Université d'Alger 1 Benyoucef BENKHEDDA

Vice rectorat de la formation supérieure de doctorat LMD, de l'habilitation universitaire, de la recherche scientifique et de la formation supérieure de post-graduation

Colloque international

Alger 24 & 25 Octobre 2016

LE CODE CIVIL,

QUARANTE ANS APRES !

Numéro spécial des Annales de l'Université **Nº: 05/2016**

Les Annales de l'université d'Alger 1
Numéro spécial

Colloque international

LE CODE CIVIL, QUARANTE ANS APRES !

24 & 25 Octobre 2016

Sous Le patronage du Professeur ***Hamid BENCHENITI***
Recteur de l'université d'Alger 1

Sous la direction du Professeur ***Ali FILALI***

Réalisation
Chahinez BELOUAHCHI

Comité scientifique

Ali FILALI:	Professeur, Université d'Alger 1
Ghanima LAHLOU-KHIAR:	Professeur, Université d'Alger 1
Slimane MOHAMADI:	Professeur, Université d'Alger 1
Dehbia HAMEG:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Farida OUARAB:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Radia AMOKRANE:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Hayette HAMI:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Arara ASSALI:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Chaouki BENNASSI:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Lila KERACHE:	Maître de conférences, Université d'Alger 1

Secrétariat technique

Athmane DCHAICHA:	Maître de conférences, Université d'Alger 1
Ahmed BOUALILI:	Maître-assistant, Université d'Alger 1
Farida MOSTEFA-KARA:	Maître assistante, Université d'Alger 1

Comité d'organisation

Ali HARRATI:	Chef du service de la post graduation
Chahinez BELOUAHCHI:	Ingénieur d'Etat en informatique
Mimi AIOUAZ:	Chargée de l'habilitation universitaire
Lamia IZGUEUR:	Chargé des projets de recherche
Mohamed HANIFI:	Chargé des laboratoires de recherche

SOMMAIRE

Problématique 03

Ali BENCHENEB
Le code civil au prisme du droit constitutionnel algérien 10

Mustapha SAIDI
Le délit civil et le contrat dans le code civil évolution « bijectiviste » perfectible 35

Ghenima LAHLOU-KHIAR
Pour une refonte du droit de l'indemnisation 47

Clotilde JOURDAIN-FORTIER
Vers de nouvelles fonctions de la responsabilité civile ? perspectives d'évolution de la responsabilité civile en droits français et algérien 86

Mahmoud MOHAMED SALAH
Le code mauritanien des obligations et des contrats : un code hybride ? 108

Ali FILALI
Le projet de code civil arabe unifie : entre modernité et authenticité 137

Rémy CABRILLAC
La recodification civile en France 192

Philippe DELEBECQUE
La réforme des contrats : quelles innovations ? 206

Fethi GEDIKLI
The voyage of civil code of turkey from majalla to the present day 217

Salima OUARAB
Le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit : l'obligation de securite 230

Tayeb ZEROUTI
Traduction: Salima OUARAB / Narimane MESSAOUD-BOUREGHDA
Le mariage mixte dans la jurisprudence algérienne 243

Problématique

Le code civil a été promulgué à un moment où l'Algérie aspirait à l'édification de la société socialiste. La réalisation d'un tel projet nécessite, bien évidemment, un changement radical dans l'organisation des relations au sein de la société, du moment qu'il est question d'une nouvelle idéologie. Or, il est unanimement admis que de tels changements, sont l'œuvre de politiciens, épris de nouvelles idées révolutionnaires.

L'élaboration du code civil n'a pas obéit aux procédures en cours pour l'élaboration des lois importantes, tendant à l'édification de la société socialiste (telles les ordonnances portant révolution agraire et gestion socialiste des entreprises). Les projets de loi étaient, en effet, débattus au sein du parti FLN, considéré comme le parti d'avant-garde avant d'être approuvés par le Conseil de la révolution en tant qu'Autorité révolutionnaire suprême.

La préparation du code civil a été confiée à une commission composée de professionnels du droit, choisis beaucoup plus pour leurs compétences théoriques et pratiques, que pour leur engagement politique.

S'agissant de la promulgation d'un nouveau code, celui-ci se doit d'être moderne, d'actualité et de répondre de toute évidence aux attentes de la société, compte tenu des nouvelles orientations politiques et de l'évolution de la pensée juridique. D'ailleurs, c'est ce que révèle le document intitulé « Exposé des motifs du projet d'ordonnance portant code civil »[1] dans un de ses passages: «*Il restait cependant à compléter cet important édifice par l'adoption d'un code civil dont l'inspiration devait être recherchée dans nos*

[1]- Ce document élaboré sous le timbre du Ministère de la justice, non daté et non signé est disponible au niveau de la bibliothèque de la faculté de droit d'Alger sous la référence PR/1998.

valeurs arabo-islamiques ainsi que les apports positifs du monde moderne dans lequel évolue notre société»[2].

Ces nouvelles orientations ont d'ailleurs retenu l'attention du législateur avant même la promulgation du code civil. La réparation des dommages causés par les accidents du travail et ceux de la route était considérée, à l'époque, parmi les questions les plus préoccupantes pour la société. Et c'est ainsi que deux ordonnances ont été prises pour pallier à cette situation ; il s'agit de l'ordonnance n°66-183 du 21 juin 1966, portant réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles et de l'ordonnance n°74-15 du 30 janvier 1974, relative à l'obligation d'assurance des véhicules automobiles et au régime de l'indemnisation.

Pour rappel, notons aussi, que l'évolution de la société a eu un grand impact sur le principe dit de l'autonomie de la volonté, considéré comme la pierre angulaire du droit civil français. C'est par rapport au doute qui s'est installé autour de son postulat à savoir l'égalité et l'autonomie des sujets de droit, que ce principe a commencé à régresser. Et c'est à la faveur de ces circonstances que l'Etat interventionniste a pris le relai de l'Etat gendarme, que la conception objective a émergé au coté de la conception subjective, que sont apparus les phénomènes dits de socialisation et publicisation du contrat etc.

C'est également dans ce même ordre d'idée, qu'est né le concept de risques sociaux, parallèlement à l'évolution du régime de la responsabilité civile, consécutivement à l'apparition de nouveaux risques aux conséquences graves, notamment ceux liés à l'industrialisation, au machinisme et ceux en relation avec les différents produits mis sur le marché etc.

---

[2]- p. 2 de l'exposé des motifs suscité.

Il est relevé dans le même temps un certain recul des droits subjectifs, il n'y a pratiquement plus de droits absolus. Les droits reconnus à leurs titulaires sont en fait limités, car il faudra tenir compte dans l'exercice de ces droits aussi bien de l'intérêt général que des intérêts privés. Les titulaires de ces droits subjectifs ne sont plus considérés comme des sujets autonomes ; ce sont des membres de la société et à ce titre ils n'ont pas seulement des droits envers elle, mais sont tenus également à des devoirs. Néanmoins, nous relevons au même moment un accroissement et une diversification des droits subjectifs. Ainsi, sont apparus des droits nouveaux, dont le droit à l'intégrité physique, le droit à un environnement sain, le droit à l'information etc.

De la même manière, on a pu constater, sur le plan pratique, une régression dans le domaine des suretés traditionnelles aussi bien personnelles que réelles, telles, l'hypothèque immobilière, la caution, en raison de l'avènement de nouvelles formes de garantie plus efficaces pour le créancier et moins contraignantes pour le débiteur. C'est le cas par exemple des garanties bancaires (caution à la première demande, crédit documentaire), des assurances etc.

Outre ces évolutions d'ordre juridique, de nouvelles transactions ont vu le jour, pour une meilleure prise en charge des besoins sociaux, à l'instar du contrat de réservation, du contrat de vente sur plan, du contrat d'emploi des jeunes, du factoring, du leasing. Ce sont là de nouvelles figures juridiques qui ont fait l'objet d'une règlementation.

Cependant, pour revenir à l'exposé des motifs du code civil, il semble que l'objectif du législateur était moins ambitieux, il n'est pas parvenu à une révolution législative. Il s'est contenté de mettre à la disposition du juge un instrument juridique pour lui faciliter la tâche et ceci est d'ailleurs, confirmé par les dispositions du code civil, en ce qu'elles n'ont rien

apporté de nouveau à l'exception de quelques unes, notamment celles des articles 90 et 107 al 3. Le législateur est resté attaché aux principes consacrés par le code napoléonien.

L'influence du droit français[3] a été telle que le législateur n'a pas été en mesure de trouver des formulations originales, qui exprimeraient mieux les nouvelles solutions retenues et qui relèvent d'une conception autre que celle du droit français. A titre d'exemple, il n'y a aucun doute que le législateur, à l'occasion de la définition du droit de propriété et des cas d'abus de droit objet de l'ancien article 41, s'est rallié à l'idée des droits fonctions qui sont en fait des droits limités par essence. Or, ceci ne l'a pas empêché de titrer la 3éme section du Chapitre 1, Titre 1, livre III « De la restriction au droit de propriété », comme s'il considérait encore le droit de propriété comme un droit absolu.

Devant ces hésitations, nous nous interrogeons sur les nouveautés qui devaient accompagner le code civil et nous nous demandons dans quelle mesure celui-ci était en adéquation avec les exigences de la société ?

En ce qui concerne les sources dont s'est inspiré le législateur pour l'élaboration du code civil, il semble qu'il y ait une contradiction flagrante entre les dispositions du code d'une part et le document portant exposé des motifs d'autre part. Il est dit clairement dans l'exposé des motifs ; « … *L'une des principales préoccupations de l'Etat fut de restituer au droit algérien son caractère authentiquement national…Code civil dont l'inspiration devait être recherchée dans nos valeurs arabo-islamiques…..Il s'agit beaucoup plus, en puisant dans le droit musulman…. Et l'introduction de*

[3]-La législation française en vigueur au 31 décembre 1962 a été reconduite par la loi n° 62-157 jusqu'à nouvel ordre et qu'ainsi le code civil français a fait office de code civil algérien jusqu'au 5 juillet 1975, date d'entrée en vigueur (avec effet rétroactif) du code civil algérien promulgué le 26 septembre 1975 .

règles s'appuyant sur les pratiques en cours dans le monde musulman mais néanmoins adaptée à l'évolution sociale…»[4].

Cependant, en dépit du contenu de l'exposé des motifs, le code civil est resté attaché dans sa structure, son style, sa terminologie, son contenu et ses principes au code napoléonien. Les dispositions reprises de la Chari'a se limite à quelques solutions particulières ayant trait, entre autres, à la séance contractuelle, la dernière maladie, le droit de préemption etc. D'ailleurs, ces solutions spécifiques, ne pouvant s'accommoder des principes généraux du code civil, sont considérées comme des cas d'exception. Les us et les coutumes qui constituaient une source importante du droit algérien avant la colonisation française, n'ont plus droit de cité, le législateur ayant règlementé le moindre détail dans le cadre de l'édification d'une société nouvelle. Ainsi, faut-il s'interroger, au regard de ces considérations, sur l'authenticité du droit algérien en général et du code civil en particulier ?

A cela vient s'ajouter une autre particularité de notre droit en général et de notre code civil en particulier, il s'agit de son bilinguisme. Le code civil de 1975 a été rédigé dans la langue de Molière et traduit de manière très approximative en langue arabe ; ce qui conduit parfois à la coexistence de deux règles juridiques différentes.

L'accessibilité du droit est devenue actuellement très difficile du fait de la prolifération des textes législatifs et règlementaires. Il est apparu dans les sociétés avancées (concernant cet aspect) un mouvement très vaste de codification accompagné d'une nouvelle méthode (codification discontinue) regroupant en même temps les dispositions législatives et règlementaire, facilitant par la même l'accès au droit à tous.

[4] - p.1&2 de l'exposé des motifs suscité.

Mais, notre code civil quant à lui s'en tient au style traditionnel de codification, bien plus le législateur continue de recourir à la technique des législations particulières dont le nombre ne cesse d'augmenter, alors que l'application de celles-ci se fait toujours au détriment de la législation de droit commun , c'est-à-dire le code civil. Ceci nous amène à nous interroger sur la place réelle des règles du code civil en tant que droit commun à la lumière de toutes ces législations particulières. Nous nous interrogeons également sur son avenir, surtout que certaines législations comme celle concernant la protection du consommateur se réfère à un autre postulat, recours à une méthodologie étrangère au droit privé et met en relief de nouveaux principes.

Il est également établi que la jurisprudence joue un grand rôle dans la stabilité des lois et ceci à travers leur adaptation constante à l'occasion de leur application aux nouvelles situations, sans qu'il soit nécessaire de recourir au législateur. L'exemple de la jurisprudence française est très édifiant à cet égard ; celle-ci a contribué à la continuité de l'application des textes du code civil français pendant plus de deux siècles. Il est à noter, aussi, que la sécurité juridique (l'une des exigences du siècle) repose également sur la stabilité des lois et de la jurisprudence.

