم اليقين والأمن القانوني فيما يتعلق بتطبيقه على مستوى القضاء.

يلاحظ كذلك أن المشرع لم يعرف العيب في المنتوج في القانون المدني على غرار ما فعل المشرع الفرنسي في المادة 1245 بقولها:" يكون المنتوج معيبا في مفهوم هذا الباب إذا لم يكن من شأنه منح السلامة التي نرغب فيها بصفة شرعية وفي تقدير معنى السلامة الذي نرغب فيه بصفة شرعية، يجب الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف، لا سيما طريقة تقديم المنتوج، والاستعمال المنتظر منه بصفة معقولة ، ووقت اخضاعه للتداول ولا يمكن اعتبار المنتوج معيبا لمجرد أن منتوج أخر دخل بعده إلى التداول ولا يمكن اعتبار المنتوج معيبا لمجرد أن منتوجا أخر دخل بعده إلى التداول وكان أكثر فعالية منه"[2]. بمعنى أن يكون المنتوج معيبا إذا لم يحقق للمستهلك ما كان ينتظر منه، بالنسبة لتحقيق الغرض

[1] مسعود ختي، عبد القادر عزيزي، مسؤولية المنتج عن منتجاته في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 7 المجلد1، مسيلة، 2017، ص151.

[2]Article 1245-3 al.1 du code civil français: « lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ».

المخصص له، بصفة معقولة وبالنظر على طريقة تقدم هذا المنتوج، والوقت الذي اخضع فيه للتداول، وأكد المشرع على أنه لا يعتبر عيبا في المنتوج مجرد ظهور منتوج جديد أكثر منه فعالية. وبالتالي فالعيب في ظل هذا القانون يستجيب لما يتطلع إليه المستهلك من سلامة له ولجميع أفراد عائلته، ويجب توفير للمستهلك ضمان الجودة التي قد يوحي بها المظهر الخارجي للمنتوج[1].

يرى قضاة المحكمة العليا أن مسؤولية المنتج تقوم على ركن عيب المنتوج لا على الخطأ ويتحدد العيب الموجب للضمان بالنظر إلى نقص السلامة وليس بالنظر إلى عدم الصلاحية أو عدم المطابقة أو الخطأ في الحراسة، ويعتبر القضاة انه يجب استكمال متطلبات تطبيق هذه المسؤولية بالقانون الخاص[2]. فنستنتج أن القضاء تدارك ما لم يأتي به القانون وهو الالتزام بالسلامة. إلا أن الاقتراح بتطبيق القانون الخاص لاستكمال ما جاءت به المادة 140 مكرر مثير للجدل خاصة أن المنتج ليس هو المتدخل في القانون الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش، وكذلك المنتجات الذي يقصدها المشرع في هذا القانون هي مختلفة عن المنتجات الذي جاء بها المشرع في المادة 140 مكرر من القانون المدني.

وقد أدرج المشرع هذه المسؤولية في شق المسؤولية الناتجة عن الأشياء التي لا يعترض أحد على موضوعيتها. في هذه المسؤولية، المشرع الجزائري تأثر

[1] مصطفى بوبكر، أحكام مسؤولية المنتج في القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 2، البليدة، 2016، ص 324،325.

[2] المحكمة العليا، القرار رقم 15555265، الصادر بتاريخ 2023/07/27.

بالقانون الفرنسي الذي أكد أن هذه المسؤولية مسؤولية بدون خطأ[1]. يتم مسائلة المنتج على المنتوج في حد ذاته وليس فيما يتعلق بالتراضي والتوافق في العقد.

هذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية أي مسؤولية بدون خطا، فعلى المضرور أن يثبت أن الضرر الذي أصابه كان سببه عيب في المنتوج والاعفاء من هذه المسؤولية يكون بالسبب الأجنبي للمادة 127 من القانون المدني.

[1] Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

المطلب الثاني: الفعل غير الخاطئ المنسب إلى نشاط الشخص

يتميز الفعل غير الخاطئ عن الخطأ من حيث أنه لا يشترط إسناده إلى الشخص. وبعبارة أخرى، فإن الفعل غير الخاطئ هو حدث يسبب ضررا دون أي نية أو إهمال من جانب الفاعل.

وهنا نتطرق إلى الفعل الذي سبب ضررا لكن ذلك الفعل لا يشكل خطأ مثل فعل التابع وذلك في الفرع الأول أو في حالة مضار الجوار في الفرع الثاني.

الفرع الأول: فعل التابع

يسأل الشخص عن عمل غيره في هذه المسؤولية، فتنص المادة 136 من القانون المدني على: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأذية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها".

تعتبر مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه حالة خاصة من المسؤولية عن فعل الغير[1]، وهذه الفكرة ترسخت في القانون الفرنسي الحديث وبما جاء به POITIER، فنص على المادة 1384 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي لتقرير تلك المسؤولية بالنسبة للأفعال غير المشروعة التي تقع ممن يعتبر مسؤولا عنهم، وجعل التقنين الفرنسي الجديد هذه المسؤولية مجرد استثناء عن القاعدة العامة القاضية بمساءلة الشخص عن الأفعال الخاطئة الناتجة من فعله الشخصي[2]. وهذه

[1] BANDE Aurélien & BOURDOISEAU Julien, Le droit dans tous ses états, article de Aurélien Bandé, Droit de la responsabilité, Droit des obligations, disponible en ligne sur https://aurelienbamde.com/ Publié le 8nov2016, consulté 1er octobre 2023.

[2] محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، 1970، ص62 و63.

المسؤولية الاستثنائية التي أقرها القانون الفرنسي الحديث تقوم على خطأ مفترض في جانب المسؤول (المتبوع) افتراضا غير قابل لإثبات العكس[1] وهذا ما يمكن استنتاجه من المادة 1384 الفقرة 5 من القانون المدني الفرنسي وما يلاحظ أن أضيف لفظ السادة إلى جانب المتبوعين، والخدم إلى جانب التابعين، وقد كان الفقه الفرنسي لمنتقدا لهذا التزيد المتأثر بالقانون الفرنسي القديم، وقيل إن السادة هم المتبوعين والخدم التابعين ولم تكن هناك ضرورة لذكرهم[2].

نظم المشرع الجزائري –كما ذكرنا أعلاه– هذه المسؤولية في المادة 136 من القانون المدني والتي نقلت حرفيا من القانون المدني المصري في نصها العربي.

لابد من تعريف التابع قبل الخوض في تفاصيل هذه المسؤولية، فعرف الدكتور علي علي سليمان أن التابع هو "الشخص الذي يخضع لسلطة المتبوع ويتلقى منه الأوامر، ويطيعه في توجيهه فعلا أو يفترض أن يطيعه"[3].

أما المتبوع فحسب نص المادة 136 الفقرة 1 ومن القانون المدني الجزائري، قبل التعديل، فإن المتبوع هو ذلك الشخص الذي يمارس السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه، على تابعه، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وبعد التعديل2005 للقانون المدني فنصت المادة 136 أن المتبوع هو ذلك الشخص الذي يعمل التابع على حسابه.

---

[1] مراد قجالي، مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003–2004، ص71.

[2] MAZEAUD Jean, Obligations, Théorie générale, T2, 1978, p. 476.

[3] علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص38.

وفيما يخص التعريف الفقهي، فعرفه الدكتور علي علي سليمان بأنه: " الشخص الذي يلتجأ إلى خدمات شخص أخر لحسابه ولمصلحته، وله الحق في إصدار الأوامر ولو لم يستعمل هذا الحق فعلا، إذ المهم أن تكون له هذه السلطة ولو لم يمارسها"[1]

ويشترط المشرع الجزائري لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه توافر شروط تتمثل في العلاقة التبعية بين التابع والمتبوع، وارتكاب التابع فعل الضار حال تأدية الوظيفة أو بسببها[2].

لم يعط المشرع تعريفا للرابطة التبعية لكن لقيام المسؤولية لا بد من وجود علاقة تبعية، بحيث يكون أحدهما خاضع للأخر، ويتحقق ذلك إذا كان المتبوع على تابعه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه، حيث تكون السلطة للمتبوع ويكون الخضوع والتبعية للتابع. فعلى التابع أن يمتثل لأوامر المتبوع، وللمتبوع سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه، وأن يقوم التابع بالعمل لحساب المتبوع وليس لحسابه الخاص[3].

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، 38.

[2] مراد قجالي، المرجع السابق، ص71.

[3] مراد قجالي، المرجع نفسه، ص93.

عدم اشتراط حرية الاختيار من قبل المتبوع

يرى الفقه التقليدي أنه لا يمكن أن توجد علاقة تبعية إلا إذا كان المتبوع له الحق في اختيار تابعه. أما الفقه الحديث، فهو يرفض فكرة ارتباط علاقة التبعية بحرية اختيار المتبوع لتابعه[1]. وكرس المشرع الجزائري هذا الاتجاه بقوله في المادة 136 أن: "ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه..."

خطأ التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها

لقيام هذه المسؤولية، يجب أن يكون الخطأ صادرا عن التابع وأن يلحق الضرر بالغير، وأن يقع هذا الفعل حال تأدية وظيفته أو بسببها بمعنى قصر مسؤولية المتبوع على تلك الأفعال الضارة التي تدخل في صدد هذه الوظيفة أثناء ممارسة التابع لها أو بسببها، والمقصود بالخطأ بسبب الوظيفة، هو الخطأ الذي يقع من التابع، وهو لا يؤدي عملا من أعمال وظيفته، ولكن يتصل مع ذلك بالوظيفة اتصال المعلول بالعلة، بحيث لولا الوظيفة ما كان التابع يستطيع ارتكابه[2].

هذه المسؤولية هي مسؤولية المفترضة، فمتى وقع خطأ التابع، قامت مسؤولية المتبوع، الا إذا اثبت الفعل الضار قد نشأ عن سبب أجنبي لا شأن لهذا التابع. في حين تنتفي مسؤولية هذا الأخير وفقا للقواعد العامة. في حين أن القضاء يرى ألا يستطيع المتبوع نفي المسؤولية عن نفسه بنفي خطئه في اختياره أو تقصيره في

[1] يونس بلال، بلي بولنوار، مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه على ضوء تعديل القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 2، العدد1، افلو، 2019، ص289.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص330.

رقابته، فإن هذه المسؤولية تتحقق دون أن يكون في وسع المتبوع ان يدرأها عن نفسه بأية وسيلة، اذ لا تصح مناقشة قاعدة موضوعية لاستبعاد تطبيقها[1].

وسمح المشرع حق رجوع المتبوع على التابع من أجل استرداد مبلغ التعويض في حالة ارتكاب التابع خطأ جسيم.

الفرع الثاني: مضار الجوار

أقر المشرع الجزائري نظرية مضار الجوار غير المألوفة في القانون المدني.

"على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه في ملكية العقار لحد الإضرار بالجار وإلا قد يتحمل المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة".

نص المشرع الجزائري في المادة 691 من القانون المدني على:" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة. غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذا المضار إذا تجاوزت الحد المألوف.

وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الأخرين والغرض الذي خصصت له."

ومنه نرى أن المشرع ذكر نوعين من مضار الجوار (المألوفة /غير المألوفة) دون تعريفهما. على غرار الفقه الذي أتى بعدة تعريفات منها التعريف الذي ورد على مضار الجوار غير المألوفة كالتالي: " الأذى الذي يلحق الجار بسبب

[1] المحكمة العليا، قرار رقم 30958، 30 مارس 1983، مجلة الإجتهاد القضائي، ص21.

استعمال جاره لحقه على نحو يتجافى مع وظيفته الاجتماعية"[1]. كما عرفها أحد الفقهاء الأخرين بأنها: "الأذى الذي يلحق الجار بسبب غلو جاره في استعمال حقه على نحو يجاوز الحد المألوف في العلاقات الجوارية"[2]

أما مضار الجوار المألوفة فهي المضار التي تلحق بالمنافع وقد تعيق التمتع بها على الوجه المألوف والمعتاد، غير أنه يجوز التسامح فيها بين الجيران، وتحملها فيما بينهم لأنها لا تأثر ويمكن ردها لطبيعة استعمال الحق[3].

تعددت الآراء المتعلقة بطبيعة القانونية لمضار الجوار، فمنهم من يعتبرها تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق، ومنهم من يعتبرها تطبيقا لنظرية الخطأ، ومنهم من يرى أنها نظرية مستقلة بذاتها تقوم على أساس معيار المضار غير المألوفة.

يرى أنصار الرأي الذي يقول أن مضار الجوار تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق أن التعسف في استعمال الحق قاعدة عامة تضم تطبيقات سواء كانت متعلقة بالحق الشخصي أم بالحق العيني، غير أن المشرع في المادة 124 مكرر من القانون المدني عندما نص على حالات التعسف في استعمال الحق، فذكرهم على سبيل الحصر لا على سبيل المثال لذلك فهذا لا يمنع المشرع من أن يدخل مضار الجوار ضمن التعسف في استعمال الحق. أما الفريق الأخر الذي

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998، ص696.

[2] عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، البحرين، كلية الحقوق (جامعة البحرين)، 2012، ص82.

[3] لعشاش محمد، مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 6، العدد3، الجلفة، 2021، ص1280.

اتخذ مضار الجوار من تطبيقات الأحكام العامة للمسؤولية القائمة على الخطأ، فهذا يجانب الصواب لأن نظرية مضار الجوار تقوم على فكرة الضرر بغض النظر على الخطأ. والرأي الأخير والأرجح الذي يرى أن نظرية مضار الجوار هي نظرية مستقلة بذاتها وتشكل المادة 691 أساسها القانوني المستقل[1].

طبقا للمادة 691 من القانون المدني تقوم مسؤولية المالك مصدر الضرر مضار الجوار غير المألوفة، سواء كان مالكا حقيقيا بسند رسمي أو مجرد حائز. والأساس لهذه المسؤولية الموضوعية هو التعسف أحد الإضرار بالجار.

حدد المشرع الجزائري الظروف الموضوعية الذي يستعملها القضاء لتقدير الضرر غير المألوف وهذه الظروف التي ستأثر على مقدار التعويض المستحق وقيام المسؤولية من عدمه.

وتتمثل هذه الظروف المذكورة في الفقرة 2 من المادة 691 قانون المدني في العرف طبيعة العقارات موقف كل عقار بالنسبة لعقار أخر، الغرض الذي خصصت له العقارات[2]. عندما تتوفر شروط للمسؤولية، يمكن للجار المتضرر طلب التعويض الذي يكون تقديره بقدر الضرر. ويكون التعويض أولا بإزالة الضرر والرجوع بالمضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر أي عينا وإن استحال ذلك يتم اللجوء إلى التعويض بمقابل[3].

---

[1] لعشاش محمد، المرجع نفسه، ص1282.

[2] سلمى الهادي، دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 6، العدد1، تيسمسيلت، 2015، ص310.

[3] سلمى الهادي، المرجع نفسه، ص312.

أما فيما يخص أليات دفع هذه المسؤولية تتمثل في أسبقية الاستغلال والترخيص الإداري. تتمثل أسبقية الاستغلال في أن يكون صاحب المضار اسبق من الجار المضرور في شغل المكان. وفي هذه الحالة هناك رأيين فقهيين حول ما إذا كانت هذه الأسبقية تأثر في الإعفاء من المسؤولية. فهناك من يرى أنه من الممكن عدم مسائلة المالك القديم بحجة أن المالك الجديد من المفروض أنه كان على علم من نشاط المالك القديم وارتضى بذلك ضمنا. أما الرأي الأخر من الفقه يرى أن الأقدمية لا تعفي من المسؤولية. وفيما يخص الرخصة فهي وسيلة وقائية مرتبطة بعقار تمنحها الإدارة لضمان السكينة ومنع الاضطرابات في المجتمع مثل رخصة البناء[1]. ويكون الجار مسؤولا عن الأضرار غير المألوفة حتى ولو كان له ترخيص مسبق[2].

[1] سلمى الهادي، شهيدة قادة، أحكام الضرر ضمن أليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد7، العدد2، غرداية، 2014، ص349.

[2] المحكمة العليا، قرار رقم 76722بتاريخ 1997/10/20، المجلة القضائية، العدد4، 1992.

الباب الثاني:
الأساس في العقد

يمثل العقد أحد المفاهيم الأساسية في العلاقات القانونية، ويعتبر العقد كمصدر من مصادر الالتزام، احدى أهم المفاهيم المدروسة في قانون الالتزامات. من حيث أنه ينشئ روابط قانونية ملزمة بين الطرفين بموافقتهما. وتستند هذه الخاصية على البعد المزدوج للعقد: الذاتية، القائمة على استقلالية إرادة الطرفين، والموضوعية، والمرتبطة بالأثار القانونية الموضوعية التي تنشأ عنه.

تشكل نظرية العقد مجموعة من القواعد التي تأطر هذا المفهوم وكما في المسؤولية، فيقوم العقد على أساسا ذاتي أو فردي متمثلا في مبدأ سلطان الإرادة.

ويظل هذا المبدأ الأساسي الذي يبرر وجوده وقوته القانونية. ويؤكد الفقه التقليدي أن العقد هو في المقام الأول تعبير عن إرادة حرة ومستقلة، فيؤكد الفقهاء أن "العقد هو قبل كل شيء تعبير عن الإرادة الحرة للطرفين، ويشكل أساس التزامهما"[1].

يحدد أساس العقد، الذي يعتبر المبرر، مستخرجا الأسباب العميقة التي تتجاوز القانون، والتي تفسر سبب وجود العقد ولمذا يجب احترامه. وتجدر الإشارة أن أساس العقد عرف تطورا هو كذلك من الذاتي إلى الموضوعي وشهدت نظرية مبدأ سلطان الإرادة تراجعا ملحوظا، فلكي تضمن النظرية التقليدية التي تتجلى في الأساس الذاتي مكانتها وبقائها وضرورتها (الفصل الأول)، فإنها تقبل وجود وتنافس النظرية الموضوعية للعقد (الفصل الثاني).

[1] PLANIOL Antoine & RIPERT Gustave, Traité élémentaire de droit civil. Les obligations, 10e édition, Paris, D, p. 45.

الفصل الأول:

الأساس الذاتي في العقد

العقد مؤسس قانوني أساسي يسمح للأفراد والشركات بتنظيم علاقاتهم وهيكلة التبادلات الاقتصادية والاجتماعية، ولكن ما هي الفكرة الأساسية التي تبرر وجوده؟ ما هو السبب الأساسي؟

دراسة أساس العقد بأنواعه تعطي جواب لهذه الأسئلة. يشكل الأساس الذاتي للعقد ركيزة أساسية من ركائز قانون العقود، استنادا إلى الاعتراف بالأهمية الحاسمة للنوايا الأطراف في عملية تكوين العقود وتنفيذها. وينبثق هذا النهج، الذي كثيرا ما يقترن بنظرية مبدأ سلطان الإرادة، من المبدأ الأساسي القائل بأن العقود ناتجة عن توافق حقيقي في الأراء والإرادة بين الطرفين، تحدده نواياهما الداخلية.

ومن الضروري فهم الأساس الذاتي للعقد، لأنه يساعد بدوره على فهم مشروعية ونطاق الالتزامات التي تعهد بها الطرفان. ويستند الأساس الذاتي إلى استقلالية الإرادة، التي تشكل التبرير للفعل التعاقدي وتضمن أن الالتزامات تنشأ من تراضي حر ومستنير.

سيركز هذا الفصل من الأطروحة على الاستكشاف المتعمق للأساس الذاتي للعقد الذي يعتبر ضروريا (المبحث الأول) لكنه في نفس الوقت يبقى غير كافي فيستوجب توضيح ذلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ضرورة الذاتية في العقد

قبل الخوض في لب هذا المبحث، من الضروري توضيح المقصود بالذاتية في سياق العقد. فتشير الذاتية في العقد إلى الاعتراف بالإرادة الفردية للأطراف المتعاقدة وحرية تبادل الإرادة. وتعتبر أهمية الذاتية في العقد جانبًا أساسيًا يجب استكشافه.

لفترة طويلة، كان يُنظر إلى العقد على أنه توافق بسيط للإرادتين، حيث يتعهد كل طرف بحرية وفقًا لمصالحه ونواياه الخاصة، كان هذا المفهوم المعروف باسم نظرية مبدأ سلطان الإرادة والذي كان السائد لمدة طويلة.

يتمثل الأساس الذاتي للعقد في مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الأول)، هو ضروري خاصة لتفسير المبادئ العقدية (المطلب الثاني) التي تنجر من هذا الأساس.

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة كأساس العقد

إن مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ المحوري في العقد فظهرت هذه النظرية على يد رجال الدين والفلاسفة المسيحيين خاصة الفيلسوف والقانوني Pedro de Onate، الذي كان يرى أن إرادة الإنسان هي قلب الاتفاقات والإلتزامات، وكذلك من طرف الفلاسفة الذين كانوا يعتبرون أن على الإنسان أن تكون له الحرية في اختياراته منهم الفيلسوف Grotius و Locke و Rousseau. ويرى الفقه في الشريعة

الإسلامية[1] أن نشأة هذا المبدأ كانت مع بداية الإسلام، فقال تعالى "لا إكراه في الدين"[2]. ولا بد من القول أن هذا المبدأ يطبق كعقيدة dogme (الفرع الأول) وذلك رغم القيود الواردة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عقيدة مبدأ سلطان الإرادة

يعود أصل مفهوم مبدأ سلطان الإرادة إلى الفلسفة الفردية خاصة عند الفيلسوف KANT[3]، يعبر الفيلسوف الألماني عن أن الرجل، بما أنه حر وله عقل، ففي النتيجة لديه القدرة بإرادته من أن يكون له قانونه الخاص. ووفقا لهذه النظرية، فإن العقد هو مصدر القانون بامتياز.

الإرادة مصدر قانون الأطراف. من حيث الأصل، تشير "استقلالية" الإرادة إلى سلطة الإرادة في إعطاء نفسها شريعتها الخاصة. وهذا يعني بالتالي أن "الإرادة هي مصدر القوانين" [4]. ووفقا لهذه النظرية، فإن القوة الملزمة للعقد تستمد تبريرها من نفس إرادة الطرفين اللذين سيكونان قادرين على إعطاء أنفسهم قانونهم الخاص، واستحدث هذا المبدأ في القانون الوضعي بموجب القانون الروماني، وقد عرف هذا المبدأ ازدهارا عقب الثورة الفرنسية في القرن التاسع عشر، وكرسه

[1] عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد16، العدد 2، بسكرة، 2016، ص259.

[2] القران الكريم، ﴿ لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ۖ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ۚ فَمَن يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِن بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لَا انفِصَامَ لَهَا ۗ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة: 256].

[3] KANT Emmanuel trad. PHILONENKO André, Les fondements de la métaphysique des moeurs première partie doctrine du droit, VRIN, paris, 2011.p. 89.

[4] RANOUIL Véronique, L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, PUF, paris 1980, p. 9.

المشرع في قانون نابوليون في 1804[1] والمشرع الجزائري بدوره الذي نص في المادة 106 من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين.

يرجع أصل الذاتية إلى الفكرة القائمة على أن العقد هو تعبير عن الإرادة الحرة والمستنيرة للطرفين. ومن الضروري فهم أن العقود تعتبر عموما اتفاقات متبادلة يكون لكل طرف فيها حرية التفاوض على شروط العقد وقبولها[2]. وتبرز الذاتية أهمية احترام إرادة الأطراف المتعاقدة ونواياها الشخصية.

ومبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ محوري مقدس من طرف فقهاء المذهب الفردي. ففي دراسة نقدية للغاية، الفقيه إيمانويل EMANUEL GOUNOT عبر على المبادئ التي تحكم مبدأ سلطان الإرادة، كأساس للعقد كالتالي: "لذلك سيمتلك الفرد، في مجال القانون، قوة إبداعية حقيقية، إرادتنا بالأمس تأمر باستمرار بإرادتنا اليوم وتصبح بالنسبة لها قانونا حقيقيا. ويظهر مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد وكذلك في تحديد اثاره. في حالة غياب الإرادة، لا يوجد تصرف قانوني، فالإرادة في الحدود التي يحدد لها القانون الوضعي، لا يمكن أن تولد تصرفات قانونية، وبالتالي إنها لا تحدث أثارا قانونية فحسب، بل أيضا الأثار القانونية التي تنشأ عنها هي فقط ما تريد أن تكون عليه[3] ".

---

[1] أحمد بورزق وخديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود. دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، المجلد4، العدد2، الجلفة، 2019، ص135.

[2] معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، العدد 2، المسيلة، 2017، ص53.

[3] GOUNOT Emmanuel, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse de doctorat, Université de bourgogne, France, 1912, p. 215.

عند وضع مخطط لتطور هذه النظرية يلاحظ أن تطورت نظرية مبدأ سلطان الإرادة في أعقاب فلسفة القانون الطبيعي التي دعت إليها في القرن السابع عشر في زمن الفقيه غروتيوس « Grotius » . وتطورت في القرن الثامن عشر، القرن الذي تغذيه الليبرالية التي تفاخر بها الفقيه روسو Rousseau، ثم في القرن التاسع عشر تحت تأثير الليبرالية الاقتصادية. وتأثرت بفكرة أنه لا يمكن أن يكون العقد عادلا إلا إذا كان نتيجة الإرادة الحرة للطرفين، لأن الأفراد الأحرار والمتساويين هم أفضل المدافعين عن مصالحهم. هذا هو معنى المقولة الشهيرة للفقيه[1] Fouillé، "من قال العقد، فقد قال العدل "[2].

ومع ذلك، فإن هذا التقارب بين مبدأ سلطان الإرادة والعدالة التعاقدية [3]لا يوجد إلا إذا كانت الإرادة الفردية حرة بالفعل، ولكي تعتبر العقود مرغوبة فيها حقا، يجب أن تكون قد أبرمت في سياق يسمح بالتعبير عن الإرادة الحرة، وهذا يفترض مسبقا تدخل السلطات العامة في خدمة الاستقلال الذاتي للفرد.

لا يمكن بأي شكل من الأشكال ربط مبدأ سلطان الإرادة والفلسفة الفردية في القرن السادس عشر بما يسمى بالأطروحات "الليبرالية المتطرفة" التي ظهرت في القرن السابع عشر، والتي تدعو إلى الليبرالية المطلقة وفك الارتباط بالدولة[4].

ألهمت هذه النظرية واضعي القانون المدني، ثم أول المفسرين.

---

[1] SPITZ Jean-Fabien, « Qui dit contractuelle dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, RTDciv , Paris, 2007, p. 281 et s.

[2] FOUILLEE Alfred, La science sociale contemporaine, Hachette, Paris, 1880, p. 410.

[3] LEFEBRE Brigitte, la justice contractuelle, mythe ou réalité ?, Les cahiers de droit, V.37, N°1, 1996, p. 19.

[4] C. LACHIEZE, op. cit., p. 31.

ومع مراعاة دور الإرادة في العلاقة التعاقدية، صيغت نظرية مبدأ سلطان الإرادة من أجل جعل هذا العنصر أساسا: فهذا لا يحكمه فحسب، بل ينشأ أيضا من توافق الإرادتين.

والفرضية الكامنة وراء هذه النظرية هي حرية كل فرد. وبالتالي، فإن الطرفين ملزمان أساسا لأنهما يريدان ذلك كما بيناه سابقا؛ ثم يقوم القانون بدور تكميلي فقط. ومع ذلك، لا يمكن الخلط بين مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ التراضي le consensualisme، الذي بموجبه يشكل بمجرد تبادل الموافقات والإرادات عقدا. يميل مبدأ سلطان الإرادة إلى جعل الإرادة ليس فقط طريقة تكوين الاتفاقيات ولكن أيضا أساس القوة الملزمة للعقد. في الأصل قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص، لم يتخذ هذا المبدأ في القانون المدني حتى بداية القرن العشرين[1].

وبالتالي، يعني مبدأ سلطان الإرادة أن للطرفين الحق في إبرام عقد بشروطهما الخاصة. ولهم حرية التفاوض والاتفاق واختيار المستلزمات التعاقدية التي تناسب مصالحهم على أفضل وجه. هذه الحرية في التعاقد هي جوهر الذاتية، لأنها تعترف بأن كل طرف هو الأفضل لتقرير ما هو في مصلحته.

كما أن مبدا سلطان الإرادة يفترض مسبقا إبلاغ الأطراف بموافقتها. وهذا يعني أن على كل طرف أن يفهم شروط العقد وأن يكون على علم تام بنتائج قراره.

[1] MONSERIE-BON Marie-Hélène & JULIEN Jerome, Droit des obligations, ellipses, Paris, 2002, p. 12.

ويضمن القبول المستنير [1] أن يكون لدى الأطراف فهم كاف لما تلتزم به، مما يعزز فكرة الذاتية.

ينطوي هذا المبدأ على وجوب إبرام العقود دون إكراه أو غلط أو تدليس لا مبرر له. يجب أن يكون الطرفان قادرين على اتخاذ قرارات حرة ومستنيرة دون ضغوط لا داعي لها. وهذا يضمن أن تقوم الذاتية على أساس الإرادة الحقيقية للأطراف، وليس على عوامل خارجية.

وينطوي مبدأ سلطان الإرادة أيضا على وجوب أن تتجنب الدولة عموما التدخل المفرط في العقود الخاصة. وهذا يعزز الثقة في العلاقات التعاقدية، لأن الأطراف حرة في التفاوض واتخاذ القرارات وفقا لاحتياجاتها، دون تدخل غير ضروري من الدولة.

أما فيما يخص التبرير العملي لهذا المبدأ، فيمكن القول أنه يتم تكييف العقد مع احتياجات الجميع، على عكس القانون، الذي لا يمكن أن ينص على كل الشيء والذي هو بالضرورة يتخذ نوعا من "المسافة". علاوة على ذلك، فالقاعدة القانونية كونها مجردة، لا يمكن أن تلبي جميع الرغبات والتطلعات التي تختلف من شخص إلى أخر. لذلك فكما تقول المقولة الفرنسية " لا يوجد أحسن مما يخدمه المرء لنفسه"[2].

[1] COHET Frédérique , Droit en+ , Le contrat, Presse universitaire de Grenoble, Grenoble, 2020, p. 35.

[2] "On n'est jamais si bien servis que par soi-même" de LAPOYADE DESCHAMPS Christian, Droit des obligations, op. cit., p. 23

فالتبرير الاقتصادي لهذا المبدأ يتجلى في أن العقد هو المحرك الرئيسي للمعاملات والتجارة في السلع والخدمات. وهذا يطبق في الاقتصاد الليبيرالي وكذلك "الموجه" أو الاشتراكي، وحتى الآن لم يتمكن أي نظام من تدمير التعاقد تماما[1].

ولا مناص من القول أن المشرع كرس الذاتية في العقد من خلال مختلف النصوص القانونية ومجموعة من المبادئ، إلا أن رغم ازدهارها فواجهت عدة انتقادات ونوع من التراجع.

الفرع الثاني: تراجع عقيدة مبدأ سلطان الإرادة

إذا كانت الإرادة بلغت قمة الازدهار في قرن التاسع عشر في ظل المذهب الفردي ورواج الحرية الاقتصادية، إلا أنه سرعان ما تراجع دور الإرادة في العقد. فلم يعد للإرادة دور حقيقي للعقد، حيث تم الاعتداء على الإرادة العقدية وحرية التعاقد وانتهاك حرمة العقد[2].