En considération de ce rôle important que joue la jurisprudence dans la stabilité et l'harmonisation des solutions juridiques, il serait très utile de procéder à l'évaluation de la jurisprudence algérienne durant quarante ans d'application du code civil.

Nous considérons enfin, compte tenu de l'appartenance de l'Algérie à la région Méditerranéenne et au monde arabe et à la lumière du phénomène de la mondialisation du droit, qu'il serait très utile de tirer profit de l'expérience du code civil français, en

tant que référence fondamentale, actuellement en cours de réforme. Il serait également avantageux d'examiner l'expérience du code civil Egyptien qui est à l'avant-garde des codes civils arabes, sans oublier l'expérience des pays du Maghreb arabe, notamment la Tunisie et le Maroc, influencés également par le code civil français et qui partagent avec l'Algérie, la langue et la civilisation, en sus du fait qu'il s'agit de pays voisins avec l'Algérie.

Ce sont là les interrogations qui constituent la problématique de ce séminaire international et que l'on pourra traiter à travers les quatre axes suivants :

- Le code civil : principes généraux,

- L'avenir du code civil compte tenu de la prolifération des législations particulières,

- Regard sur quelques décisions de justice,

- Regard sur les codes civils des pays arabes et sur la réforme du code civil français.

Le Comité scientifique

LE CODE CIVIL AU PRISME DU DROIT CONSTITUTIONNEL ALGERIEN[1]

Ali BENCHENEB, Professeur émérite (CREDIMI)
Ancien Recteur d'académie

Résumé

Le code civil algérien a été promulgué à un moment où l'Algérie ne disposait pas d'édifice constitutionnel et dans une conjoncture particulière alors même qu'il a été construit comme la plupart de ses homologues, sur un double socle, celui des personnes et celui des biens et de la propriété. Le phénomène de constitutionnalisation voire la consécration de l'exception de constitutionnalité dans le cadre de la révision constitutionnelle de 2016 justifient une investigation autour du double socle du code civil aux fins de vérification de la cohérence du système juridique et de détermination de marge d'évolution.

Mots clefs: constitution-code civil - les personnes physiques - la propriété- droits de la personnalité.

ملخص

لقد تم إصدار القانون المدني الجزائري في الوقت الذي كانت تفتقر فيها الجزائر الى صرح دستوري وفي ظروف خاصة، غير أنه تم إعداده على غرار القوانين المدنية الأخرى على ركيزتين هما الأشخاص من جهة والأموال والملكية من جهة أخرى. إن ظاهرة الدسترة، لاسيما تكريس الدفع بعدم الدستورية في إطار المراجعة الدستورية لسنة 2016 يبرر البحث حول هاتين الركيزتين بغرض فحص انسجام النظام القانوني الجزائري وتحديد هامش التطور.

الكلمات المفتاحية: دستور – قانون مدني – الأشخاص الطبيعيين – الملكية – الحقوق الشخصية.

[1]-Grand merci à Chérif BENNADJI qui a eu connaissance de la première version de ce texte et m'a fait part de ses remarques.

1. Le code civil algérien a été promulgué en 1975 par voie d'ordonnance dans le contexte d'une algérianisation du droit pour répondre à une injonction posée par une ordonnance du 5 juillet 1973[2].

2. Il s'agissait en effet d'éviter de continuer à se référer expressément au code civil français introduit de manière autoritaire en Algérie dès 1834[3], date à laquelle la décision de l'occupation coloniale était devenue définitive. Ce texte avait été rendu applicable à l'Algérie, sauf pour les questions de statut personnel, en tous cas pour les personnes de confession musulmane[4]. Et, dans la mesure où il ne contenait pas de dispositions d'inspiration colonialiste[5], il avait été reconduit au lendemain de l'indépendance de façon à prévenir tout risque de vide juridique[6].

3. Abstraction faite de ce qu'il n'est pas à la fois code civil et commercial, comme on l'observe par exemple dans le système juridique italien et plus récemment dans celui de l'Argentine[7], le

---

[2]-Ordonnance n° 73-59 du 5 juillet 1973 portant abrogation de la loi n° 62-157 du 31 décembre 1962 tendant à la reconduction de la législation en vigueur au 31 décembre 1962, JORA n°62.

[3]-M. Grimaldi, L'exportation du code civil, Pouvoirs, n°107, p.91.

[4]-L.A. BARRIERE, Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962, EUD, 1993.

[5]-L'exposé des motifs de l'ordonnance n°75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil n'a pas été publié, ce qui correspond à une pratique habituelle, encore qu'elle puisse priver l'interprète d'un instrument de travail. Mais d'une part, cette ordonnance est intervenue à la suite d'une autre ordonnance du 5 juillet 1973 qui qualifiait, sans aucune nuance, la législation française – pourtant reconduite par le législateur algérien sous réserve de ses dispositions discriminatoires – de législation portant « la marque indélébile de l'inspiration et de l'esprit colonialistes ainsi que de la discrimination raciale et sociale » (au surplus « incompatible avec l'option socialiste »). D'autre part, à (pouvoir) lire l'exposé des motifs de l'ordonnance portant code civil, il s'agit « d'apurer la législation algérienne de toute empreinte de nature à rappeler la législation héritée de la période coloniale ».

[6]-Sur ce point, A. MAHIOU, Rupture ou continuité du droit en Algérie, in Etudes de droit public algérien, OPU, 1984, p.133 et suiv. C. BENNADJI, Aux origines du système juridique algérien, in Les univers du droit, Mélanges C. BONTEMS, L'harmattan, 2013, p.77 et suiv. Adde, G. KHIAR-LAHLOU, Réflexions sur le droit des obligations, RASJ 2013, p.21 et suiv.

[7]-R. CABRILLAC, Le nouveau code civil et commercial argentin ; l'éclatante réussite d'un audacieux pari, D. 2015, p.2897.

code civil de 1975, fortement inspiré de son homologue égyptien, présente un certain nombre de particularités. Quelques-unes d'entre elles méritent d'être ici mises en évidence, fut-ce brièvement.

- Il a été promulgué alors que le substrat idéologique apparent était celui d'un socialisme d'Etat symbolisé par une « révolution agraire »[8] qui bousculait fortement les fondements du droit de propriété ; comme le code de commerce qui porte la même date que le code civil, il n'avait donc pas vocation au départ à régir l'essentiel des relations économiques du fait même de leur étatisation.

- Il a été préparé de manière opaque par une commission administrative et adopté sans débats, alors que l'Algérie, par suite du coup d'état du 19 juin 1965, s'est trouvée dépourvue de réelle constitution jusqu'en 1976[9], à telle enseigne qu'on y trouve des dispositions qui participent de la définition du périmètre de la loi, comme par exemple l'article 29 relatif au code de la nationalité et un titre d'application générale dédié aux effets et à l'application des lois.

- La primauté du discours officiel sur l'algérianisation du droit et sur les révolutions socio-économiques a laissé le code civil dans l'ombre, une ombre il est vrai quelque peu persistante car il reste méconnu du public, des programmes scolaires et a fortiori des médias plus enclins, comme ailleurs, à s'intéresser au droit de la répression.

---

[8]-Ordonnance n°71-73 du 8 novembre 1971 « portant révolution agraire ».

[9]-D'aucuns ont estimé que l'ordonnance n°65-182 du 13 juillet 1965 prise à la suite du coup d'Etat a constitué une sorte de mini constitution. Cf. M. BEDJAOUI, « L'évolution institutionnelle de l'Algérie depuis l'indépendance », Corpus constitutionnel, tome 1, fasc.1, 1968, p.186. Adde, F. BORELLA, « Remarques sur les aspects constitutionnels du 19 juin 1965 », RASJ 1965, p.29 et suiv. Outre qu'une constitution est ou n'est pas et donne lieu au moins à validation par voie de vote, l'ordonnance dont s'agit avait essentiellement pour finalité d'intégrer dans la juridicité algérienne l'organisation plutôt sommaire du pouvoir issu du coup d'Etat.

- Il a entériné la distinction entre statut personnel et droit civil[10], annonçant ainsi un code de la famille, encore que les frontières soient mal bornées puisque le droit des personnes est partagé entre code civil et code de la famille comme le montre l'article 31 du premier code sur l'absence et la disparition des personnes.

4. En une quarantaine d'années, le code civil a certes subi des modifications mais celles-ci ont été limitées à la copropriété et à quelques contrats particuliers[11].

- En premier lieu, l'importante opération de cession des biens immobiliers dévolus à l'Etat par suite de leur vacance au lendemain de l'indépendance[12], rendue possible par une loi de 1981, a nécessité un développement du droit applicable à la copropriété pour préciser les droits et obligations des copropriétaires, des occupants et pour introduire un minimum de règles de gestion des parties communes[13].

- En second lieu et de manière insidieuse au détour d'une loi de finances[14], le cadre juridique applicable aux prêts de consommation a été complété de façon à distinguer les établissements de crédit des particuliers dont les prêts sont interdits de rémunération[15].

---

[10]-Cf. Article 31 du code qui renvoie au droit de la famille les questions relevant de l'absence et de la disparition des personnes, ce qui n'empêche pas les auteurs du texte de donner une indication sur la consistance des familles et de définir les modes de détermination de la parenté. Reste que cette distinction sera validée par l'article 155 de la constitution de 1976 et sera reprise par les constitutions successives.

[11]-Cf. G. LAHLOU-KHIAR, « Le droit civil algérien cinquante ans après l'indépendance : un droit qui reste à reconstruire », in Algérie, 50 ans après : la part du droit (s/d W. LAGGOUNE), tome 1, Ajed éditions, pp.233 et suiv.

[12]-Sur les prolégomènes de la vacance, cf. par moi-même, « Premiers éléments d'une histoire du droit algérien contemporain : le droit de l'Etat algérien », in Les univers du droit, L'Harmattan, 2013.

[13]-Loi 83-01 du 29 janvier 1983, JORA n°5.

[14]-Loi 84- 21 du 31 décembre 1984 portant loi de finances pour 1984.

[15]-Cf. articles 454, 4555 et 456 du code civil. Précisons que la terminologie utilisée par le code n'a pas été adaptée pour tenir compte de la consécration par la loi sur la monnaie et le crédit, des seules catégories juridiques suivantes : banques et établissements financiers.

- En troisième lieu, en 1988, l'encadrement juridique de la réquisition a été précisé par modification des articles 679 à 681 du code civil et par adjonctions à ce dernier de trois dispositions[16] ; en même temps le statut de l'acte authentique et son périmètre étaient redéfinis et la définition du contrat de société revue pour admettre la possibilité d'apports en industrie.
- En quatrième lieu, à un moment où se sont esquissées de premières velléités de privatisation, le législateur s'est vu contraint d'introduire à la suite des dispositions dédiées au contrat d'entreprise, un dispositif portant sur le contrat de management[17].
- Enfin, le code civil a subi une dernière modification en 2005[18]. Elle a eu pour objet un développement, avec plus ou moins d'adresse, des règles de conflit de lois. Elle a surtout porté sur une libéralisation[19] du droit applicable en matière de baux, la caractéristique centrale de cette réforme étant la disparition du droit au maintien dans les lieux, quelle que soit la date de construction du bien immobilier[20].

5. Malgré les limites propres à toute entreprise de codification, il reste que le code civil a gardé son objectif initial : celui de régir les personnes et les biens, spécialement la propriété, justifiant en même temps le cadre juridique pertinent en matière contractuelle[21] et en matière de responsabilité civile.

---

[16]-Loi n° 88-14 du3 mai 1988, JORA n°18.

[17]-Loi n° 89-01 du 7 février 1989 introduisant à la suite de l'article 570 un chapitre 1bis – qui d'ailleurs rompt avec la numérotation du code civil – intitulé « Du contrat de management » composé de dix articles et qui aurait dû avoir logiquement sa place dans le code de commerce.

[18]-Loi n°05-10 du 20 juin 2005.

[19]-On pourrait également noter que l'article 52 modifié supprime la référence aux « entreprises socialistes ».

[20]-Et dans le même temps, une modification du code de commerce impliquait la disparition du droit au renouvellement du bail commercial.

[21]-Sur lequel, de moi-même, Le droit algérien des contrats : données fondamentales, EUD, 2015. 2eme édition.

6. Mais force est de constater qu'aucune des réformes ayant affecté le code civil et brièvement rappelées n'a été induite par l'évolution du droit constitutionnel algérien. Or les deux socles sur lesquels ce code repose ont connu une évolution sensible dans la mesure où les droits des personnes et de la propriété ont fait l'objet d'une constitutionnalisation progressive.

7. Difficilement perceptible dans la Constitution de 1989 qui esquissait surtout une tentative de sortie d'un régime de parti unique, le phénomène de constitutionnalisation des droits, confirmé dans la Constitution de 1996, est encore plus net dans celle issue de la révision de 2016[22]. C'est du reste cette dernière qui, pour des raisons de commodité tenant à l'harmonisation de la numérotation des articles, sera surtout sollicitée à l'appui des développements qui vont suivre[23].

8. Avant d'aller plus loin, il faut préciser que la constitutionnalisation est un phénomène contemporain parti d'Allemagne après la seconde guerre mondiale. Il conduit à considérer que les constitutions ne sont plus des édifices ayant pour seule vocation de décrire l'organisation de l'Etat et à régir les relations entre pouvoirs publics. En tant que lois fondamentales et en quelque sorte pour mériter cette qualification sinon pour participer à l'édification d'un état de droit[24], les constitutions se veulent alors le reflet de tous les secteurs de la vie socio-économique ; elles sont annonciatrices de l'agencement des relations entre l'Etat et les particuliers voire même des relations entre ces derniers. Dès lors, les lois ont nécessairement un ancrage avec

[22]-Loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle, JORA n°14.

[23]-Précisons ici que l'avis 01-16 du Conseil constitutionnel relatif au projet de loi portant révision de la constitution (JORA n°6) n'est d'aucun secours, ledit Conseil se limitant à valider de manière en quelque sorte automatique les dispositions du projet toujours conformes aux droits et libertés et « aux principes généraux régissant la société algérienne ».

[24]-En ce sens, G. CONAC, Le juge et la construction de l'état de droit en Afrique francophone, Mélanges G. BRAIBANT, RFDA, 1996, p.105.

les dispositifs constitutionnels[25], abstraction faite de ce que le domaine de la loi peut être décrit et circonscrit par la constitution[26].

9. Observée aujourd'hui dans plus d'un Etat[27], la constitutionnalisation s'opère soit à la faveur de réformes constitutionnelles, comme c'est le cas pour l'Algérie, soit grâce à la jurisprudence de juridictions constitutionnelles, singulièrement à la faveur de la mise en place d'exceptions ou de questions prioritaires de constitutionnalité, soulevées par des justiciables dans le respect de procédures particulières[28], quand ce ne serait par le biais des deux processus.

10. Un des effets singuliers de cette constitutionnalisation est de décloisonner les matières juridiques traditionnelles[29]. Ainsi, le droit civil ne peut plus ignorer le droit constitutionnel et réciproquement. Davantage, une indifférence d'une matière juridique comme le droit civil – mais ce n'est pas la seule et peut être même pas la plus importante – est de nature à ruiner la portée réelle de la constitution.

---

[25]-Le phénomène ne semble pas, cependant, conduire à faire de la constitution la source des sources du droit d'une part parce qu'il ne faut pas confondre l'énoncé d'un droit avec sa substance réelle qui n'est pas de l'ordre de la constitution, d'autre part parce que la constitution fait l'impasse sur certaines sources de droit (contrairement par exemple à certaines lois), se préoccupant seulement des sources législatives et règlementaires ainsi que du statut des conventions internationales.

[26]-Article 140 de la constitution issue de la révision de 2016.

[27]- M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (s/dir.), Traité international de droit constitutionnel, Tome 3 : suprématie de la constitution, cf. spécialement les contributions de L. FERRAJOLI, Théorie des droits fondamentaux, p.228 et suiv. et de U. PREUB, La garantie des droits : les droits horizontaux, p.234 et suiv. On ajoutera que la dernière constitution marocaine du 1er juillet 2011 et celle de la Tunisie, du 27 janvier 2014, épousent le phénomène de constitutionnalisation.

[28]-Pour sa consécration de principe par la Constitution issue de la révision de 2016, cf. article 188 qui renvoie à une loi organique à intervenir non pas dans un délai de mais « après un délai de trois ans » (article 215). La manière dont ce texte a été rédigé par l'exécutif – la révision ayant été adoptée sans débats par le parlement – suggère quelques réticences quant à la mise en place de l'exception.

[29]-Dans le même sens, N. MOLFESSIS, Le conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1997, p.6.

11. Même si le phénomène intéresse nombre d'autres matières, spécialement celles qui relèvent des droits au procès et le droit pénal voire le droit de la famille, la constitutionnalisation des droits peut devenir un outil d'appréciation des méthodes d'élaboration du droit étatique, question qui ne retiendra pas notre attention ici.

12. Elle peut permettre aussi de se prononcer sur l'adéquation/ inadéquation d'un code civil, adopté il y a plus d'une quarantaine d'années, à l'évolution du système constitutionnel, peut-être même, et sans tentation divinatoire, un questionnement sur le devenir de la substance juridique imprimée dans ce code.

13. Cette investigation sera conduite simplement à travers les deux éléments clés qui servent de socle au code civil : les personnes physiques et la propriété.

I. Les personnes physiques

14. Si l'on s'intéresse aux seules personnes physiques[30] que l'on suppose existantes au moins du fait de leur conception, on ne peut qu'être frappé par le décalage entre l'image qu'en donne le code civil et celle que renvoie aujourd'hui le droit constitutionnel algérien.

A/ Les personnes physiques dans le code civil

15. Ramenées à l'essentiel, les données offertes par ce texte peuvent faire l'objet d'une brève présentation qui autorise le questionnement.

16. Dans le code civil, la personne est bien définie par des éléments d'identification, à la fois pour faciliter son contrôle par l'Etat, ce à quoi répond déjà l'organisation d'un état civil

[30]-Encore qu'il n'y a rien d'insolent à se poser la question de savoir si les personnes morales ne doivent pas avoir au moins certains droits de la personnalité comme le droit au secret des correspondances et le droit à l'inviolabilité du siège social ou même le droit à l'honneur.

introduit en Algérie pendant la colonisation[31], et en vue de lui reconnaitre des droits, sauf à tenir compte des règles relatives à la capacité.

17. L'impression selon laquelle la personne est seulement un être biologique par sa naissance et par sa mort se dissipe très rapidement pour mettre en évidence un être juridique, comme pour inviter à distinguer l'individu de la personne, celle-là seule qui peut être titulaire de droits et les exercer, pour autant qu'ils soient déterminés.

18. On peut observer que le nom et le ou les prénoms sont considérés avant tout comme des obligations et qu'il n'existe pas de choix quant au patronyme. Le nom se transmet par le père et la procédure de changement de nom sera suffisamment dissuasive pour conduire à remise en cause de ce mode d'attribution du nom. Quant au choix du prénom, il est limité par la nécessité de sa « consonance algérienne », le texte n'exigeant pas qu'elle soit arabe, sans doute pour laisser place à la possibilité de choisir des prénoms d'origine amazigh. Cette condition pose, cependant un sérieux problème de compréhension. Elle expose au risque d'arbitraire lors des déclarations de naissance, sauf à faire des agents de l'état civil des spécialistes autant de la phonétique à connotation locale que de la linguistique. Il reste qu'il existe aussi un droit au nom qui peut être mis en œuvre lorsque son usage est contesté ou lorsqu'il fait l'objet d'une utilisation injustifiée[32].

19. A chercher d'autres droits reconnus à la personne physique par le code civil, on trouve bien également « des droits inhérents à sa personnalité »[33]. Ces droits passés sous silence par le code

[31]-Plus précisément par une loi du23 mars 1882 qui entre autres a imposé l'obligation d'avoir un prénom et surtout un nom patronymique.

[32]-Article 48 du code civil.

[33]-Article 47 du code civil.

napoléon[34] ne semblent pas rattachés au droit de la responsabilité civile même si celle-ci peut leur servir de matrice. Ils existent en tant que tels. Mais la substance de ces droits ne se dévoile pas et pas davantage leur régime juridique, façon de taire le fait qu'ils peuvent dériver de libertés fondamentales et en même temps démentir cette affirmation de l'exposé des motifs du code selon laquelle « le texte a été enrichi par l'apport de nombreuses codifications étrangères et par les connaissances acquises au cours de leur longue expérience de praticiens du droit ».

20. Il y a donc une indigence manifeste du code civil relativement au droit des personnes. Elle peut s'expliquer[35] par l'absence d'orientations de fond qu'il aurait fallu donner aux fonctionnaires en charge de la préparation du texte mais aussi, et sans que cela ne soit antinomique dans le contexte d'un régime qui affichait son autoritarisme, par un phénomène d'occultation des droits, patrimoniaux et/ou extrapatrimoniaux, à reconnaitre aux personnes.

21. Le fait est que plus de quarante ans après sa promulgation, le constat qu'il y a lieu de faire, alors même que les constitutions successives sont plutôt suggestives depuis 1989, le législateur n'a montré aucune préoccupation relativement à ces droits malgré le développement dans la société algérienne d'un certain nombre de technologies, notamment celles favorisant la captation d'images et internet en tenant compte de la multiplication des réseaux sociaux.

---

[34]-L'expression droits de la personnalité semble apparaitre au début du 20eme siècle dans un article de E. PERREAU, Les droits de la personnalité, RTDC 1909, p.501 et suiv.

[35]-En tout état de cause, elle ne saurait s'expliquer par le silence du code civil français sur ce point puisqu'il s'agissait précisément de le remplacer et pas davantage par le fait que la jurisprudence française se substituant au silence du code napoléon ait construit finalement « une auberge espagnole ». Cf. J.M. BRUGUIERE et B. GLEIZE, Droits de la personnalité, Ellipses, 2015, p. 118.

B. Les personnes physiques dans la constitution

22. A considérer le texte constitutionnel de 2016, la tentation pourrait être d'abord de faire dans le genre malicieux. On y découvre en effet dans le titre dédié aux principes fondamentaux de la société que l'Etat s'interpose entre le « peuple » et les « droits et libertés » lesquels concernent les personnes. Ce n'est certes pas dire que les personnes physiques ne sont pas une émanation du peuple, la composante de la nation mais plutôt, comme le suggère le code civil lui-même, une création de l'Etat à distinguer des simples individus.

23. Toujours est-il que la Constitution a recours au concept de « personne physique »[36]. Elle envisage également la « personne humaine »[37], vraisemblablement dans l'intention d'évoquer le corps de la personne[38] et, bien entendu, « les citoyens et les citoyennes »[39] avec le risque parfois d'oubli de ces dernières, comme le montre l'article 46 à propos du droit à la vie privée et à l'honneur[40].

24. A première vue la maladresse parait de taille car on ne voit pas de justification objective à l'exclusion des femmes d'un droit à l'honneur et à la vie privée. Le mieux est donc d'en faire tout au plus une inattention puisque le principe central d'égalité devant la loi interdit toutes discriminations, notamment celles fondées sur le sexe des personnes[41], à l'exception de celles qui relèvent du statut personnel[42]. Aussi bien, les citoyennes ne sont

---

[36]-Article 46.

[37]-Article 40.

[38]-En ce sens la version arabe du texte qui ne reprend pas les mêmes termes que pour l'article 40.

[39]-Article 34.

[40]-On peut relever que le constituant ne distingue pas deux droits, celui à la vie privée et celui à l'honneur alors que la vie privée concerne l'intime lorsque l'honneur relève davantage de la sphère publique.

[41]-Article 32.

[42]-Article 35 a contrario.

pas à exclure du droit à la vie privée et à l'honneur, sauf à vouloir nier qu'elles soient des personnes « humaines ».

25. Ceci posé, la Constitution envisage la personne dans plusieurs situations : le justiciable, y compris lorsque le discours a trait à la répression des infractions, le citoyen dans l'expression de ses droits politiques et syndicaux mais aussi les consommateurs à protéger, s'appropriant ainsi l'idée que le droit commun inscrit dans le code civil ne suffit plus à la réalisation de cet objectif[43]. Il est aussi question des enfants autant que des enfants abandonnés, des personnes âgées autant que des « personnes vulnérables » au niveau de l'article 72.

26. Cette disposition qui exprime des signes de l'évolution démographique de la société algérienne invite à se demander déjà si les contours initialement donnés au code civil ne sont pas dépassés voire même désavoués. A suivre en effet le discours constitutionnel, on peut se demander si le code civil ne devrait pas être expurgé des dispositions relatives aux personnes physiques et conduire, si l'intention est de lutter contre la parcellisation du droit, soit à un code des personnes, soit à un code des personnes et de la famille, le droit des personnes prenant en charge également la question de la vulnérabilité et donc l'ensemble du droit des incapacités[44].

27. Le plus important n'est pas, cependant, dans la détermination du domaine à assigner aux différents codes, encore que toute entreprise de codification ait une portée qui dépasse les simples considérations pratiques. Encore faut-il prendre acte du message constitutionnel sur le droit des personnes et, pour garder la terminologie retenue par le code civil, s'intéresser aux droits

[43]-Article 43, alinéa 3.

[44]-Dans le sens de cette approche, le texte constitutionnel lui-même, son article 140 qui définit le domaine de la loi invite à distinguer les droits et devoirs fondamentaux des personnes du statut personnel et du droit de la famille et, d'un autre côté les questions afférentes aux obligations et à la propriété.

inhérents à sa (la) personnalité ». Or sur ce point, il est permis de faire au minimum les remarques suivantes.

28. **a/** Autant au moment où le code civil a été promulgué, sauf option prise pour la voie du mimétisme, on pouvait hésiter sur le fondement des droits de la personne puisque ce texte avait été élaboré sans balises constitutionnelles, autant il faut considérer aujourd'hui et sans aucune hésitation que les droits de la personne se justifient par la reconnaissance de libertés individuelles, liberté qu'il s'agit de défendre et protéger.