مبدأ سلطان الإرادة بعدما كان في فترة انتصار هو الآن في تراجع، وهو ما يتعرض للنقد، كما أنه لم يعد يتطابق مع دراسات القانون الوضعي.

أظهر الوضع الاقتصادي والاجتماعي في القرن التاسع عشر الظلم الذي نشأ نتيجة الإفراط في العقيدة الاقتصادية الليبرالية[3]. فالاختلاف في القوة الاقتصادية يؤدي إلى إجبار الأضعف إلى قبول الشروط التي يفرضها عليه الأقوى. حسب

[1] LAPOYADE DESCHAMPS Christian, op. cit., p. 23.

[2] بكر عبد السعيد أبوطالب، أزمة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة مدينة السادات، مصر، 2020، ص28.

[3] LACHIEZE Christophe, Droit des contrats, op. cit., p. 33.

صيغة الفقيه LACORDAIRE[1] :"بين الغني والفقير، بين السيد والخادم، هي الحرية التي تظلم والقانون الذي يحرر". أدت هذه الانتقادات إلى انعكاس المبادئ الناشئة عن مبدأ سلطان الإرادة، وتضاعفت القوانين الآَمرة لحماية المتعاقد الضعيف.

كانت فلسفة مبدأ سلطان الإرادة تقوم تقليديًا على حرية الإنسان داخل المجتمع. ومع ذلك، فإن القانون هو الذي يسمح بتنظيم العلاقات بين الأفراد. ورغم أن الإرادة تلزم وضع التراضي أي مبدأ التراضي، فإن القانون هو الذي يمنحها قوة ملزمة، شريطة احترام شروط معينة مثل احترام النظام العام والمبادئ العامة، على النحو المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين".

إن تعدد القوانين الآَمرة، في القانون الوضعي، يسجل في نهج ينكر حقيقة مبدأ سلطان الإرادة. هذه النظرية التي تستند إلى الحرية وأيضا إلى المساواة بين المتعاقدين لا تتطابق على وجه الخصوص مع العديد من القوانين المتعلقة بالنظام العام التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد. هذا ينطبق على قانون المستهلك وظهور أنظمة عامة جديدة مثل النظام العام الاقتصادي[2]. هذه الحركة مصحوبة بتغيير في مفهوم الشكلية، والذي لم يعد في الأساس طريقة لتكوين العقد ولكن أيضًا آلية لحماية التراضي، وبالتالي تكامل الرضا.

[1] LACORDAIRE Henri-Dominique , Conférences de Notre-Dame de Paris, Paris, 1872, éd.Poussielgue frères, T.III, 52ème conférence, spéc., p. 494.

[2] MONSERIE-BON Marie-Hélène & JULIEN Jerome, op. cit., p. 13.

ودائما في إطار القيود التشريعية، هناك تدخل المشرع للتقييد من مبدأ سلطان الإرادة، فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يؤكد عدم جواز تعديل العقد أو نقضه إلا أن المشرع حرم الالتزام مدى الحياة فإذا توفر عقد لم تحدد فيه المدة الزمنية جاز نقضه. كذلك في حالة انعدام الثقة مثل المادة 587 من القانون المدني التي ترد عن عقد الوكالة.

ومن المهم ملاحظة أن مبدأ سلطان الإرادة ليس مطلقا وله حدود. ويجوز للقضاء أن يتدخل في حالات العقود الاحتيالية أو التعسفية أو غير الأخلاقية. وهذا المفهوم للتوازن بين حرية الأطراف وحماية النظام العام كعنصر أساسي في قانون العقود.

فقد تطور العقد ويستند الآن إلى قواعد العدالة والإنصاف. ولذلك واجهت نظرية مبدأ سلطان الإرادة عقبات مختلفة، ومن أجل حماية المتعاقدين وظهرت هذه القيود المختلفة. وبالتالي، في الوقت الحاضر، يمكن للقاضي أن يتدخل بشكل ملحوظ لإعادة التوازن في العقود وتجنب هيمنة متعاقد على الآخر[1].

ومهما يكن الأمر، فإن مبدأ سلطان الإرادة في إطار الذاتية ضروري للاعتراف بكرامة وقدرة الأطراف المتعاقدة على التعبير عن إرادتهم الحرة والمستنيرة. وهذا ما يعزز الثقة في العلاقات التعاقدية، مع الحفاظ على التوازن بين حرية التعاقد ومتطلبات النظام العام والعدالة.

[1] LACHIEZE Christophe, Droit des contrats, op. cit., p.35.

وعلى الرغم من القيود المتزايدة بشكل كبير، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة يحتفظ بقيمة المبدأ، هذه هي كلمات جان كاربونييه JEAN CARBONNIER[1] . وهذا المبدأ المذكور هو أحد المبادئ الأساسية لقانون الالتزامات الذي يقدم الإرادة كمصدر منشئ للقانون وللالتزام.

لكن تم انتقاد نظرية مبدأ سلطان الإرادة بشدة، ومن الحقائق أن مفهوم الإرادة تم تضخيمه أحيانا من خلال العقيدة الكلاسيكية. لكن سيكون من المفرط، اليوم، إخفاء دور الإرادة في العقد. ويرى معظم الفقهاء الكلاسيكيين أنه يجب أن تظل الإرادة أساس العقد.

وفي الأخير، كرد فعل على صمود نظرية مبدأ سلطان الإرادة، تطورت عدة تيارات فكرية ومبادئ ناتجة لمبدأ سلطان الإرادة والتي هي بدورها تعرضت لبعض الانتقادات.

[1] CARBONNIER Jean, Droit civil, T4, Les obligations, Paris, PUF, 1973, p. 43.

المطلب الثاني: المبادئ العقدية

يوجد مبادئ تنتج عن مبدأ سلطان الإرادة الذي وصفه الفقه بأنه تقليدي. والتي تعتبر نتاجا له سواء كانت في مرحلة تكوين العقد (الفرع الأول)، أو في مرحلة تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خلال مرحلة تكوين العقد

تنشأ هذه المبادئ من مبدأ سلطان الإرادة وهي بمثابة نتائج له خلال مرحلة تكوين العقد، وتتمثل في مبدأ التراضي ومبدأ الحرية التعاقدية وهذه المبادئ تقابلها قيود جاء بها المشرع للتحديد منها.

مبدأ التراضي le principe de consensualisme

يستند العقد فقط إلى إرادة الطرفين اللذين يصبحان مصدر الحقوق المكتسبة والالتزامات التي يتحملها الطرفان. ظهرت هذه العقيدة في القرن الثامن عشر، وتطورت في ذلك الوقت.

«فقط تبادل الإرادة يلزم»: هذا هو مبدأ التراضي، أي أن تبادل الإرادة كاف لقيام العقد. يشير مصطلح التراضي إلى حقيقة أنه لكي يتم تكوين العقد بشكل صحيح، من حيث المبدأ، لا يلزم إجراء شكلي لكن يجب تبادل الإرادة[1].

بمجرد موافقة كل طرف على العقد، أي أن عند تبادل الإرادتين، يتم تشكيل العقد. وبعبارة أخرى، يعني ذلك أنه لا يلزم اشتراط الشكلية لتكوين العقد. ومع ذلك، مثل أي مبدأ. وعلى الرغم من أن التراضي ينطبق على جميع العقود، فإن

[1] SCARANO Jean-Pierre, Dictionnaire de droit des obligations, ellipses, Paris, 1999, p. 48.

تنفيذ الشكليات لا يلزم إلا لصحة بعض العقود، التي يكون التزامها وأهميتها حاسمين في بعض الأحيان والتي نص عليها المشرع.

تاريخيًا، مبدأ التراضي مستمد من مبدأ سلطان الإرادة الموروثة من فلاسفة لعصر التنوير في القرن الثامن عشر. في الواقع، كان الفيلسوف فولتيرVOLTAIRE من أوائل من أصدروا المبادئ الليبرالية. وأدان بوجه خاص جميع أشكال الاضطهاد ودعا إلى قيم الحرية والمساواة، لأنه يرى أن الفرد يتفوق على المجتمع؛ وبالتالي، فهذه قيم إنسانية حقيقية[1].

وعلاوة على ذلك، فهو مقتنع بأن الأفراد لا يمكنهم إلا أن يستفيدوا من حريتهم. من خلال هذا، يلاحظ أن الفيلسوف فولتيرVOLTAIRE كان يؤيد المبادئ الليبرالية والفردية[2]. وعلاوة على ذلك، فهذه مبادئ فردية استلهم منها واضعو القانون المدني لعام 1804 وتمت ترجمتها إلى نظرية مبدأ سلطان الإرادة المذكورة آنفا. ويجب أن يفهم من مبدأ سلطان الإرادة المستقلة أن هذه الأخيرة قوية تماما؛ وبالتالي، فإن تبادل الإرادة، أي تبادل موافقات كل من الطرفين، هو وحده الذي يتيح تكوين العقد بشكل صحيح[3].

[1] VOLTAIRE, Discours sur l'homme, Œuvre complètes, Garnier frères, 1877-1885, T9, "Premier discours. De l'égalité des conditions" p. 379, "Deuxième discours. De la liberté" p.p. 388-392.

[2] DELEPLACE Ghislain & LAVIALLE Christophe, Philosophie des lumières et libéralismes, Histoire de la pensée économique, 2e éd, p.p. 27-30.

[3] CABROL Pierre & RIBEYROL-SUBRENAT Monique, Leçons de droit des obligations, Ellipses, 2018, p.p. 38, 42.

ومع ذلك، قبل الأمر الصادر في 10 فبراير 2016 بإصلاح قانون العقود الفرنسي، لم يعبر القانون المدني بشكل مباشر عن مبدأ التوافق. تم استنتاجه بمفهوم المخالفة.[1]

التراضي له العديد من المزايا. فهو يؤدي إلى بساطة وسرعة المعاملات. وبجعل العقود قائمة بمجرد تطابق الإرادتين، فإنها تساهم في الأمن القانوني. ومع ذلك، لا يمكن للمرء أن يتخيل نظامًا قانونيًا بدون الشكلية تمامًا. على هذا النحو، فإن التراضي له عيوب وهذا ما يفسر سبب احتفاظ الشكلية اليوم بمكانة مهمة في نظامنا القانوني، وخاصة في قانون العقود.

إن التراضي لا يجعل الأطراف تدرك التزاماتها، وقد يؤدي إلى وضع التزامات غير حكيمة أو متسرعة. وفي حالة عدم وجود الشكلية، قد لا يكون المتعاقد على علم حقيقي بالتعاقد. وقد يحجم هذا المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، على حساب الطرف المقابل له. ولهذا السبب، تحتفظ الشكلية بمكانتها الكاملة[2]، لا سيما بالنسبة للعقود ذات الأهمية، من خلال مطالبة المتعاقدين بإظهار علامة قوية مثل التوقيع.

[1] عدم وجود إشارة إلى الشكل في تعريف العقد في المادة 1101 السابقة من القانون المدني.
وسرد شروط صحة العقد في المادة السابقة 1108 من القانون المدني، التي لم تذكر أيضا أي شكل
المادة السابقة 1138 من القانون المدني، التي تنص على أن «الالتزام بتسليم الشيء كامل بموافقة الأطراف المتعاقدة وحدها».

[2] CHARPENTIER Elise, Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/ consensualisme, Les cahiers de droit, V.43, N2, 2002, p. 277 et 278.

وأمام مبدأ الرضائية الذي يعتبر نتيجة من نتائج مبدأ سلطان الإرادة وتكريسا للمذهب الفردي، فتم تقييد هذه الإرادة المطلقة من طرف المشرع الجزائري بموجب نصوص تفرض الشكلية في بعض العقود مثل عقد بيع العقار.

الحرية التعاقدية La liberté contractuelle

حرية التعاقد مبدأ أساسي من مبادئ قانون العقود، هذا المبدأ يعني حرية التعاقد أو حرية عدم التعاقد، واختيار الطرف المقابل وتحديد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يحددها القانون.

يعني مبدأ حرية التعاقد أن العلاقات بين الأفراد هي مسألة تتعلق بإرادتهم الحرة، مع تدخل المشرع بأقل قدر ممكن. تمارس حرية التعاقد في الحدود التي يحددها القانون.

على الرغم من عدم وجود تكريس لمبدأ حرية التعاقدية في دساتير الجزائر لكن يمكن القول بأن حرية التعاقد هي على الأقل أحد أوجه الحرية بمعناها العام[1]. ولقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ وجعله قاعدة عامة جرى التعبير عنها من خلال النص 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين".

ومنذ الأمر الصادر في 10 فبراير 2016[2] بإصلاح قانون العقود الفرنسي، أدرجت حرية التعاقد في القانون المدني الفرنسي، إلى جانب القوة الملزمة للعقد

[1] عليان عدة، مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد–دراسة مقارنة–، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 50، عدد03 ،الجزائر، 2013، ص147.

[2] Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

وحسن النية، في الفصل الأول المكرس لـ «الأحكام التمهيدية» للعنوان الفرعي الأول الذي يتناول العقد.

حرية التعاقد وحسن النية والقوة الملزمة للعقد الموضوعة في الأحكام الأولية لقانون العقود، إلا أنه يجب الاعتراف بأنها تشكل عمود العقد، حتى وإن لم تكن لها مرتبة المبادئ التوجيهية[1].

ومن حيث الموضوع، يمكن تقسيم حرية التعاقد إلى ثلاث: حرية التعاقد أو عدم التعاقد[2] ؛حرية اختيار الطرف المقابل[3]؛ حرية تحديد مضمون العقد[4].

ومع ذلك، فإن هذه الحرية لها حد: لا يمكن أن تتناقض مع النظام العام والمبادئ العامة.

فالقاعدة تتمثل في أنه يمكن للشخص أن يبرم ما يشاء من العقود إلا أن النظام العام والأدب العامة يعتبرون قيود تحد من هذا المبدأ، أي ألا يمكن للشخص إبرام عقود تمس بالنظام العام والأدب العامة.

---

[1] يرى الفقه الفرنسي أنه كان من المفترض أن تكرس حرية التعاقد وحسن النية والقوة الملزمة للعقد كمبادئ توجيهية لقانون العقود، فإن هذا الاقتراح لم يقبل في نهاية المطاف. وربما كان إدراج المبادئ التوجيهية في قانون العقود يوحي بالفعل بأن القواعد الأخرى لقانون العقود لها قيمة أقل، مما يسهم في عدم إمكانية قراءة القانون الجديد. ولذلك، فإن مفهوم «المبادئ التوجيهية» غير مدرج في القانون المدني الناجم عن الأمر الصادر في 10 فبراير 2016.

[2] حرية التعاقد: أي حرية إبرام عقد من عدم إبرامه. وبالتالي، لا يمكن إلزام أي شخص بإبرام عقد أو قبول. مرحلة التفاوض هي أيضا جانب من حرية التعاقد: حرية الدخول في مفاوضات، وحرية كسرها. من يتفاوض ليس ملزما أبدًا للذهاب إلى إبرام العقد.

[3] حرية اختيار المتعاقد الاخر: للشخص حرية التعاقد، وله أيضا حرية اختيار الشخص الذي يتعاقد معه. وكثيرا ما تستتبع حرية الشخص في اختيار المتعاقد الاخر رفض التعاقد مع شخص آخر أو أكثر. في هذه النقطة، يتم الخلط بين حرية اختيار نظيرتها وحرية عدم التعاقد.

[4] حرية التعاقد تعني ضمنا أنه يمكن للطرفين أن يحددا مضمون العقد كيفما يرونه مناسبا.

ولا يُفهم مفهوم النظام العام هذا على أنه الأحكام القانونية الإلزامية التي يجب بالضرورة أن يمتثل لها أشخاص القانون فحسب، بل أيضاً على أنه قواعد للنظام العام غير واردة في القانون[1]، وهنا على القضاء تقييم ذلك.

ولا ينص القانون المدني على أن الحقوق والحريات الأساسية هي قيد على مبدأ الحرية التعاقدية. ومع ذلك، فإن هذا لا يمنع القضاء من التحقق من أن العقود لا تنتهك الحقوق والحريات الأساسية بطريقة غير مبررة أو غير متناسبة فيما يتعلق بالهدف المنشود. وهكذا يمكن اعتبار مختلف الحقوق والحريات الأساسية لا سيما تلك المعترف بها في اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية حدوداً لمبدأ الحرية التعاقدية[2].

من بين أوجه مبدأ حرية التعاقد، هو الحرية في التعاقد من عدمه أي القدرة على رفض التعاقد. غير أن من بين القيود التي طرأت على هذا الوجه هي نص المشرع الجزائري على عقود جبرية يكون المتعاقد ملزم أن يبرمها وليس له الخيار أو الرفض مثل عقود تأمين السيارات.

ومن بين القيود التشريعية الواردة على الحرية في تحديد مضمون العقد، عقود العمل في القانون رقم 90-11 المعدل والمتمم لقانون علاقات العمل[3] كعدم القدرة على تحديد ساعات العمل الأصلية.

---

[1] VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, L'ordre public et le contrat, étude de droit comparé interne, Arch. Phil. Droit 58, 2005, p.p. 215-241.

[2] BIZEAU Maxime, La liberté contractuelle, www.fiches-droit.com, consulté le 12/31/2023.

[3] قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية عدد 17 صادر في 25 أبريل سنة 1990.

ومن خلال هذه المبادئ نلاحظ أن رغم تأثير المشرع بالمذهب الفردي وتبنيه لمبدأ سلطان الإرادة والمبادئ المترتبة عنه إلا أنه يحاول الحد منها بموجب قيود.

الفرع الثاني: خلال مرحلة تنفيذ العقد

تنجر كذلك مبادئ عن مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تنفيذ العقد أهمها القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية أثر العقد.

القوة الملزمة للعقد La force obligatoire du contrat

مبدأ القوة الملزمة للعقود مستوحى من القول المتمثل في ضرورة احترام العقود على النحو المنشود[1] Pacta sunt servanda.

تنص المادة 106 من القانون المدني على أن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد بمثابة القانون ليس تجاه الطرفين فقط، لكنه شريعة تجاه القاضي والمشرع أيضا، فلا يمكن تعديله أو نقذه.

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعرف القوة الملزمة للعقد، لكن معنى هذه المادة هو الذي أبان عن التكريس الصريح لهذا المبدأ من خلال جعل العقد هو القانون الذي يسري على المتعاقدين عند التنفيذ من ثم يمنع المساس به من طرف المتعاقدين والقاضي عن طريق التعديل والإنهاء[2].

ويعني هذا أن الطرفين ملزمين باحترام الالتزامات التي تعهدا بها بصفة حرة في العقد.

---

[1] العقد شريعة المتعاقدين.

[2] تواتي باسمة وعثماني بلال، القوة الملزمة للعقد ضمان الأمن القانوني للعقد، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد6، العدد2، الأغواط، 2022، ص920.

هذا المبدأ مستمد من مبدأ سلطان الإرادة، الذي بمقتضاه يكون للطرفين حرية تحديد مضمون العقد وآثاره. وبعبارة أخرى، يمكنهم انشاء التزامات قانونية بإرادتهم الخاصة، دون تدخل سلطة خارجية.

ويترتب عن ذلك أنه في الأصل لا يجوز للطرفين تعديل العقد، وأنه بموجب المادة 107 من القانون المدني ينفذ العقد وفقا لمستلزماته وأن أطراف العقد مقيدين بما جاء فيه.

ولذلك فإن القوة الملزمة للعقد هي ضمان للأطراف المتعاقدة: فهو يكفل الأمن القانوني بالتزام الإمتثال للالتزامات المبرمة. وفي حالة عدم الامتثال للالتزامات التعاقدية، يجوز للطرف الآخر أن يطلب التنفيذ الجبري للعقد، أو في حالة عدم الامتثال لذلك، المطالبة بتعويضات. ويكون وجوب تنفيذ العقد بأمانة وإخلاص كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني [1].

وتأثر المشرع الفرنسي في القانون المدني لعام 1804 بفقهاء الكنيسة مرة أخرى في القوة الملزمة، ذلك أنها مستمدة من فكرة احترام الكلمة المعطاة Le respect de la parole donnée الذي يعتبر مبدأ أخلاقي أساسي يعزز الثقة في العلاقات[2].

تطبق القوة الملزمة على جميع العقود، سواء كانت كتابية أو شفهية، شريطة أن تكون منشأة بشكل قانوني. وهو لا يتعلق فقط بالالتزامات الأساسية للأطراف

[1] تواتي باسمة، عثماني بلال، المرجع السابق، 2022، ص921.

[2] Doc du juriste, le respect de la parole donnée, site : www.doc-du-juriste.com, date de publication :13/05/2012. 19/02/2024.

تسليم البضائع ودفع المبلغ، بل يتعلق أيضا بالبنود الأخرى وطرق التنفيذ الأجل والضمانات.

غير أن القوة الملزمة للعقد لا تمتد إلى الغير. وبعبارة أخرى، لا يجوز أن ينشئ العقد التزامات أو حقوقا لأشخاص ليسوا أطرافا في العقد. وهناك استثناءات لهذه القاعدة، فقد تفيد بعض الأحكام التعاقدية الغير في ظل شروط معينة.

تنفيذ العقد لا يعني تنفيذ الالتزامات فحسب، بل يعني أيضا التصرف وفقا للمعايير التي يحتويها ويدعمها. ويتأثر الطرفان ذاتهما في المقام الأول بتنفيذ العقد. ومع ذلك، عندما تنشأ صعوبة، يطلب أحيانا من القاضي أن يساعد في تنفيذ العقد.

القوة الملزمة للعقد تلزم بالامتثال للعقد، أي ليس فقط الأداة، ولكن التفاوض بأكمله.

وإضافة إلى ذلك، تحظر هذه القوة الملزمة تعديل العقد أو إلغاءه من جانب واحد، وهو ما قد يستمر بنفس الطريقة حتى ولو صدر قانون جديد[1].

مبدأ القوة الملزمة للعقد، وإن كان أساسيا، فهو ليس مطلقا وقد يخضع لقيود معينة. وهذه القيود مستمدة أساسا من التشريعات والقضاء والمبادئ العامة للقانون.

[1] QUEZEL-AMBRUNAZ Christophe, Fiches droit des contrats,3ème ed, ellipses, Paris, 2023, p. 158.

العقود المخالفة للنظام العام والآَدب العامة باطلة. وبالتالي، لا يجوز لطرف أن يحتج بشرط تعاقدي غير مشروع لطلب إنفاذه. فمثلا، سيكون عقد بيع الممتلكات المسروقة باطلا بسبب غرضه غير المشروع.

من بين الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة، هي الحالات التي يمكن فيها إنهاء العقد بأحد إرادة الأطراف مثل الوكالة، الوديعة والهبة، أو حالة وجود شرط يسمح بإنهاء العقد بإرادته المنفردة.

ويجوز للقضاة أيضا أن يتدخلوا لتعديل بعض الأحكام التعاقدية في حالة الظروف الطارئة أو لتعديل الشروط التعسفية. غير أن هذه التدخلات يحكمها القانون ويجب أن تحترم مبدأ سلطان إرادة الأطراف[1].

تؤكد القوة الملزمة للعقد أهمية الصياغة الدقيقة والجيدة للبنود التعاقدية. ومن الضروري التحديد الدقيق لحقوق والتزامات كل طرف، وكذلك طرق تنفيذ العقد، تفاديا لأي نزاع لاحق.

ومن المهم أيضا ضمان الامتثال للقواعد الإلزامية والمبادئ العامة للقانون عند صياغة العقد.

مبدأ نسبية أثر العقد L'effet relatif du contrat

من البديهي أن من أثار العقد أن تنشأ التزامات وحقوق والتي تقع على عاتق المتعاقدين. ومن ضمن مصطلح المتعاقدين كذلك من يمثلهما من خلف عام

[1] DE PAGE Henri & DE PAGE Philippe, Traité de droit civil belge, TVIII, Vol.1, Bruylant/Lacier-Intersentia, Bruxelles, 1er ed, 2021, p.p. 55-56.

وخلف خاص. وفي الأصل، لا ينصرف أثار العقد إلى الغير لكنه ينصرف في حالات استثنائية وهذا ما يسمى بنسبية أثار العقد.

لما نخوض في التمييز بين مفهومي "الطرف" و "الغير" يتبين أن في إطار الاتجاه التقليدي كانت الآراء الفقهية متباينة فيما يخص أساس تحديد مفهومي "الطرف" و "العقد"[1].

كان الفقه التقليدي مستقرا لمدة طويلة واعتبر القوة الملزمة للعقد لا تلزم إلا المتعاقدين وأن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد وهي أساس مبدأ نسبية أثر العقد. وبالتالي، فلا تثبت للأشخاص صفة الطرف إلا بتعبيرهم عن الإرادة في إنشاء تصرف قانوني، ومنه فالشخص الذي لم يساهم في إبرام العقد بإرادة يعتبر من الغير[2].

الإستناد إلى هذا المعيار جاء بما تأثر به مفكري المذهب الفردي، ولاسيما الفقيه KANT الذي كان يعد الإرادة أساس كل قانون أخلاقي مما أدى إلى وضعه للقانون الطبيعي، أو كذلك فكرة (دعه يعمل دعه يمر) ADAM SMITH التي تجسد فكرة الحرية التعاقدية للأفراد[3].

[1] WINTGEN Robert, Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit Français et Allemand, T426, Paris, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 51.

[2] يوسفي كهينة، التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد01، تيندوف، 2019، ص62.

[3] نسير رفيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو مولود معمري، 2014، ص161 وما بعدها.

ومما لا شك فيه أن شراح القانون المدني الفرنسي تأثروا بهذه الأفكار وانتهاجهم لمبدأ الحرية التعاقدية وربط ذلك بمبدأ سلطان الإرادة أثر على مفهوم "الطرف" و "الغير".

ونتيجة لذلك لا يكون الغير ملزما بالقوة الملزمة للعقد وإنما يعارض بالعقد باعتباره واقعة اجتماعية[1].

يرى الفقيه MARTIN DE LA MOUTE أنه لا يكفي الإرادة للتعاقد لوصف الشخص بالطرف وتعتبر الإرادة عنصرا شكليا وتعتبر المصلحة هي العنصر الجوهري في التعاقد[2].وعرف الطرف وفقا لذلك انه كل من له مصلحة ذاتية في العقد[3].

أما أنصار المجموعة العقدية فطلب بتوسيع مفهوم الطرف ليشمل كل من ساهم في تنفيذ العقد.

جاء كذلك الفقيه GHESTIN معارضا للنظرة التقليدية، فإنه يرى أن العقد ينصرف إلى كل أو بعض الأشخاص رغم أنهم لم يقوموا بابرام العقد، إلا أنهم مرتبطون رغم ذلك بأثره، لكنه لا يسم بإضفاء صفة الطرف على كل من يخضع لأثار العقد[4]. اقترح الفقيه معيار آخر بعد الانتقادات التي وجهت له، وتمثل هذا الاقتراح الجديد في أن صفة الطرف لا تمنح إلا للأشخاص الذين لهم مركز قانوني

---

[1] يوسفي كهينة، المرجع السابق، ص64.

[2] DE LA MOUTE Martin, L'acte juridique unilatéral: essai sur sa notion et sa technique, sirey, Paris, 1915, p. 43.

[3] DE LA MOUTE Martin, op. cit., p. 34.

[4] GHESTIN Jacques, « La distinction entre les parties et les tiers », *JCP*, Paris, n°3628, p.p. 517 - 523.

مماثل للأطراف المتعاقدين، أو للذين حلو محلهم، على أن تكون لهم ذات الامتيازات التي يتمتع بها الطرف المتعاقد بالنسبة للعقد[1].

إن المشرع الجزائري لم يعطي مفهوما للطرف في العقد واقتصر على ذكره. وقد ألحق القانون الخلف العام والخلف الخاص بالأطراف.

ويقصد بالخلف العام هو الشخص الذي يخلف الشخص في جميع حقوقه أي أنه الوارث سواء كان وحيدا أو مع غيره. أما الخلف الخاص فهو الشخص الذي له ملكية شيء محدد أو حق عيني أو شخصي من سلفه، فيعتبر مثلا المشتري خلفا خاص للبائع[2].

وما يجب الإشارة إليه هنا هو أنه بموجب المادة 108 من القانون المدني فينصرف أثار العقد إلى الخلف العام، لكن وردت استثناءات، وينصرف أثار العقد كذلك للخلف الخاص بشروط حسب المادة 109 من القانون المدني.

إذن، تنصرف أثار العقد إلى الخلف العام والخاص إلا في الحالات التي يصبح فيها من الغير. والخلف العام يكون من الغير لما يثبت أن التصرف الذي صدر من سلفه كان في مرض الموت، وكذلك الوصية إذا زادت عن ثلث التركة، ويكون الخلف الخاص من الغير لما يكون العقد قد ابرم بعد انتقال الشيء إلى الخلف، أو كان الحق أو الإلتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير

[1] يوسفي كهينة، المرجع السابق، ص74.

[2] محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، 2023، ص319 و320.

محدد له[1]. أما بالنسبة للدائن فخوله المشرع الحق في رفع دعوى مباشرة مستعملا حقوق مدينه واختلف الفقه بخصوص ما إذا كانوا الدائنين من الخلف العام، الخلف الخاص أم الغير. أما في خصوص الغير الأجنبي عن العقد، فالأصل هو ألا تنصرف إليه أثار العقد، أي أنه لا ينفع ولا يضر[2].

[1] محمد الصبري السعدي، المرجع نفسه، ص328.

[2] زبلان سمير، اعتبار الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي من الغير، مجلة صوت القانون، المجلد9، العدد1، خميس مليانة، 2022، ص1773.

المبحث الثاني: عدم كفاية الذاتية في العقد

على الرغم من أن الذاتية في العقد لها مزايا واضحة من حيث الحرية والاستقلالية وإضفاء الطابع الشخصي على العلاقات التعاقدية، إلا أن هناك انتقادات وأوجه قصور مرتبطة بهذا النهج. ومن الضروري الاعتراف بأن الذاتية يمكن أن تطرح تحديات في حالات معينة.

هذه الذاتية في العقد القائمة على الحرية والاستقلال الذاتي، أثبت تدريجيا أنها غير كافية لتنظيم العلاقات التعاقدية في مجتمع اقتصادي معقد، الذي يتسم بعدم المساواة بين القوى وتوحيد التجارة. فهذه النظرة اتجهت للانهيار في مواجهة عقود الإذعان، علاقات التبعية الاقتصادية وكثرة المعاملات. ومنه سلط الضوء على حدود الذاتية في العقد.

والغرض من هذا المبحث هو إبراز القيود الكامنة في الذاتية في العقد واستكشاف الحالات التي قد يكون فيها هذا النهج غير كاف.

تفسر عدم كفاية الأساس الذاتي بالحماية للمتعاقدين التي تعتبر شكلية فقط (المطلب الأول) التي يشرف عليها القاضي والذي هو مقيد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية التقليدية للمتعاقدين

الحماية التقليدية للمتعاقدين تعتبر شكلية فقط، فهي تتألف من ضمان حرية التراضي بدلا من تصحيح عدم التوازن الاقتصادي والاجتماعي.

وتتمثل هذه الحماية التقليدية للمتعاقدين في حماية تقليدية ومحدودة للتراضي (الفرع الأول)، وفي التوازن المفترض في العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحماية التقليدية للتراضي

تمثل الحماية التقليدية للتراضي جانبا أساسيا من جوانب قانون العقود ويقصد بها ضمان منح موافقة الأطراف المتعاقدة بطريقة إرادية ومستنيرة وغير قسرية. وتستند هذه الحماية إلى عدة مبادئ أساسية –التي تم ذكرها سابقا– تضمن سلامة المعاملات التعاقدية.

وقبل الخوض في التفاصيل، من المهم تعريف التراضي في سياق قانون العقود. فيعرف التراضي بأنه إرادة كل طرف لإبرام العقد بموجب المادة 59 من القانون المدني كشرط أساسي لصحته، ولا يفاجئ هذا النوع من التأكيد لأن العقد يعتبر نموذج للفعل القانوني الإرادي وأن مفاهيم القانون المدني تأثرت بمبدأ سلطان الإرادة.

وكثيرا ما يعتبر التراضي عنصرا من عناصر العقد. ولكي يكون العقد صحيحا، يجب أن تعطى موافقة الطرفين بطريقة **حرة** و**مستنيرة**. وتقتضي القواعد القانونية التقليدية أن يكون التراضي خالي من الإكراه. ويجب أن يكون للطرفين حرية اتخاذ القرارات دون التأثيرات الخارجية غير المرغوب فيها[1].

ويشير مصطلح التراضي إلى فكرة إظهار إرادة المتعاقد، مما يثير مسألة صعبة تتعلق بنوع الإرادة التي ينبغي أن تأخذ بعين الاعتبار في نظر المشرع. السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل يجب تفضيل الإرادة الباطنة أم للإرادة

[1] COHET Frédérique, op, cit., p. 63.

الظاهرة مثلما عبر عليها المتعاقد؟ [1]كانت هذه القضية موضوع جدل شهير عارض المذاهب الألمانية والفرنسية خلال القرن العاشر. وعلى الرغم من أن هذا الجدال يعتبر قديم[2]، إلا أن القانون الفرنسي يظل مع ذلك مرتبطا بنظام الإرادة الباطنة. ويرى أن اكتساب التراضي لقيمة قانونية متعلق بتطابق تعبير إرادة المتعاقد مع أفكاره. أما المشرع الجزائري، فإنه يعتد بالإرادة التي يمكن التعرف عليها وقت التعبير عنها وفقا للمادة 59 من القانون المدني.

ظل حبس القانون المدني للرضا التعاقدي محدودا لفترة طويلة، ولا يتناول القانون سوى مسألة **حماية الرضا عن طريق العيوب** التي يمكن التوصل إليها. ومع ذلك فإن هذا النهج ليس هو الوحيد من بين الوسائل لحمايته، فمن خلال طرق أخرى، تحقق نفس النتيجة مثل القواعد القانونية، على سبيل المثال، تلك المتعلقة بالأهلية، الغبن، والسبب. ومع ذلك تظل نظرية عيوب الإرادة الوسيلة التقليدية لحماية التراضي والتي أدى قصورها إلى تبني أساليب حماية جديدة أدرجها المشرع الفرنسي في تعديل2006 [3].

تناول المشرع الجزائري عيوب الإرادة في المواد من 81 حتى 90 من القانون المدني. إنها تعتبر حقائق تغير الإرادة التعاقدية، وقد تؤدي إلى بطلان العقد:

---

[1] محمد بن السايح، التراضي كمكون أساسي للعقد بين الفقه الإسلامي وبعض القوانين المدنية، مجلة الدراسات الإسلامية، دورية محكمة، عدد6، الأغواط، 2016، ص235.

[2] هل هناك قيمة للإرادة التي لم تظهر ولم يتم التعبير عنها؟ الإرادة تكون لها قيمة لما يتم التعبير عنها خارجيا وإلا لا كون لها أثار في الأصل.

[3] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit des obligations 2024, op, cit., p. 71.

عيوب الغلط والتدليس هي عيوب تمس بخاصية الوضوح والاستنارة للتراضي، وعيب الإكراه يمس بخاصية الحرية.

نظرية عيوب الإرادة –في القانون الوضعي– تثير بعض الغموض فيما يخص الأصول التاريخية غير المعروفة في القانون الروماني الكلاسيكي الذي كان يؤسس صحة العقد على احترام الشكل. فتم إدخال عيوب الرضا أولا من قبل المعير من أجل معاقبة عدم نزاهة المتعاقد.

وبالتالي، تم اعتبار التدليس والإكراه جرائم تؤدي ليس إلى بطلان العقد وإنما إلى معاقبة الطرف المرتكب للفعل غير المشروع. تولى فقهاء القانون القديم هذا التراث الرومانيين وغيروا معناه لصالح حماية التراضي. ثم تم تهميش الخاصية الإجرامية للتدليس والإكراه وأخذ الغلط في الاعتبار. وقد لخص القانون المدني هذين المفهومين. إذا كانت تقنية عيوب الإرادة متخذة كوسيلة لحماية التراضي، لكن لم يتم القضاء على الجانب الإجرامي تماما مما أدى في بعض الأحيان إلى تغيير اتساق القواعد القانونية. ويعزز هذا الغموض تعارض مقتضيات السياسة القانونية. على الرغم من أن الحاجة إلى حماية التراضي تؤدي إلى قبول واسع جدا للعيوب. لذلك فإن التوفيق يكون صعبا في بعض الأحيان[1].

وبالتالي، فإن الانتهاك للتراضي لا يعاقب عليه في القانون الوضعي وعيوب الرضا تؤدي إلى بطلان العقد لكن بشروط.

[1] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit des obligations 2024, op, cit., p. 72.

والجدير بالذكر أن هنا تكون حماية لتبادل الإرادة فقط، والمشرع بإدراجه لعيوب الرضا فإنه قد خرج نوعا ما عن قطعية مبدأ سلطان الإرادة لكن تغلبه النزعة الذاتية لما يقوم بتحديد العيوب إلى ثلاثة عيوب فقط متمثلة في الغلط، التدليس والإكراه، وكذلك لما يقوم بوضع شروط لقيام هذه العيوب. فبذلك قد يكون المشرع يدور في قالب سلطان الإرادة دون الخروج منه.

ينص المشرع الجزائري على **الغلط** كعيب من عيوب الإرادة في المادة 81 من القانون المدني[1] دون تعريفه.

لكن يعرفه الفقه على أنه وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، فيدفعه للتعاقد نتيجة هذا التصور الخاطئ للأمور والأشياء، حيث يقع فيه الشخص من تلقاء نفسه، والغلط الذي أخذ به المشرع الجزائري هو الغلط الجوهري في المادة 81 من القانون المدني[2].

سمح المشرع وأكد القضاء لقابلية إبطال العقد[3] في حالة نشوب عيب كالغلط لكن قلص هذه الحرية بشروط تتمثل في أن يكون الغلط جوهريا ويكون الغلط جوهريا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد ومنه فإن الغلط في صفة الشيء المادة 82 الفقرة 2 من القانون المدني يعتبر جوهريا إذا كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد. ويكون ذلك لما يقع المتعاقد في ذات المتعاقد الاخر المادة 82 الفقرة 2

---

[1] المادة 81 من القانون المدني:" يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت ابرام العقد، أن يطلب إبطاله".

[2] مقال منشور في الموقع Plateforme pédagogique de l'université sétif2, ,خلو الإرادة من العيوب، المحاضرة الرابعة، منشور في تاريخ 2017/03/13. تاريخ الاطلاع:www.univ-setif2.dz.12/01/2022 ,

[3] المحكمة العليا، القرار رقم 49339 الصادر بتاريخ 14-11-1988، م.ق، 1990، العدد4، ص148،147و149.

من القانون المدني أو صفة من صفاته الجوهرية مثل العقود التي يكون فيها الشخص محل اعتبار، وكذلك الغلط في القيمة، وكذلك الغلط في القانون ويتحقق هذا النوع من الغلط بتوهم قاعدة قانونية على خلاف حقيقتها المادة 23 من القانون المدني[1].

وطبقا لنص المادة 85 من القانون المدني لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية[2].

لما يقع المتعاقد في خطأ جوهري عند إبرام العقد، يمكن له أن يطلب إبطال العقد من القضاء، ويقع عبء إثبات الغلط حسب القواعد العامة على من يدعيه كما قضت به المحكمة العليا[3].

نص المشرع الجزائري على **التدليس** كعيب اخر من عيوب الرضا وعلى أحكامه في المادتين 86 و87 من القانون المدني.

التدليس هو استخدام الوسائل الاحتيالية قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الأخر، الأمر الذي يدفعه للتعاقد اعتقادا أنه أخذ الشيء بقيمته[4].

وزيادة عن الحيل والكذب كوسائل تدليس لقد اعتبر المشرع الجزائري السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تدليسا في المادة 2/86 من القانون المدني.

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص173 و174.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص175.

[3] قرار المحكمة العليا، 1987/06/17، ملف رقم 49174، المجلة القضائية، 1990، العدد3، ص27.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص329

وتتمثل شروط التدليس في أن يكون التدليس مؤثرا أي إذا كانت الحيل التي لجأ إليها المتعاقدين هي الدافع للتعاقد ولولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويشترط كذلك أن يكون التدليس صادر من المدلس أو نائبه أي ان يكون التدليس متصلا بأحد المتعاقدين[1]، وإذا صدر من الغير فوجب على المدلس عله أن يثبت أن المستفيد من التدليس كان عالما به أو كان من المفروض أن يعلم به حسب ما نصت المادة 87 من القانون المدني.

يثبت حق طلب الإبطال للمتعاقد الذي وقع تدليس كما نصت المادة 86 من القانون المدني.

ولكي تكون الإرادة حرة فلا بد أن تكون صدرت بدون **إكراه** الذي يعتبر هو كذلك عيب من عيوب الرضا.

الإكراه هو ضغط يتعرض له المتعاقد، فيولد في نفسه رهبة أو خوفا، فتحمله على التعاقد بوجه غير مشروع[2].

يستخلص من المادتين 88 و89 من القانون المدني أن هناك ثلاث شروط أساسية للإكراه المعيبة للرضا أوله أن تكون رهبة بينة في نفس المتعاقد تدفعه على التعاقد أي أن الخوف الذي يكون في نفس المتعاقد جراء التهديد هو الذي يدفعه للتعاقد. ثاني شرط يتمثل في كون التهديد غير مشروع ويكون كذلك باستعمال

[1] بوصري محمد بلقاسم، الغلط والتدليس في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 2، جامعة الجلفة، 2022، ص495.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص355.

وسائل غير مشروعة كالتهديد بالقتل لزرع الخوف. ويتمثل الشرط الثالث في اتصال الاكراه بالمتعاقد الأخر فحسب المادة 89 من القانون المدني إذا صدر عن الغير فلا يمس بصحة العقد إلا إذا اثبت المكره أن المتعاقد الأخر كان له علم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه.

وكما في التدليس، يقع عبء إثبات الإكراه على من يدعيه ويمكن إثباته بجميع طرق وسائل الإثبات.

ولا بد من التذكير أن في التراضي، تكون الحماية فقط للتبادل، ويحد المشرع من مبدأ سلطان الإرادة من خلال وضع هذه العيوب لكن يقتصر على حصرها وتقييدها بدورها بموجب شروط، فنرى ان المشرع يبقى في قالب مبدأ سلطان الإرادة متأثرا بالنزعة الذاتية.

الفرع الثاني: التوازن المفترض في العقد

فكرة التوازن العقدي هي فكرة قديمة وتقوم على مبدأ التناسب والمساواة والموازنة في الأخذ والعطاء بين طرفي العقد. فالشيء الذي يأخذه كل طرف يجب أن يكون معادلا لما يعطيه الطرف الأخر. وإلا نكون أمام اختلال التوازن الاقتصادي بين الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد[1]. هذا هو التعريف الذي جاء به الفقهن لكن لا يكون فهمه بهذه السهولة، حيث يقتضي تمييزه مع المفاهيم

[1] بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة الدكتوراه، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014، ص24.

المشابهة له، والسؤال المطروح هنا هو هل التوازن العقدي هو نفسه العدالة التعاقدية؟ وهل التوازن العقدي هو عقد المعاوضة؟

فنكون بصدد التوازن العقدي عندما تكون الأداءات غير متوازنة لكن يقبلها الطرفين ويتعهد عليها فيكون المتعاقدون هنا قد حققوا ما تعاهدوا عليه ويكون بالتالي حدث توازن بالرغم من عدم التوازن الفعلي لهذا فهو يعتبر توازن مفترض. بغض النظر عن الحالات التي تكون فيها اختلالات كبيرة التي يتدخل فيها القاضي لإحداث التوازن. أما عقد المعاوضة، هو لما يستلم المتعاقد مقابل ما يعطيه للمتعاقد الأخر، وفيما يخص العدالة التعاقدية فهناك نظرية تقول أن هناك تحقق للعدالة التعاقدية بمجرد تبادل الإرادتين وهذه الفكرة تولد إشكالية أخرى هي هل الحرية التعاقدية تؤدي حتما إلى العدالة التعاقدية؟ [1]

لا يوجد أي نص في القانون المدني يشترط صراحة توازن قانوني عام للعقد، وهذا لا يتنافى مع حرية المتعاقدين، لأن تكريس واشتراط التوازن قد يمس بحرية المتعاقدين لكنها مصدر عدم الأمن القانوني، إلا أن هذا الحل يعرف بعض الاستثناءات لأن القانون المدني يعطي في بعض الحالات جزاءات لعدم التوازن العقدي المفرط أو عند غياب المقابل في العقد[2].

ينبغي أن يفهم مصطلح "التوازن العقدي" على أنه "العلاقة العادلة " le juste rapport بين حقوق الأطراف والتزاماتهم، و"العلاقة الجيدة بين الأشياء المتعارضة"

[1] BORY Jonathan, in liberté contractuelle, justice contractuelle?, 4 mars 2022, Université de Genève.
[2] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit des obligations, 16ème ed, Dalloz, 2024, p. 141.

وانسجامها، فالتوازن لا يعني توازنا مطلقا، ولا ذلك التوازن المبني على الرياضيات، وإنما يعني التوفيق بين القوى والمصالح المتعارضة بغية نجاح العملية التعاقدية لجميع الأطراف[1].

ويرى جانب من الفقه أن في بعض الحالات، الأطراف يتعهدون على أداءات تكون غير متوازنة في الحقيقة، وينص القانون على آليات لمعالجات تلك الاختلالات الواضحة. فمعالجة هذه الاختلالات يعتبر اشتراط ضمني للتوازن العقدي وهو بلا شك حسبهم انعكاس للتغيير الأساسي في الافتراضات التي تستند إليها نظرية العقد الكلاسيكية، وكذلك للمظهر الجديد التي تفهم به العلاقة التعاقدية وقانون العقود[2].

وفي مستهل الحديث، فتكشف أبرز التطورات التي مر بها مؤخرا قانون العقود عن وجود انفصال واضح وصريح عن مبادئ الحرية التعاقدية والمساواة التي بنيت عليها النظرية العامة للعقد، وتم استبدال هذه المبادئ التي وصفت بالأساطير بأفكار الحرية الانفرادية وعدم المساواة التعاقدية التي تعكس بشكل أكثر دقة واقع العرف التعاقدي. وفي هذه الظروف يشكل اشتراط التوازن العقدي الرد

[1] JACOMINO Faustine, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel, entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, Thèse de doctorat, CNRS, Paris, 2018, p. 4.

[2] العلاقة التعاقدية: يمكن تعريفها بأنها العلاقة الشخصية بين المتعاقدين السابقين والمتعاقدين اللاحقين في إطار عقد أو مجموعة من العقود، وأن تكون موضوعها متطلبات السلوك النوعي، العلاقة التعاقدية تعيد إحياء العقد من خلال استعادة جانبه الإنساني.انظر : FLIPO Olivia, Le lien contractuel, thèse de doctorat en droit, Thèse Dactyl, Orléans, 2001

الذي يمارسه المتعاقد القوي والمسيطر وعدم المساواة التعاقدية التي تحكم تكوين العقد وتنفيذه.

في مقام موالي، لم يعد المبدأ المقدس للقوة الملزمة للعقد موضوع عبادة وإخلاص. وعلى وجه الخصوص فإن قاعدة عدم المساس بالعقد لم تعد تُفهم على أنها قاعدة لا يمكن التخلي عنها والتي تضفي الشرعية لجميع التجاوزات أو على أنها حصانة للمتعاقدين الذين يعتزمون الاستفادة من صرامة قانون العقود. وبالتالي، فإن شرط التوازن العقدي يؤدي أحيانا إلى التقليل من شأن نطاق المادة 106 من القانون المدني، وإلى تقليل حالات الظلم التي ترتكب باسم هذه المادة. فلم تعد الاتفاقيات غير المتوازنة للغاية تحل محل القانون لمن فرض عليهم[1].

ودون التشكيك في دور العقد في عالمنا القانوني والاقتصادي، وبعبارة أخرى دون إهمال فضائل القدرة على التنبؤ والاستقرار التي تدعم فائدته، فيرى الفقيه مازو MAZEAUD أنه يجب أن نتعلم تأليف قانون العقود بأصوات جديدة: الإنصاف، الولاء، التناسب، التضامن. ويرى أنه ظهرت ثقافة تعاقدية جديدة في السنوات الأخيرة، مما يعكس الأزمة التي فيها العقد والقانون اليوم، والتي تعد مكافحة اختلال التوازن أحد أوجه المعركة.

وحسب فقهاء العقيدة الكلاسيكية فإن السعي نحو الأدوات الجديدة لتحقيق التوازن العقدي سيضعف أسس العقد وتعتبر هذه الأدوات أسلحة قاتلة ضد الحرية التعاقدية. وظهورها سيؤدي إلى التلاعب بالمفاهيم وتشويه للمبادئ.

[1] MAZEAUD Denis, Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque -t-on pas d'aller trop loin?, In La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p. 136.

بقدر ما هو قناعة وضرورة، فإن الأمر متروك للفقه لإثبات أن هذا ليس هو الحال وأن المخاوف التي أعرب عنها المؤلفون الكلاسيكيون لا أساس لها إلى حد كبير. ويرى في هذا الصدد الفقيه MAZEAUD أنه كان بإمكان الذهاب إلى أبعد من ذلك في متطلبات التوازن العقدي، وأن الفقه، التشريع والقضاء اشترك في عملية تجديد وابتكار في مفاهيم وأفكار تؤدي في معظمها إلى ضبط عدم التوازن العقدي. وإلى التحكم وضبط مصلحة العقد[1].

ولا بد من التسائل حول آليات ضبط اختلال التوازن العقدي، وفي هذا الصدد نذكر الحالات التي يكون فيها عدم التوازن مثل الغبن، الشرط الجزائي، عقد الإذعان وفي هذه الحالات يتدخل القاضي لتصحيح هذه الاختلالات.

السبب هو من بين السياسات لحماية مصالح المتعاقدين فالمشرع يوفر لهم – في حالات خاصة– الوسائل للحماية من انعدام التوازن الذي يحدث في الأداءات. ففي عقود المعاوضة، يجب أن يكون توافق بين قيمة كل أداء. وتتجلى أيضا هذه الحماية في ضمان ان يكون الغرض من الالتزامات حقيقيا، فيجب أن تكون الأطراف المتعاقدة على علم بمضمونه وأن تكون قادرة على معرفة الثمن. وبالتالي، فإن تحديد المحل هو ضمان لواقعه الحقيقي. ومن ثم فإن سياسة الحماية هذه تنفد لصالح ميزان الاستحقاقات التعاقدية وتأكيدا لواقع الالتزامات التعاقدية[2].

حماية التوازن في الأداء: الغبن

[1] MAZEAUD Denis, Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, op. cit., p. 137.

[2] DRUFFIN-BRICCA Sandrine & HENRY Laurence, Droit civil: les obligations, op. cit., p. 111.

ويشير هذا الأخير إلى عدم التوازن الناشئ مند لحظة تكوين العقد عن الأداءات في العقود الباهظة التكلفة. ويتعلق الأمر بقيمة الشيء بمعنى أن سعر السلعة أو الخدمة المحددة للعقد لا يتطابق مع قيمته الموضوعية كما يقوم القاضي بتقديرها عند تكوين العقد.

ويستبعد هذا التعريف أي احتمال لحدوث غبن بموجب عقود عشوائية، إن الحرص على ضمان توازن الالتزامات من خلال محلها هو جزء من منطق العدالة التبادلية التي تسري في قانون العقود، وهو مبدأ أساسي يضمن التنفيذ السليم للعقد يجد فيه كل طرف حسابه.

العدالة نسبية، وهنا تكمن صعوبة الغبن والاعتراف به، تؤدي حرية التعاقد إلى الاعتراف بإمكانية رفض الطرفين إجراء تقدير موضوعي لمحل العقد. وخلل التوازن، حتى وأن كان ضعيفا، هو في بعض الأحيان تعبير عن الإرادة المستنيرة للأطراف المتعاقدة. ففكرة أمن المعاملات وإرادة المتعاقدين يؤدي إلى استعمال الغبن ببخل[1].

الغبن، كأداة لحماية المتعاقدين، له مجال تطبيق محدود، فالقانون المدني يحدده إلى بعض العقود المذكورة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ولا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها: في بيع العقار إذا بيع بغبن يزيد عن 1/5، فالبائع له الحق في طلب تكملة الثمن إلى 4/5 ثمن المثل، في المقايضة المنصوص عليها في المادة 415 من القانون المدني لأنها تسري عليها أحكام

[1] DRUFFIN-BRICCA Sandrine & HENRY Laurence, Droit civil, les obligations, op. cit., p. 112.

البيع ومنه يمكن رفع دعوى غبن، وكذلك في القسمة (يعطي المشرع الجزائري الحق في رفع دعوى لكل من له الحق من القسمة الحاصلة بالتراضي غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة كما نص المشرع في المادة 1/731 من القانون المدني، وكذلك فيما يخص عقد الإذعان (يجوز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها كما نصت المادة 110 من القانون المدني).

هذه الوظيفة التي تعطي الحماية تضفي بعض الصعوبة في مهمة تصنيف الغبن، فالنظرة الذاتية تلحقه بعيوب الإرادة وتفسر وجهة النظر هذه بمبتغاة حماية إرادة المتعاقدين في العقد الذي محله ليس مقدر بصفة موضوعية، وهذه الفرضية تفيد تأطير الغبن بصفة مقيدة لأنه يعتبر مكمل لعيوب الإرادة والتي بدورها تعتبر الوسيلة الأفضل في حماية المتعاقدين. وتماشيا مع ما تم ذكره، فإن موقع الغبن في القانون المدني يأتي مباشرة بعد عيوب الإرادة وهذا ما يفيد فكرة التقارب بينهما.

وعلى العكس من ذلك ففي وجهة نظر أخرى التي هي النظرة الموضوعية للغبن والتي يدافع عليها أنصار الفكر الموضوعي، فإنها تهتم بعدم التوازن للأداءات في العقود المحددة وهنا التكافؤ في الأداءات يصبح شرط مستقل لصحة العقد. ويرى فيها الفقه أن في العقد يجب مراعات ما هو عادل وكذلك ما هو مفيد في تقدير الغبن، ذلك أن يوجب مراعات الغرض من العقد وفائدته الاقتصادية، فبالتالي يساعد الغبن في تقييم المحل وكذلك في تقييم السبب بمراعاة الغرض من العقد. وبالتالي، قد يكون الغبن موجود عندما يغيب السبب جزئيا. واستخلاصا لما

سبق، فإن الغبن لا يزال معلقا بين هاتين الرؤيتين، ويتقيد القانون المدني بالأحرى بالرؤية الذاتية، ويدافع القضاء عن التحليل الموضوعي إلى حد ما[1].

هذا التردد بين التحليلين يمنع الغبن من أن يكون وسيلة عامة للسياسة العامة للحماية. وفي الواقع، يرى البعض أن تعميم الغبن سيجعله أداة فعالة لحماية الأطراف الضعيفة.

وإذا تم الأخذ بالقيمة الموضوعية للمحل واحترامها، فقد يدخل هذا في إصلاح عام الذي يجد مصدره في قانون الاستهلاك، التحدي هنا يكمن في سياسة التشريع وبالأحرى في اختيار السياسة العقدية وكيفية استيعاب العقد.

ولا يفوتنا أن ننوه بأن القيمة الموضوعية لمحل العقد ليست هي الوسيلة الوحيدة لحماية الالتزامات التعاقدية وإنما تحديد المحل أو اشتراط للمحل أن يكون مؤكد. فهذا يساهم في حماية الأطراف من الالتزامات المشكوك فيها.

[1] GHESTIN Jacques, Le juste et l'utile, APD in le juste et l'utile, p. 1, D.1982, chron.1 ; F. TERRE, l'inutile et l'injuste, Mél. Ghestin, LGDJ,2001, n°790.

المطلب الثاني: دور القاضي

من حيث المبدأ، فإن العقد مسألة تخص الطرفين لأنهما أقدر على تحديد نطاق الالتزامات التي يلتزمان بها، ويظل أطراف العقد أفضل قضاة لمصالحهم الخاص. ومع ذلك، قد يحدث أن العقد يحتاج إلى توضيح أو تفسير. وبالتالي، يتدخل القاضي لضمان التوازن. فالسؤال المطروح هنا هو كيف يكون دور القاضي، وهل المشرع يعطيه الحرية في التدخل؟

وللإجابة على هذا السؤال، لا بد من التطرق إلى دور القاضي الذي هو مقيد بالتفسير الذاتي (الفرع الأول)، لكن يمكن أن يستكمل هذا التفسير بالتفسير الموضوعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التفسير الذاتي للعقد

ندرك جميعا أن القاضي له أن يتدخل في العقد لكن دوره يبقى محدود وهو الحال كذلك عندما يتدخل لتفسير العقد. ويطرح التساؤل في هذا الصدد حول معنى التفسير، وفي ماذا تتمثل سلطات القاضي.

كرس المشرع الجزائري تفسير العقد تحت عنوان أثار العقد في المادتين 111 و 112 من القانون المدني، غير أنه استعمل مصطلح "تأويل" بدلا من "تفسير" وقد جاء في النص باللغة الفرنسية بمصطلح interprétation الذي يعني التفسير. ويرى الفقه أن من الأرجح لو استعمل مصطلح تفسير[1].

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص106.

قد يتطلب الأمر في مرحلة تنفيذ العقد تفسيره، وتفسير العقد هو ضبط الإلتزامات التعاقدية، أي تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة الحقيقية للمتعاقدين. فمعرفة مضمون الإلتزام العقدي ونطاق الالتزامات التي تعهد بها كل طرف يستوجب معرفة قصد المتعاقدين[1].

ذكر المشرع الجزائري الحالة الأولى وهي حالة وضوح العبارات أي أنه يكون تطابق بين التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وأن العبارات تعبر بصدق على إرادة المتعاقدين[2]، فلما تكون العبارات واضحة يجب التقيد بها قانونا ويجب الابتعاد عن التفسير أو الانحراف كما نصت المادة 1/111 من القانون المدني وكذلك المحكمة العليا في قرارها الذي جاءت ب "إذا كانت ألفاظ العقد واضحة امتنع قانونا البحث عن قصد صاحبها"[3]

وبمجرد أن يصبح العقد، أو أحد شروطه، غامضا أو لا معنى له، يجب على القاضي تفسيره حتى يصل إلى الإرادة الحقيقية للطرفين، فيقصد بالتفسير الذاتي ذلك التفسير الذي يسعى على اكتشاف معنى الاتفاقية على النحو الذي يقصده المتعاقدين. وفي هذه الحالة، المشرع يدعو القاضي في المادة 2/111 من القانون المدني إلى الذهاب أبعد من المعنى الحرفي للألفاظ. وأضاف المشرع قاعدة أخرى

[1] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص106، 107.

[2] بوزيد عدنان، نضيرة قماري بن ددوش، تفسير عبارات العقد على ضوء رقابة المحكمة العليا، مجلة الحوار المتوسطي، مجلد12، العدد3، سيدي بلعباس، 2020، ص443.

[3] المحكمة العليا، القرار رقم 73606، الصادر في 1997/10/08، المجلة القضائية، 1998، ص58.

تكمل مبدأ التفسير الذاتي تتمثل في المادة 112 التي تنص أن الشك يؤول في مصلحة المدين.

التفسير يكون "ذاتي" لما يكون الغرض منه الوصول إلى المعنى الحقيقي للاتفاق.

لم ينص القانون المدني على اختصاص كل من قضاة الموضوع وقضاة المحكمة العليا في تفسير العقد لأن هذه المسألة تدخل بصفة أخص في نطاق قانون الإجراءات المدنية. ومع ذلك، تم تحديد ذلك من قبل محكمة النقض الفرنسية في بداية القرن العشرين. وقد أرسى مبدأ السلطة السيادية لقضاة الموضوع مع وضع بعض الاستثناءات.[1]

قد اعترفت بالسلطة السيادية لقضاة الموضوع في تفسير العقود بموجب قرار صادر عن محكمة النقض في 2 فبراير 1808 [2]، والذي لم يشكك فيه منذ ذلك الحين، ولذلك يستحيل على الطرفين أن يؤسسا طعنهما بمسألة تتعلق بإساءة المحاكم الموضوعية في تفسير العقد.

وهذا يستوجب وجود حلا، فيتطلب تفسير العقد اللجوء إلى الظروف الواقعية التي لا يمكن لمحكمة النقض أن تنظر فيها قانونا. وإذا كانت على علم بهذه المسائل، لخطر النظر في عدد مفرط من الطعون، إذ يبدو أن إعادة النظر في تفسير العقد لا يدخل في نطاق دورها الذي هو توحيد تطبيق القانون. إلا أن تقييدا

[1] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit des obligations 2024, op. cit., p. 214.
[2] Cass., sect. réun., 2févr. 1808, GAJC, vol. 2. N°160.

لهذا المبدأ، فهناك استثناءات وردت وتتمثل في حالات تراقب فيها محكمة النقض لعمل قضاة الموضوع في تفسير العقد[1].

- **الاستثناء الأول:** مراقبة تشويه **تغيير من طبيعة** الشروط الواضحة والدقيقة في العقد.

يفترض في عملية تفسير العقد أن تكون شروطه غامضة، مما يجعل من المستحيل تنفيذه كما هو يعني وهو بذلك الغموض. وعلى عكس من ذلك، فإن كان الاتفاق واضحا ودقيقا، فليس للمحكمة، من حيث المبدأ سلطة تفسيره وهذا ما جاء به المشرع في المادة 111 من القانون المدني.

فيخشى أن تحت عذر التفسير، يتم تعديل العقد في قراءة تبدو عادلة لكن تكون غير مطابقة لما اتفق عليه الطرفين، ولذلك فإن محكمة النقض تضفي رقابتها على المساس بالشروط وتغيير طبيعتهم "La dénaturation des clauses"، فمحكمة النقض تعاتب القضاة بشأن تفسير العقد الذي تكون عباراته واضحة أو لما يقومون بتعديل هذه الشروط[2]. ولابد من الإشارة أن القانون المدني الفرنسي في المادة 1192 قانون مدني فرنسي منع تفسير الشروط الواضحة التي قد تؤدي إلى التغيير من طبيعتها[3].