29. Le nier reviendrait à ignorer l'article 38 de la Constitution qui garantit « les libertés fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen », autrement dit ignorer la portée d'une constitution sur l'élaboration, l'interprétation et l'application d'une règle de droit. L'occulter reviendrait à concevoir qu'une constitution n'est pas davantage qu'un instrument de marketing politique.

30. **b/** Il reste alors à se pencher sur le contenu des droits et, abstraction faite dans ces lignes des engagements internationaux pris par l'Algérie, par exemple par suite de son adhésion au Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques de 1966[45], à constater qu'à partir de la Constitution, il est possible de mettre en évidence deux séries de droits, l'un d'ordre physique, l'autre d'ordre moral.

31. **–** Il y a d'abord reconnaissance[46] au niveau de l'article 40 d'un « droit à l'inviolabilité de la personne humaine ».

Indépendamment du fait que ce droit constitutionnel pose clairement la question de la constitutionnalité de la peine de

---

[45]-Décret 89-67 du 16 mai 1989, JORA n°20. Il est vrai que l'article 11 de la première constitution algérienne de 1963 exprimait l'adhésion de l'Algérie à la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée en 1948 mais ce texte n'a pas de caractère contraignant.

[46]-Il est juste de constater que sa première consécration se trouve dans la constitution de 1989 (article 40 même si la première constitution de 1963 exprimait une adhésion à la Déclaration universelle des droits de l'homme, texte sans valeur contraignante).

mort inscrite dans le code pénal, il exprime, semble- t-il, un véritable droit à la dignité, en particulier au respect du corps des personnes, un corps mais aussi ses différentes composantes qui ne peuvent être assimilés à des choses.

32. Sauf sollicitation délicate du droit de la responsabilité civile, on en chercherait en vain trace dans le code civil. Sans doute l'article 45 de ce texte interdit- il toute renonciation « à la liberté individuelle ». Mais, d'une part cette disposition n'est pas suffisamment explicite. D'autre part, cette prohibition semble se rattacher davantage à la prohibition de l'esclavage qu'au respect proprement dit du corps humain et au risque de sa dégradation, y compris par l'individu lui-même.

33. Bien entendu, ce droit au respect du corps ne concerne pas seulement la matière civile ; il a des répercussions sur le terrain pénal autant que dans la législation relative à la santé. Mais précisément, il semble bien que la première déclinaison de ce droit devrait avoir son siège dans le droit civil des personnes. Il serait ainsi possible de connaitre ses contours, de consacrer l'indisponibilité du corps et de ses différents organes, de poser également les limites justifiées par le seul intérêt général et concevables moyennant le consentement des personnes, la loi civile devant fermement imposer que ce consentement soit éclairé et ne puisse être déduit d'un simple comportement passif.

34. – Il y a ensuite, c'est une autre manifestation du lien entre liberté et personne, reconnaissance expresse d'un droit à la vie privée et à l'honneur par l'article 46 de la Constitution[47]. Ce droit, inexistant en tant que tel dans le code civil, mérite attention et donc quelques annotations car il touche à l'intimité des personnes autant qu'à leur dignité.

35. En premier lieu, il faut s'étonner que ce droit ne soit reconnu qu'au citoyen. S'il est compréhensible qu'un tel droit ne

[47]-Cf. déjà article 49 de la constitution de 1989.

puisse concerner les personnes morales, privées et publiques, cela l'est moins dès lors que la Constitution évince de ce droit les étrangers, à croire que cette qualité s'accompagne d'indignité. Si force est de constater que l'article 46 de la Constitution est confirmatif d'une certaine tendance à la clôture de la Nation algérienne, il pose cependant le problème de la portée réelle des engagements internationaux souscrits par l'Etat. Davantage, il crée une discrimination, en d'autres termes un traitement inégal, sans fondement objectif puisque l'article 32 de la Constitution parait interdire les discriminations fondées sur des circonstances personnelles ou sociales.

36. En second lieu, lorsqu'on est attentif au concept de « vie privée »[48], on s'aperçoit très vite que l'exercice du droit ne peut être appréhendé qu'avec prudence. C'est un fait que la vie privée ne peut s'exercer dans un lieu public et que, par exemple, il serait vain de s'en prévaloir pour contester la mise en place dans un édifice public et plus largement dans le domaine public d'un système de vidéosurveillance. Plus généralement, on peut douter que le droit à la vie privée puisse mettre en échec les nécessités tirées de l'ordre public, qu'il s'agisse de la protection de valeurs sociétales ou d'exigences tirées de la sécurité des personnes. Il reste que l'on pourrait déjà comprendre que le droit civil ait, pour une bonne compréhension de ce droit, une fonction pédagogique de prévention des abus et qu'il puisse contribuer, avant toute intervention judiciaire, à délimiter les frontières entre ce qui est de l'ordre du respectable et ce qui ne l'est pas.

37. En troisième lieu, si le droit à l'intimité s'exerce au domicile de la personne, la question se pose de savoir si la définition

[48]-A cet égard et pour la France, cf. V. MAZEAUD, La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2015, n°48, p.7 et suiv.

qu'en donne l'article 36 du code civil, savoir le lieu de l'habitation principale, garde sa pertinence pour l'exercice du droit à la vie privée ou si la liberté de circulation consacrée par l'article 55 de la Constitution permet de concevoir que ce droit reste intact lorsque la personne ne séjourne pas dans un lieu différent de son habitation principale. Il ne s'agit pas tant d'envisager une modification de la définition du code civil que d'en prévoir une autre, plus souple, qui soit pertinente pour l'exercice du droit à la vie privée, tant il est vrai qu'elle doit être protégée quel que soit le lieu de séjour.

38. En quatrième lieu, si la vie privée dessine la sphère de l'intimité et de la liberté qui l'accompagne, l'article 46 de la Constitution pose clairement la question de savoir si la remise en cause de ce droit ne peut advenir que par suite d'une demande du juge, sauf à déterminer lequel, ou si d'autres tempéraments sont concevables, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre du droit à l'information.

39. Enfin, on ne saurait passer sous silence l'extension contemporaine du droit à la vie privée liée à la société de l'information par consécration en tant que « droit fondamental » de la nécessaire protection des données personnelles, c'est-à-dire de l'ensemble des informations relatives à une personne déterminée ou même déterminable par un numéro d'identification ou par un autre élément spécifique, par exemple une identification physiologique ou économique. La protection du secret des correspondances semble relever des temps antiques au constat de la constitution de fichiers de toutes sortes et de leur exploitation, ce que, bien entendu, le code civil ne pouvait prévoir en 1975, mais qu'il devient urgent de prendre en considération pour reconnaitre aux personnes un droit d'accès à leurs données personnelles, favoriser leur intelligibilité par le commun des mortels, en règlementer le contenu, contrôler leur circulation et

exploitation, le tout en donnant une place centrale au consentement des personnes. Il devrait s'agir en d'autres termes de faire en sorte que l'ensemble du dispositif permettre de ne pas assimiler une donnée personnelle à un élément du patrimoine de la personne[49].

II. La propriété

40. Le code civil enseigne que la propriété s'exerce sur les biens qui ne sont pas hors commerce mais il en donne une image quelque peu tronquée et dépassée. Si le droit de propriété a été constitutionnalisé à partir de 1996 et s'il le reste à la suite de la révision constitutionnelle de 2016, encore faut-il prendre la mesure de la norme constitutionnelle car, il s'agit d'un droit tout relatif.

A/ La propriété dans le code civil

41. A première vue, elle occupe une place stratégique si l'on se fie à l'architecture du code. La propriété ouvre en effet le livre consacré aux droits réels. Tout se passe également, au risque de choquer le bon sens économique et même la vérité élémentaire, comme si le droit de propriété expliquait l'existence des choses et des biens et, s'il peut connaitre quelques restrictions, se concevoir dans le cadre de l'indivision ou de la copropriété. En tout état de cause, la propriété individuelle parait encouragée car la propriété indivise ne l'est pas[50] et la règlementation relative à la gestion de la copropriété adoptée en 1983 a désormais pour finalité générale, sinon d'inciter en tous cas de

[49]-Dans ces conditions, on devrait s'attendre à une intervention rapide du législateur pour assurer la protection de toutes informations susceptibles de servir à l'identification des personnes, exiger que le traitement de ces données passe par le consentement préalable et explicite des personnes concernées, mettre à la charge des entreprises une obligation de se conformer au droit par un auto contrôle du traitement des données, à peine d'engager leur responsabilité, donner aux personnes un droit d'accès et un droit de modification (y compris de retrait) de leurs données et bien entendu, de protéger les mineurs en fixant un âge minimum pour admettre leur inscription à des réseaux sociaux.

[50]-L'article 722 du code civil suggère que l'indivision peut être vécue comme une contrainte insupportable, justifiant ainsi le partage et le morcellement des biens.

ne pas décourager l'acquisition de biens immobiliers individualisés.

42. A ces premières impressions, s'en ajoutent au moins deux autres. La propriété est essentiellement immobilière ; elle est envisagée dans un contexte de forte ruralité[51] et les biens immatériels sont exclus du code civil[52]. Par ailleurs, la propriété n'est pas que privée. Revendiquant en quelque sorte sa qualité d'outil du droit commun, le code civil fait place à la propriété d'Etat non pas seulement pour les biens sans maitre et assimilés mais aussi, manifestation de leur importance dans le tissu algérien, des biens immobiliers affectés à « *une administration ou un service public, un établissement à caractère administratif, une entreprise socialiste, une unité autogérée ou une coopérative dans le cadre de la révolution agraire* »[53]. Cette disposition ne fait pas, cependant, qu'annoncer une législation domaniale[54]. Elle décrit d'une certaine manière le tissu économique qui prévaut en 1975 ; en même temps, elle peut conduire à douter de la centralité du code civil dans le jeu de la régulation économique.

43. Il n'empêche. Si le code civil, comme du reste nombre de ses homologues, ne définit pas vraiment la propriété, en particulier par les fonctions, économique et sociale, qui lui sont assignées, son article 674 s'attache à décrire le propriétaire comme le titulaire en quelque sorte comblé et bienheureux de droits de jouissance et de disposition sur des choses, l'article 676 renforçant sa quiétude en lui reconnaissant un droit aux revenus sur son bien. Sous réserve du traitement des questions de

---

[51]-Comme le montrent par exemple les articles 675 et 683 du code civil.

[52]-Article 687.

[53]-Article 688.

[54]-Du reste, la première n'intervient qu'à la faveur d'une loi du 1er décembre 1990, JORA n°44. Elle est remplacée par une loi du 30 juin 1984 (JORA n°27), modifiée en 2008 (JORA n°44). Sur la domanialité publique, cf. T. KHALFOUNE, « Le domaine public en droit algérien ; réalité et fiction », L'harmattan, 20014.

voisinage, la description est davantage construite sur des droits plutôt que sur des obligations d'autant que les restrictions à l'usage de la propriété comme le sont les servitudes sont présentées comme des exceptions.

44. Or on sait déjà combien cette approche est datée et trompeuse à telle enseigne qu'on n'est pas grand clerc pour l'avoir qualifié d'« illusion d'optique»[55]. L'individu ou la personne morale propriétaire a une autonomie restreinte dans l'exercice de ses droits à raison de l'intérêt général exprimé par l'Etat pour des motifs tirés principalement de la sécurité des biens et des personnes, de l'urbanisme, de la protection du patrimoine culturel et de l'environnement.

45. Ce n'est pas tout. Il faut bien, en effet, relever que les droits du propriétaire peuvent être remis en cause par expropriation pour cause d'utilité publique[56]ou par voie de nationalisation résultant d'une loi[57] et que le code civil interdit l'appropriation des ressources en eau en même temps qu'en reprenant le slogan « la terre appartient à ceux qui la travaillent », il a consolidé les nationalisations des terres pour cause de « révolution agraire »[58].

46. Dès lors il devient clair que le code n'a pas réellement emprunté au modèle libéral qui caractérise en général les droits civils au point qu'à envisager seulement son instrument essentiel, le contrat, on peut douter qu'il puisse être l'instrument clé de la régulation économique. Il a été adopté dans un contexte précis qui est juridiquement et se veut officiellement celui d'un

---

[55]-Introduction générale à la règle de droit en Algérie, EUD et AJED éditions, 2013, §. 195.

[56]-Article 677.

[57]-Article 678.

[58]-Article 692 du code civil et article 1er de l'ordonnance 71-73 du 8 novembre 1971, JORA n°97. A l'image de tous les slogans, cette disposition était fallacieuse dès lors que les terres nationalisées ont été transférées à un fonds, le FNRA et que leur redistribution n'a donné lieu qu'à des titres de jouissance (article 5 et 124 de l'ordonnance précitée). Par conséquent, l'Etat qui en tant que tel ne travaille pas les terres en était le propriétaire, apportant un démenti au slogan érigé en norme juridique.

détachement du droit de l'ex puissance coloniale – encore que -. En tout état de cause, il est plus pertinent de dire qu'il l'a été dans un contexte d'étatisation poussée de l'économie dont il a été avancé qu'elle était justifiée par la nécessité de sa construction.