إن استعمال مفهوم "تغيير من الطبيعة" يستوجب وضع تعريفا له، فيستعمل هذا المفهوم لما نكون أمام عبارات واضحة، وهذا يؤدي إلى حدوث خطأ فادح في

[1] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit des obligations 2024, op. cit., p. 214.
[2] Civ.15 avril 1872, CAJC, vol.2, n°161.
[3] Article 1192 du code civil français: " On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation".

التفسير. وعرف هذا المفهوم اختلافات في تعريفه حتى 1995 حسب الغرفة التجارية لمحكمة النقض التي تصدت له في معناه الضيق كاستنساخ غير صحيح لشروط العقد، لكنها بموجب القرار 31 جانفي 1995، تراجعت عن هذا الاتجاه وتوافقت مع ما قررته الغرف الأخرى[1]. لكن يبقى هذا المفهوم غامض وهذا الغموض يسمح لمحكمة النقض أن تكون لها رقابة أوسع في تفسير العقد خاصة وأن هذه المفاهيم والمصطلحات لم تعرف تشريعيا[2].

- **الاستثناء الثاني: مراقبة تكييف العقد**

تكييف العقد يعتبر مسألة قانون، لأن هذه العملية تحدد النظام القانوني للعقد. وبالتالي، لما القاضي يكيف عقد البيع على أنه هبة، فتتغير أثار العقد تغيرا جذريا متجاهلة على نحو خطير الإرادة الحقيقية للطرفين. ولذلك، تكون لمحكمة النقض مراقبة في هذا الأمر أي في قرارات قضاة الموضوع التي نقضت قرار المجلس الذي كيف عقد الإيجار على أنه عقد بيع[3].

وجاء كذلك القضاء الجزائري بنفس الفكرة، ويرى أحد الفقهاء أن سلطة قاضي الموضوع في تحديد الوصف القانوني يخضع لرقابة المحكمة العليا، وتراقب نشاط القاضي الذهني عندما يقوم بتكييف العقد، ومراقبتها تقتصر على النضر في الأحكام والبحث في التطبيق للقانون[4].

---

[1] Com. 31 janvier 1995, JCP, 1995. II, 22385.
[2] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit des obligations 2024, op. cit., p. 214.
[3] Com. 30 mai 1969.188.
[4] جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقود ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الخامس، مستغانم، جانفي 2018، ص425.

- **الاستثناء الثالث: مراقبة تفسير البنود النموذجية لبعض العقود**

تراقب محكمة النقض أحيانا رقابة مباشرة على تفسير شروط العقود التي تعاد كتابتها بنفس الشكل بحكم طبيعتها، بهدف توحيد تفسير هذه الشروط.

نقطة انطلاق هذه القرارات الصادرة عن محكمة النقض بدأت بمراقبتها لتفسير الاتفاقات الجماعية[1] وبعض عقود التأمين[2] التي راقبت فيها المحكمة لتفسير قضاة الموضوع لمصطلح "السرقة الموصوفة". لكن هذه الرقابة تبقى محدودة نظرا نطاق تطبيقها المقيد والضيق، حيث أن محكمة النقض تضفي رقابتها إلا في بعض العقود وأحيانا في البعض من البنود دون الأخرى. وبالتالي، فلا يمكن الاستنتاج أن هنا إرادة من القضاء لوضع رقابة عامة لكل العقود وكل الشروط النموذجية.

فنلاحظ أن المشرع يقيد من حرية القاضي في تفسير العقد، فرغم السماح له في التدخل لتفسير العقود لكنه يخضع لرقابة المحكمة العليا في هذه العملية.

وبالرجوع إلى قواعد التفسير، لما صدر التعديل للقانون المدني الفرنسي لعام2016، واستحدثت المادة 1188 قاعدة جديدة تنطبق على جميع العقود المبرمة والتي تنص على أنه "حيثما يتعذر الكشف عن هذه النية، يفسر العقد وفقا للمعنى الذي يعطيه الشخص العاقل الذي يكون في نفس الحالة"، وذلك متأثرا بالمقترحات المتعلقة بالتنسيق الأوروبي لقانون العقود التي تقدم تسلسلا في

[1] Ass.plén.6 févr.1976, JCP 1976. II. 18481.
[2] Civ.1er, 16mai 1995, D, 1995, 349.

التفسير: أولا البحث عن إرادة الأطراف، عند عدم إمكانية التوصل لذلك، يجب التفسير بالرجوع إلى "الرجل العاقل" [1].

الفرع الثاني: التفسير الموضوعي للعقد

على القاضي اتباع قواعد معينة في هذه العملية الذهنية وإلا أصبح فيما يسمى بالتطويع في العقد "Le forçage du contrat". وبالتالي، فنرى أن القاضي مقيد في تفسير العقد، وهذا ما يعزز فكرة الذاتية والبقاء في دائرة الحرية التعاقدية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فسمح المشرع للقاضي التدخل لتفسير العقد لكن قيد هذا التدخل بشروط معينة.

من بين صور حدود التفسير الذاتي، هو استحالة استنتاج إرادة المتعاقدين من صمتهم. ويقوم القاضي أحيانا، متخليا عن هذا البحث المصطنع عن الإرادة، بتفسير العقد تفسيرا مبتكرا أو موضوعيا بإضافة التزام لم ينص عليه الطرفين. ثم تعمل وفقا لمصطلح يرجع إلى JOSSERAND تطويع حقيقيا للعقد[2]، الذي لا يزال أساسها ومجالها غير مؤكدين. ولم يغير الأمر تعديل 10 فبراير 2016 للقانون الفرنسي هذه المسائل التي ستثار بلا شك في سياق التعديل المقبل نظرا لصلتها القوية بقانون المسؤولية.

ظهرت هذه التقنية لتطويع العقد بصدور قرار محكمة النقض الفرنسية[3] ففي أحد الرحلات في سفينة، أصيب أحد الركاب وطلب تعويضا من شركة الشحن.

[1] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit des obligations 2024, op. cit., p. 216.
[2] JOSSERAND Louis,«Le contrat dirigé », in *Dalloz Héritage*, Paris , 1933, p. 89-97.
[3] Cass. Civ. 21 novembre 1911, GAJC, vol.2, n°277. (affaire compagnie générale transatlantique)

وبما أن هناك بند في عقد النقل يمنح محكمة مرسيليا تخصصا لتسوية المشاكل الناتجة عن تنفيذ الاتفاقية، فقد نشأ نزاع حول ما إذا كان التعويض عن الضرر الشخصي الذي لحقه بالضحية، والذي لم ينص العقد بشأنه تماما. التزاما تعاقديا، ووفقا لأحد الحيثيات، فرأت محكمة النقض، بمقتضى المادة السابقة 1134 قانون مدني فرنسي، أن تنفيذ عقد النقل يضم إلتزام بالنسبة للناقل بنقل المسافر بأمان لوجهته.

في هذه القضية، أنشأ القاضي المسؤول عن تفسير العقد، بمبادرة منه، التزاما تعاقديا: التزام السلامة الذي يهدف إلى قيادة الراكب بأمان. وقد يكون هذا التدخل من طرف القاضي في العقد مفاجئا إذا اقتصر التفسير على البحث عن إرادة الطرفين ولكن لما هذه الإرادة لم تكن معبر عليها، يجوز للقاضي المقرر، أن يختار طريقة أخرى. ويرد هذا في الفقرة 3 من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والمادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بالرجوع إلى حسن النية. وعليه يجوز للقاضي أن يضيف التزامات معينة، لا ينص عليها الطرفان، ولكن تفرضها مصادر أخرى: القانون، العرف، العدالة. ولذلك فإن التفسير لا يقتصر على مجرد البحث عن إرادة الأطراف، ولكنه يسمح بإضافة التزامات معينة في حالة سكوت الاتفاقية[1].

تطويع العقد له مجال ضيق لأنه يعني التزامين أساسا: التزام بالسلامة، والالتزام بالإعلام والمشورة.

[1] PORCHY-SIMON Stéphanie, op., cit., 2024, p. 217.

الالتزام بالسلامة هو التزام الذي يجبر المدين بضمان السلامة جسد الطرف الأخر لما هذا الأخير يواجه خطر معين، والجدير بالذكر أن استعماله أو مجال تطبيقه القضائي توسع وهذا ما صعب عملية تحديد معايير وجوده في بعض العقود ولا يزال مجال تطبيقه يطبق بكثرة في عقود النقل.

ساهم القضاء الفرنسي في نشوء التزام بالسلامة في بعض العقود وظهر بداية في عقد النقل في صورة التزام الناقل بضمان سلامة الراكب بموجب القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21 نوفمبر 1911، وبعدها خرج عن عقد النقل وأصبح يوجد في عقود أخرى منها عقد العمل[1].

وقد سعى الفقه مند قضاء محكمة النقض الفرنسية سنة 1911 إلى البحث عن حجج لتبرير توسيع القضاء لمقتضيات العقد، فهناك من قال أن التبرير يستند إلى نصوص قانونية خاصة و المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي تنص على : " لا يقتصر على الالتزام بما ورد فيه وحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون و العرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام " وهي التي أعطت أساسا موسع للعقد ويرى الفقه أن استناد محكمة النقض الفرنسية إلى المادة 1135 في العديد من المنازعات يؤكد إرادتها في تقوية المضمون الالزامي للعقد مستخلصة في ذلك اعتبارات العدالة، ذلك أنه يجب على الشخص المتعاقد أن يعلم أن التزاماته ليست فقط تلك الالتزامات المنصوص عليها صراحة في العقد. بل

[1] Cass. civ., 21 nov. 1911 : DP 1913, I 249, 1 re esp., note Sarrut ; S. 1912, I 73, note Lyon-Caen ; Grands arrêts de la jurisprudence civile, 11 e éd., n° 262.

يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، وبموجب هذا النص فقد وسع المشرع من العقد بتدخل القضاء وإضافة التزامات أخرى غير مدرجة صراحة في العقد[1].

ومن أجل تعويض الضحايا، يتسع مجال الالتزام باستمرار، مما يفقده خصوصيته الحقيقية، لذلك يبدو أن التمسك بالعقد حيلة، والالتزام ليس مرعوبا بأي حال من الأحوال من قبل الأطراف التي ستكون بلا شك عاجزة عن استبعاده من العقد، ولكن القاضي يفرضه بصفة قطعية، وتثير أهمية هذه الاجتهادات تساؤلات متزايدة عند الفقه الذي يدعو إلى الاعتراف بتكييف الالتزام التشريعي وليس العقدي، وبالتالي التخلي عن التعويض من مجال المسؤولية التعاقدية[2].والواقع أن المستقبل غير مؤكد، لأن مشروع تعديل المسؤولية المدنية ينص في معظمه على عملية إزالة العقد من تعويض الأضرار الجسدية "Décontractualisation de la réparation du dommage corporelle " وهو ما من شأنه أن يضع حدا، في معظم الحالات لوجود التزام بالسلامة.

القضاء استعمل كذلك تقنية تفسير العقد الموضوعي لوضع التزام بالإعلام والمشورة والتي يجب تمييزها عن الالتزام بالعلم والتي فيها يكون عند إبرام العقد يقوم المدين بإعطاء جميع المعلومات والتوصيات اللازمة لتنفيذ العقد. فالالتزام يكون ملزم في حالتين:

---

[1] بطيمي حسين وغزالي نصيرة، طبيعة وأساس الإلتزام بضمان السلامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 13، العدد 13، الجزائر، 2005، ص70.

[2] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit des obligations 2024, op. cit., p.p. 217-218.

الفرضية الأولى: النظر في صفة المتعاقدين

يفرض هنا القضاء الالتزام بتقديم المعلومات أو الاستشارة عندما أحد المتعاقدين، بموجب صفته أو مهنته، يضطر إلى تزويد الطرف الاخر بمعلومات معينة. وينطبق ذلك على أعضاء المهن الحرة، أو الأطباء، أو المحامين، أو المهندسين المعماريين... أو الأشخاص الذين يتطلب وضعهم تقديم الاستشارة (موثق، مصرفي، وكيل عقارين وكيل سفر...)

الفرضية الثانية: النظر في طبيعة العقد

كما فرض القضاء التزام بتقديم معلومات في عقود الملكية translatif de propriété. يجب على المالك إبلاغ المشتري بخصائص الشيء المنقول. ويحرر هذا الالتزام فيما يتعلق بالبائع المحترف، وخصوصا عندما يكون للشيء المبيع خصائص معقدة مثلا بيع معدات الحاسوب كما هو الحال في المسائل السابقة للتعاقد. عليها واجب الاستفسار من أجل الوفاء بهذا الالتزام بأقصى ما تستطيع[1].

[1] Cass.V. not. Civ. 1ere, 11 mai 2022, n20-622.210 rendu sous l'empire du droit ancien mais affirmant en terme de principe que « le vendeur professionnel est tenu, avant la vente, d'une obligation de conseil qui lui impose de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'etre en mesure d'informer sur l'adéquation entre le bien qui est proposé et l'usage.

الفصل الثاني:

الأساس الموضوعي للعقد

منذ سنوات، يعد العقد تعبير للحرية الفردية، ووجد مصدره في إرادة الطرفين. وتستند هذه الرؤية، المستمدة من الليبيرالية القانونية للقرن التاسع عشر، إلى فردية ان العقد يستمد كل قوته الملزمة من مبدأ سلطان الإرادة. هذا الموروث من القانون المدني لعام 1804[1]، يعكس الثقة المطلقة في حرية الشخص المتعاقد الذي يعتبر صاحب الالتزام[2].

غير أن هذا المفهوم الذاتي للعقد ثبت تدريجيا أنه غير كاف[3]. سلطت الحقائق الاقتصادية والاجتماعية للقرن العشرين الضوء على عدم التوازن بين المتعاقدين، ولم تعد فكرة قبول كل طرف بحرية وعن علم تتوافق مع واقع التبادلات المعاصرة[4]. فإن الفقه أعادت النظر في هذه الخرافة المتمثلة في الحرية المطلقة، ذلك لتحل محلها العدالة والتوازن الحقيقي.

وهكذا، ظهر تدريجيا اتجاه فقهي واجتهادي، لإقامة العقد على أساس موضوعي، بغض النظر عن التراضي وحده، ينظر العقد الان على أنه حقيقة اجتماعية تولد التزامات، وتحمل قيمة اقتصادية وأخلاقية تتجاوز الإرادة الفردية[5].

---

[1] HALPERIN Jean-Louis, L'impossible code civil, Aux origines de la codification napoléonienne (1800-1804), paris, PUF, 2018, p. 47

[2] GUESTIN Jacques, La formation du contrat, Paris, LGDJ, 1993, p.p. 13-25.

[3] REMY-CORLAY Pierre, "Les théories objective et subjective du contrat" , Actu-Juridique, 14 mars 2022.

[4] CHENEDE François, Le nouveau droit des obligations et des contrats, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, paris, D, 3e éd, 2018, p.p. 42-44.

[5] GUESTIN Jacques, Traité de droit civil- Les obligations, Le contrat: formation, paris, LGDJ, 1993, n°27.

ففي هذا الفصل، سنوضح فكرة مفادها أن الأساس الموضوعي للعقد ضروري (المبحث الأول) لكنه غير كافي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ضرورة موضوعية العقد

تكمن أهمية هذه الأسس الموضوعية قبل كل شيء في وظيفتها التصحيحية: فهي تخفف الآثار المفرطة للفردية وتقلل من انعدام التوازن الموجود في العقد[1].

وفي الواقع، الكيانات المستحدثة تتطلب وجود الموضوعية وضرورتها، فالقضاء هو أول ما جاء بها ثم طورها الفقه على شكل أسس بديلة والتي كانت منتقدة بشدة (المطلب الأول) ذلك وقد تم تكريسها قانونيا من طرف المشرع الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأسس البديلة في القضاء والفقه

مبدأ سلطان الإرادة هو مفهوم أساسي في النظرية العامة للعقد، لكن لم يعد المبدأ الوحيد. بل هناك ظهور للمبادئ الحديثة (الفرع الأول) والتي هي بدورها وجهت لها العديد من الانتقادات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظريات الحديثة

في السنوات الأخيرة، عرف مبدأ سلطان الإرادة تراجعا بعد أن كان في قمة الازدهار وهذا الازدهار راجع أساسا على قيامه على أسس النزعة الفردية وتحقيق المصالح للأشخاص وحرية الإرادة. إلا أنه شهد تراجعا خاصة بعد أزمة العقد ليأتي الفقه بمبادئ جديدة.

[1] MALAURIE Philippe, Aynès, Laurent, Les obligations, Paris, Defrénois, 12e éd., 2021, p.p. 57-58.

فبصرف النظر عن **التوجيهية التعاقدية**[1] « Le dirigisme contractuel » ، التي تتنافس نظريات **التضامن التعاقدي**« Le solidarisme contractuel » **والنافع والعادل** « l'utile et le juste » لمواجهة مبدأ سلطان الإرادة. فإن التشابه يكمن في أن كل من هذه المذاهب تقترح أساسا غير كاف لتبرير العقد.

يتم تفسير التوجيهية التعاقدية من خلال الظلم الناتج عن عدم المساواة. يفرض الطرف القوي قانونه بحماية مصالحه دون الإهتمام بالمصلحة العامة. ويؤيد هذا المبدأ تدخل الدولة عن طريق التشريع لتوجيه النشاط التعاقدي بإسم المصلحة العامة. وينظم المشرع مضمون العقود لرعاية حالات عدم المساواة بين رب العمل والموظف، والناقل والمنقول، وشركة التأمين والمؤمن عليه أو المؤجر والمستأجر.

في التضامن التعاقدي الذي هو نظرية تعتبر العقد أداة للتعاون والتضامن بين الطرفين، وليس مجرد مواجهة المصالح الفردية، وكما هو مستنبط من الفقيه روسو والثورة الفرنسية تفرض الواقعة الاجتماعية نفسها ولكن دون سحق الفرد والفردية، لأن كل منها يعتبر مدينًا للجميع. وبما أنها تعتبر مركز ثقل التواصل الاجتماعي، فإن الثلاثية: السلطة والتضامن والأخوة تسود على المفهوم الفردي المتضارب للعقد التي يدافع فيها الجميع عن مصالحه الخاصة، فهنا نحن بصدد

[1] هو تقييد للحرية التعاقدية من طرف القاضي أو القانون، من أجل حماية الأطراف الضعيفة وضمان النظام الاجتماعي.

مسألة الأخوة التعاقديةla fraternité contractuelle. أي أن يعتزم كل متعاقد تعزيز مصالح المتعاقد الأخر[1].

إن تدخل القاضي لا يتعارض مع العقد المتضامن، إنه الباب المفتوح لفكرة إعادة التوازن العقد من خلال نظرية الظروف الطارئة.

يفسح العقد الإرادي المجال لأولوية الاجتماعية. يوضع العقد المشترك في خدمة الإخلاص التعاقدي تحت رعاية قاضٍ يمكنه الحكم بالعدل.

يبدو أن نظرية البروفيسور GHESTIN[2] عن النافع والعادل تتأثر بالمفهوم الاقتصادي للعقد دون الالتزام الكامل به، وتجد هذه النظرية سبب وجودها في التمييز بين تبادل العقد للإرادة وتبادل العقد للقيم بالمعنى الاقتصادي. التبادل لم يكن يتصور كعقد فقط بل مفهوما يشمل كل المعاملات الثنائية. تم إصلاح هذا المفهوم من قبل الاقتصاديين الذي لم يأخذه في الاعتبار القانون المدني. وتكشف التبادلات الاقتصادية في الصناعة التحويلية في الولايات المتحدة الأمريكية (Wisconsin) أن الدعم التعاقدي واللجوء إلى السلطات القضائية لا يهم لتسوية المنازعات.

وينبغي البحث عن حل للمشاكل التعاقدية على أساس الثقة ومعايير البيئة. فالعلاقات طويلة الأمد تفوق فكرة العقد الكلاسيكي. وينبغي كذلك أن تكون للحقيقة العلائقية التي تعتبر حجر الزاوية في العقد الأسبقية على العقد الطوعي التقليدي

[1] DEMOGUE René, Traité des obligations en général, Libraire Arthur Rousseau, 1923,t.VI, p.5-30.
[2] GHESTIN Jacques, "Le contrat en tant qu'échange économique", revue d'économie industrielle, année 2000/92. p.p. 81-100.

القائم على تبادل الإرادة. يجب أن يتحرر العقد من القالب التعاقدي لقانون القرن التاسع عشر.

لكن بالنسبة للفقيه GHESTIN، يظل تبادل الإرادة مع ذلك عنصرًا شخصيًا أساسيًا في العقد من حيث أنه يسمح بإحداث آثار قانونية.

ويظل هذا الاتفاق هو الأساس المشترك لجميع العقود. بدون تبادل الإرادة لا يوجد عقد. ولكن تبادل الإرادة هذا يهدف إلى إنشاء التزامات تتوقف قوتها الملزمة على توافقها مع القانون الموضوعي، في العقد التقليدي، القوة الملزمة للعقد مستمدة من مبدأ سلطان الإرادة، في حين أن القوة الملزمة مستمدة من القانون الموضوعي وفقاً للفقيه.

فالنظام العام ليس خارج النظام العادي للعقد. وهو جزء لا يتجزأ من هذا الأخير لأنه يحدد قوته الملزمة. ويؤكد الفقيه GHESTIN أيضا أن «يجب أن يكون العقد وفقا لأغراضه الموضوعية نافعا وعادلا»، وأن معايير المنفعة الاجتماعية والعدالة، التي ترتبط ارتباطا وثيقا، توضع في خدمة تحقيق المصلحة العامة كهدف يشكل دعما أساسيا لتحليل العقد. لكن هذه المصلحة العامة لا يمكن تحديدها إلا فيما يتعلق بالتقاليد الثقافية تحت التأثير اليهودي المسيحي وتلك الخاصة باليونان اللاتينية. ويرى الفقه[1] أيضا أن المنفعة والعدالة الاجتماعية في

[1] BARANES William & FRISON-ROCHE Marie-Anne, La justice, l'obligation impossible, séries morales, Paris, 1994, p. 13.

خدمة التماسك الاجتماعي. ويؤكد[1] أن هاتين الخاصيتين تشكلان مرجعا لتعريف الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد.

وينطبق الشيء نفسه على الفقه[2] الذي يعتبر أن نظام العقد –الذي تظل الإرادة فيه هي القوة الدافعة –يتعارض مع العدالة والفائدة الاجتماعية. كما يقول البروفيسور GHESTIN: «العقد إلزامي فقط لما يكون نافع» ويؤكد فقيه أخر[3] أن العقد أداة رأسمالية تستخدم كوسيلة لخدمة النظام الاجتماعي الليبرالي.

لكن هذه الفائدة تؤدي إلى **الأمن القانوني والتعاون La sécurité juridique et la coopération** كمبادئ تنجر من نظرية النافع والعادل، لكن التبادل كمفهوم أساسي يسلط الضوء على أهمية المنفعة الاجتماعية في العقد. ومن خلال هذا التبادل، لا يتصرف البائع في الشيء **إلا إذا كان مضمونا له أن يحصل على المقابل المتوقع.**

والقوة الملزمة تبررها فكرة الثقة المشروعة للدائن. ولذلك فإن أي انتهاك للقوة الملزمة للعقد يقلل من ثقة الدائن. ولما كان ذلك عنصرا واحدا فقط من عناصر المنفعة الاجتماعية، فيضاف أن ثقة الدائن تفسر أخلاقيا باحترام الكلمة المعطاة وما اتفق عليه، وبالتالي فإن الجانب الأخلاقي للقاعدة مبرر بالرجوع إلى المنفعة الاجتماعية للعقد. ومع ذلك، يجب التوفيق بين مبدأ الأمن القانوني والتعاون.

---

[1] SUNAGA Jun, L'utile et le juste dans le contrat, revue journal de l'université hosei, Vol28, n°3-4, 24/03/1985. p.p. 1-10.

[2] TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Les obligations, 7ème e, Paris, D, 1999, p. 32.

[3] HAYEK Frederich August Von, Le mirage de la justice sociale, PUF, Paris,1995, p. 131.

لكن التعاون كمبدأ يفسره أيضًا التحليل الاقتصادي للعقد كالتالي "التعاون يعني تفضيل نتيجة جماعية على مكسب فردي"[1]. والتعاون هو السمة النموذجية للعقد، وهو في حد ذاته يتألف بدرجات متفاوتة وفقا لأنواع العقود.

من الأخوة التي تحرك العقود دون عوض إلى التضامن الذي يميز المجتمع. هناك أيضا دفتر الشروط لعقود الشركات التي توضح أشكال التعاون. وهكذا، تطبق الأحكام المتعلقة بالأجل والغرامات المطبقة على المقاول، ومن ناحية أخرى على صاحب العمل بوصفه خبيرا يختاره صاحب العمل لممارسة المراقبة المستقلة والمعاقبة على الإخفاقات أمام لجنة أو محكم مستقل.

علاوة على ذلك، هناك عقود تأسيسية أو تشغيلية، يسميها الفقيه Hauriou[2] المؤسسات، وهو اسم أكده الاقتصاديون.

كما أصبح من التقليدي التمييز بين عقود المعاملات والعقود القائمة على العلاقات والعقود الموجودة في السوق، فالعقود القائمة على العلاقات التي تفترض فترة معينة من العلاقة التعاقدية التي يمكن أيضا إبرامها بعقد واحد طويل المدة أو تعاونا يستند إلى عقد متكرر[3].

---

[1] BROUSSEAU Eric, Contrat et comportement coopératif : le cas des relations inter-entreprise in « coopération entre les entreprises et l'organisation industrielle » sous la direction de JL.RAVIX, p.23 ; citation C.L.MENARD, comportement relationnel et coopération : le dilemme organisationnel, cahiers d'économie politique, vol.24-25.

[2] MILLARD Eric, Hauriou et la théorie de l'institution, Droit et société, 1995, p.p. 381-412.

[3] BROWNSWORD Roger, From co-operative contracting to a contract of co-operation in D.CAMPBEL & P.VINCENT-JONES, contract and Economic Organisation, vol.24, n.3,1997, p.p. 450-458.

يصف التعاون العقد، والفائدة منه أنه أسلوب تنظيم، لا يستطيع أي من الطرفين أن يفرض الخيارات التي تعارض مصالحه وأن يكون التبادل لصالح الجميع.

لكن نظرية البروفيسور GHESTIN[1] لا تزال تقول إن العقد ملزم فقط إذا كان عادلاً. بمعنى العدالة التعاقدية، يُفهم مصطلح عادل فقط من التمييز الكلاسيكي منذ أرسطوARISTOTE و SAINT AUGUSTIN بين عدالة التوزيع والعدالة التبادلية. والعقد الملزم لجانبين يقوم على «التزامات متبادلة» يجب أن تكون متساوية بين الجانبين.

على الصعيد الأخلاقي والقانوني، فإن العدالة التبادلية تتعلق فقط بمجرد التكافؤ النسبي للأداءات المتبادلة. فهنا تكون قيمة تبادلية ذاتية بين الأداءات التي يصعب تحديدها بصفة موضوعية. والبحث عن المساواة في الأداءات دون التشكيك في التوازن السابق لذمة المالية كل منهما. ويترتب على مبدأ العدالة التبادلية أن يحصل كل طرف على مقابل ما يقدمه.

وفيما يتعلق بالعدالة التبادلية، لا يمكن التشكيك في أمن الاتفاقيات إلا عندما يتجاوز عدم التوازن حدودا معينة أو في حالة غش. يتم تحقيق العدالة التبادلية من خلال عملية تعاقدية خالية من عيوب الإرادة. بعبارة أخرى، يتم التحكم في العدالة التبادلية من خلال نظرية عيوب الإرادة. ولكن أيضًا من خلال التحكم في السلوك

[1] GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, Les obligations- le contrat: formation, 2e éd, Paris, LGDJ, 1988, n°172 et s.

على أساس حسن النية على غرار التقاليد الرومانية المسيحية. والتوازن في الأداءات هو مضمون بعيوب الإرادة وحسن النية.

تتطلب حسن النية على مستوى تنفيذ العقد وفقًا للمادة 107الفقرة الأولى من القانون المدني، ولكن في التشريع المقارن في فرنسا، في تعديل عام 2016، يتم الحاق حسن النية ليشمل مرحلة تكوين العقد. هذا لفرض الإخلاص في المفاوضات[1].

وحسن النية، في دوره الإجرائي، يمكن من حماية ثقة المتعاقد الاخر ويكفل وظيفة تصحيحية للإجراءات من خلال أداء نظرية عيوب الإرادة.

في المفهوم الكلاسيكي، يتم استخدامها أيضًا لإزالة الشروط التي فرضها أحد الطرفين بشكل تعسفي على الآخر. في حين أن شروط الأسد "الليونين" في عقد الإذعان يعاقب عليها وفقا للمادة 110 من القانون المدني.

وفيما يتعلق بالعدالة التبادلية، فإن عدم المساواة بين الأطراف يكون سببها الإرادة المعيبة، بل إن حماية المتعاقد تقتصر تقليديا على حماية تبادل الإرادة فقط.

من ناحية أخرى، في عدالة التوزيع، إنها مسألة فرض نتيجة تعتبر موضوعية عادلة. والتطابق من خلال عدالة التوزيع مضمون بالقانون الوضعي باللجوء إلى سلطة مختصة قد يؤدي تدخلها وفقا للأساليب التقليدية إلى fausserتحريف الإجراء التعاقدي لصالح الطرف الذي يعتبر ضعيفا.

[1] MALAURIE Philippe, Droit civil- Les obligations, 11e édition, Paris, LGDJ, 2017, p.p. 125-130.

وفقا لنظرية الفقيه[1] GHESTIN، يحقق العقد تبادلا للسلع والخدمات ويكون هذا التبادل بموجب تطابق الإرادة الذي يعتبر عنصرا ذاتيا أساسيا. وهو ما يحيل التحليل

القوة الملزمة تتوقف على توافقها مع القانون الموضوعي. وبهذه الصفة، يجب أن تكون متسقة مع أهدافها: من النافع والعادل. يستنتج الأمن القانوني والتعاون كمبادئ ثانوية. ويُستنتج من العدالة التعاقدية السعي إلى تحقيق التوازن في الأداءات باحترام إجراء تعاقدي يعتبر صحيحا وعادل تكفله نظرية عيوب الإرادة.

الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة للنظريات

تعريف العقد في منظور مبدأ سلطان الإرادة تم انتقاده من طرف التوجيهية التعاقدية والتضامن التعاقدي والنافع والعادل. لكن هذه التيارات تعطي أسس جديدة هي كذلك ولا تخلو من الانتقادات.

التوجيهية التعاقدية تنشأ مركز تنظيمي للقانون والالتزام الناجم عن تطابق الإرادتين. ولذلك فإنه يمنع للمتعاقدين على إنشاء الحقوق والالتزامات. فقط المشرع أو الدولة في قانون تنظيمي يمكنهم إنشاء الحقوق والالتزامات. لكن تعميم هذا التشريع يؤدي إلى شل إرادة الأطراف. وفي سياق التوجيهية التعاقدية، لن تتطور في إطار القواعد العامة إلا العقود غير المسمات الناتجة عن الاتفاق.

التضامن التعاقدي من جانبه ليس له دعم في الواقع التعاقدي. تظل الأخوة نظرة للعقل. بالنسبة للبروفيسور DELBECQUES: "لا يعتبر العقد عمل خيريا؛ لا

[1] GHESTIN Jacques, "L'utile et le juste dans les contrats", *Archives de phil osophie du droit*, t.XXVI, 1981, Paris, Sirey, p. 35 et s.

يزال يقوم على تواجه المصالح، ويجب أن يكون وسيلة للأعمال التجارية والصفقات المربحة" [1] لذلك فإن التذرع بالحب في العقد هو أسطورة لأن الجميع بطبيعته يولي اهتمامًا خاصًا لحماية مصالحهم الخاصة قبل التفكير بمصالح الآخرين. وعلاوة على ذلك، لا يبدو أن للأمن أو التوقع في العقد أي أهمية في سياق التضامن التعاقدي.

كما أن تعتبر حسن النية أنها مصدر لانعدام الأمن وعدم القدرة على التوقع. للوفاء والتضامن والأخوة قيمة معيارية ضعيفة، فعندما يسلم العقد بهذه المفاهيم للقاضي تؤدي إلى نشوء خطر عدم الإنصاف، يجعل الافتقار إلى التكافؤ متوقفا على وجود هذه الأخلاق في المتعاقد أم لا يؤدي إلى التشكيك في أمن المعاملات.

يظل التضامن التعاقدي رؤية حسنة للعقد معززة بالتضامن والأخوة بالنظر إلى عمومية الشروط.

يمكن لنظرية جاك غستين النافع والعادل أن تحدث خلط بين المنفعة الخاصة والمنفعة العامة. يبقى السؤال عما إذا كانت المنفعة الخاصة شرطا لصحة العقد أم لا.

ويسعى القضاء إلى قبول صحة العقد حتى ولو لم يكن نافعا لأحد الطرفين. من ناحية أخرى، يبدو أن المنفعة العامة تعزز القوة الملزمة. يعاقب العقد بالقانون

[1] DELEBECQUE Philippe & PANSIER Frédéric-Jérôme, Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat, LexisNexis/Litec, 9e éd, 2024, :"Le contrat n'est pas et ne doit pas être une œuvre de charité, Il repose avant tout sur un antagonisme d'intérêts et doit permettre de faire de bonnes affaires."

الموضوعي بسبب فائدته الاجتماعية. وبالتالي فإن المنفعة العامة تعمل على تأطير إرادة الفرد ولكن دون استبعادها[1].

تقليديا، يستمد العقد قوته الملزمة من مبدأ سلطان الإرادة. إلا أن في نظرية جاك غستين، يستمد العقد قوته الملزمة من المشرع الذي يفرض عليه جزاءات عندما يكون نافعا "الدور الاقتصادي" وشريطة أن يكون عادلاً "احترام النظام العام".

ولكن من الزاوية الاقتصادية (المنفعة)، العقد لا يقتصر دائمًا على تبادلات الاقتصادية. وبالتالي، يجوز للطرف في عقد التبرع أن يتعهد بفعل شيء أو إعطائه دون عوض. وبالتالي، لا يوجد الجانب الاقتصادي في الهبة رغم أنها عقد لأن الطرف الآخر الموهوب له يمكنه قبوله أو رفضه.

من منظور العدل، يكتفي المصطلح بتقديم غموض شديد لأن هناك أربعة معاني على الأقل لمفهوم العدالة التعاقدية: العدالة كمساواة في التبادل، والعدالة كحماية للتكافؤ الذاتي للأداءات في حالة حدوث تغيرات في الظروف، والعدالة كسند للقيم، أو عدالة توزيعية.

تتمثل الصعوبة في تحديد مفهوم فعالية العدالة التعاقدية[2] على أساس التمييز بين العدالة التبادلية وعدالة التوزيع.

---

[1] GREGOIRE Marie Annik, « L'obligation de collaboration dans les contrats relationnels : mythe et préjugés », *Revue juridique Thémis*, Université de Montréal, vol.57, n°2, 2023, p.p. 283-301.

[2] POURGHON Roland, La justice contractuelle à l'épreuve du contrat d'adhésion: vers un croisement des formes de justice commutative et distributive, Thèse de doctorat, Université de Lille, 2022, p.p. 17-18.

إن عقد الإذعان، وإن كان غير عادل في بعض الأحيان يظل عقدا نظرا لاتفاق الطرفين للخضوع لنظام إلزامي. ويبدو أن نظرية الفقيه GHESTIN مقيدة في تطبيقها فتقتصر على ما يوصف بعقد علائقي وعقد تنظيمي. وعلى هذا المستوى، تركز الانتقادات على التمييز بين عقد التبادلي وعقد التنظيمي من جهة وعقد التبادلي وعقد العلاقات من جهة أخرى.

الغرض من عقد التبادلي هو إقامة «تبادل» بينما يقيم عقد التنظيمي تعاونا بين الطرفين اللذين يشتركان في أشياء كانت حتى الآن ملكهما ومشتركة بينهما.

الهيئات هي المسؤولة عن تنفيذ هذا النشاط بالمهام والسلطات. ويمكن للجهاز أن يقرر، خارج إرادة المتعاقدين بينما في عقد التبادل تكون الشريعة هو شريعة المتعاقدين.

ينشأ العقد التنظيمي تجمع un groupement وشخصية قانونية، هذه الشخصية تختلف عن الأشخاص التي قامت بوضعها. وتفرض نفسها وتأثر عن الغير لتغيير الحالة التي تكون عليها بينما مبدأ أثار نسبية العقد يطبق في العقد التبادلي. وينشأ العقد التبادلي عن طريق تطابق الإرادتين بينما ينشأ العقد التنظيمي مثل الشركة بدون تبادل إنما تكون مساهمة في تأسيس الشركة، وهو أمر مختلف. فيما يتعلق بالعقد التبادلي، فإن ما يتم القيام به بموجب الاتفاق يتم التراجع عنه بعدم اتفاق الكل. وبينما يخضع العقد التنظيمي إلى القانون الأساسي الذي يخضع لقانون الأغلبية[1].

[1] GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, le contrat, op.,cit., p.p. 50-52.

وعقد العلاقات (المنظم للعلاقات) من جانبه يضفي الطابع الرسمي على العلاقة التي تكون فيها سلطة كما في عقد العمل. يتمتع أحد الطرفين بسلطة الإدارة أو التوجيه التي يجب أن يخضع لها الطرف الآخر. كمؤسسة، فإن العقد العلائقي لا يعتبر سلطة هرمية. إنه يبرز نفسه على المدى الطويل في علاقة حقيقية أين تختلط فيها وقائع التنسيق والتعاون والتضامن والتنبؤ وعدم اليقين[1].

يتميز عقد التبادلي الكلاسيكي بعقلانيته القانونية أكثر من الاقتصادية. ولكن قبل كل شيء بهيمنة ما يسمى بالطرف القوي بينما يمنح الجانب النظامي للعقد العلائقي خصوصية فيما يتعلق بالدور الذي يلعبه القاضي. وفي خدمة العقد التقليدي، لا يمكنه أن يفصل إلا بناء على طلب الطرفين في التنفيذ الجبري أو التعويضات، بينما يمكنه في العقد العلائقي أن يحل محل الطرفين لتفادي الإجحافات الناجمة عن تطبيق سلطة الإرادة.

في هذا الإطار، يقتصر عمل القاضي على البحث عن النية المشتركة للطرفين عندما لا تكون شروط العقد واضحة وفقا للمادة 111 من القانون المدني. ومن ناحية أخرى، لديه إمكانية توضيح أو إكمال محتوى العقد في العقد العلائقي.

معترفا به من طرف القضاء والفقه، فإن خصوصية العقد العلائقي تعزز تطبيق قواعد خارجة عن نطاق القواعد العامة على أساس عقلانية اقتصادية التي تغذى بالتضامن أو الثقة بما يتنافى مع معايير العقد التقليدي[2].

[1] MACNEIL Ian, The new social Contract: An inquiry into modern Contractual relations, Yale university Press, 1980, p.p.42-43.

[2] WATT Horatia Muir, « Du contrat relationnel », in Traveaux de l'association Henri Capitant- les "corporations", le droit et la justice, Paris, D, 2001, p.p. 163-164.

وبالنهج العلائقي القائم عن العلاقات، تجد المنازعات التعاقدية حلولها على أساس معايير مثل المرونة أو التضامن.

ومع ذلك، لا يبدو أن الفقه يبدي اهتمامًا كبيرًا بنظرية الفقيه GHESTIN ويظل أسيرًا للنظرية الكلاسيكية للعقد.

وليس من السهل العثور على حالات يخضع فيها المتعاقدون لالتزامات التعاون القائمة على حسن النية.

ويصبح التحليل أكثر تعقيدًا عندما يتعلق الأمر بتطبيق معايير التضامن أو الولاء أو المساواة التي تتقاطع أو تتداخل مع ما يسمى بالأسس البديلة.

المطلب الثاني: موضوعية العقد في القانون المدني

تم تكريس الموضوعية في القانون المدني وهذا التكريس يشكل توازنا بين الحرية والأمن، ويضمن العدالة التعاقدية[1]، يسهل التنبؤ في العلاقات، والاتساق الاجتماعي لقانون الالتزامات[2]. ويؤكد أن العقد لم يعد ناتجا عن توافق الإرادتين فحسب، بل هو وسيلة قانونية واجتماعية، صيغت بمبادئ موضوعية[3].

كرس المشرع الجزائري الموضوعية من خلال الإرادة المنفردة (الفرع الأول) وكذلك حيل في بعض النصوص القانونية المخففة للذاتية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تجسيد للموضوعية في العقد : الإرادة المنفردة

قام المشرع الجزائري بتجسيد النظرة الموضوعية في العقد خاصة من خلال الاعتراف بالإرادة المنفردة.

ومما لا شك فيه أن تطابق الإرادتين يعتبر مصدرا للالتزام، فهل الأمر نفسه للإرادة المنفردة الذي هو تصرف قانوني يقوم به شخص معين بإرادته وحده دون حاجة لإرادة شخص آخر، وهكذا يرتب أثرا قانونيا[4] تكون سببا في إنشاء الحق العيني كالوصية، وتكون وسيلة لإزالة عيب في العقد، أي الإجازة فهي تقوم برفع

---

[1] MAZEAUD Denis, Essai sur la justice contractuelle, Paris, LGDJ, 2000, p. 112.

[2] FABRE-MAGNAN Muriel, Droit des obligations – contrat et engagement unilatéral, Paris, PUF, 8e éd, 2020, p.p. 93-95.

[3] LEQUETTE Yves, " La fonction sociale du contrat ", in Mélange François Terré, Paris, D, 1999, p.p. 377-392.

[4] قتال حمزة، الإرادة المنفردة مصدر للإلتزام بين الرفض والتأييد، مجلة معارف: قسم علوم قانونية، السنة السابعة، العدد 15، البويرة، 2013، ص2.

عن العقد القابل للإبطال ما يهدده[1].وبالتالي، فلا خلاف حول الأثار القانونية التي ترتبها الإرادة المنفردة، لكن هناك اختلافا فقهيا حول قدرة الإرادة المنفردة على أنشاء التزام[2].

ذهب الفقه التقليدي الفرنسي[3] إلى استبعاد فكرة أن الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام، واستند إلى بعض الحجج لدعم رأيه تتمثل في:

- يكون الالتزام المنشأ (في حالة اعتبار الإرادة المنفردة مولدة للالتزام) ليس له معنى إذا لم يعتبر حقا لشخص آخر، من البديهي أنه يجب الحصول على رضا الشخص لكي يصبح دائنا[4].

- الاعتراف بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام، يوجب الاعتراف كذلك بقدرتها على انهاء هذا الالتزام بعد وجوده، فإن الإرادة التي تلحق تنسخ الإرادة السابقة، بهذا، يصبح الأمر أن ما تستطيع الإرادة وحدها أن تبرمه، تستطيع وحدها أن تحله، ويصبح التزامه بإرادته المنفردة معلقا على محض إرادته وبذلك لا يثبت الالتزام[5].

- إنشاء الالتزام يتطلب تفاعل الإرادات بين الأطراف وتأثير إرادة طرف على إرادة طرف آخر[6].

---

[1] محمد صبري السعدى، المرجع السابق، ص368.

[2] قتال حمزة، المرجع السابق، ص.ص2-3.

[3] PLANIOL Marcel, Traité élémentaire de droit civil, op.,cit., n°103.

[4] قتال حمزة، المرجع نفسه، ص4.

[5] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، ص187.

[6] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار النهضة، 2011، ص448.

هذا الاتجاه التقليدي يقابله اتجاها آخر جديدا ظهر في الفقه الألماني واتبعه بعض الفقهاء الفرنسيون يزعم أنه يمكن للإرادة المنفردة أن تكون مصدرا للالتزام[1].

يستند هذا الفقه لبعض الحجج:

- إعمال مبدأ سلطان الإرادة لا يكون كاملا إلا إذا اعترف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الالتزام، ذلك أن الشخص يمكن له أن يلزم نفسه بإرادته وحدها حتى ولو لم يشارك الغير في إنشاء هذا الحق[2].
- يرى بعض من الفقه أنه في بعض الحالات التسليم بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام يصبح أمر حتميا لما من الناحية العملية، تتسع الإرادة المنفردة لأنواع من التعامل كالوعد بالجائزة[3].

أما المشرع الجزائري فيلاحظ أن قبل تعديل 2005 تأثر بالمذهب الشخصي بالمشرع الفرنسي في تصوره للالتزام، ولعل استعمال المشرع الجزائري مصطلح رابطة بين شخصين في تعريفه للالتزام يؤكد بصورة واضحة ذلك التأثر. ويمكن القول أنه من ناحية شكلية، المشرع الجزائري لم يعتبر الإرادة المنفردة مصدر من مصادر الالتزام ولم يخصص لها فصلا مستقلا بها أي أنه يأخذ بمبدأ عام لكن

[1] MAZAUD Jean, Henri et Léon, Leçons de droit civil, T2, V1, Les obligations , Delta,5ème ed, p. 350.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص187.

[3] جميل الشرقاوي، نظرية التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956، ص186.

من حيث المضمون قد نص على حالاته في المادة 115 القانون المدني في الوعد بالجائزة الموجه للجمهور[1].

وبعد تعديل 2005، فقد استحدث المشرع الجزائري بمقتضى الفصل الثاني نص المادة 123 مكرر على أنه "يجوز أنه يتم التصرف بإرادة منفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير ويسري على التصرف على العقد من أحكامه، باستثناء أحكام القبول"، فبهذا التعديل، لقد صرح المشرع بقدرة الإرادة المنفردة أن تكون مصدرا عاما للالتزامات لجانب العقد بهدف مسايرة المعاملات الاقتصادية الحالية، وتطرق كذلك في المادة 123 مكرر 1 إلى أهم تطبيقات الإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام هو الوعد بالجائزة الموجه إلى الجمهور وألغى نص المادة 115 السابقة[2].

الفرع الثاني: الحيل التشريعية المخففة للذاتية

للتخفيف من الذاتية، كرس المشرع مفهوم التعبير عن الإرادة في المادة 62 من القانون المدني الجزائري، الذي يترتب عليه آثار حتى بعد وفاة أو عجز صاحبه. شريطة الوصول إلى معرفة الشخص الأخر. إن تأثير القانون الجرماني هو الذي يفضل الإرادة الظاهرة على الإرادة الضمنية. إنها مسألة فرض طريقة للتعبير والتصريح عن الإرادة، ولكن فعالية التعبير الإرادة تنبع من حقيقة أن

[1] عزوز عبد الحميد وجليس لخضر، مكانة الإرادة المنفردة في مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري قبل وبعد تعديل 2005، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 9، العدد2، المدية، 2023، ص736.

[2] عزوز عبد الحميد وجليس لخضر، نفس المرجع، ص738.

ظهورها ينتج فصلا بين عنصرها الخارجي وعنصرها الداخلي[1]. ويؤكد أحد الفقهاء أنه بغض النظر عما إذا كان إعلان الإرادة قابلاً للإلغاء أم لا، فإن الشيء الرئيسي هو أنه يصل إلى متلقيه.

لهذا السبب، بمجرد وصوله إلى الشخص الآخر، لم يعد بإمكان صاحب الإرادة الرجوع فيها. ويظل المتلقي من جانبه حرا في قبوله حتى ولو تراجع عنها.

وتنص المادتان 60 و61 من القانون المدني صراحة على التعبير عن الإرادة. وكما تكرس المادة 59 من القانون المدني مبدأ التعبير عن الإرادة، فإنها تميل إلى توجيه العلاقات التعاقدية.

لكن الإيجاب والقبول يجب أن يأخذا شكل التعبير عن الإرادة[2]. وتميز المادة 63 من التشريع الجزائري بين الإيجاب المقترن بأجل وغير المقترنة بأجل. ومن الواضح أنه يكون الإيجاب مقترن بأجل، فيكون صاحبه ملزماً به طوال هذه الفترة.

ولكن عندما لا يكون الإيجاب مقترنا بأجل، هل يكون المتعاقد ملزما به أم لا؟ الإجابة على هذا السؤال هي موضوع جدل فقهي بين الأستاذ علي سليمان[3] والأستاذة غنيمة خيار لحلو[4].

ولا يبدو أن نظام التعبير عن الإرادة يستبعد نظرية عيوب الإرادة.

---

[1] CHAHATA Chafik, Volonté réelle et volonté déclarée dans le nouveau code égyptien, revue internationale de droit comparée, 1954, p.p. 241-249.
[2] SAIDI MUSTAPHA, Réflexions sur les rapports de droit dans le délit civil et le contrat, op. cit., p. 218.
[3] SOULIMANE Ali, Observations à propos des remarques concernant l'ouvrage du professeur Hassanaine, RASJEP, n°1, Alger, mars 1990, p. 31.
[4] KHIAR LAHLOU Ghenima, Quelques remarques à propos de l'ouvrage du professeur Hassanaine, RASJEP, n°1, Alger, mars 1988, p. 113

في النظرة الذاتية، الأخذ بالإرادة الباطنة يؤدي إلى إبطال العقد المشيب بعيوب الإرادة، فيصبح بطلان العقد ممكنًا عند وجود غلط، تدليس أو الإكراه[1].

يرى أحد الفقهاء أن تكريس الإرادة الظاهرة تزيل بشكل منطقي عيوب الإرادة[2]. لأنه بمجرد التصريح بها، فلا وجود للإرادة الباطنة.

(وتجدر الإشارة إلى أن الذاتية تتجلى في تفضيل إرادة الأطراف على جميع الاعتبارات الخارجية، مع ما تنطوي عليه من مبدأ سلطان الإرادة وعيوب الإرادة).

لكن المشرع كرس بالفعل التعبير عن الإرادة الصريح مع الاعتراف كذلك بعيوب الإرادة، لكن لا يشير على أن الغلط من المحتمل أن يؤثر على التعبير عن الإرادة.

ويبقى اختيار التعبير عن الإرادة الظاهرة يظل مسجلا في منظور مجتمعي أين النظر في الإرادة يتعلق بالبيئة الاجتماعية[3]. ولا يبدو أن هذا الاختيار يزيل مفهوم البطلان كجزاء محدد. لكن يبدو أن المشرع يريد السعي للحفاظ على العقد. وهذا ما تؤكده فكرة تصحيح العقد بموجب المادة 83 من القانون المدني أو إمكانية تنفيذ بطلان نسبي بموجب المادة 104 من نفس القانون. ويقضي المشرع بالأخذ بكل الحلول قبل اللجوء إلى البطلان.

[1] SAIDI Mustapha, Réflexions sur les rapports de droit dans le délit civil et le contrat, op.,cit., p. 183.
[2] RIEG Alfred, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, collection "bibliothèque de droit privé", vol.XIX, Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, p. 91.
[3] BENDEDDOUCHE J, Déclaration de volonté et formation du contrat en droit Algérien, RASJP, économiques et politiques (1981), Vol.18. N°1. p.p. 05-35.

وبالإضافة إلى التعبير عن الإرادة الصريح، ينص التشريع على إمكانية أن يخفف القاضي من النزعة الذاتية باللجوء إلى مفهوم الاستغلال (المادة 90 من القانون المدني) مع مجال تطبيق أوسع، لتصحيح عدم المساواة التعاقدية وكذلك الغبن الذي يتعلق فقط ببيع العقار والميراث والتي تعتبر قيود للذاتية.

وبالإضافة إلى ذلك، يجوز للقاضي، عن طريق عقد الاذعان في حالة وجود شرط تعسفيا، تعديل هذه الشرط أو إعفاء الطرف المذعن إليها وفقا لقواعد العدالة المنصوص عليها في المادة 110 من القانون المدني. وفي نفس السياق، يجب ألا يتم تفسير الشروط الغامضة في عقد الاذعان إلا لصالح الطرف المذعن الذي يعتبر طرفا ضعيفا كما جاءت المادة 112 من القانون المدني. ووفقاً لما جاء به المشرع الجزائري في المادة 184 من القانون المدني، يجوز للقاضي أن يخفض بشكل واضح الشرط الجزائي (مبلغ التعويض) إذا كان مفرطا. ومثلما يمكن للقاضي أيضا أن يخفض من الالتزام المتفق عليه والذي أصبح مرهقا يهدد بخسارة فادحة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة الواردة في المادة 107الفقرة 3 من القانون المدني وبالتالي يكون المشرع قد فتح الباب لنظرية تمس بالقوة الملزمة للعقد.

أما في القانون المقارن، فيستخدم المشرع الفرنسي الكلاسيكي هذه المفاهيم كحيل لمواجهة المستحدثات الجديدة. ففي نظرية الظروف الطارئة، يقترح المشرع الفرنسي فقط إعادة التفاوض على العقد في الالتزام الذي أصبح مرهقًا. ومن ثم فإن

هذا الحل يحبذ أولوية إرادة الأطراف. إنها العودة إلى قالب الإرادة كمصدر مقدس للالتزامات[1].

وبالإضافة إلى ذلك، وخلافا لما جاء به نص القانون المدني الجزائري، فينص المشرع الفرنسي على زيادة شرط الجزائي، وكذلك على تخفيضه عندما يصبح مفرطا، وهنا تكون العودة إلى القواعد العامة لتحديد الضرر.

وبموجب التعديل الاخير للقانون المدني الفرنسي فيختفي مفهوم السبب كمصطلح ليتم تكريسه في نص آخر في شكل "التزام جوهري في العقد" وهذا يدل على أن المشرع التقليدي لا ينوي التخلي عن مفهوم السبب الذي يعتبر إستثناء، بعبارة أخرى ففي النظرة التقليدية يظل السبب أداة لتحقيق «التوازن» التعاقدي[2].

يشارك الفقه في هذه الحيل من خلال تقديم حجج تتعلق بالمصطلحات أو الحجج المفاهيمية.

فالفقه الكلاسيكي لا يقبل أن تصبح المفاهيم الكلاسيكية قديمة وغير فعالة في مواجهة المستحدثات الجديدة، لذا فيسمي هذه الحيل بأنها مجرد «إصلاحات» «تحديث» بغرض أقلمة القانون الكلاسيكي مع المستحدثات الجديدة. بالنسبة لأحد الفقهاء[3]، فكل هذا يعتبر إبتكار.

[1] PEDAMON Catherine, « The paradoxe of the theory of imprevision in the new French law of contract: a judicial deterrent? » , *Amicus Curiae*, Issue 112, Winter 2017, p.p. 11-18.

[2] MAZEAUD Denis, in Nouvelle crise du contrat, op. cit., p. 144.

[3] DELEBEQUES Philippe, la réforme des contrats : quelles innovatios ? , in le code civil, quarante ans après!, colloque international à Alger, 24 et 25 octobre 2016, p. 206.

ويؤكد الفقه أيضا على أن العقد كأداة لا يختفي، بل يتراجع فقط. أي أنه من الممكن أن يفقد قوته فقط.

وعندما يتعلق الأمر بالحديث عن أزمة العقد، فإنها ستكون مجرد أزمة نمو[1]. وعلاوة على ذلك، فإن أزمة العقد كثيرا ما يتم تشبيهها بتراجع للعقد أصبح كموضة يستوجب الحديث عنها[2].

في الواقع، ستكون هذه الأزمة هي النموذج الاجتماعي الذي لا يريد الفقه المدني الاعتراف به.

بالنسبة لفقيه آخر[3]، فإن العقد ليس في خطر الموت، ومبادئه موجودة دائمًا (مثل القوة الملزمة والحرية التعاقدية وما شابه ذلك). لكن العقد يظل محور معركة فلسفية وسياسية تتجاوز ذلك.

واقر رأي آخر[4] أن المفاهيم الجديدة تفسر كحيل تساهم في دوام قانون العقود التقليدي يسمى بجمود قانوني.

وهكذا، من خلال هذه الحيل، يبرر الفقه الكلاسيكي عبارة «طارد القانون الطبيعي الفرنسي، سيعود راكضا». وبهذه الطريقة يتم اثبات أن العقد والمسؤولية

[1] JAMIN Christophe & MAZEAUD Denis , La nouvelle crise du contrat, D, op ,cit , p. 260.

[2] VASSEUR Michel, Nouvel essor du concept contractuelle, les aspects juridiques de l'économie concerté et contractuelle, RTDciv, 1964, p. 6.

[3] JESTAG Philippe, Rapport de synthèse, Quel contrat pour demain?, in La nouvelle crise du contrat, p. 244.

[4] سعيدي إكرام نهال، مساهمة في فكرة جمود لعقد، مجلة القانون، المجلد 11، العدد1، غليزان، 2022، ص.ص305-315.

اللتان تم تكريسهما في قانون عام في 1804 الذي يعتبر غير قابل للتعديل، فيتم فقط وضع تغييرات جزئية.

يستخدم المشرع الكلاسيكي وسائل ذكية لإدامة المفاهيم الكلاسيكية التي أصبحت قديمة وغير صالحة في مواجهة التطورات الواقعية. وماذا عن رجل القانون الجزائري الذي يواصل إظهار الوفاء لهذه المفاهيم التقليدية في شكل ممارسات اجتماعية غير واعية.

المبحث الثاني: عدم كفاية الموضوعية في العقد

السلطات التي منحها القانون المدني للقاضي تعزز فكرة الموضوعية، وتتمثل في سلطته في الإنقاص من الالتزامات (المطلب الأول) وفي الإنقاص أو تعديل الالتزامات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة الإنقاص من الالتزام

ويتم التطرق هنا إلى الحالات التي تم فيها المشرع إجازة المساس بالعقد من طرف القاضي[1] خاصة في نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول) والشرط الجزائي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة

تنص المادة 107 من القانون المدني "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب حدوثها أن تنفيذ الالتزام العقدي، وألا يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

نص المشرع الجزائري على نظرية الظروف الطارئة بموجب المادة 107 من القانون المدني في الفقرة الثالثة منها وتحت القسم الثالث الموسوم ب: أثار العقد الا أن هذا الأخير لم يعرفه واقتصر على إعطاء خصائص هذه الحوادث، شروطها والاثار المترتبة عن وقوعها.

[1] MAZEAUD Denis, La réduction des obligations contractuelles, Droit et patrimoine, n°58, Mars 1998, p. 60.

حاول العديد من الفقهاء تعريف هذه النظرية وجاء أحدهم بأنه:" حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية، لم يكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي **مرهق** للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وأن لم يصبح مستحيلا"[1].

لا يجوز تعديل العقد حسب مبدأ القوة الملزمة للعقد إلا باتفاق الأطراف المتعاقدين وهذا ما تقضي به النظرة الكلاسيكية، فالإرادة التي أوجدته هي التي تملك تعديله. وينصرف هذا الأثر بعدم مساس العقد وحتى القاضي الذي في الأصل، لا يحق له تعديل شروط العقد الواضحة والمتفق عليها من طرف الطرفين. غير أن المشرع سمح للقاضي في بعض الحالات التدخل لتجنب الخسارات ذلك بتعديل العقد وهذا هو الحال في نظرية الظروف الطارئة[2].

جاء المشرع هنا بمصطلح "حوادث استثنائية" وأوجب أن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة ولم يكن في الوسع توقعها. وجاء بشروط، فاشترط أن يقع حدث استثنائي لم يكن في الوسع توقعه وقت التعاقد أي غير متوقع وخارج عن إرادة الطرفين. فالاستثنائية تعني ندرة الوقوع أو الخروج عن مألوف الحياة كاندلاع حرب أما العمومية ألا يكون الحدث الاستثنائي خاص بالمدين. ولا يشترط فيه أن يعم

[1] محمد عبد الرحيم غبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، د.ط، مكتبة زهران للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1987، ص19.

[2] قصاص عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، ادرار، المجلد 2، العدد 2، 2018، ص130.

البلاد بأكمله بل يكفي أن يشمل أثره عدد كبيرا من الناس كاهل البلد أو إقليم أو طائفة منهم[1].

ويشترط كذلك المشرع الإرهاق والخسارة الفادحة، فيعتبر شرط الإرهاق جوهر النظرية وهو الإرهاق بعد إبرام العقد وهو ليس الإرهاق المطبق في نظرية الغبن ويعد الإرهاق تلك الصعوبات الشديدة في التنفيذ[2]. والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يعرف الإرهاق لكنه ميزه عن استحالة التنفيذ الموجودة في نظرية القوة القاهرة. وهذا الإرهاق هو ذلك الذي يهدد بخسارة فادحة.

ولا مناص من القول أن المشرع لم يحدد مقدار الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق في المادة 107 من القانون المدني، وانما ترك السلطة التقديرية للقاضي.

وعلى سبيل التذكير، فإن نظرية الظروف الطارئة ظهرت في القضاء الفرنسي في العقود الإدارية بمقتضى حكم مجلس الدولة الفرنسي في 30 مارس 1916 في قضية "La gare de Bordeaux"[3]

وتبنى المشرع الجزائري هذه النظرية، فبعد تعديل 2016 الذي طرأ في القانون المدني الفرنسي، فأوهم المشرع الفرنسي بتبنيه للوجهة الموضوعية غير أنه بقي في نفس الحلقة المغلقة للذاتية ولم يعطي للقاضي السلطة الواسعة هذا حسب المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي والتي سمحت للأطراف بإعادة التفاوض.

---

[1] شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009-2010، ص96.

[2] شارف بن يحي، نفس المرجع، ص114.

[3] سامية قلوشة، نظرية الظروف الطارئة وأحكامها، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد7، العدد1، الأغواط، 2013، ص290.

وفي حالة رفض أو فشل ذلك، يمكن للأطراف فسخ العقد أو الطلب من القاضي أن يعدل العقد، فيمكن للقاضي بطلب من أحد الأطراف تعديل أو انهاء العقد، وبالتالي نرى أن المشرع دائما يحاول إبقاء العقد، فإعادة التفاوض يكون بها المشرع قد أعاد الأطراف إلى قالب مبدأ سلطان الإرادة وتبادل الإرادتين وبذلك العودة إلى النظرة الفردية التي تقدس مبدا سلطان الإرادة.