47. Sans revenir sur le droit immobilier issu de la révolution agraire et sans solliciter dans le détail des textes qui relèvent davantage de la matière économique comme celui relatif à la gestion socialiste des entreprises[59] et ceux qui portent sur la mise en place de monopoles au profit d'organismes d'état, dont le point d'orgue sera une loi du 11 février 1978 relative au monopole de l'Etat sur le commerce extérieur, la crédibilité des droits reconnus aux propriétaires en particulier par l'article 674 du code civil ne pouvait être qu'extrêmement faible. En tout état de cause, elle ne pouvait que contribuer à marginaliser le code civil dans la réalité de l'édifice juridique algérien.

48. Un exemple particulièrement topique de cette situation se trouve dans la législation relative à la constitution des réserves foncières au profit des communes[60]. Alors que la mesure est justifiée en son principe par des considérations urbanistiques, elle est mal pensée et attentatoire aux droits de propriété. Elle est en en effet applicable alors même que les communes ne sont pas obligées de mettre en place au préalable un plan d'urbanisme. Bien plus, elle s'écarte de la philosophie qui préside aux expropriations pour cause d'utilité publique en faisant des communes des acquéreurs de biens dont la consistance est a priori indéterminée, les collectivités communales ayant au surplus la possibilité d'établir annuellement – et pour ainsi dire de manière illimitée et discrétionnaire – une liste de terrains en vue de leur intégration dans leur patrimoine foncier. Quant à la

[59]-Ordonnance 71-74 du 16 novembre 1971, JORA n°101.

[60]-Ordonnance 74-26 du 20 février 1974, JORA n°19.

seule exception à ce type de cessions forcées, celle inhérente à des besoins familiaux, elle n'interviendra que tardivement[61], abstraction faite de ce qu'elle procédait d'une approche purement bureaucratique puisque la dynamique de natalité était tout simplement occultée.

49. Les perturbations générées par le droit des réserves foncières ajoutées à celles encore plus sensibles au plan économique du droit de la révolution agraire vont durer jusqu'à ce qu'une loi adoptée et amendée en 1990 ne vienne abroger les dispositifs existants[62]. Il est vrai que dans l'intervalle, la Constitution du 23 février 1989 invitait à garantir le droit de la « propriété privée[63] ».

B/ La propriété dans la constitution

50. La garantie du droit de propriété privée est désormais une constante constitutionnelle. Affirmée en 1989, on la retrouve dans la constitution de 1996[64] et, dans les mêmes termes, dans celle issue de la révision de 2016[65]. Contrairement au code civil, il apparait que la Constitution permet de délimiter le domaine de la propriété privée et de s'interroger sur l'étendue de la garantie reconnue au propriétaire.

51. **-** La garantie de la propriété privée a un domaine qui est circonscrit par opposition à la propriété publique, comme si c'est cette dernière qui est déterminante. Elle est en effet définie comme un « bien de la collectivité nationale »[66]. Mais la question cruciale est celle de la détermination de son périmètre exact dans une perspective de sécurité juridique pour les personnes.

---

[61]-Décret n° 76-28 du 7 février 1976 fixant les modalités de détermination des besoins familiaux des particuliers propriétaires en matière de construction, JORA n°17.

[62]-Articles 75 et 88 de la loi 90-25 du 18 novembre 1990 (JORA n°49) portant loi foncière, modifiée par l'ordonnance n° 95-26 du 25 septembre 1990 (JORA n°55).

[63]-Article 49 de la constitution, JORA n°9.

[64]-Article 52.

[65]-Article 64.

[66]-Article 18.

Or s'il est bien vrai que l'une des fonctions éminentes d'une constitution est d'inspirer la confiance, il faut bien constater que sur ce point le texte révisé en 2016 n'est pas des plus rassurants.

52. Sans doute le domaine national est-il défini par la loi[67] et de manière classique le droit de propriété peut-il être remis en cause par voie d'expropriation soumise à un cadre légal moyennant une indemnité juste et équitable[68], donc évalué à la date du transfert et au prix du marché. Mais, outre le fait que la notion d'utilité publique n'y est pas définie, il faut aussi remarquer que le constituant a abandonné la condition selon laquelle l'indemnité doit être préalable à la dépossession[69], alors même que cette condition était posée par l'article 20 de la Constitution de 1996, ce qui, au demeurant, ne fait plus de l'article 677 du code civil une disposition anticonstitutionnelle[70].

53. D'autre part, il existe bien une approche de la propriété publique dans laquelle on trouve le sous-sol, les mines, les carrières, les sources naturelles d'énergie, l'ensemble des richesses minérales du domaine maritime, les eaux, les forêts ainsi que les transports, les postes et télécommunications. Mais ce catalogue donné par l'article 18 de la Constitution n'est pas exhaustif puisqu'il apparait que la propriété publique peut être établie par la loi sur d'autres biens. En d'autres termes, la nationalisation de tous biens reste de l'ordre du possible.

54. De ceci, il faut donc déjà déduire que la propriété privée peut faire l'objet de restrictions, soit par application de la

---

[67]-Article 20.

[68]-Article 22.

[69]-Ce qui est de nature à exclure la possibilité du paiement d'une provision pendant la phase d'évaluation.

[70]-Pour autant, l'article 22 de la Constitution révisée en 2016 n'est pas en phase avec nombre d'engagements internationaux pris par l'Algérie en matière d'investissements, en sorte qu'il existe sur ce point une discrimination qui joue contre les nationaux.

législation sur l'utilité publique soit par une loi spécifique. Il n'y a donc pas d'inviolabilité de la propriété privée, le législateur ayant toute latitude pour la remettre en cause intégralement ou d'en restreindre l'usage. Ce renvoi au législateur signifie en même temps que le constituant ne préjuge pas de l'organisation économique qui doit prévaloir. Tout au plus indique-t-il que c'est aux gouvernants et à eux seuls qu'il appartient de définir, partant de modifier, cette organisation[71].

55. On a, du reste, confirmation de ce constat au moins à travers deux indices. Si en effet la liberté d'investir et de commercer est désormais consacrée[72], son exercice reste subordonné au respect de la loi. Or il est évident que la liberté d'accès à une activité, à la supposer un instant souhaitable pour toutes activités, n'est rien, si elle ne peut être exercée ou peut l'être à des conditions économiquement insupportables. Par ailleurs, l'interdiction des monopoles est du seul ressort de la loi, la régulation du marché relevant du pouvoir de l'Etat. Il en résulte que le libéralisme de la Constitution n'est pas plus qu'une apparence, ce qui permet d'en déduire que la propriété n'est pas l'expression d'une liberté. Elle est tout au plus une valeur économique assortie de droits pouvant être remis en cause.

56. **-** Si les mots ont un sens, la garantie de la propriété n'est donc pas garantie des droits du propriétaire, qu'il s'agisse de celui d'user de l'objet de la propriété ou d'en disposer. Le fondement constitutionnel de l'expropriation pour cause d'utilité publique suffit pour justifier cette distinction entre propriété garantie et droits non garantis[73]. Autrement dit, rien n'exclue une ingérence de l'Etat dans la propriété privée pour restreindre l'exercice du droit de jouissance ou pour remettre en cause le droit de

[71]-Dans le même sens, M.L. DUSSART, Constitution et économie, Dalloz, 2015, n°248.

[72]-Article 43.

[73]-Comp. M.L. DUSSART, Garantie de propriété et QPC, RFDC 2012, p.805.

disposer dès lors que l'article 64 de la Constitution n'a certainement pas pour objet d'interdire l'interventionnisme étatique. On ne peut donc certainement pas considérer que l'article 674 du code civil qui définit la propriété par le contenu des droits liés soit inconstitutionnel.

57. Si les droits de propriété peuvent être remis en cause, il reste cependant à comprendre cette disposition, ce qui passe inévitablement par un retour sur le concept de garantie. Une garantie est un engagement pris par un garant de s'acquitter d'une dette en lieu et place d'un débiteur, l'engagement étant donné de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de discuter d'une éventuelle faute du débiteur ou, bien entendu, d'une faute du garant au moment où la garantie est mise en œuvre. Or si dans l'article 64 ni le garant ni le débiteur ne sont nommés, il ne peut s'agir que de l'Etat, compte tenu de la nature du texte qui sert de support à la garantie, celui-là même qui détermine et fait évoluer le concept d'intérêt général. Ce qu'enfin de compte la Constitution reconnait, c'est que la propriété constitue non pas tant une chose qu'une valeur patrimoniale[74], comme telle garantie par l'Etat.

58. Quelle que soit l'intensité de l'atteinte portée à cette valeur, privation ou restriction, l'Etat est garant de la perte de valeur, en sorte qu'il s'engage à payer la contrevaleur de la perte subie à raison de la remise en cause des droits de propriété ou de l'un de ses attributs. Cette garantie procède d'une disposition générale et elle ne souffre aucune exception. Dès lors, elle ne concerne pas seulement la propriété civile voire la propriété littéraire et artistique mais aussi la propriété commerciale et les propriétés industrielles. De même, elle n'est pas limitée aux seules hypothèses d'expropriation pour cause d'utilité publique.

[74] Comp. N. MOLFESSIS, op.cit., n°87 et suiv.

Elle peut couvrir des mesures d'effet équivalent à une expropriation comme le seraient des saisies conservatoires et plus généralement des mesures de dépossession arbitraires.

59. A partir de cette étude, au moins deux conclusions s'imposent au titre de la cohérence du système juridique : celle de l'insuffisance notoire du dispositif légal relatif aux droits des personnes, compte tenu des avancées constitutionnelles, celle aussi d'une inadaptation du droit de la propriété non seulement par suite de l'évolution du droit foncier mais aussi en conséquence de la garantie que donne la Constitution aux propriétaires et de la signification qu'elle donne de la propriété : celle d'une valeur économique indemnisable et non pas, comme on pourrait le penser en première intention, le support de droits subjectifs inviolables.

LE DELIT CIVIL ET LE CONTRAT DANS LE CODE CIVIL EVOLUTION «BIJECTIVISTE» PERFECTIBLE

Mustapha SAIDI, Doctorant
Faculté de Droit, Université d'Alger1

Résumé

Le contrat et le délit civil subissent le « subjectivisme-objectivisme » comme prisme exclusif perfectible. Le contrat de 1804 est tempéré par l'exploitation, l'imprévision ou le contrat d'adhésion. Face aux affres de la modernité, la faute appelle le risque et la garantie à la rescousse. L'imputabilité est instrumentalisée afin d'objectiver la responsabilité du gardien et du producteur. Dans le contrat et la responsabilité gravitent des concepts captifs du contexte socio-historique particulier à 1804.

Mots clefs: contrat, volonté, engagement contractuel, acte unilatéral, cause, délit civil, faute, abus de droit, acte illicite.

ملخص

لشرح العقد والمسؤولية الذاتية والموضوعية يشكلان مقاربة معيارية قابلة للإستكمال. الاستحداثات منها الاستغلال وعقد الاذعان ونظرية الحوادث الطارئة تعد مجرد إجراءات تعديلية لتليين الاثر السلبي للعقد التقليدي .أمام عصرنة المجتمع أصبح الخطأ بحاجة الي الخطر والضمان باعتبارهما من الأسس البديلة للمسؤولية يعتبر حل غير كافٍ .الاكتفاء بالاسنادية، بصفتها ركن للخطأ لتحقيق الموضوعية هي تقنية تتميز عن المبادئ الاساسية للمسؤولية التقليدية.اجماليا بقي العقد والمسؤولية رهينة لمفاهيم سياقهم اجتماعي وتاريخي يفيد الانتقال من التصور التقليدي الي المقاربة الوظيفية.

الكلمات المفتاحية : العقد – الإرادة – الالتزام التعاقدي– الالتزام بالإرادة المنفردة – السبب– التعديل – الجنحة المدنية – الخطأ- العمل الغير المشروع ناقص الاهلية – المتبوع– الحارس – المنتج – الشكلية.

Introduction

Considérée comme la matière de droit privé, le délit civil et le contrat continuent de réguler ou d'entraver l'activité humaine. Ce double juridique reste une notion d'actualité. En 1975, le législateur s'est limité à reproduire en partie le code civil égyptien qui, lui-même, a emprunté l'essentiel de son corpus au code civil français.

La reconduction de la législation antérieure, par la loi du 31/12/1962, a crée un lien difficile à rompre entre le droit algérien et le droit français .L'inspiration canonique du code civil français semble heurter la tradition arabo-musulmane confirmée dans l'exposé des motifs du code civil de 1975. Les principes du droit musulman restent une référence pieuse évoquée, occasionnellement, comme un élément d'identification nationale. Dans ce contexte il est difficile de soutenir l'idée d'une influence au sens d'acculturation juridique.[1]

Une capacité d'influence reposant sur le support du français, en tant que langue immédiatement utilisable, a constitué l'obstacle majeur au désir de se doter d'un droit propre. Ceci n'a pas empêché le législateur d'affirmer la souveraineté du pays. La nécessité de faire des lois s'est imposée comme celle de battre monnaie.