القانون الفرنسي يرفض وضع هذه المادة كقاعدة أمرة لأن، حسب أحد الفقهاء الفرنسيين، أن العقد هو ليس توافق الإرادتين وتوقع الأحداث فقط، وإنما العقد يعبر عن قبول الأخطار بموجب الالتزامات، ولهذا فتعتبر هذه النظرية حسبهم[1] امتداد لمبدأ القوة الملزة بنية الوقاية من خطر هذه الظروف عكس المشرع الجزائري الذي جاء بهذه النظرية كاستثناء للقوة الملزمة للعقد وكقاعدة أمرة وهذا ما يعكس ميوله للنظرة الموضوعية في هذه المادة. ومع ذلك، فهذه الموضوعية محدودة بالشروط التي وضعها المشرع من جهة، وكذلك بتدخل القاضي الذي دوره يقتصر على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فقط.

ولما كان مبدأ العدالة مستمدا أساسا من الدين، فمن غير المستحيل ظهور هذه النظرية في القوانين المشبعة بالروح الدينية، فقد ظهرت هذه النظرية في القانون الكنسي، ومن ثم ظهرت في القوانين الأوروبية الحديثة. فكان فقهاء الكنيسة لا يستعملون عبارة "حرية الاتفاق" وإنما كانوا يستعملون تعبير العدل المتساوي، لأن العدل عندهم يفضل عن الحرية، والعقد يكون صحيحا بتعادل التزامات

[1] MOUSSERON Jean Marc, « La gestion des risques », *RTDC*, Sirey, Paris, 1988.p. 481.

الطرفين. وعند فقهاء الكنيسة، فإن كل ما يثري به أحد المتعاقدين حساب الأخر، وكان ذلك يسبب ظرف طارئ عن العقد يعتبر غبنا، وعندهم الغبن من الربا وهو محرم لا يحل أكله لأنه مخالفا للأخلاق المسيحية[1].

إن الشريعة الإسلامية تحترم القوة الملزمة للعقد وقال الله سبحانه وتعالى:" يا أيها الذين امنوا اوفو بالعقود"[2]. ولم تكن هناك نظرية الظروف الطارئة لكن الفقه المعاصر يسند المبادئ الإسلامية إلى قواعد الفقه مثل نظرية الضرورة، ونظرية العذر، ونظرية الجوائح...[3]

ولفهم أكثر نظرية الظروف الطارئة، لابد من تمييزها على ما يشابهها من قوة قاهرة la force majeur ، وكذلك شرط إعادة التفاوض Hardship.

فالقوة القاهرة لم تعرف في التشريع الجزائري بل أشار إليها المشرع كسبب معفي للمسؤولية في المواد 127، 138، 851...

وعرف أحد الفقهاء القوة القاهرة على أنها كل ما يمكن اعتباره حادث مفاجئا لا يمكن توقعه أو تفاديه ولا يمكن درء الضرر الناجم عنه مثل العواصف والزوابع الرملية، ويعد الدفع بوجود القوة القاهرة لدفع المسؤولية من الدفوع الموضوعية لأنه يدفع بعدم توافر العلاقة السببية[4]. ويعرفها جمهور الفقهاء على أنها حادث غير

---

[1] عائشة مفلح و أحمد بوزيد، نظرية الظروف الطارئة، المجلة القانونية مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، المجلد9، العدد13، جامعة القاهرة، 2021، ص4281.

[2] سورة الإسراء، الأية رقم 34.

[3] عائشة مفلح أحمد بوزيد، المرجع السابق، ص4285.

[4] حمد الكثبور، نظام التعاقد، ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج الطبعة الأولى، كلية الدار البيضاء،1993، ص110.

متوقع لا يد للشخص فيه ولا يستطيع دفعه ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا[1]. وبالتالي تختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في أن القوة القاهرة التي لم يكن في الوسع توقعها ولا دفعها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وهذه الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، ويعفى المدين من تنفيذ الالتزام بتمامه، ويعفى أي تعويض، وتبرأ ذمة المدين منه المادة 127 والمادة 307 من القانون المدني أما الحادث الاستثنائي الطارئ فيجعل الالتزام مرهقا، يستطيع المدين تنفيذه.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي

في النظرة التقليدية، يعرف الفقه[2] الشرط الجزائي على أنه " شرط في العقد الذي من خلاله يتم تقدير قيمة جزافية للتعويض في حالة عدم تنفيذ التزام المتعاقد"، ويقتصر الشرط الجزائي على وضع تعويض جزافي بهدف ضمان تنفيذ الالتزام الرئيسي، ويمكن وصفه بأنه انتقائي أو تعويضي[3]. وعرف أيضا على أنه تعويض اتفاقي أي هو عبارة عن تعويض يتفق في تحديده أطراف العقد، إمّا في العقد ذاته أو وثيقة لاحقة يتولى المدين أداؤها إلى الدائن وإمّا في حالة عدم التنفيذ المدين لالتزامه أو في حالة التأخر في ذلك، فالتعويض هنا هو مقدار اتفاق لا

[1] زيروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، رسالة ماجستير، 1978، ص 42 .عبد المنعم فرج الصده ،المرجع السابق، ص541.

[2] PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit des obligations 2024, p.334.

[3] MAZEAUD Jean, Henri, Léon & CHABAS François, Leçons de droit civil, obligations, théorie générale, Mont Chrétien, T2, Delta, n°641.

قضاء[1]. فإنه يخضع لوجود ضرر، مما يعني أنه يجب أن يطبق عليه القواعد العامة.

الشرط الجزائي يعتبر تعويض اتفاقي يكون تقديره قبل وقوع الضرر أما الغرامة التهديدية المشابهة له هي ليست تعويضا وإنما تسن جزاء مستقل.

بالإضافة إلى ذلك، يتميز الشرط الجنائي على أنه اتفاقي غير قضائي، ولكن يتيح للقاضي، بصورة استثنائية، إمكانية تعديل أو تكملة قيمة التعويض عندما يكون مفرطاً.

لا تزال القوة الملزمة تسيطر عليه. فبهذا المعنى يتيح للقاضي إمكانية التدخل بصورة استثنائية في حدود المبلغ الذي يحدده الطرفان. وهذا يزيد من أمن المعاملات.

تكمن صعوبة الطابع المفرط أو الزهيد للمبلغ في أن المتعاقد (المدين بالالتزام) لا يستطيع –حتى بوجود إرادة واعية وحرة– أن يقيّم مسبقا، وقت تكوين العقد عدم التناسب بين المبلغ المستحق والضرر الناتج عن عدم التنفيذ. وبعبارة أخرى، لا يمكن للمدين أن يتفاوض فعلا على الشرط الجنائي.

هذا يفسر الإمكانية المتاحة للقاضي تخفيض المبلغ الجزافي المتفق عليه إذا كان مفرطًا بشكل واضح أو زيادته عندما يكون زهيدا. وهذا حتى عندما يتم التعبير عن إرادة الطرفين بطريقة حرة ومستنيرة وقت تكوين العقد. لذلك من الناحية

[1] دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط1، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2004، ص16.

التقليدية، سواء كان المتعاقدون في حالة ضعف أم لا. يجب الاحتفاظ بالتعويض المفرط[1].

وهو مظهر من مظاهر القوة الملزمة للعقد كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة التي تعتبر أساس العقد. ومن هذا المنطلق، وفي ضوء المفهوم التقليدي، فإن الضعيف اقتصاديا ملزم بقبول الشرط الجنائي الذي يسمح بتحديد التعويض القليل.

السلطة الممنوحة للقاضي لزيادة الشرط الجنائي أو تخفيضه تتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة، وينبغي للمتعاقد الذي يتعاقد بطريقة حرة ومستنيرة أن يتحمل مسؤوليته وإساءة استخدامه لحريته التعاقدية.

ينبغي للدائن نفسه أن يقدر قيمة الشرط الجزائي الذي يقرره لمصلحته من أجل التأكد من تنفيذ المدين. ولا يجوز للدائن المقصر أن يحتج بأي ظلم[2]. لكن السماح للقاضي بتخفيض الشرط الجزائي المفرط وزيادة الشرط الجزائي الزهيد يوجه النقاش نحو حجم الضرر المقرر بموجب القواعد العامة.

وبالتالي، فإن دفع التعويض يفسر بنظرية مبدأ سلطان الإرادة والطابع الانتقائي المعترف بهما في الشرط الجزائي[3].

في المفهوم التقليدي، يحمي القاضي وجود الشرط الجزائي باسم مبدأ عدم المساس به[4].

---

[1] OUERDANE-AUBERT DEVINCELLE Carole, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Paris, nouvelle bibliothèque de thèses, D, p. 376.
[2] OUERDANE-AUBERT DEVINCELLE Carole, op. cit., p. 377.
[3] CHARTIER Yves, La réparation du préjudice, Paris, D, 1983, p. 701.
[4] MOUSSERON Jean-Marc, La technique contractuelle, Françis LEFEBVRE ,1988, p. 441.

التعويض المحدد مقدما والمحدد في حالة عدم الوفاء بالالتزام أو تأخره يعزز مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين. وما يؤكد ذلك أن القاضي لا يتدخل إلا لتطبيق ما اتفق عليه الطرفان.

عملا بالطابع الانتقائي للشرط الجزائي، يجب على القاضي أن يجبر المتعاقد الذي تعهد بالتنفيذ من جهة، ويسمح الطابع التعويضي للشرط الجزائي للقاضي، من جهة أخرى، بضمان ألا يدفع سوى المبلغ المنصوص عليه في الشرط الجزائي بصرف النظر عن ظروف الأضرار الناجمة عن عدم الوفاء بالالتزام.

يحدد المشرع الجزائري صراحة، من جانبه، تعريف الشرط الجنائي في المادة 183 من القانون المدني، التي تنص على أنه يجوز للطرفين أن يحددا بحرية ومسبقا قبل وقوع الضرر قيمة التعويض والأصل هو أن لما تكون الشروط متوفرة لتطبيق الشرط الجزائي، يكون على القاضي الحكم بالتعويض المتفق عليه دون زيادة أو نقصان وكاستثناء منح المشرع للقاضي السلطة في تعديل الشرط الجزائي بالتخفيف أو الزيادة[1].

عرفه الفقه بأنه بند يلحق بالعقد يحدد فيه المتعاقدان مقدار التعويض إذا أخل أحدهما بالالتزام، أما بالامتناع، أو التأخير في التنفيذ، أو لتعويض الضرر الناشئ عن التنفيذ المعيب[2]

[1] قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، المسيلة، 2019، ص2262.

[2] فرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 7، العدد 2، باتنة، 2020، ص1658.

الشرط الجزائي يعتبر ذاتي وفقاً للفقرة 1 من المادة 184 من القانون المدني، في حين أن طابعه الموضوعي نجده في الفقرة 2 من نفس النص.

تنص المادة 184الفقرة1 من القانون المدني على أن:«لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر»، مما يثبت أن المدين مسؤول فقط عن سداد ما يمكن أن يسند إليه. وفي هذه الحالة، يمكن التأكيد في الشرط الجزائي على وجود ضرر مفترض. وبعبارة أخرى، فإن قيمة التعويض المحدد يقابل الضرر الذي لحق بالدائن. ولهذا السبب، يقع عبء إثبات عدم وجود الضرر على عاتق المدين وفقا للمادة 184الفقرة1 من القانون المدني.

وتشير المادة 184الفقرة1 من القانون المدني إلى أنه من أجل الاستفادة من الشرط الجزائي، يجب على المدين أن يثبت فقط عدم وجود ضرر. ينشأ عن إثبات عدم التنفيذ افتراض وجود ضرر، ولكن هذا مجرد افتراض.

وعملا بالمادة 224 من القانون المدني المصري التي تقابله المادة 184 من القانون المدني الجزائري، عندما يكون الضرر ناجما عن تقصير المدين، لا يكون للدائن أن يثبت الضرر. والأمر متروك للمدين إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه ضرر أو أن الشرط الجزائي مبالغ فيه لإثبات مطالباته وفقا للشرط الجزائي[1].

[1] القرار الصادر في 1962/11/14. معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الثالث، منشأة المعارف، ص1977.

ويبدو أن المادة 184الفقرة1 من القانون المدني تؤيد الطابع التعويضي لأن التعويض لا يستحق إلا إذا كان الضرر موجودا. ويبدو أن مبلغ الشرط الجزائي أكثر ارتباطا بالضرر، بحيث عندما يثبت عدم وجود الضرر يصبح الشرط الجزائي غير معمول به، يفسر ذلك على أنه ابتكار للقانون الجزائري[1].

وبعبارة أخرى، عندما لا يسبب عدم التنفيذ أي ضرر، يُلغى الشرط الجزائي، ويبدو أن المادة 184الفقرة1 من القانون المدني تعزز الطابع التعويضي للشرط الجزائي ذلك أن القاضي يمكنه أن يضبط قيمة الشرط مع مبلغ الضرر. وحتى في حالة عدم وجود ضرر، فإن القاضي غير ملزم بإبعاد قيمة التعويض المسبق[2].

ويهدف مفهوم الشرط الجزائي في القانون الجزائري أيضا إلى تعزيز حركة الشرط الجزائي بالمعنى الموضوعي بإدراج قبول تعديله وفقا للمادة 184الفقرة2 من القانون الجزائري، فقد نصت المادة 184 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين كان مفرطا وأن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه". فبالتالي يكون التخفيض في حالة ما إذا اثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة[3].

على هذا المستوى، يبدو أن السلطة التشريعية تتخلى عن مبدأ عدم المساس بالعقد القائم على مبدأ القوة الملزمة للعقد كما انتقد كذلك في عقد الاذعان. وعلى

---

[1] ZERGUINE Ramdane, Considération sur la responsabilité de droit commun du constructeur, RASJEP, n° 2, vol.24,, Alger, mars 1986. p. 40

[2] CHARTIER Yves, La réparation du préjudice, op. cit., p. 705.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الهدى للنشر، الجزائر، 2010، ص.ص88 و 89.

غرار القانون المدني المصري، ينص المشرع الجزائري على التزام بعديل الشرط الجزائي فقط بمعنى التخفيض[1].

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي يمنح القاضي سلطة التخفيض وزيادة قيمة الشرط الجزائي.

هذا يعيدنا إلى نطاق الضرر في القانون العام. فتؤكد هذه الحيلة الطابع الذاتي للشرط الجزائي[2].

كما أنه عندما يستخدم الشرط الجزائي بما يضر الطرف الأضعف، فإن هذا الوضع يتطلب تدخل القاضي وفقا لأحكام المادة 184 من القانون المدني[3].

في هذا السياق، يمكن للمدين أن يثبت أن قيمة التعويض مبالغ فيه بشكل مفرط أو أن الالتزام الرئيسي قد تم تنفيذه جزئيا.

وبالتالي، يمنح المشرع القاضي إمكانية تعديل الشرط الجزائي. لديه القدرة على إزالة الغبن باسم العدالة[4].

لذلك، ينبغي للقاضي أن يقتصر على التخفيض من قيمة التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي، عندما يكون هذا الأخير مبالغا فيه بشكل مفرط أو عندما يكون الالتزام الرئيسي قد تم تنفيذه جزئيا.

[1] ZERGUINE Ramdane, op. cit., p.p. 33-40
[2] Article 1152 modifiée par loi n°85-1097 du 11 octobre 1985.
[3] SAIDI Mustapha, Réflexions sur les rapports de droit dans le délit civil et le contrat, op. cit., p. 249.
[4] ZERGUINE Ramdane, op. cit., p. 82.

مع ذلك، يجب ألا يتم تقييم هذا الإفراط وفقًا للقواعد العامة. ولا يتعلق الأمر هنا في إثبات المبالغة في التعويض، ولا يجوز التشكيك في سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة 184الفقرة2 من القانون المدني. يجب أن يكون القاضي قادرًا على البحث فيما يسمح له بتعديل العقد أو عدم تعديله بموجب التفسير، وهذا يعني التشكيك واعادة النظر في المفهوم التقليدي لدور القاضي[1].

لا ينبغي للقاضي بأي حال من الأحوال أن يبني سلطته في التعديل على خطأ المدين، بل إن أخذ خطأ المدين في الحسبان سيؤدي إلى إفراغ الشرط الجزائي من معناه[2]. وبالتالي، فإن الطابع الموضوعي للشرط الجنائي تؤكده المادة 184الفقرة2 من القانون المدني.

لكن يجب التذكير أن هذا لا يسمح للقاضي إلا بتخفيض الشرط المبالغ فيه بشكل مفرط أو عندما يتم تنفيذ الالتزام الرئيسي جزئيًا.

ووفقا للقضاء المقارن المقارنة، فإن على قاضي الموضوع، عملا بالمادة 224 من القانون المدني المصري، المقابلة للمادة 2/184 قانون مدني جزائري، أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن المبلغ المنصوص عليه في الشرط الجزائي مبالغ فيه بشكل مفرط أو أن الالتزام الرئيسي قد تم تنفيذه جزئيا[3].

[1] SAIDI Mustapha, Réflexions sur les rapports de droit dans le délit civil et le contrat, op. cit., p. 251.
[2] ZERGUINE Ramdane, op. cit., p. 41. cité in thèse SAIDI MUSTAPHA, op. cit., p. 52.
[3] القرار الصادر في 1968/12/05، أنظر: معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، منشأة المعارف، ص1945.

تجدر الإشارة إلى أن عدم الاعتراف للقاضي بسلطة في زيادة الشرط الجزائي يعتبر تعزيز لطابعه الجزافي. وفي مواجهة استحالة زيادة الشرط الجزائي، السلطة في التخفيض تستوجب إثبات المدين أن قيمة الشرط الجنائي مبالغ فيه بشكل مفرط أو أن الالتزام الرئيسي قد تم تنفيذه جزئيا.

لكن سلطة القاضي هذه في التخفيض يجب ألا تقتصر فقط على مواءمة قيمة الشرط الجزائي مع الضرر. فإن عدم التناسب بين الشرط الجنائي والضرر الذي يبدو أنه يعطي تقديرا عن الإفراط لكن لا يمكن استنتاج الطابع المفرط من مجرد أن قيمة التعويض لا يتطابق مع الضرر الذي يلحق بمن يحتج به. القاضي الذي يكتفي بالقول ان المبلغ مرتفع دون التحقيق في سبب إفراطه فهذا يعرض حكمه للنقض.

يمارس تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض، ولا تتاح للقاضي إمكانية زيادة الشرط الجزائي.

لا يمكن منح تعويض بالزيادة حتى لو كانت القيمة مبالغًا فيها. وتسمح سلطة التخفيض هذه في بعض الحالات ودون إمكانية زيادة الشرط الجزائي وهذا ما يعزز الطابع الموضوعي للشرط الجزائي. ويجوز للقاضي أن يحكم بمبلغ أقل من مبلغ الضرر. ويفسر ذلك أن المبالغة في التعويض الناتج عن الشرط الجزائي مكرسة صراحة. وتستند هذه الحجة إلى المادة 184الفقرة2 القانون المدني.

السؤال المطروح هو ما إذا كان القاضي الذي يعدل القيمة الجزافية المنصوص عليها ملزمًا بإبداء أسباب حكمه أم لا؟ ومن الواضح تماما أنه في حالة إثبات الضرر من جانب المدين، تظل مسألة إثبات العناصر التي تشكل

الضرر مسألة قانونية وقد تخضع للرقابة القضائية. ومن ناحية أخرى، يجب على المحكمة العليا ألا تراقب تقدير الضرر الذي يظل مسألة وقائع.

يجب على القاضي الذي يحكم بالمبلغ الجزافي الذي ينص عليه الطرفان، ألا يقدم – من حيث المبدأ – أسبابًا لقراره خاصة وأن هذا المبلغ لا يتم حسابه وفقًا لجدول تحدده القواعد الإلزامية، مثل التعويض عن الحوادث المرور.

لا تقتصر سلطة القاضي في المادة 184الفقرة2 من القانون المدني على التخفيض الكمي. وهذا ما يعزز فكرة التقدير الذاتي. ويجب التمييز بين الطابع الموضوعي للشرط الجزائي والتقدير الذاتي لقيمة التعويض الذي يسمح للقاضي بتحديد المبلغ فقط على أساس تقدير عادل من أجل إزالة ذلك الغبن الذي يكون في الشرط الجزائي.[1]

السؤال المطروح هو إلى أي مدى يمكن للقاضي أن يخفض من قيمة الشرط الجزائي خاصة في حالة التنفيذ الجزئي. ويمكنه أن يفعل ذلك بمقارنة نسبة الفائدة التي يعطيها التنفيذ الجزئي للدائن ونسبة الفائدة الكلية التي يمكن توقعها من الاتفاق[2].

ويجوز للقاضي أن يقر بحكم سلطته التخفيض الذي هو من النظام العام والمنصوص عليه في المادة 184الفقرة2 من القانون المدني في حالة عدم التنفيذ. ويفسر هذا الرأي أن الغرض من التخفيض هو إزالة الآثار غير العادلة للشرط

[1] MOUSSERON Jean-Marc, op., cit, p. 442.
[2] CHARTIER Yves, op., cit, p. 706.

الجزائي. فمن المفترض أن تؤدي العدالة إلى ري تدخل القاضي في الشرط الجزائي[1].

ومسألة تحديد عدم التنفيذ مهمة فيما يتعلق بالشرط الجزائي لأنها تتيح توضيح معنى تنفيذ الالتزام جزئيا أو المتأخر. ولكي يكون الشرط الجزائي صحيحا، يجب أن يكون عدم التنفيذ نهائيا لأن إثارة عدم التنفيذ المؤقت فقط يمكن اعتباره إجراء سابقا لأوانه، لا سيما في حالة تعليق العقد أو التنفيذ الجزئي بالالتزام.

عدم التنفيذ الذي لا يسند إلى الدائن نتيجة السبب الأجنبي المتعلق بالشرط الجزائي.

وفيما يتعلق بالمادة 223 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 183 من القانون المدني، يشير الفقيه عند إشارته إلى الأعمال التحضيرية للمادة 223[2]، إلى أنه لا يلزم بالضرورة إثارة خطأ. وانطلاقا من هذا، يستتبع ذلك أن الشرط الجزائي لم يعد قابلا للإنفاذ عندما يصبح الالتزام مستحيلا نتيجة لسبب أجنبي.

وينطبق الشيء نفسه على استحالة التنفيذ الموجود في القوة القاهرة أو الاتفاق المخالف وفقا للمادة 178 من القانون المدني.

هل عدم التنفيذ الذي لا يسبب أي ضرر يؤدي إلى استبعاد تطبيق الشرط الجزائي؟

غير أن قبول تنفيذ التزام الذي أصبح مرهقا، بالمعنى المقصود في المادة 3/107 من القانون المدني، لا يزال موضع نقاش بشأن الشرط الجزائي.

---

[1] ZERGUINE Ramdane, op., cit, p.p. 64-67.

[2] معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، المرجع السابق، ص1946.

علاوة على ذلك، ينبغي التمييز بين التنفيذ الجزئي المنصوص عليه في المادة 2/184 من القانون المدني، الذي جزاءه التخفيض، والتنفيذ المتأخر الذي كان ثابتاً من جانبه وقت تقديم طلبه إلى القضاء. لا يكون جزاءه التخفيض المنصوص عليه في المادة 2/184 من القانون المدني[1].

يمكن اعتبار التأخر في التنفيذ ضررا له خصوصية ناجما عن التأخر في الوفاء بالالتزام[2].

ولهذا السبب تظل عقوبة التأخير والأثر التعويضي للشرط الجزائي ممكنا.

غير أن إمكانية تقدير التنفيذ الجزئي مقدماً ممكنا بشرط أنه لا يؤثر سلباً على السلطة في التخفيض المنصوص عليها في المادة 2/184 من القانون المدني.

تجدر الإشارة إلى أنه عندما لا يسبب عدم التنفيذ أي ضرر، يُلغى الشرط الجزائي. ولكن تم التأكيد من الناحية الفقهية[3] على أنه من خلال تعزيز الطبيعة التعويضية للشرط الجزائي، نظرًا لأن القاضي يمكنه تكييف الشرط الجنائي بقيمة الضرر، حتى في حالة عدم وجود ضرر، فإن القاضي غير ملزم بإلغاء الجزاء المنصوص عليه.

[1] ZERGUINE Ramdane, op., cit, p. 66.
[2] MOUSSERON Jean-Marc, op., cit, p. 440.
[3] CHARTIER Yves, op., cit., p. 705.

يحاول الفقهاء الكلاسيكيون تبرير هذا الحل بغياب السبب. غير أن ذلك لا يمكن تصوره لأن الشرط لا يحدث إلا وقت تكوين العقد بينما يتجلى الشرط الجزائي وقت تنفيذ العقد.

وبهذا المعنى، وفيما يتعلق بالجزاء المنصوص عليه في الشرط الجنائي، تستبعد حتى عيوب الإرادة لأنها لا تقيم إلا من حيث تكوين العقد.

وتفسر الخصوصية الأساسية للشرط الجنائي بعدم وفاء المدين بالتزامه. وهذا هو السبب في عدم وجود مسألة التماس بطلان الشرط الجنائي مع التعويض بموجب المادة 119 من القانون المدني.

فيما يتعلق بالجزاء المنصوص عليه في الشرط الجزائي، تستبعد حتى عيوب الإرادة لأنها لا تقير إلا في مرحلة تكوين العقد.

وتفسر الخصوصية الأساسية للشرط الجزائي بعدم وفاء المدين بالتزامه. وهذا هو السبب في عدم وجود طلب بطلان الشرط الجزائي مع التعويض في نفس الوقت بموجب المادة 119 من القانون المدني.

لكن يجب عدم الخلط بين صحة الشرط الجزائي وصحة العقد. ووفقا للقضاء المقارن "الفرنسي"[1]، يخضع الشرط الجزائي، في مرحلة التكوين، للقواعد العامة للعقود ولا سيما فيما يتعلق بعيوب الإرادة[2] لأنها جزء من العقد.

إذا كان العقد باطلاً، فسيكون الشرط الجزائي باطلاً أيضًا[3].

---

[1] Com , 20/07/1983, D, 1984, 422.
[2] Com, 5/3/1974, D, 1974, som. 77.
[3] Com, 20/07/1983, D, 1984. 442. Cité, H &L MAZEAUD, J.MAZEAUD, F.CHABAS, les obligations, théorie générale , op., cit,.,n°641.

ويترتب على بطلان العقد بطلان الشرط الجزائي الذي يتضمن في العقد.

ولكن ماذا عن المادة 185 القانون المدني؟ التي تسمح للقاضي بمنح مبلغ أكبر من المبلغ المحدد في الشرط الجزائي في الحالة التي يكون فيها المدين قد ارتكب غش أو خطأ جسيما. وحتى في هذه الحالة، يجب ألا يفسر ما جاء في هذه المادة بطريقة تدعم النظرة التقليدية للشرط الجزائي. ويحلل ذلك أن هذه الإمكانية الممنوحة للقاضي لا تجد تفسيرا إلا لمعاقبة سوء النية. وبعبارة أخرى، يظل الشرط الجزائي في حالة الخطأ قائما. ويبدو أن هذا الرأي تؤيده الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 225 من القانون المدني المصري، المقابلة للمادة 185 من القانون المدني الجزائري[1].

عندما يكون الشرط الجزائي أقل من الضرر، يمكن اعتباره شرطا يعفي من المسؤولية[2].

يتعارض الشرط الجزائي مع مبدأ التعويض الكامل عندما يكون المبلغ أقل من الضرر الفعلي[3].

ويأخذ بالخطأ الجسيم في المادة 185 من القانون المدني فقط لمعاقبة سوء النية والإبقاء الجزاء كما هو.

وبالرجوع إلى المادة 225 من القانون المدني المصري، المقابلة للمادة 185 من القانون المدني الجزائري وفيما يتعلق بالأعمال التحضيرية للمادة من القانون

[1] Interprétation cité in SAIDI Mustapha, Réflexions sur les rapports de droit dans le délit civil et le contrat, op., cit., p. 259.
[2] CHABAS François, La réforme de la clause pénal, Receuil Dalloz sirey, Chron.1976, p. 230 et s.
[3] ZERGUINE, Ramdane op., cit, p. 53.

المصري، ويؤكد الفقيه[1] أنه إذا تجاوز الضرر الشرط الجزائي، يجب ألا يطلب الدائن تعويضا أكبر ما لم يثبت أن المدين قد ارتكب غش أو خطأ جسيما ولكن في حالة الخطأ الطفيف، يبقى الشرط الجزائي ساريا ويمكن استيعابه كشرط معفي من المسؤولية. فماذا عن المادة 186 من القانون المدني، يبدو أن الشرط الجزائي يتعلق فقط بالالتزامات بين الأطراف التي يكون محلها مبلغ من المال.

في هذه الحالة، يمكن اعتبار جزاء التأخر في التنفيذ علاجا لمبدأ الاسمية المكرس في المادة186 من القانون المدني، التي تنص على أن إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير، بصرف النظر عن أي زيادة أو نقصان في قيمة العملة وقت الدفع[2].

ومن ناحية أخرى، لا تطبق الغرامة التهديدية عند تنفيذ الالتزام المتعلق بمبالغ مالية.

المطلب الثاني: سلطة الإنقاص أو التعديل

خول المشرع للقاضي سلطة التدخل في العقد، ذلك بالإنقاص من الالتزام في حالة أو إبطال العقد في حالة وجود استغلال (الفرع الأول)، وخوله كذلك سلطة التعديل أو إلغاء الشروط في عقد الإذعان (الفرع الثاني).

[1] معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص1947.

[2] SAIDI Mustapha, Réflexions sur les rapports de droit dans le délit civil et le contrat, op., cit, p. 264.

الفرع الأول: الاستغلال المادة 90 من القانون المدني

نص المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني على النظرية العامة للاستغلال كأصل عام ولم يعرف هذا الأخير، بل عرفه الفقه على أنه استفادة أحد المتعاقدين من الضعف المؤقت للمتعاقد الأخر استفادة تؤدي إلى انعدام التعادل المألوف بين التزامات أحد المتعاقدين وما يحصل عليه من فائدة وبين التزامات أحد المتعاقدين من الضعف المؤقت للمتعاقد الاخر استفادة أحد المتعاقدين من الضعف المؤقت للمتعاقد الأخر استفادة تؤدي إلى انعدام التعادل المألوف بين التزامات أحد المتعاقدين وما يحصل من فائدة وبين التزامات المتعاقد الأخر[1].

وجاء المشرع باستثناء من خلال المادة 91 من القانون المدني[2]، فإن المشرع إذا اعتبر الاستغلال فيما يشوب الرضا، وجد أنه لابد من الأخذ بالغبن في بعض العقود باعتباره عيب في العقد ذاته[3].

فالغبن هو المظهر المادي للاستغلال، فهنا إلى جانب عدم التعادل في الأداءات، يقوم عنصر نفسي هو استغلال ضعف في نفس المتعاقد قد يكون طيشا بينا أو هوى جامحا، إذا إن الاستغلال هو اقدام شخص –المستغل– بناءا على ما تبين له من طيش بين وهوى جامح في المتعاقد الأخر "المغبون" لدفعه إلى إبرام

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص386.

[2] المادة 91 من القانون المدني: "يراعي في تطبيق المادة90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود"

[3] نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد1، العدد2، تيارت، 2015، ص300.

تصرف ينطوي على غبن فادح، وذلك بالحصول على مزايا دون مقابل أو لا تتناسب مطلقا مع ما يحصل عليه المتعاقد الأخر[1].

للاستغلال عنصرين مادي وعنصر اخر نفسي:

- العنصر المادي: هو الغبن أي عدم التعادل في التزامات الطرفين.
- العنصر النفسي: يمكن القول أن هذا العنصر المعنوي متكون بدوره بثلاث عناصر مشار إليها في المادة 90 من القانون المدني وهي:

استغلال طيش بين أو هوى جامح، والطيش البين هو مثل شخص يرث ميراث ويأخذ يسرف منه بسفه، فيستغل ذلك شخص أخر هذا الطيش ويبيعه بأضعاف ثمن هذا الشيء المبيع، أما الهوى الجامح مثل لعب القمار ويؤدي به إلى التعاقد، ويبقى تقديره للقاضي وعلى الطرف المغبون، ويبقى تقديره للقاضي وعلى الطرف المغبون إثبات هذا الطيش أو الهوى الجامح.

استغلال المتعاقد لطيش أو هوى المتعاقد الأخر إن كان المتعاقد يجهل بقيام شيء من ذلك (طيش أو هوى) لدى المتعاقد الأخر فالعقد صحيح لعدم توفر الاستغلال أن يكون الاستغلال هو الذي دفع المغبون للتعاقد[2].

لا يكفي لقيام الاستغلال إصابة أحد المتعاقدين بغبن أو استغلال حالة ضعف معين في المتعاقد المغبون، بل لا بد من توافر شرط نية الاستغلال التي تتعارض

[1] اشرف محمد رزق قايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الانترنيت، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، 2017، ص51.

[2] ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في التعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد9، العدد1، مستغانم، 2021، ص119.

قانونا مع توفير مبدأ حسن النية في إبرام العقود، يجب أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد، إذ ما كان قد يقوم بالتصرف لولا ما وجد به من طيش بين أو هوى جامح، وما بذله الطرف الأخر لاستغلاله[1].

إن تناسب وتساوي الالتزامات المتعاقدين في العلاقات العقدية أمر مهم لأنه إذا ما اختل هذا التناسب وصارت العلاقة التعاقدية غير متوازنة، وكان هذا الاختلال ناتجا عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف نفسي في المتعاقد الآخر، جاز للقاضي بطلب من المتعاقد المستغل التدخل لإعادة التوازن العقدي[2].

وعند توفر شروط الغبن الاستغلالي، للطرف المغبون أن يطلب تطبيق المادة90 من القانون المدني والتي تجيز له أن يطلب إما إبطال العقد، وإما إنقاص إلتزاماته الناشئة عن العقد، على أن يرفع المغبون دعواه خلال سنة واحدة من تاريخ انعقاد العقد، وإلا سقط حقه في ذلك[3].

إن القاضي الذي ينظر في دعوى الإبطال لسبب الاستغلال، له سلطة تقديرية واسعة تتمثل في حق الرقابة على العقود، فله سلطة البحث على العناصر

[1] عيساوي رجاء، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة الدكتوراه ل.م.د في القانون، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2021-2022، ص33.

[2] بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007/2008، ص9.

[3] عيساوي رجاء، المرجع السابق، ص37.

اللازمة لتكوين نظرية الإستغلال، وتمتد إلى اختيار الجزاء الذي ينبغي أن يطبق في حالة توافر كل الشروط[1].

يمكن للقاضي أن يبطل العقد لما يرى أن الاستغلال قد أعاب الرضا إلى حد إفساده وبذلك يصبح العقد قد كأنه لم يكن بأثر رجعي[2] . أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضا، رفض القاضي إبطال العقد واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهضة، وذلك بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون إلى الحد الذي يراه كافيا لرفع الغبن، وهنا القاضي يعدل العقد رغم طلب الإبطال[3].

يمكن للمتعاقد المغبون طلب إنقاص إلتزاماته بدلا من طلب الإبطال[4]. وهنا لا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد وإلا يكون قد قضى بما لم يطلبه الخصوم ومن ثم لا يكون أمامه سوى أن ينقص التزام الطرف المغبون إلى الحد المعقول الذي يزيل الاختلال الفادح بين التزامات الطرفين، فإذا كان المشتري مثلا هو

[1] توفيق حسن فرج، نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر ،1966، ص194.

[2] فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد –دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار
الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر ،2004 ، ص304.

[3] عيساوي رجاء، المرجع السابق، ص39.

[4] عسالي عرعارة، نظرية الإستغلال، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون
الجزائر، ص110.

المغبون فإن القاضي ينقص الثمن إلى القدر الذي يراه كافيا لإزالة الاختلال الفادح[1].

الفرع الثاني: عقد الإذعان

مبدأ الرضائية من المبادئ الأساسية التي تحكم العقود، وتكفي إرادة الأطراف لإنشاء العقود بعيدا عن أي شروط شكلية أخرى، فيبدأ العقد بتطابق الإيجاب بالقبول. غير أن ظهور ما يعرف بعقود الإذعان قد جعل الكثير يشكك في مبدأ الرضائية الذي يقوم على المساواة في المراكز القانونية تخول لكل طرف مناقشة الطرف الأخر في مختلف بنود العقد[2].

وبعد التعديل 2016 الذي جرى في القانون المدني الفرنسي الذي بموجبه أدرج المشرع عقد الإذعان في تقسيمات العقود مقابلة لعقود التراضي ‘contrat gré à gré’ و وصف الفقه الفرنسي هذا الإدراج كمظهر من مظاهر نهاية النظرية العامة للعقد[3] فنرى هنا نوع من المبالغة.

عامة، عقود الإذعان تعتبر نتيجة لاحتكار بعض المرافق العامة احتكارا قانونيا أو فعليا، كخدمة المياه والكهرباء[4].

---

[1] عيساوي رجاء، المرجع السابق، ص41.

[2] بوبكر قارس، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 4 ، العدد3، المركز الجامعي باريكة، 2021، ص437.

[3] REVET Thierry, La réception du contrat d’adhésion par la théorie générale du contrat, Revue des contrats 2, Juin 2019, p. 110.

[4] جيلالي بن عيسى، بن قردي أمين، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة القانونية للبحوث والعلوم الاجتماعية، المجلد1، العدد1، المركز الجامعي إيليزي، 2019، ص6.

ولم يأتي التشريع الجزائري بتعريف لعقد الإذعان، واختلف الفقه في إعطاء تعريفا له لاحتوائه لمبدأ "اللامساواة في القوة الاقتصادية"[1].

فعقد الإذعان هو العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الأخر إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها[2].

يتم التعاقد في العقود بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة، ثم قبول من طرف المذعن، الذي يتم برضوخه للشروط التي وضعها مقدم الخدمة أو السلعة دون مناقشة، وتنص على ذلك المادة 70 من القانون المدني بأنه يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها[3].

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لعقد الإذعان وانقسموا إلى اتجاهين، حيث الاتجاه الأول لا يرى أن عقد الإذعان من العقود بحجة أنه مركزا قانونيا منظم تنشئه إرادة منفردة وأن انعدام التفاوض بين الأطراف وأنها قاصرة على إرادة منفردة تضع شروطها مسبقا ولا تقبل المناقشة فيها أما الفريق من الفقه يؤكد الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان لأن ضعف أحد المتعاقدين أمام الأخر هي ظاهرة

[1] يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد30، العدد2، قسنطينة، 2019، ص 103.

[2] حسن محمود عبد الدائم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقوانين، دراسة مقارنة، ط أولى، دار الفكر الجامعي، 2007.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص123.

اقتصادية لا قانونية وأن التراضي في هذا العقد متحقق، ويبدو أن المشرع الجزائري ساير هذا الاتجاه وأشار إلى ذلك في المادة 70[1].

لإعادة التوازن الذي قد ينتج في هذه العقود، خول المشرع الجزائري للقاضي تعديل الشرط أو الشروط التعسفية، أو إلغاءها أو كما عبر عنه المشرع إعفاء المدين منها فبموجب المادة 110 من القانون المدني، أجاز المشرع الجزائري للقاضي سلطة التعديل شرط أو شروط تكون تعسفية في عقد الإذعان، لكن المادة 110 من القانون المدني لم تضع معايير توضح للقاضي ما الذي يشكل تعسفا، في الشرط، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي دون أن يخضع ذلك لرقابة المحكمة العليا[2].

فيجوز للقاضي في هذه الحالة تعديل هذه الشروط بما يؤدي إلى مصلحة الطرف المذعن، أو يعفيه منها كليا إذا تقرر إذ تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، يمكن للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا بما تقضي به العدالة، كل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلا. فوفقا للقواعد العامة لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون غير أن أعطى المشرع سلطة استثنائية للقاضي

[1] عبد الرحمان حديبي، سلطة القاضي في عقد الإذعان –دراسة مقارنة– ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 02، بجاية، 2023، ص97.

[2] بوبكر قارس، المرجع السابق، ص445.

لحماية الطرف الضعيف المذعن ولا يجوز الاتفاق على حرمان القاضي من هذه السلطة الاستثنائية وإذا تم ذلك يكون الاتفاق باطلا[1].

وفي إطار حماية المشرع للطرف المذعن، خرج مرة أخرى على القاعدة العامة التي تقول أن الشك يفسر لمصلحة المدين فيما يتعلق بتفسير العقد، وتنص المادة 212 في الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه (لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن)، فبالتالي على القاضي تفسير الشروط الغامضة دائما لمصلحة الطرف الضعيف[2].

يقضي إعمال هذا الاستثناء الخاص بحماية الطرف المذعن إذا كان الشرط يحتمل معنيين، إذ من باب العدالة يجب على القاضي أن يأخذ بأصلحهما للمستهلك المذعن حتى لو كان دائنا في الشرط المراد تفسيره، وقاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان من مسائل القانون فإذا فسر الشرط بما يضر مصلحة الطرف المذعن فإن حكم القاضي يكون مخالفا للقانون وبالتالي يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، أما سلطة القاضي في تفسير التي تثير مسألة من مسائل الواقع فإنه لا يجوز التعقيب عليها أمام المحكمة العليا[3].

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص125.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع نفسهن ص126.

[3] عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري: الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 532. بلحاج العربي،

المرجع السابق، ص 414. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص289.

الخاتمة

انطلاقا من إشكاليتنا المطروحة كالتالي إلى أي مدى يساهم الأساس كنموذج في تحسين التفسير التقليدي للمسؤولية التقصيرية والعقد في مواجهة المستحدثات الجديدة الناجمة عن تعقيد تنظيم المجتمع؟

ولفترة طويلة، كانت المسؤولية التقصيرية تقوم على الخطأ فقط لأن وضع هذا الأخير كأساس وقت صياغة قانون الإمبراطور نابليون، كانت فرنسا في وقتها لا تزال بلدا حرفيا وزراعيا. ونتيجة لذلك، ربما كانت هناك حالات قليلة لقيام المسؤولية التقصيرية نظرا لعدم وقوع الحوادث.

ولكن مع بروز الثورة الصناعية والآلية التي أدت إلى تعقيد تنظيم المجتمع أصبح إثبات الخطأ حاجزا أمام تعويض المضرورين[1]. وبالإضافة إلى ذلك، فإن القانون الصادر في1983 بشأن حوادث العمل، والقانون الصادر في 1988 المتعلق بحوادث المرور والمسؤولية عن عيوب المنتجات (المادة 140 مكرر من القانون المدني) تبين بوضوح أن النقاش الذي بدأ في نهاية القرن التاسع عشر حول أساس المسؤولية لم يحظ بحل نهائي وظل مفتوحا حتى يومنا هذا[2].

وفضلا على ذلك، فإن الجدال حول أساس المسؤولية المدنية يتعلق بمكانة الخطأ في هذه المسؤولية التي وافقت على إدخال أسسا بديلة أخرى المتمثلة في الخطر والضمان والتأمين لتبرير إدانة المسؤول.

[1] Maxime Bizeau, La responsabilité délictuelle : définition et conditions, fiches- droit-com.
[2] VINEY Geneviève, Introduction à la responsabilité civile, op. cit., p.76.

لكن الأساس الذاتي للمسؤولية المدنية يترك المجال للأساس الموضوعي[1]. وقد تحقق هذا التحول بفضل الجهود الفقهية التي تقبلت فكرة أن نظريات الضمان[2] والمخاطر والتأمين تعتبر أسس للمسؤولية.

وهذا التحول في المسؤولية لم يتم كذلك إلا بتدخل المشرع في مجالات معينة مثل قانون الصحة والدفاع عن البيئة وغيرها.

ومن جانب أخر، اقتصر العقد القائم على مبدأ سلطان الإرادة على إقامة توازن افتراضي بحت بين الطرفين وقد خلق هذا الأساس الذاتي للعقد أوجه ظلم وعدم المساواة بين الطرفين فكان لا بد من تصحيحها من خلال أسس بديلة موضوعية تتمثل في التوجيهية التعاقدية، التضامن التعاقدي، النافع والعادل وهي كذلك نظريات معرضة للانتقاد.

ويستكمل هذا النهج في المسؤولية المدنية والعقد بمفاهيم تنمو بصفة منطقية داخل كل نظرية، سواء كانت ذاتية أو موضوعية، مثل التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، العقد الملزم لجانب واحد، نظرية الظروف الطارئة، الإسناد، وعيوب الإرادة...

لكن فكرة الأساس تظل ضرورية لإضفاء الشرعية على القالب القانوني الموروثة من السياق الاجتماعي والتاريخي لعام 1804 فيما يتعلق بالمسؤولية والعقد.

لكن الأساس لا يزال غير كافٍ لتبرير المستحدثات الجديدة.

---

[1] STARK Boris, op. cit., p. 210.
[2] VINEY Geneviève, op.cit., p. 116.

لهذا السبب تقتصر المسؤولية التقصيرية والعقد على التأرجح بين الذاتية والموضوعية.

ففي المسؤولية التقصيرية، الخطأ كمفهوم أساسي يتطور للتكيف مع التطبيقات المحتملة الجديدة، غير أنه يحدد هذا التطور إلا بالرجوع إلى وصف بسيط من حيث تصنيف الأخطاء في شكل خطأ عمدي، غير عمدي أو جسيم ..

إن تطور الخطأ ليس له معنى واضح سوى تبرير تحسين التعويض للمتضرر ووضعيته. وتدخل المشرع، بعد عام 2005، متجها نحو المذهب الذاتي أو الفردي[1].

وقد أصبح التعسف في استعمال الحق يكل خطأ بموجب المادة 124 مكرراً من القانون المدني الجزائري، في حين أن القانون الفرنسي، كونه تقليدي أكثر يحصره في نظرية فقهية دون التجرأ لتكريسه تشريعياً، ذلك أن مفهوم الخطأ وتقديسه له يجبره على ذلك. وألغيت الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني المتعلقة بمسؤولية الأشخاص عديمي التمييز. وبذلك، فإن المشرع يقتصر على تكريس مسؤولية الشخص المميز وفقاً للفقرة الأولى من نفس المادة.

وعلاوة على ذلك، وضع المشرع المربيين والمعلمين في مواجهة مسؤوليتهم الشخصية بالتخلي عن المسؤولية العامة للدولة.

وفي نفس الصدد، فإن خطأ المادة 124 يعززه خطأ تم اتخاذه كمعيار لقيام نظرية التعسف في استعمال الحق الواردة في المادة 124 مكررا.

[1] SAIDI Mustapha , "Evolution dans le délit civil et le contrat, un bijectivisme perfectible", op. cit., p. 43.

وفي مستهل الحديث، يتضح من المادة 125 أن مفهوم الخطأ يفسح المجال لمفهوم التمييز، وهو مفهوم ذاتي بنفس القدر. وفي المادة 134، تُصاغ المسؤولية عن فعل الغير بعبارات عامة على أساس الالتزام بالرقابة، الذي يشكل الإخلال به خطأ.

لكن في مواجهة هذه النزعة الذاتية، ودون المبالات بشأن المعنى المعطى لتوجهه الذاتي –كما يراه أحد الفقهاء –. يحتفظ المشرع بالمسؤولية الناتجة عن الأشياء الواردة في المادة 138 من القانون المدني، ومسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه مع إدراج بعد عام 2005 مسؤولية المنتج في المادة 140 مكرر.

وفي العقد، فإن مبدأ سلطان الإرادة مكرس دائما في المادة 106 من القانون المدني، ولكن المشرع يتجه نحو تجسيد الموضوعية في العقد بتكريس نظرية الاستغلال وفقا للمادة 90 من القانون المدني. وعلاوة على ذلك، فإنه يسمح أيضا للقاضي في حالة وجود شرط تعسفي بتعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لقواعد العدالة المنصوص عليها في المادة 110 من القانون المدني، وهي قاعدة امرة.

كما يُسمح للقاضي بتخفيض الشرط الجنائي الذي لما يكون التقدير مفرطا وفقًا للمادة 184 من القانون المدني. وكذلك في نظرية الظروف الطارئة وفقا للمادة 107 من القانون المدني فيجوز للقاضي تخفيض من الالتزام الذي أصبح مرهقا، كما أن المشرع كرس التصرف بإرادة منفردة كمصدر للالتزام وفقا للمادة 123 مكررا.

ورغم كل هذا، فإن الأساس، الذي تم التطرق إليه بصفة متعارضة بين الذاتية والموضوعية، لا يزال غير كاف كمرجع تفسيري.

لا يزال المشرع أسيرًا للقالب القانوني الذاتي لعام 1804 في حين أن الأحكام الموضوعية التي تم وضعها في شكل قواعد مختلفة قليلة الاتساق، تشريعية فإنها لا ترقى لفرض نفسها كاتجاه بديل. هذا هو السبب في أن أحد الفقهاء في أطروحته التي قدمها في شكل مساهمة فقهية يهدف فيها إلى استبدال نموذج الأساس بالوظيفة[1].

وفي مواجهة هذا الصراع، يمكن اقتراح نوعين من التوصيات:

– التوصيات المتعلقة بالإشكالية الواردة في مقدمة الأطروحة، وهي:

للإشارة أننا لم نجد أي قانون يكرس الموضوعية كمبدأ عام في مجال التقصيرية والعقد.

فيما يخص المسؤولية التقصيرية:

المادة 124 مكررا من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية ..."، لم يتجرأ المشرع التقليدي (الفرنسي) تكريس التعسف في استعمال الحق تشريعياً كفعل يشكل خطأ، بل يظل موضوع تفسير موضوعي في الحالات التي لا تتناسب مع مسؤولية عن الفعل الشخصي القائمة على الخطأ.

التكريس القانوني لمسؤولية لعديم الأهلية غير المميز كما كانت سابقا الذي تدمج في المادة 125الفقرة2 من القانون المدني قبل التعديل التي تنص على أن " ...غير انه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول

[1] SAIDI Mustapha, Réflexions sur les rapports de droit dans le délit civil et le contrat , op. cit., p. 15.

عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم"، هذه النظرة مكرسة تشريعيا من خلال قوانين موضوعية[1] وكذلك في المادة 164 من القانون المدني المصري. تم إدخال مسؤولية عديم الأهلية غير المميز حتى في نطاق القانون الوضعي الفرنسي بالمفهوم الكلاسيكي.

التكريس التشريعي لمسؤولية الدولة كما كانت سابقا لتحل محل مسؤولية المربيين والمعلمين المادة 135الفقرة2 من القانون المدني قبل التعديل: "... غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين والمربيين..."، وتعتبر هذه المسؤولية الموضوعية حماية ليس فقط للمربيين والمعلمين العاملين في بيئة شديدة الخطورة ولكن أيضًا للمضرورين الذين يواجهون مشاكل إثبات الخطأ.

التكريس التشريعي للمسؤولية الموضوعية عن الأنشطة الخطرة. التي تختلف عن المسؤولية الناشئة عن الأشياء التي تقرر نظامًا يكون فيه حارس الشيء مسؤول عن ذلك الشيء تحت حراسته.

فيما يتعلق بالعقد:

حذف مفهوم سبب العقد، لا يمكن أن يكون المشرع الجزائري من أنصار مفهوم السبب أكثر من المشرع التقليدي (الفرنسي) الذي حذف مصطلح السبب حتى ولو كان يعتبرها استثناء فرنسيا.

[1] Article 2047 alinéa 2 du code civil italien, article 54/2 du code suisse des obligations, article 960 du code civil turc.

أن يكرس قانونا مبدأ التوازن العقدي القائم على المساواة الحقيقية ليحل محل افتراض التوازن في العقد.

- التوصيات المقترحة للبحوث المستقبلية أو خطوط البحث المخصصة للبحوث الأكاديمية:

اقتراح مفهوم الوظيفة[1] التي تقام كنموذج جديد مصحوب بنمط فكري ومفهوم جديد. الهدف هو التحرر من الدوغماتية القانونية الكلاسيكية من أجل تعزيز الهوية القانونية الوطنية.

[1] SAIDI Mustapha, Réflexions sur les rapports de droit dans le délit civil et le contrat, op. cit. p. 25.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القران الكريم

أولا: المصادر

باللغة الأجنبية

1. SCARANO (J), Dictionnaire de droit des obligations, Ellipses, 1999.

ثانيا: المراجع

أ- باللغة العربية

1. الكتب العامة

1. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، ط.6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2014.
2. جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1989.
3. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.
4. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.ط، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2004.
5. سمير عبد السيد سعد تناغو، النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار المعرفة للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 2000.
6. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، القاهرة، 1964.

7. عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، د.ط، البحرين، كلية الحقوق جامعة البحرين، 2012.
8. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2011.
9. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، د.ت.
10. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
11. عبد الهادي فوزي العوضي، النظرية العامة للحق، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
12. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.ط.، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، الجزائر، 2006.
13. علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر،2010.
14. علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، ENAG، الجزائر، 2002.
15. محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2023.

16. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.

17. محمد صبرى السعدى، النظرية العامة للالتزام دراسة مقارنة في القوانين العربية، القسم الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.

18. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، د.ط، الهدى للنشر، الجزائر، 2010.

19. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية،2005.

2. الكتب المتخصصة

1. أشرف محمد رزق قايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الانترنيت، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط.1، جمهورية مصر العربية، 2017.

2. توفيق حسن فرج، نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري، د.ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر ،1966.

3. جميل الشرقاوي، نظرية التصرف القانوني، دط، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956.

4. حسن محمود عبد الدائم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقوانين، دراسة مقارنة، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

5. حمد الكثبور، نظام التعاقد، ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، ط.1، دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج، الدار البيضاء، 1993.

6. زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائرين، د.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
7. سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، د.ط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
8. سليمان أحميه، النظام القانوني لعلاقات العمل في الجزائر–علاقة العمل الفردية–، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
9. عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، د.ط.، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988.
10. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
11. فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق، د.ط، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ت.
12. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد –دارسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2004.
13. محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، دراسة مقارنة، د.ط، جامعة القاهرة، 1970.
14. محمد عبد الرحيم غبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، د.ط، مكتبة زهران للطبع والنشر والتوزيع، 1987.

15. يوسف دلاندة، نظام التعويض عن الاضرار الجسمانية والمادية الناتجة عن حوادث المرور، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2008.

ب- باللغة الأجنبية

1. BACCACHE-GIBEILI (M), *Traité de droit civil, T5, Les obligations: la responsabilité extra-contractuelle, 3ed, catégorie, Economica, Paris, 2010.*

2. CABROL (P) & RIBEYROL (M), *Leçons de droit des obligations, Ellipses, 2018.*

3. CAPITANT (H), Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 1936.

4. CARBONNIER (J), *Droit civil – les obligations, T4, 21e éd., PUF, France, 2000.*

5. CARBONNIER (J), *Droit civil, les obligations, T.2, 4ème éd, PUF, 1964.*

6. COHET (F), *Droit en+ , le contrat, Presse universitaire de Grenoble, Grenoble, 2020.*

7. COHET (F), *Le contrat, presse universitaire de Grenoble, Grenoble, 2020.*

8. CORNU (G), *La linguistique juridique, Delta- Montchrestien, 2em éd, Paris, 2005.*

9. *CORNU (G), Vocabulaire juridique, PUF, 10e éd, Paris, 2019.*

*10.*CUVILLIER (A), *Nouveau vocabulaire philosophique, Armond Colin, Paris, 1956.*

*11.*DAVIES (P), *The development of insurance in London: Lloyd's and the fire office, Oxford university Press, 1987.*

12.DE PAGE (H) & DE PAGE (P), Traité de droit civil belge, TVIII, Vol.1, Bruylant/Lacier-Intersentia, 1er ed, Bruxelles 2021.

13. DELEPLACE (G) & LAVIALLE (C), *Philosophie des lumières et libéralismes, Histoire de la pensée économique, 2e éd. Ed Dunot, Paris, 2017.*

14.DEMOGUE (R), Traité des obligations en général, Libraire Arthur Rousseau, t.VI, Paris, 1923.

15.DESCAMPS (O), Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804, LGDJ, Paris, 2003.

*16.*DRUFFIN-BRICA (S) & HENRY (L), *Droit civil: les obligations, annales 2005, Gualino ed, Paris, 2004.*

*17.*DUBUISSON (B) & QUISTREBERT (Y), *Les dommages de masse, Bruylant, collection du greca, Bruxelles, 2022.*

18.FABRE-MAGNAN (M), Droit des obligations – contrat et engagement unilatéral, PUF, 8e éd, Paris,2020.

*19.*FENET (P), *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil suivi d'une edition de ce code, volum VI , T.XII, Paris, J.,-B Sirey, 1827, (Discours du Tribun).*

20. FLOUR (J) & AUBERT & E. SAVAUX (J), *Droit civil, les obligations II, D. Paris, 2024.*

21.FOUILLEE (A), *La science sociale contemporaine, Hachette, Paris, 1880.*

22. GHESTIN (J), *Le juste et l'utile, APD in le juste et l'utile, p.1, D.1982.*

23.GHESTIN (J), Traité de droit civil, Les obligations- le contrat: formation, 2e éd, Paris, LGDJ, 1988.

*24.*GUEGAN LECUYER (A), *Dommage de masse et responsabilité civile, LGDJ, Paris, 2004.*

25. HAYEK (F), *Le mirage de la justice sociale, PUF, Paris, 1995.*

26.JOSSERAND (L), De la responsabilité des choses inanimées, dans la construction de la responsabilité civile, S.Carval (dir.), PUF, Paris, 2001.

27. KANT (E) trad. PHILONENKO (A), *Les fondements de la métaphysique des moeurs première partie doctrine du droit, VRIN,Paris, 2011.*

28. LAMBERT-FAIVRE (Y), *Le droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, D, 2022.*

*29.*LAPOYADE-DESCHAMPS (C) & SMORACCHINI-ZEIDENBERG (S), *Le droit des obligations, Ellipses, Paris, 2008.*

30. LAPOYADE-DESCHAMPS (C), *Travaux dirigés, le droit des obligations, Ellipses, Paris, 1998.*

*31.*LECOURT (A), *Fiches de droit des obligations, Ellipses, Paris, 2019.*
32. LEQUETTE (Y) & VINEY (G), *Quel avenir pour la responsabilité civile?, D, Paris, 2015.*
33. LEROI (M), *L'évaluation du préjudice corporel, LITEC, Paris, 2000.*
34. LEVY (E), *La confiance, in la vision socialiste du droit, Marcel Giard, Paris, 1926.*
35. LEVY (E), *La confiance, in la vision socialiste du droit, Marcel Giard, Paris, 1926.*
36.MACNEIL (I), The new social Contract: An inquiry into modern Contractual relations, Yale university Press, 1980.
37.MATTEI (J), Le rapport sur la maladie de la 'vache folle', Mission d'information commune de l'assemblée nationale. Rapport numéro 3291,1997.
38.MAZEAUD (D), Essai sur la justice contractuelle, LGDJ, Paris, 2000.
39. MAZEAUD (H) (L) (J) & CHABAS (F), *Leçons de droit civil, obligations, théorie générale, T2, Delta Mont Chrétien, Paris, 1963.*
40. MAZEAUD (H), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome second, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1939.*
*41.*MONSERIE-BON (M), JULIEN (J), *Droit des obligations, ellipses, Paris, 2002.*
42. MONTESQUIEU (C), *De l'esprit des lois, Livre XI, Chapitre VI, "De la constitution d'Angleterre", Classiques Garnier, Paris, 1973.*
43. MOUSSERON (J), *La technique contractuelle, Francis LEFEBVRE, Paris, 1998.*
44. PLANIOL (M), *Traité élémentaire de droit civil, t.2, 12e éd, LGDJ, Paris, 1939.*
*45.*PLANIOL (M), *Traité élémentaire de droit civil, T2 : les obligations, 12e éd, refondue et mise à jour par George Ripert, LGDJ, Paris, 1939.*
46. PORCHY-SIMON (S), *Droit civil 2ème année les obligations, 6e edition, D, 2010.*
47. PORCHY-SIMON (S), *Droit des obligations, 16ème ed, D, 2024.*
48. QUEZEL-AMBRUNAZ (C), *Fiches droit des contrats ,3ème ed, Ellipses. Paris, 2013.*

*49.*RANOUIL (V), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, PUF, paris, 1980.*

50. RENAULT-BRAHINSKY (C), *Droit des obligations, Gualino éditeur, Paris,2003.*

51. RIPERT (G), *Le prix de la douleur, D, Paris, 1948.*

52.SALEILLES (R), Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, A.Rousseau, Paris, 1897.

53. SAVATIER (R), *Traité de la responsabilité civil en droit français, T. I: Principes généraux, 2em éd, Paris, LGDJ, Paris, 1951.*

*54.*SIMLER (T) & LEQUETTES (Y), *Droit des obligations, D. Paris, 2019.*

*55.*STARCK (B), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, éd L. RODTEIN libraire, Paris, 1947.*

56. TERRE (F), *L'utile et l'injuste, Mél. Ghestin, LGDJ, Paris,2001.*

57. ULPIEN (D), *Livre 9, Titre 2 (De Lege Aquilia), dans Corpus Iuris Civilis, compilé sous Justinien, trad. Eugène Petit, Paris, Cotillon, 1891.*

*58.*VIALARD (A), *Droit civil algérien : la responsabilité civile délictuelle, OPU, Alger, 1980.*

59.VINEY (G) & JOURDAIN (P), Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité : dommage, fait générateur, 4e éd, Paris, LGDJ, Paris,2013.

*60.*VINEY (G), *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, deuxième ed, LGDJ, Paris, 2019.*

61. VINEY (G), *Traité de droit civil, introduction à la responsabilité, LGDJ, 3ème ed, Alpha, Paris, 2019.*

62.WINTGEN (R), Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit Français et Allemand, T426, Paris, Bibliothèque de droit privé, 2004.