Sociologiquement, le juriste de l'époque était plus familier avec le Dalloz. Mais l'utilisation de la langue arabe juridique, hautement technique, restait un objectif à atteindre.

Techniquement, le délit civil et le contrat demeurent impactés par une conflictualité, sans opposition de logique marquée entre le subjectivisme et l'objectivisme[2]. Sous cet angle, le code civil de 1975 n'a pu échapper à l'influence du processus

[1]-(B) ATALLAH : « Acculturation juridique en Afrique du nord » in « indépendance et interdépendance au Maghreb » Edition du C.N.R.S p.178.

[2]-(T) REVET : « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? » in 'La nouvelle crise du contrat' Colloque l'ile 2003.Dalloz .p.83.

« subjectivisme –objectivisme », ayant pour socle commun le fondement érigé en paradigme problématique.

Nécessaire lorsqu'il permet de rendre reconnaissable le délit civil et le contrat, le fondement est non suffisant lorsqu'il sert à légitimer le discours véhiculé à leur propos.

Il demeure fossilisé dans une approche statique. Le rapport entre subjectivisme et objectivisme reste sans issue comme référent explicatif.

Car, il l'implique une théorie paradigmatique qui véhicule la faute et le principe de l'autonomie de la volonté appliqués comme des dogmes figés. Le risque et la garantie ne sont pas acceptés comme une solution alternative. L'objectivisme, défini à contrario par rapport au subjectivisme, se présente comme un « capharnaüm » de règles juridiques éparses et non cohérentes. Un amas de pierres ne fait jamais une maison. Le délit civil et le contrat sont soumis à des définitions normatives et tendancieuses. Le recours aux définitions légales, comme tempérament, vise à réduire l'usage de la polysémie en favorisant l'émergence du seul sens de la loi.[3]

Entre la responsabilité délictuelle, l'acte dommageable et le délit civil une synonymie incomplète est susceptible d'être retenue.

La définition du contrat dans l'article 54 du code civil peut changer de sens selon qu'il signifie l'identité avec la convention, l'inclusion dans la convention ou l'appartenance à la convention .Mais ce que le contrat gagne en extension, il le perd en compréhension.

Une ambiance qui enferme la réflexion dans un « organicisme juridique » refusant toute idée d'évolution .Tout porte à croire que : « tout est dans tout et tout se tient ».

[3]-(G) Cornu : « Linguistique juridique » Delta-Montchréstien.p.110.

Le législateur n'a pas pu échapper à l'influence du couple « subjectivisme-objectivisme » exercée sur la conception du contrat et du délit civil.

Mais ce « bijectivisme » utilisé en 2016 laisse croire à la possibilité d'une évolution positive depuis 1975 dans le contrat (I) et le délit civil (II) au regard de la modification législative du 20 juin 2005 sous la loi numéro 05-10.

I. Le contrat

Le subjectivisme et l'objectivisme continuent de se mêler intimement à l'intérieur du contrat.

A .Avant la modification législative de 2005

Face à un subjectivisme affirmé, se dresse un objectivisme formulé de façon inégale. Avec la consécration du principe de l'autonomie de la volonté dans l'article 106 du code civil, l'hommage est rendu à la liberté et au respect de la parole donnée tels que symbolisés dans la pensée canonique.

Le principe de la force obligatoire du contrat est confirmé comme une conséquence nécessaire et évidente de la liberté de contracter.

En toute cohérence, il est fait consécration de la notion de consentement, mesuré à travers la volonté intime est sanctionnée par la théorie des vices du consentement. Dans ce contexte, on considère qu'il existe une présomption d'équivalence [4] des prestations à partir du moment où le consentement est exprimé de façon libre et éclairé. Mais cette présomption ne correspond à la réalité que si les contractants sont supposés égaux. C'est pourquoi les révolutionnaires de 1789 associent systématiquement le principe de la liberté et celui de l'égalité. La problématique se situe au niveau de l'application du critère de l'égalité des

[4]-(J) PATARIN : « Le problème de l'équivalence juridique des résultats ». Thèse p.11.

contractants. Il n'est question que d'égalité formelle. C'est l'image du droit contractuel de 1804.[5]

Mais pour tempérer ce tout subjectivisme, le législateur aménage certain rouages tels que :

La survivance de la déclaration de la volonté même après le décès ou l'incapacité de son auteur, selon l'article 62 du code civil.

La théorie de l'exploitation, conformément à article 90 du code civil, est de portée générale. Son application plus vaste que celle de la lésion permet de mieux lutter contre les injustices contractuelles.

La reprise de la lésion conformément aux articles 358 et 732 du code civil est affirmée comme un tempérament au subjectivisme, à l'instar de la vision classique.

La consécration législative du contrat d'adhésion qui permet au juge de prononcer la modification ou la dispense en cas de clauses léonines, conformément aux règles de l'équité prévues dans l'article 110 du code civil.

La réduction par le juge de la clause pénale manifestement excessive selon l'article 184 du code civil. À la différence du droit français qui permet l'augmentation de la clause pénale dérisoire mais aussi sa diminution, lorsqu'elle devient excessive.

Ceci ramène l'analyse à l'étendue du dommage du droit commun.

La réduction par le juge de l'obligation prévue par les parties, devenue excessivement onéreuse, par application de l'imprévision.

La distinction est affirmée, entre l'obligation impossible et l'obligation onéreuse. C'est la prise en considération, non pas seulement, de ce qui prévu dans le contrat mais aussi comme il

[5]-(G) CORNU : « L'évolution du droit des contrats en France ».R.I.D.Comp-1979.p.449.

est advenu. Le législateur ouvre la porte à l'obligation judiciaire.[6] L'imprévision est antinomique avec le principe classique de la force obligatoire du contrat qui a pour source unique la volonté des parties. Qui a promis ne peut se dédire. Aux obstacles qui empêchent l'exécution, la conception classique ne connait qu'une réponse : la force majeure.

Le recours à certains paramètres objectifs en matière d'interprétation, en application de l'article 111 alinéa 2 du code civil, permet au juge de substituer des solutions autres que celles prévues par les parties.

En revanche, dans la conception subjective tout se réduit à la «commune intention » des parties qui permet de remonter à la source sacrée de la volonté.

L'écrit exigé comme une condition de validité dans l'article 324 bis du code civil, en matière de mutation d'immeubles, est analysé comme une consécration du formalisme.

Mais la cause intégrée formellement dans l'objet voit sont rôle marginalisé.

Durant cette période, l'évolution est envisagée sous forme de procédure transformationnelle consistant à effectuer des opérations formelles sur les constituants du contrat.

Il en est ainsi de l'élargissement de la notion de lésion par la consécration de celle d'exploitation ou encore de la déclaration de la volonté qui s'ajoute à la volonté interne.

Le contrat reste limité à une interprétation sémantique au niveau de sa formation, sans affecter ses principes de base

B- Depuis la modification législative de 2005

Le code civil affirme son causalisme, en consacrant la cause comme une condition de validité du contrat. Elle n'est plus intégrée dans l'objet.

---

[6]-(S) TANAGO : «-L'obligation judiciaire : Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge » L.G.D.J. p.128.

A l'inverse, le législateur dans l'article 123 ter consacre l'engagement par volonté unilatérale, en tant que source d'obligation. Cette marque d'objectivisme permet, notamment, d'expliquer le régime de l'offre assortie d'un délai (article 63 du code civil).

Mais le code civil reste avec la théorie des nullités comme sanctions de validité du contrat.

Le principe de cohérence est respecté.

Mais en est-il autrement du délit civil ?

II. Le délit civil

Le couple « subjectivisme-objectivisme » laisse penser à son utilisation, en tant que possibilité de vérification de l'évolution de la responsabilité dans le code civil.

A-Avant la modification législative de 2005

Le délit civil reste dominé par une réflexion épistémologique à l'intérieur de laquelle s'emboîtent une sémantique du mot faute.

Epistémologiquement, le subjectivisme de la responsabilité s'explique par la faute qui affirme son identité paradigmatique en tant que fondement.

En ce sens, le fondement érigé en paradigme repose sur la sacralisation de la faute considérée pire qu'un crime .Le fondement se « lézarde » se fissure sans subir de rupture épistémologique entre les fonctions normative et indemnitaire. Le syllogisme de la logique formel reste appliqué dans l'article 124 du code civil. Ce code ne parvient pas à évincer la notion de causalité qui est davantage une probabilité qu'une nécessité.

Le principe de cohérence exige de déduire la réparation du dommage de son fondement.[7] La faute n'est formulée qu'à titre d'assertion, sans avoir subi l'épreuve du réel.

[7]-(C) GRARE : « Recherches sur la cohérence de la responsabilité- l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation » Dalloz.p.197.

Sémantiquement, la faute à tendance à se modifier face à son incapacité de trouver d'autres applications possibles, autrement expliquée.[8] Mais elle demeure dans le fondement traditionnel dans lequel elle s'emboîte. L'article 124 du code civil exige toujours l'illicéité et l'imputabilité de la faute. Mais il faut marquer la distinction entre l'illicéité, élément de la faute et le licite en tant que condition autonome de la responsabilité, le licite est susceptible de s'analyser comme étant le texte et son contexte par rapport au légal qui est seulement le texte.

La faute n'assume pas son non-identité avec le risque .Ce dernier est appelé, occasionnellement, à la rescousse pour répondre aux affres de la modernité.

Comme palliatif le législateur instrumentalise l'imputabilité, en tant qu'élément de la faute, afin d'infléchir la responsabilité dans le sens de l'objectivisme.

Il consacre ainsi :

- La responsabilité de l'incapable agissant sans discernement, condamnable seulement à une indemnité équitable, en cas de dommage en application de l'article 125 alinéa 2 du code civil.
- L'incapacité physique est consacrée comme un nouveau cas de vulnérabilité.
- L'acte illicite du préposé est interprété comme incompatible avec l'idée de faute.
- La notion de trouble de voisinage reste dominée par l'idée de dommage.
- La consécration législative de la théorie jurisprudentielle sur l'abus de droit est, en soi, objectiviste.
- Le fondement objectif de la responsabilité du gardien de la chose est conforté par une application jurisprudentielle

[8]-(H) MAZEAUD : « La faute objective et la responsabilité sans faute » D-1985-Chrone. p.13.

constante de l'article 138 du code civil. Le gardien de la chose ne peut se dégager de sa responsabilité qu'en invoquant la cause étrangère[9]. De notre point de vue, en matière d'exonération, le fait de la victime dans l'article 138 du code civil et la faute de la victime dans l'article 127 du code civil illustrent les deux perspectives de la facticité et de la normativité.

Avant 2005, face à ce mouvement objectiviste affirmé, le fondement reposant sur la faute constitue le cadre référentiel dans l'article 124 du code civil.

B–Depuis la modification législative de 2005

Dans l'opposition entre le subjectivisme et l'objectivisme, le délit civil semble avoir subi plus d'impact que le contrat. Le législateur entend clore le débat dans le sens de subjectivisme :

- En affirmant que l'exercice abusif d'un droit est, désormais, constitutif de faute .En revanche le législateur français plus classique n'intègre pas, législativement, l'abus de droit dans l'article 1382 du code civil français**.** Il refuse de « monter » la jurisprudence dans la loi.
- En supprimant la responsabilité de l'incapable non pourvu de discernement la controverse, sur la place de l'incapable dans la société et les conséquences de cette irresponsabilité sur les victimes, est relancée.
- En substituant le « fait dommageable » à l' « acte illicite » du préposé le législateur vise, sans doute, à écarter toute discussion autour du caractère objectiviste de la notion d'acte illicite .Ceci rappelle l'ambiance d'hostilité des juristes classiques à l'égard de cette notion consacrée, notamment, dans les droits germaniques. Mais en écartant l'« acte

[9] -(G) KHIAR LAHLOU : « Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et automaticité » EN AG.p.157.

illicite », le législateur envisage de faire du subjectivisme avec le « fait dommageable ».Or cette notion employée dans la responsabilité du commettant et du gardien de la chose est par essence objectiviste. A ce niveau un manque de cohérence dans l'emploi des concepts est à souligner.

- En abrogeant l'article 135 du code civil, le législateur supprime la substitution de la responsabilité générale de l'Etat. Il place les enseignants et les éducateurs face à leur propre responsabilité. C'est le retour à l'application du droit commun considéré comme îlot de subjectivité.

Mais face à ce subjectivisme, la responsabilité du producteur des dommages du fait du vice du produit[10] semble faire figure d'exception .Cette disposition consumériste introduite dans le code civil risque de réduire le domaine du droit de la consommation.

L'idée de la primauté du droit commun sur le droit spécial, véhiculée par la conception classique, est ainsi affirmée.

La transformation de l' « homme » en « personne »[11] dans l'article 124 du code civil semble relever de l'anthropologie juridique.

Toutefois avec « le fait » transformé en « acte » dans l'article 124 du code civil, le législateur semble privilégier la normativité sur la facticité. Une transformation à connotation subjectiviste.

Après 2005, le législateur favorise une évolution dans le sens du subjectivisme. Ceci en utilisant une procédure transformationnelle qui consiste à effectuer des opérations formelles multiples sur les constituants de la responsabilité.

Ainsi le réarrangement sur la responsabilité du fait d'autrui semble évoluer en direction du subjectivisme. Dans ce

[10] -(M.M) RAHMANI : « Le vice du produit en tant que cause générant la responsabilité civil du producteur »Revue de la cour suprême. N°02 année2013.p.17.

[11]-(S) TZITZIS : « Qu'est-ce que la personne ? » ARMOND COLIN.p.9.

sens, le législateur intègre, d'abord, les causes d'exonération prévues dans l'article 135 abrogé du code civil, à l'intérieur de l'article 134 du code civil.

Il insère les hypothèses de la responsabilité du fait d'autrui visées dans l'article 135 du code civil abrogé, dans l'article 134 de ce même code.

Remarques conclusives

Le code civil reste dominé par la conception classique reposant sur la dichotomie « subjectivisme –objectivisme ».

À la montée du subjectivisme succède le recul de l'objectivisme sans remettre en cause le paradigme du fondement, en tant que cadre de décryptage traditionnel. Ce « bijectivisme » a conduit à l'impasse conceptuelle. Captif du contexte socio-historique particulier à 1804, le contrat et la responsabilité enfermés dans un « prêt à penser » juridique refusent toute idée d'évolution.

En ce sens, ce binôme juridique continu de reposer sur des notions « bloquantes » transformées en concepts anthropologiques producteurs de normes de vie immuables. Un objet qui refuse de se transformer en « contenu » .Une cause prisonnière d'un référencement classique sélectif justifié par la tradition juridique.

Des mœurs qui ne sont considérées comme bonnes qu'à la condition de se laïciser sous peine d'être sanctionnées par un ordre public proportionnel à la « longueur des jambes du magistrat ».La proportionnalité est qualifiée de « croisade contractuelle » contre le principe de l'autonomie de la volonté.

Le juge réduit à l'application des articles 124 et 106 du code civil, reste peu réactif aux dispositions objectivistes innovantes tels l'imprévision, l'exploitation ou le contrat d'adhésion.

L'article 125 alinéa 2 du code civil, sur la responsabilité de l'incapable non pourvu de discernement a été abrogé en 2005, sans avoir fait l'objet d'une seule application depuis 1975.

Ce système classique assure sa perpétuation par le biais d'une technique juridique savamment élaborée par une doctrine émérite. Une technique parfois impuissante à adapter la réalité à certaines institutions classiques qui restent dépendantes du paradigme dominant. Face à cette inertie, l'approche fonctionnelle substituant l'analyse fonctionnelle au paradigme du fondement s'avérerait plus proche des matérialités nouvelles produites. Il ne s'agit pas là d'un militantisme juridique véhiculant des a priori contre telle ou telle conception juridique, l'objectif de l'analyse fonctionnel vise essentiellement à éviter des antagonismes, entre des dogmes, par systèmes juridiques interposés.

POUR UNE REFONTE DU DROIT DE L'INDEMNISATION

Ghenima LAHLOU-KHIAR, Professeur

Faculté de Droit, Université d'Alger1

Résumé

Quarante ans après la promulgation du code civil, la refonte du droit de l'indemnisation est devenue incontournable pour sa lisibilité. Cette refonte passe par : 1- une clarification des règles de la responsabilité extracontractuelle pour mettre un terme aux divergences doctrinales et surtout jurisprudentielles sources d'incohérence de notre droit et partant source d'inégalité entre les victimes. 2- Par une codification du droit de l'indemnisation dans le code civil, dans ses deux composantes le droit de la responsabilité civile et le droit de l'indemnisation systématique du dommage corporel.

Mots clefs : indemnisation - responsabilité – dommage corporel- droit des victimes- codification.

ملخص

لقد أصبحت إعادة النظر في قانون التعويض بعد أربعين سنة من إصدار القانون المدني أمرا ضروريا من أجل مقروئيته . إن إعادة النظر تمر بـ : 1- توضيح المسؤولية غير العقدية من أجل وضع حد للاختلافات الفقهية و خاصة القضائية التي تشكل مصدرا للامساواة بين الضحايا وكذا مصدر نقص مقروئية قانونية. 2- كما تقتضي فعالية قانون التعويض ادماجه ضمن القانون المدني بفرعيه المسؤولية المدنية وقانون التعويض التلقائي عن الضرر الجسماني.

الكلمات المفتاحية : تعويض - مسؤولية – ضرر جسماني – حق الضحايا – تقنين.

Introduction

Le code civil a quarante ans. Cet anniversaire a une signification toute particulière au regard de l'évolution de notre société et de la prolifération de textes législatifs particuliers ayant une incidence directe sur cette loi mère.

Le code civil a quarante ans. Le temps est donc venu, de faire le point sur le vécu de cette législation fondamentale, de dresser le bilan de ses dispositions et de leur impact au niveau juridique et sociétal.

Une telle démarche revêt une importance toute particulière en matière d'indemnisation, tant il est vrai que le droit des victimes est au centre des préoccupations des pouvoirs publics et de la société tout entière. C'est pourquoi il est impératif de dresser le panorama des questionnements soulevés par l'analyse des règles juridiques régissant le droit de l'indemnisation.

Depuis quarante ans, notre société a connu des mutations importantes dans tous les domaines ; pourtant, peu de choses ont changé dans le code civil porteur d'un droit de la responsabilité immuable. Il a fallu attendre la loi n° 05- 10 du 20 juin 2005 pour que soit mis un terme à une inertie législative de près de trente ans. Le législateur est alors intervenu pour notamment, abroger l'alinéa deux de l'article 125ainsi que l'article 135 et amender les articles 136 et 137. Il a en sus introduit dans notre corpus législatif, la responsabilité du producteur (article 140 bis) ainsi qu'une règle consacrant un principe général d'indemnisation du dommage corporel (article 140 ter).

La promulgation du code civil en 1975 a marqué le droit de l'indemnisation à deux niveaux :

-Le droit de la responsabilité civile a été consacré comme vecteur exclusif du droit de l'indemnisation, alors qu'antérieurement, un droit d'indemnisation systématique du dommage corporel a vu le jour, symbolisé notamment par l'ordonnance du 30 janvier 1974[1] relative à l'indemnisation des accidents corporels de la circulation, précédée par celle du 21 juin 1966 relative aux accidents du travail et aux maladies professionnelles[2].

-Par ailleurs et selon toute vraisemblance, le code civil s'est d'emblée inscrit dans l'ignorance de cette nouvelle branche du droit de l'indemnisation.

Ainsi, deux systèmes se disputent l'indemnisation des victimes, évoluant en parallèle, sans qu'aucun lien ne soit établi entre eux.

Partant de ce constat, une réflexion globale s'impose sur le présent et le devenir du droit de l'indemnisation dans le code civil.

Notre étude s'inscrit donc dans une double perspective. Il s'agit, de mettre en évidence d'une part, la nécessaire réforme des règles de la responsabilité civile (Ière partie) et d'autre part, la codification tout aussi nécessaire du droit de l'indemnisation dans son ensemble dans le code civil (2ème partie).

Première partie : Pour une réforme des règles de la responsabilité

---

[1]-Ordonnance n° 74-15 du 30 janvier 1974 relative à l'obligation d'assurance automobile et au régime d'indemnisation des dommages (JORA n°15 du 19/2/1974), modifiée et complétée par la loi n°88-31 du 19 juillet 1988 (JORA n°29 du 20/07/1988).

[2]-Ordonnance n°66-183 du 21 juin 1966 relative aux accidents du travail et aux maladies professionnelles (JORA n° 55 du 28 juin 1966). Cette ordonnance a été abrogée par la loi n°83-13 du 2 juillet 1983 relative aux accidents du travail et aux maladies professionnelles (JORA n° 28 du 05/7/ 1983).

Un droit de la responsabilité lisible constitue le soubassement d'un droit de l'indemnisation effectif, à même de garantir la sécurité juridique. Malheureusement, quarante ans d'application du droit de la responsabilité mettent en lumière l'incohérence et l'archaïsme des dispositions y relatives, c'est ce que nous tacherons de démontrer dans un premier temps(A), avant de nous interroger dans un second temps sur les remédiations possibles (B).

A- La Lisibilité Du Droit De La Responsabilité En Question

Il est indispensable d'étudier le droit de la responsabilité à la lumière de sa perception par les auteurs ainsi que par l'application qui en est faite par les tribunaux, ces deux paramètres étant les révélateurs de son authentique caractère.

A titre liminaire, il convient de revenir sur l'état d'esprit du législateur de 1975[3]. Une certaine ambiguïté se dégage de la lecture des articles 124 à140 dédiés à la responsabilité extracontractuelle, sous le titre : « Du fait dommageable », devenu en 2005 « De l'acte dommageable ». Cette appellation peut laisser supposer une rupture avec le code Napoléon applicable jusque-là.

Cependant, force est de constater qu'à l'exception du titre, le législateur n'a pas fait œuvre novatrice et n'a tenu compte ni des mutations économiques et sociales, ni de l'existence d'un droit de l'indemnisation automatique.

En tout état de cause, le droit de la responsabilité est d'inspiration plurielle. Le droit français applicable avant 1975 a en quelque sorte et de manière informelle, été reconduit dans la majorité des textes. C'est ainsi à titre d'illustration, que l'article

[3]-MAHIOU(A), Rupture ou continuité du droit algérien, in Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, numéro spécial, 2ème anniversaire de l'indépendance, 1982, p.107.

1382 a été repris textuellement dans l'article 124. Notons que la modification que cet article a subie en 2005, est plus rattachée à la forme qu'au fond et n'a en rien entamé sa teneur [4].

Il en est de même de l'alinéa premier de l'article 140[5] régissant la responsabilité du fait de l'incendie. Quant aux articles 139[6] et 140 alinéa deux[7] relatifs respectivement à la responsabilité du fait de l'animal et à la responsabilité du fait de la ruine du bâtiment, ils ont repris les articles 1385 et 1386 du code civil français, tout en intégrant la jurisprudence de la Cour de cassation.

Par ailleurs, une certaine jurisprudence de la Cour de cassation a constitué la source directe du législateur de 1975. Tel est le cas pour la responsabilité du fait d'autrui (articles 135 et 136) et pour la responsabilité du gardien de la chose (article 138). [8]

---

[4]-L'article 124 actuel dispose : « Tout acte quelconque de la personne qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

[5]-Article 140 du code civil : « Celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers, dans lesquels un incendie a pris naissance, n'est responsable vis-à-vis des tiers des dommages causés par cet incendie, que s'il est prouvé que l'incendie doit être imputé à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. » (repris de l'article 1384 alinéa 2 du code Napoléon).

[6]-L'article 139 : « Celui qui a la garde d'un animal, alors même qu'il n'en serait pas propriétaire, est responsable du dommage causé par cet animal, même si celui-ci s'est égaré ou échappé, à moins que le gardien ne prouve que l'accident est dû à une cause qui ne peut lui être imputée. »

[7]-Article 140-2 : « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, même partielle, à moins qu'il ne prouve que l'accident n'est dû, ni à un défaut d'entretien, ni à la vétusté, ni à un vice de sa construction. »

[8]-Article 135 (abrogé en 2005) : « Le père et après son décès, la mère sont responsables des dommages causés par leurs enfants mineurs, habitant avec eux ; les enseignants, éducateurs et les artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. Toutefois, la responsabilité de l'Etat est substituée à celle des enseignants et éducateurs. »,

Article 136 : « Le commettant est responsable du dommage causé par l'acte illicite de son préposé, lorsque cet acte a été accompli par celui-ci dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions…Le lien de préposition existe même lorsque le commettant n'a pas eu la liberté de choisir son préposé, du moment qu'il a sur lui un pouvoir effectif de surveillance et de diligence. »

Le code civil égyptien a inspiré essentiellement l'article 134 instituant un principe général de responsabilité du fait d'autrui[9] (responsabilité du surveillant) ainsi que le second alinéa de l'article 125[10].

Cette diversité des sources conjuguée au caractère désuet de certains articles et à la rédaction imprécise d'autres, met en lumière un manque de visibilité. Parmi les données symptomatiques de cet état, nous en relèverons deux : le forçage de la loi(1) et l'inadaptation de la règle de droit (2).

1- Le Forçage De La Loi

Le législateur a de certes consacré la responsabilité subjective fondée sur la faute prouvée dans les articles 124 et 140 relatifs respectivement : à la responsabilité du fait personnel, à la responsabilité du fait de l'incendie et du fait de la ruine d'un bâtiment. La responsabilité du surveillant consacrée dans l'article 134 est quant à elle, une responsabilité pour faute présumée.

Ceci étant, le code civil n'en a pas moins consacré la responsabilité objective dans l'article 136 porteur de la responsabilité du commettant du fait de son préposé ainsi que dans les articles 138 et 139 dédiés respectivement à la responsabilité du gardien de la chose et de l'animal.