ثالثا: المقالات العلمية

أ- باللغة العربية

1. إبراهيم بن مختار، التعويض عن الضرر المرتد في القانون الجزائري، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 1، الجزائر، 2021.
2. أحمد بورزق وخديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود. دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، المجلد4، العدد2، جامعة الجلفة، 2019.
3. بطيمي حسين وغزالي نصيرة، طبيعة وأساس الإلتزام بضمان السلامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 13، العدد 13، جامعة الأغواط،2017.
4. بوبكر قارس، دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 4، العدد3، المركز الجامعي باريكة، 2021.
5. بوزيد عدنان ونضيرة قماري بن ددوش، تفسير عبارات العقد على ضوء رقابة المحكمة العليا، الحوار المتوسطي، مجلد12، العدد3، جامعة سيدي بلعباس، 2020.
6. بوصري محمد بلقاسم، الغلط والتدليس في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 2، جامعة الجلفة، 2022.
7. بومدين محمد، المسؤولية عن تعويض أضرار حوادث المرور بين القانون المدني وقانون إلزامية التأمين على السيارات، مجلة القانون والمجتمع، المجلد1، العدد1، جامعة أدرار، 2013.

8. تواتي باسمة وعثماني بلال، القوة الملزمة للعقد ضمان الأمن القانوني للعقد، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد6، العدد2، جامعة الأغواط، 2022.

9. جيلالي بن عيسى وبن قردي أمين، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة القانونية للبحوث والعلوم الاجتماعية، المجلد1، العدد1، المركز الجامعي إيليزي، 2019.

10. حزام فتيحة، قراءة في الأحكام الخاصة للمسؤولية عن الحريق على ضوء القانون 19-02 المتعلق بالقواعد العامة للوقاية من أخطار الحريق والفزع، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 31، العدد 4، جامعة قسنطينة، 2020.

11. حسن حنتوش ورشيد الحسناوي، التعويض عن الضرر المتغير في المسؤولية التقصيرية، مجلة جامعة كربلاء، المجلد 5، العدد 2، جامعة بغداد، 2007.

12. رايحي بن عليه، خصوصية نظام التعويض عن حوادث العمل، مجلة التراث، المجلد7، العدد2، جامعة الجلفة، 2017.

13. رايس محمد، إثبات المسؤولية الطبية، المجلة الدورية الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد0، ديسمبر2005، نشر ابن خلدون، تلمسان، 2005.

14. رايس محمد، المسؤولية المدنية للمحامي، مجلة الحقوق، المجلد39، العدد3، جامعة الكويت، 2015.

15. ربيعة ناصيري، سلطة القاضي في التعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد9، العدد1، جامعة مستغانم، 2021.

16. سامية قلوشة، نظرية الظروف الطارئة وأحكامها، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد7، العدد1، جامعة الأغواط، 2013.

17. سعيدي إكرام نهال، مساهمة في فكرة جمود لعقد، مجلة القانون، المجلد 11، العدد1، جامعة غليزان، 2022.

18. سلمى الهادي وشهيدة قادة، أحكام الضرر ضمن أليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد7، العدد2، جامعة غرداية، 2014.

19. سلمى الهادي، دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 6، العدد1، جامعة تيسمسيلت ،2015.

20. شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد46، عدد3، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2009.

21. عائشة مفلح وأحمد بوزيد، نظرية الظروف الطارئة، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، جامعة القاهرة، المجلد9، العدد13، 2021.

22. عبد الرحمان حديبي، سلطة القاضي في عقد الإذعان –دراسة مقارنة– المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، المجلد 14، العدد 02، 2023.

23. عبد الرؤوف دبابش وحملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد16، العدد 2، جامعة بسكرة، 2016.

24. العربي بن قسمية، أثر إلغاء الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني الجزائري على تحديد أساس المسؤولية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد6، العدد1، جامعة الأغواط، 2022.

25. عزوز عبد الحميد وحليس لخضر، مكانة الإرادة المنفردة في مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري قبل وبعد تعديل 2005، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، المجلد 9، العدد2، 2023.

26. عسالي عرعارة، تفويت الفرصة في القانون المدني مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد7، العدد3، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون الجزائر، 2022.

27. عليان عدة، مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد–دراسة مقارنة–، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 50، عدد 3، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2013.

28. عيسى لحاق، إجراءات حصول ضحايا حوادث المرور على تعويض، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد 1، العدد1، جامعة الأغواط، 2012.

29. فرقاني قويدر نور الإسلام، استحقاق الشرط الجزائي وحدود سلطة القاضي في تعديله، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 7، العدد 2، جامعة باتنة، 2020.

30. قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، جامعة المسيلة، 2019.

31. قتال حمزة، الإرادة المنفردة مصدر للإلتزام بين الرفض والتأييد، مجلة معارف: قسم علوم قانونية، السنة السابعة، العدد 15، جامعة البويرة، 2013.

32. قصاص عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، المجلد 2، العدد 2، جامعة أدرار، 2018.

33. قوسم ياسمين وفارة سماح، نظرية المخاطر وتأثيرها على الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد7، العدد 3، جامعة الجلفة، 2022.

34. لعشاش محمد، مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 6، العدد3، جامعة الجلفة، 2021.

35. محمد بن السايح، التراضي كمكون أساسي للعقد بين الفقه الإسلامي وبعض القوانين المدنية، مجلة الدراسات الإسلامية، دورية محكمة، عدد6، جامعة الأغواط، 2016.

36. محمد حسناوي، مستقبل الضرر في ظل توسع الأضرار –الضرر البيئي نموذجا–، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد7، العدد2، جامعة الجزائر، 2023.

37. مدان المهدي، المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، مجلة معارف للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد02، العدد03، جامعة الجزائر، 2021.

38. مسعود ختير وعبد القادر عزيزي، مسؤولية المنتج عن منتجانه في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 7 المجلد1، جامعة المسيلة، 2017.

39. مسعودي عبد الرحيم وشهيدة قادة، التأمين على المسؤولية المدنية. أي مسار؟، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد8، العدد1، جامعة سعيدة، ماي 2021.

40. مصطفى بوبكر، أحكام مسؤولية المنتج في القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 2، جامعة البليدة، 2016.

41. معتصم بالله الغرياني، دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون، مجلة الدراسات القانونية، جامعة تلمسان، العدد4، 2007.

42. معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2، العدد 2، جامعة المسيلة، 2017.

43. مغني دليلة، نظام تعويض الأضرار الجسمانية الناتجة عن حوادث المرور، مجلة الحقيقة، العدد 26، جامعة أدرار، 2013.

44. ميسوم فضيلة، الطبيعة القانونية لتأمين المسؤولية المدنية، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد9، العدد27، جامعة الجزائر، 2017.

45. يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد30، العدد2، جامعة قسنطينة، 2019.

46. يوسفي كهينة، التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد01، جامعة تيندوف،2019.

ب- باللغة الأجنبية

1. BAKCH (E), *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civil en droit français, RTDciv, Paris, 1977.*
2. BARAME (W) & FRISON-ROCHE (M), *La justice, l'obligation impossible, Séries morales, Paris, 1994.*
3. BARRY (N), *Introduction au droit romain, trad. française de Sylvie Mouton, Paris, LGDJ, coll. « Droit privé », 1997.*
4. *BELHADJ (L), La responsabilité du fait des choses inanimés dans le droit civil algérien, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques , vol.29, Alger, 1991.*
5. BENDEDDOUCHE (J), *Déclaration de volonté et formation du contrat en droit Algérien, RASJP, économiques et politiques, Vol.18. N°1, Alger 1981.*
6. BROUSSEAU (E), *Contrat et comportement coopératif : le cas des relations inter-entreprise in « coopération entre les entreprises et l'organisation industrielle » sous la direction de JL.RAVIX, citation C.L.MENARD, comportement relationnel et coopération : le dilemme organisationnel, cahiers d'économie politique, vol.24-25,Paris.*
7. BROWNSWORD (R), *From co-operative contracting to a contract of co-operation in D.CAMPBEL & P.VINCENT-JONES, contract and Economic Organisation, vol.24, n.3, Paris, 1997.*
8. CHABAS (F), *Cent ans de responsabilité civile, Gaz.Pa.24, Paris, Aout 2000.*
9. CHABAS (F*), La réforme de la clause pénal, receuil Dalloz sirey, Paris, 1976.*

10. CHAHATA (C), *Volonté réelle et volonté déclarée dans le nouveau code égyptien, revue internationale de droit comparée, Paris, 1954.*
11. CHARPENTIER (E*), Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/ consensualisme, Les cahiers de droit, V.43, N2, Canada, 2002.*
12. CHARTIER (Y), *La réparation du préjudice, Revue internationale comparé, Paris, 1984.*
13. CHONE-GRIMALDI (A), *Le préjudice dans la réforme de la responsabilité civile : observation article par article, GP, n°17, Paris, 2017.*
14. Cinq arrêts Gabillet, Derguini, Lemaire, Fullenwarth, Djouab, Ass.plén., 9mai 1984, D.1984.525, concl, notes Chabas: *JCP 1984.ll.20255, note Dejean de la Bâterie ; RTDciv, Paris,1984.*
15. *DESCAMPS (O), La responsabilité civil, histoire de la justice, 2009/1, n°19, Paris, 2009.*
16. DUGUE (M), *La definition de la faute civile, Revue des contrats, numéro 4, décembre 2019, Lextenso, Paris, 2019.*
17. GHESTIN (J), *La distinction entre les parties et les tiers, JCP, Paris,1992*
18. GHESTIN (J), *Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'économie industrielle, n°92, Paris, 2000.*
19. GHESTIN (J), *Le contrat en tant qu'échange économique, revue d'économie industrielle, Paris, 2000/92.*
20. GNZGOREXYK (C) & STUDNICKI (T), *Les rapports entre la norme et la loi, Archives de philosophie du droit: Langage du droit, t.19, paris Sirey, 1974.*
21. *GREGOIRE (M), L'obligation de collaboration dans les contrats relationnels : mythe et préjugés, Revue juridique Thémis, Université de Montréal, vol.57, n°2, Canada, 2023.*
22. *JOSSERAND (L), Le contrat dirigé , in Dalloz Héritage, Paris, 1933.*
23. JOURDAIN (P), *Sur la perte de chance, RTdciv, Paris, 1992.*

24. KHIAR LAHLOU (G), *Quelques remarques à propos de l'ouvrage du professeur Hassanaine, RASJEP, n°1, Alger, mars 1988.*
25. KOTOV TCHKINE (X), *Le certain en droit civil, LPA, Paris, 1999.*
26. LAMBERT-FAIVRE (Y*), L'éthique de la responsabilité, RTDciv, Paris, 1998.*
27. LAPOYADE-DESCHAMPS (C), *La réparation du préjudice économique pure en droit français, R.I.D.C, Paris, 1998.*
28. LE BOURG (J) & QUEZEL-AMBRUNAZ (C), *Sens et non-sens de la responsabilité civile, CDPPOC, Poitiers, 2018.*
29. LEFEBRE (B), *La justice contractuelle, mythe ou réalité ?, Les cahiers de droit, V.37, N°1, Paris, 1996.*
30. *LEQUETTE (Y), La fonction sociale du contrat, in Mélange François Terré, Paris, D, 1999.*
31. MAZEAUD (H) (L) (J), *Le droit des obligations, T II, 6ed, revue internationale de droit comparé, Paris, 1958.*
32. MAZEAUD (H), *La distension du lien de causalité a des limites, recueil Dalloz, Paris, 2004.*
33. MAZEAUD (H), *La faute objective et la responsabilité sans faute, D. Paris, 1985.*
34. MAZEAUD (H), *La réduction des obligations contractuelles, Droit et patrimoine, n°58, Paris, Mars 1998.*
35. MILLARD (E), *Hauriou et la théorie de l'institution, Droit et société, Paris, 1995.*
36. MONEBOULOU MINKADA (H), *La question de la définition du contrat en droit privé, juridical tribune, Vol.4, Issue.1, Roumanie, 2014.*
37. MOUSSERON (J), *la gestion des risques , RTDC, Paris, 1988.*
38. *PEDAMON (C), The paradoxe of the theory of imprevision in the new French law of contract: a judicial deterrent? , Amicus Curiae, Issue 112, Londres, Winter 2017.*

39. PORCHY-SIMON (S*), L'indemnisation des préjudices d'angoisse en droit français, Revue générale de droit, V.50, N.2, Paris, 2020.*
40. RADE (C), *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, Recueil D, 32e Cahier, Chronique, Paris, 1998.*
41. RADE (C), *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, Dalloz, Paris, 1998, Chron.301.*
42. RADE (C), *Refléxions sur les fondements de la responsabilité civile, D, 1999.*
43. REVET (T), *La récéption du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat, Revue des contrats 2, Paris, Juin 2019.*
44. ROUHETTE (G), *D'une faute l'autre?, Revue française de théorie juridique, n°5, PUF, Paris, 1987.*
45. SAIDI (M), *Le délit civil et le contrat dans le code civil évolution « bijectiviste » perfectible, annales de l'université d'Alger, Vol.30, Num.3, Alger, 2016.*
46. SOULIMANE (A), *Observations à propos des remarques concernant l'ouvrage du professeur Hassanaine, RASJEP, n°1, Alger, mars 1990.*
47. SUNAGO (J), *L'utilité et le juste dans le contrat, revue journal de l'université hosei, Vol28, n°3-4, Tokyo, 1985.*
48. Terré (F), *Propos sur la responsabilité civil, Arch. phil. droit., Paris, 1977*
49. TUNC (A), *La sécurité routière, Esquisse d'une loi sur les accidents de circulation, Revue internationale de droit comparé, 18eme année, numéro 4, Paris, 1966.*
50. VASSEUR (M), *Nouvel essor du concept contractuel, les aspects juridiques de l'économie concerté et contractuelle, RTDciv, Paris, 1964.*
51. VINCENT-LEGOUX (M), *l'ordre public et le contrat, étude de droit comparé interne, Arch. Phil. Droit 58, Paris, 2005.*
52. VINEY (G), *De la responsabilité individuelle à la répartition des risques, archives philosophie du droit, Paris, 1977.*

53. *WATT Horatia Muir, Du contrat relationnel , in Traveaux de l'association Henri Capitant- les "corporations", le droit et la justice, D, Paris, 2001.*
54. ZERGUINE (R), *Considération sur la responsabilité de droit commun du constructeur, RASJEP, n° 2, vol.24, Alger, mars 1986.*

ثالثا: الرسائل العلمية

أ- باللغة العربية

1. بكر عبد السعيد أبوطالب، أزمة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة مدينة السادات، 2020.
2. بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة الدكتوراه، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014.
3. بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007/2008.
4. سعيدي إكرام نهال، الأفعال المنشأة في مسؤولية حارس الشيء ومسؤولية المنتج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص (تخصص قانون قضائي)، 2019-2020.
5. شارف بن يحيى، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، مذكرة الماجستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009-2010.
6. عسالي عرعارة، نظرية الإستغلال، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون الجزائر،1998.

7. عيساوي رجاء، سلطة القاضي في إحداث التوازن العقدي، أطروحة الدكتوراه ل.م.د في القانون، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2021-2022.

8. قجالي مراد، مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجيستر في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2003-2004.

9. محمد بن حمار، الضرر المرتد في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة البليدة2 علي لونيسي، 2022-2023.

10. نسير رفيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.

ب- باللغة الأجنبية

1. BENALI (F), La commande (EL QIRAD) en droit musulman, *Thèse pour le doctorat, présentée et soutenue devant la faculté de droit de Lyon* le 30 Juin 1910, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910.
2. DE LA MOUTE (M), *L'acte juridique unilatéral, thèse, paris, 1995.*
3. FLIPO (O), *Le lien contractuel, thèse de doctorat en droit, Thèse Dactyl, Orléans, 2001.*
4. *GOUNOT (E), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse de doctorat, Université de bourgogne, France, 1912.*
5. GRARE (C), *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation, nouvelle bibliothèque des thèses, D, Paris, 2005.*

6. JACOMINO (F), *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel, entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, Thèse de doctorat, CNRS, Paris, 2018.*
7. MORIN TRUDELLE (A), *Le préjudice de l'anxiété, Thèse de doctorat de Droit privé, Université d'Angers, 2022.*
8. OUERDANE-AUBERT DEVINCELLE (C), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, nouvelle bibliothèque de thèses, D.Paris, 2002.*
9. *POURGHON (R), La justice contractuelle à l'épreuve du contrat d'adhésion: vers un croisement des formes de justice commutative et distributive, Thèse de doctorat, Université de Lille, 2022.*

رابعا: المؤتمرات

1. باللغة العربية

1. شهيدة قادة، بن طرية معمر، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج وإشكالية اليسر المالي، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك "مشكلات المسؤولية المدنية"، جامعة أدرار، يومي 09-10 ديسمبر 2015.

2. العرباوي نبيل صالح، التأمين من المسؤولية وعلاقة التأمين بالمسؤولية وتأثير تأمين المسؤولية على نظام المسؤولية المدنية، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك "مشكلات المسؤولية المدنية"، يومي 09-10 ديسمبر 2015.

2.باللغة الأجنبية

1. BORY (J), *in liberté contractuelle, justice contractuelle ?, 4 mars 2022, université de genève.*
2. DELEBEQUES (P), *La reforme des conttrats :quelles innovatios ? , in le code civil, quarante ans après!, colloque international à Alger, 24 et 25 octobre 2016.*
3. JESTAG (P), *Rapport de synthèse, quel contrat pour demain ?, in la nouvelle crise du contrat.D, 2003.*
4. LACORDAIRE (D), *Conférences de Notre-Dame de paris, Paris, 1872, éd. Poussielgue frères, T.III, 52ème conférence, spéc.*
5. MAZEAUD (D), *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque -t- on pas d'aller trop loin?, in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003.*
6. VINEY (G), *Pour ou contre un "principe général" de responsabilité pour faute ? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens, in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala, Litec.*

خامسا: النصوص القانونية

*** القوانين**

1. القانون 83-15 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، المؤرخ في 02 يوليو 1983.
2. قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل سنة 1990، يتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية عدد 17 صادر في 25 أبريل سنة 1990.
3. قانون رقم 03-10، الذي تم إصداره في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية، عدد 43، صادر في 20 يوليو سنة 2003، معدل ومتمم.
4. قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44.
5. القانون رقم04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004.
6. القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد15 الصادرة في 8 مارس 2009.
7. القانون رقم 04-16 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرقات وسلامة أمنها معدل ومتمم بالقانون رقم09-03 المؤرخ في 2009/07/22.

8. قانون رقم 83-12 مؤرخ في 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بالتقاعد، الجريدة الرسمية الصادرة 2 يوليو سنة 1983.

9. قانون رقم 83-13 مؤرخ في 02 يوليو سنة 1983 يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 رمضان عام 1403هـ.

10. قانون رقم 83-13 مؤرخ في 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية الصادرة في 2يوليو 1983.

*** الأوامر**

1. الأمر 75-15 الصادر بتاريخ 30 جانفي1974 المتعلق بإلزامية التأمين عن السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 19 فيفري 1974.

2. الأمر 95-07 المتعلق بالتأمين، الصادر في 1995/01/25، الجريدة الرسمية، العدد 13، الصادرة في 8 مارس 1995.

3. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية، السنة الثانية عشر، العدد75، الصادر ب30 سبتمبر 1975.

*** المراسيم**

1. مرسوم تنفيذي رقم 04-103 المؤرخ في 5 أفريل 2004، المتضمن إنشاء صندوق ضمان السيارات وقانونه الأساسي، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادر في 7 أفريل 2004.

2. مرسوم رقم 80-34 المتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 7 من الأمر 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.

1- النصوص القانونية الأجنبية

1. Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.
2. Projet de réforme de la responsibilité civile, présenté de 13 mars 2017 par Jean-jaques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

سادسا: المواقع الالكترونية

مقالات منشورة عبر المواقع الالكترونية

أ- باللغة العربية

1. Plateforme pédagogique de l'université sétif2, ، خلو الإرادة من العيوب، المحاضرة الرابعة،2017/03/13. www.univ-setif2.dz
2. عبد الحميد ساسان، "دعوى المنافسة غير المشروعة"، مدونة قانونية، 2012، الرابط: dr-sassane.over-blog.com.

ب- باللغة الأجنبية

1. Abus de droit, Gouvernement du canada, 14/10/2020, https://www.noslangues-ourlanguages.gc.ca/fr/juridictionnaire/abus-de-droit, 20/02/2022.
2. BANDE (A) & BOURDOISEAU (J), Le droit dans tous ses états, article de Aurélien Bandé, Droit de la responsabilité, Droit des obligations, Publié le 8/11/2016. Site
3. DESCAMPS (O), l'article 1382 du code civil : les origines de la responsabilité civile, ministère de la justice. Disponible sur Article 1382 du code civil : les origines de la responsabilité civile - YouTube.

4. Doc du juriste, le respect de la parole donnée, site : www.doc-du-juriste.com, publié le:13/05/2012.
5. WIRTSCHAFTSLEXIKON (G), "Unerlaubte Handlung" Malte stofen, consulté le 15/09/2024, URL : https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/unerlaubte-handlung-5086 .

سادسا: قرارات قضائية:

أ. باللغة العربية

1. محكمة النقض المصرية، القرار الصادر في 1962/11/14، معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، منشأة المعارف.
2. محكمة النقض المصرية، القرار الصادر في 1968/12/05، معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، منشأة المعارف.
3. المحكمة العليا، قرار رقم 30958، 30 مارس 1983، مجلة الإجتهاد القضائي.
4. المحكمة العليا 6 مارس 1985، قرار رقم 34034 (غير منشور).
5. المحكمة العليا، 18 نوفمبر 1986.قرار رقم 46297 (غير منشور).
6. المحكمة العليا، القرار 49174، الصادر في1987/06/17، 1990، العدد3.
7. المحكمة العليا، القرار رقم 49339 الصادر بتاريخ 14-11-1988، م.ق، 1990، العدد4.
8. المحكمة العليا، القرار رقم 73606، الصادر في 1997/10/08، المجلة القضائية، 1998.
9. المحكمة العليا، قرار رقم 76722بتاريخ 1997/10/20، المجلة القضائية، العدد4، 1992.

10. المحكمة العليا، القرار المؤرخ في 2001/09/04، مجلة المحكمة العليا، العدد2، سنة 2004.

11. المحكمة العليا، القرار رقم 372290 صادر بتاريخ 2016/11/15، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007.

12. المحكمة العليا، القرار رقم 1138480 الصادر في تاريخ 2017/11/22.

13. المحكمة العليا، القرار رقم 1177340 الصادر بتاريخ 22-03-2018.

ب.باللغة الأجنبية

1. Arrêt Angers, 13/11/1957, Dalloz, 1957.
2. Arrêt 1ère chambre civil du 30 avril 2014.
3. Arrêt de principe, chambres réunies du 25/11/1964, D, 1964.
4. Arrêt du 27/02/1970, D, 1970.
5. Ass.plén.6 févr.1976, JCP 1976. II. 18481.
6. cas Civ 04/01/1957 Dalloz, 1957.
7. Cass civ 1ère, 27/03/1973, n71-14-587. ; JCP 1974. II, 17643, note, SAVATIER
8. Cass, Ch. civile 2,9 mai 1984, n°82-16.073, Bull. civ. II, n°83, affaire Lemaire.
9. Cass, deuxième ch civ, 1/04/1965, bull. civ, n°336.
10. Cass,crim, 19/10/1999, Defrenois, 2000.
11. Cass. Arrêt de la 2e chambre civile, 11 juillet 2024, n°23-10.068
12. Cass. Civ, 3em, 26/04/2002, et Civ, 1ère, 18/09/2002, JCP, partie.2, 2008.
13. Cass. Civ. 21 novembre 1911, GAJC, vol.2.
14. Cass. civ. 2e, Levert 10 mai 2001, JCP éd. G, 2002, I, 124, n° 20, obs. Viney, RTD civ., 2001, p. 601, obs. Jourdain
15. Cass., sect. réun., 2févr. 1808, GAJC, vol. 2. N°160.
16. Cass.com, 01/07/2008, n°07-14741.

17. Cass.com., 352000, D, 2001.
18. Cass.crim, 15/01/2020, n°17-27773.
19. Cass.V. not. Civ. 1ere, 11 mai2022, n20-622.210.
20. Civ. première ch, 16/06/1998, D, 1998.
21. Civ.15 avril 1872, CAJC, vol.2, n°161 .
22. Civ.1er, 16mai 1995, D, 1995, 349.
23. Civ.2, 22/01/1994, D, 1996.
24. Com, 20/07/1983, D, 1984, 422.
25. Com, 20/07/1983, D, 1984. 442.
26. Com, 5/3/1974, D, 1974, som. 77.
27. Crim,3/04/1978, JCP.1979, II, 19168.
28. Crim,3/11/1983, JCP, 1985, II, 20360.

الفهرس

الفهرس:

مقدمة..... 1

الباب الأول: الأساس في المسؤولية التقصيرية 14

الفصل الأول: الأساس الذاتي للمسؤولية التقصيرية 17

المبحث الأول: مكانة الخطأ في المسؤولية التقصيرية 18

المطلب الأول: ضرورة الخطأ كأساس 18

الفرع الأول: ديمومة الخطأ كأساس 18

الفرع الثاني: تجديد فكرة الخطأ 26

المطلب الثاني: الخطأ كركن 31

الفرع الأول: العلاقة بين الخطأ والضرر 31

الفرع الثاني: تأثير الخطأ على العلاقة السببية. 51

المبحث الثاني: تكريس المسؤولية التقصيرية الذاتية في القانون المدني الجزائري 61

المطلب الأول: الخطأ والمسؤولية الذاتية الأصلية 62

الفرع الأول: الخطأ والمسؤولية عن الفعل الشخصي..... 63

الفرع الثاني: المسؤولية الناتجة عن الحريق..... 98

المطلب الثاني: المسؤولية بالانتساب 102

الفرع الأول: المسؤولية عن فعل الغير..... 102

الفرع الثاني: المسؤولية الناتجة عن تهدم البناء 106

الفصل الثاني: الأساس الموضوعي للمسؤولية التقصيرية 109

المبحث الأول: ظهور المسؤولية الموضوعية..... 110

المطلب الأول: الأسس البديلة 110

الفرع الأول: النظريات الجديدة 111
الفرع الثاني: الاعتماد على تقنية التأمين..... 116
المطلب الثاني: نظام التعويض التلقائي..... 118
الفرع الأول: حوادث المرور 119
الفرع الثاني: حوادث العمل 125
المبحث الثاني: تكريس المسؤولية الموضوعية في القانون المدني 128
المطلب الأول: تدخل الشيء أو العيب في المنتوج..... 129
الفرع الأول: مسؤولية حارس الشيء 129
الفرع الثاني: مسؤولية المنتج 134
المطلب الثاني: الفعل غير الخاطئ المنسب إلى نشاط الشخص.. 143
الفرع الأول: فعل التابع 143
الفرع الثاني: مضار الجوار 147
الباب الثاني: الأساس في العقد 151
الفصل الأول: الأساس الذاتي في العقد 153
المبحث الأول: ضرورة الذاتية في العقد 154
المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة كأساس العقد 154
الفرع الأول: عقيدة مبدأ سلطان الإرادة..... 155
الفرع الثاني: تراجع عقيدة مبدأ سلطان الإرادة 160
المطلب الثاني: المبادئ العقدية 164
الفرع الأول: خلال مرحلة تكوين العقد 164
الفرع الثاني: خلال مرحلة تنفيذ العقد 170
المبحث الثاني: عدم كفاية الذاتية في العقد 178

المطلب الأول: الحماية التقليدية للمتعاقدين..... 178
الفرع الأول: الحماية التقليدية للتراضي 179
الفرع الثاني: التوازن المفترض في العقد 185
المطلب الثاني: دور القاضي..... 193
الفرع الأول: التفسير الذاتي للعقد..... 193
الفرع الثاني: التفسير الموضوعي للعقد..... 199
الفصل الثاني: الأساس الموضوعي للعقد 204
المبحث الأول: ضرورة موضوعية العقد 206
المطلب الأول: الأسس البديلة في القضاء والفقه 206
الفرع الأول: النظريات الحديثة..... 206
الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة للنظريات..... 214
المطلب الثاني: موضوعية العقد في القانون المدني..... 220
الفرع الأول: تجسيد للموضوعية في العقد : الإرادة المنفردة 220
الفرع الثاني: الحيل التشريعية المخففة للذاتية 223
المبحث الثاني: عدم كفاية الموضوعية في العقد 230
المطلب الأول: سلطة الإنقاص من الالتزام..... 230
الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة 230
الفرع الثاني: الشرط الجزائي..... 235
المطلب الثاني: سلطة الإنقاص أو التعديل 249
الفرع الأول: الاستغلال المادة 90 من القانون المدني..... 250
الفرع الثاني: عقد الإذعان 254
الخاتمة..... **258**

قائمة المصادر والمراجع 266
الفهرس 295

الملخص

الأساس يجعل من الممكن تبرير المسؤولية التقصيرية والعقد من الناحية ما وراء قانونية، الذي كرس في القانون المدني المراد منه أن يكون أبديا، والقائم على أساس الخطأ ومبدأ سلطان الإرادة التي تطبق كعقائد وهذا في شكل صراع دائم بين الذاتية والموضوعية ذلك دون أن تتمكن من فرض نفسها كنظام بديل، فإن الموضوعية تقوم بمواجهة الذاتية. الاعتماد على الذاتية من الناحية الكلاسيكية، تؤدي إلى ازمة مفاهيمية بينما الموضوعية تستخدم المفاهيم أكثر تكيفًا مع الحقائق والمستحدثات الجديدة. في الأخير، لا يزال الإطار التفسيري للمسؤولية التقصيرية والعقد المتقلب بين الذاتية والموضوعية غير قابل للتصحيح.

الكلمات المفتاحية: الأساس، المسؤولية التقصيرية، العقد، الذاتية، الموضوعية.

Résumé

Le fondement permet de justifier méta-juridiquement la responsabilité délictuelle et le contrat, consacré dans un code civil voulue éternel et reposant sur la faute et l'autonomie de la volonté appliqués comme des dogmes sous forme d'une conflictualité permanente entre subjectivisme et objectivisme sans parvenir à s'imposer comme système alternatif, l'objectivisme se dresse face au subjectivisme. Le tout subjectivisme, classiquement, conduis à une impasse conceptuelle alors que l'objectivisme instrumentalise des notions plus adaptées aux réalités nouvelles. Enfin, le cadre explicatif de la responsabilité délictuelle et le contrat oscillant entre subjectivisme et objectivisme reste non corrigible.

Mots clés : le fondement, responsabilité délictuelle, contrat, subjectivisme, objectivisme.

Abstract

The foundation makes it possible to justify meta-legally the tort liability and the contract, enshrined in an eternal-willed civil code, based on the fault and the autonomy of the will. applied as dogmas in the form of a permanent conflict between subjectivism and objectivism without managing to impose itself as an alternative system, objectivism stands in the face of subjectivism. All subjectivism, classically, leads to a conceptual impasse while objectivism instrumentalizes notions more adapted to new realities. Finally, the explanatory framework for delict liability and the contract oscillating between subjectivism and objectivism remain uncorrectable.

Key words: foundation, tort, contract, subjectivism, objectivism.