Article 138: « Toute personne qui a la garde de la chose et qui exerce sur elle un pouvoir d'usage, de direction et de contrôle, est présumée responsable et doit répondre du dommage qu'elle a occasionné…Le gardien de la chose est exonéré de cette responsabilité s'il administre la preuve que le dommage est dû à une cause qu'il ne pouvait normalement prévoir, tels le fait de la victime, le fait du tiers, le cas fortuit ou la force majeure. »

[9]-Article 134 : « Quiconque est tenu, en vertu de la loi ou d'une convention, d'exécuter la surveillance sur une personne qui, à raison de sa minorité ou de son état mental ou physique, a besoin d'être surveillée, est obligé de réparer le dommage que cette personne cause à un tiers par son acte dommageable. Cette obligation existe quant bien même l'auteur de l'acte dommageable serait privé de discernement. »

[10]-Article 125 -2 (abrogé en 2005): « Toutefois, en cas de dommage causé par une personne privée de discernement, le juge peut, si cette personne n'a pas de répondant ou si la victime ne peut pas obtenir réparation, de celui-ci, condamner l'auteur du dommage à une indemnité équitable, en considération de la situation des parties. »

Cette nature hybride a été perçue de manière controversée, la primauté de la responsabilité subjective étant souvent et contre toute attente mise en avant. Les tribunaux autant que la majorité des auteurs ont du mal à se résoudre à séparer la responsabilité extracontractuelle de ses fondements subjectifs. C'est ainsi qu'ils s'acharnent à faire ressurgir la faute là où le législateur a de toute évidence, édicté une responsabilité objective. Cette tendance doctrinale et cette pratique judiciaire portent les stigmates d'une responsabilité imprégnée de morale, faussant alors la réalité du droit de la responsabilité en en occultant le caractère objectif. Ce faisant, ce sont les victimes qui sont pénalisées.

La responsabilité du commettant du fait de son préposé ainsi que la responsabilité du gardien de la chose illustrent cet état de fait pouvant être qualifié de forçage de la loi.

*Concernant la responsabilité du commettant, l'article 136[11] qui la régit, fait malgré sa clarté, l'objet d'un forçage sur au moins deux points :

1- La nature du fait du préposé : alors que le législateur exige « un fait dommageable » du préposé, la quasi majorité des auteurs affirme que la responsabilité du commettant n'est engagée que si le préposé a commis une faute.[12]

2- Le fondement de la responsabilité du commettant : La doctrine attachée à la responsabilité subjective est partagée, un premier courant prônant une présomption de faute, [13] un second

[11]-Article 136 (actuel après modification en 2005): «Le commettant est responsable du dommage causé par le fait dommageable de son préposé, lorsque cet acte a été accompli par celui –ci dans un ou pendant l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de celles-ci.
Le lien de préposition existe, même lorsque le commettant n'a pas eu la liberté de choisir son préposé, du moment que celui-ci travaille pour le compte du commettant. »

[12]- فضلي إدريس: الوجيز في النظرية العامة للعقد ، قصر الكتاب 2006-2007 ص 244.

[13]-محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات- مصادر للالتزام، المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى، ص207. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ص325.

préconisant la garantie légale, au motif que *le commettant est légalement considéré comme le garant du préposé dans le cas où celui-ci a causé un dommage par sa faute commise dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions*[14].

*S'agissant de la responsabilité du fait des choses, la rédaction de l'article 138[15] mériterait d'être revue, afin d'en garantir une application juste et équitable pour toutes les victimes ; ce qui à l'évidence, n'est pas le cas. Il suffit pour s'en rendre compte, de passer en revue les arrêts émanant de la Cour suprême en la matière. Ainsi, la responsabilité du gardien peut- être retenue sur la base d'une présomption de faute dans la garde de la chose,[16] comme elle peut être affirmée comme étant une responsabilité de plein droit,[17] en passant par la responsabilité présumée[18]. Elle est aussi retenue pour faute, notamment dans des arrêts du Conseil d'Etat.[19]

Ce qui est frappant dans cette étude, c'est que paradoxalement, la faute est omniprésente dans le raisonnement des juges, même lorsqu'ils qualifient la responsabilité du gardien de responsabilité de plein droit, créant ainsi un décalage dans leurs décisions, ou mieux réalisant l'exploit de faire cohabiter les fondements objectif et subjectif dans l'application de l'article 138 du code civil. Ainsi dans un arrêt du 20

[14]-بلحاج العربي: المرجع السابق، ص341.

[15]-Voir le texte infra p.5.

[16]-Cour Suprême, Chambre civile, arrêt du 13 avril 1992 Dans cette décision, le gardien d'un chantier dans lequel un enfant a été électrocuté a été reconnu responsable pour *sa négligence et sa faute qui ont engendré un grave préjudice à la victime*.

[17]-Cour Suprême, Chambre sociale, 29 janvier 1992, la revue judiciaire 1993, n°3, p.124.

[18] Cour Suprême, Chambre civile, 17 mars 1982, La revue judiciaire 1987 p.2 : *Attendu que le principe de la présomption de responsabilité du gardien de la chose est admis dès lors que celle-ci a été la cause du dommage…*

[19] Conseil d'Etat, arrêt du 31 mai 1999, Revue du Conseil d'Etat 2002, n°1, p.99 : *Attendu que l'expert désigné a constaté que le puits (dans lequel est tombée la victime) se trouve dans la propriété de la commune ; que la commune est responsable de sa garde, car elle a omis d'entourer le puits d'un grillage afin d'éviter la survenance d'accidents…*

novembre 2011, la Cour suprême a jugé *que conformément à l'alinéa deuxième de l'article 138 du code civil, il appartenait au transporteur en sa qualité de gardien, de prouver la faute de la victime, susceptible de l'exonérer de sa responsabilité*… Plus loin, la haute juridiction ajoute …*qu'il appartenait aux juges statuant en appel, de rechercher si la faute de la victime devant être prouvée par le transporteur, était la cause exclusive du dommage ou si l'accident est du à la négligence et l'imprudence de la défenderesse au pourvoi (le transporteur)* … [20]

-La doctrine s'est fait l'écho de cette divergence, oscillant entre présomption de faute dans la garde de la chose[21] et responsabilité de plein droit[22].

2- L'inadaptation de La règle de droit

Parmi les dispositions inadaptées, nous relèverons, entre autres, celles ayant trait à la responsabilité du surveillant, à la responsabilité du fait de l'incendie, à la responsabilité du propriétaire du fait de la ruine du bâtiment ainsi qu'à la responsabilité du producteur.

2.1- L'article 134 actuel, siège de la responsabilité générale du fait d'autrui ou responsabilité du surveillant, requiert une attention particulière. Aux termes de ce texte: « Quiconque est tenu, en vertu de la loi ou d'une convention, d'exercer la surveillance sur une personne qui, à raison de sa minorité ou de son état mental ou physique, a besoin d'être surveillée, est obligé de réparer le dommage que cette personne a causé à un tiers par son acte dommageable…Celui qui est tenu d'exercer la

---

[20]-Cour suprême, Chambre civile, arrêt du 20/10/2011, Revue de la Cour suprême 2012, n°1, p.139. Les décisions étant rédigées en langue arabe nous avons traduit par nous-mêmes à leur traduction en français.

[21]-علي علي سليمان: المسؤولية عن الأشياء غير الحية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص126.

فضلي إدريس: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، ص257 .

[22]-FILALI(A) : Les obligations, tome2, L'acte dommageable ENAG, p.149.

surveillance peut échapper à la responsabilité en prouvant qu'il a satisfait à son devoir de surveillance ou que le dommage se serait produit même si la surveillance avait été exercée avec la diligence requise. »

Le fondement subjectif de cette responsabilité nous interroge à plus d'un titre. Le législateur a sans doute voulu garantir aux victimes un droit à réparation. Force est de constater cependant, qu'il n'en est rien, le titulaire de l'obligation de surveillance pouvant dégager aisément sa responsabilité.

C'est ce qui ressort de la pratique judiciaire en la matière ; les magistrats jugeant plus en équité qu'en droit, leur motivation principale étant la réparation du préjudice injustement subi par la victime. Dans un arrêt daté du 24/12/2008 , la Chambre civile de la Cour suprême, contre toute attente, a approuvé la condamnation par la Cour de Blida du père, à réparer le dommage causé à la victime par son enfant au motif *qu'il est responsable des agissements de son fils mineur et que l'indemnisation de la victime est à sa charge et non à la charge de la mère qui n'était au moment des faits que titulaire du droit de garde (hadina) et non la tutrice légale* … [23] Ce faisant, les magistrats ont transformé le fondement même de la responsabilité du surveillant, en substituant la tutelle à la faute présumée dans la surveillance prescrite par le législateur dans le corps de l'article 134 du code civil.

L'équité a également été à l'origine de la condamnation d'un père à indemniser la victime du viol commis par son fils de 16 ans. Le responsable ayant pu démontrer qu'il a satisfait à l'obligation de surveillance mise à sa charge par la loi, les juges ont motivé leur décision en adjoignant à l'obligation de

[23]-Cour Suprême, chambre civile, arrêt du 24/12/2008 ; Revue de la Cour suprême, 2009, n°2, p.133.

surveillance une « *obligation d'éducation* » et en métamorphosant la présomption simple en une présomption irréfragable.[24]

En conséquence, objectiver la responsabilité du titulaire de l'obligation de surveillance contribuerait sans doute à donner plus de cohésion à notre droit de la responsabilité. Force est de remarquer en outre, que l'article 134 a fait l'objet de décisions pour le moins surprenantes par le Conseil d'Etat. A titre d'exemple, dans un arrêt du 11 septembre 2002, la responsabilité du surveillant a été engagée pour l'indemnisation des ayants droit du surveillé, victime d'un meurtre[25].

2.2- Concernant la responsabilité pour faute prouvée du fait de l'incendie ayant son siège dans le premier paragraphe de l'article 140 du code civil,[26] elle a été reprise de la loi française du 7 novembre 1922. Elle s'avère aujourd'hui incompatible avec l'orientation de notre droit de l'indemnisation, d'autant que l'assurance en la matière connaissant, lorsqu'elle n'est pas obligatoire, un engouement certain.[27]

2.3-La responsabilité du producteur (article 140bis).Dans le cadre de la réforme du code civil intervenue en 2005, le législateur a cru devoir introduire la responsabilité du producteur dans le code civil, inspirée du droit français.

En effet, l'article 140 bis relatif à la responsabilité du producteur reprend en substance, les articles 1386 bis 1 et 1386

---

[24]-Cour Suprême, Chambre pénale, arrêt du 2 mars 1983, La revue judiciaire 1987, p.27.

[25] -Conseil d'Etat, 11 septembre 2001, in Revue du Conseil d'Etat 2002, n°1, p.137.

[26]-Article 140-1 du code civil : « Celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers, dans lesquels un incendie a pris naissance, n'est responsable, vis-à-vis des tiers des dommages causés par cet incendie, que s'il est prouvé que l'incendie doit être imputé à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. »

[27]-TERKI (N), Les obligations, Responsabilité civile et régime général, OPU 1982, p.160 ; LAHLOU-KHIAR (G) : Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et automaticité ; ENAG 2014, p.132.

bis 3 du code civil français[28]. Il faut néanmoins, préciser que le « défaut » dont il est question en droit français a été remplacé par « le vice »du produit. Ce glissement sémantique n'est pas sans conséquence sur le champ d'application de la responsabilité du producteur ainsi que sur son fondement. Pareillement, seul le producteur est tenu pour responsable du dommage causé par le vice du produit. A l'évidence, une telle restriction est de nature à restreindre le droit des victimes[29].

L'article 140 bis est tellement large et indéfini par certains autres aspects, que les juges appelés à l'appliquer peuvent lui donner les applications les plus diverses et les plus contradictoires aussi. Il en est ainsi à titre d'exemple, du clivage entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Le fait de prévoir un régime de responsabilité unique va nécessairement poser le problème de la validité des clauses excluant la responsabilité du producteur éventuellement insérées dans la convention conclue avec la victime. En effet, si le législateur autorise les contractants à limiter la responsabilité du débiteur ou à l'en décharger complètement, en revanche, il exclut «toute clause exonérant de la responsabilité délictuelle.»[30] Dès lors que le producteur est amené à conclure des contrats avec des personnes ayant des qualités différentes, déterminer le sort réservé à la clause exclusive de la responsabilité implique

[28]-Article 140 bis : « Le producteur est responsable des dommages du fait du vice du produit, même en l'absence de toute relation contractuelle avec la victime…Sont considérés comme produits, les biens meubles même ceux incorporés à l'immeuble notamment les produits agricoles, industriels ainsi que ceux de l'élevage, de l'agro-alimentaire, de la pêche, de la chasse et de l'électricité. »

[29]-Sur l'ensemble de l'étude de la responsabilité du producteur, voir LAHLOU-KHIAR (G), op.cit., p.91.

[30]-Article 178C.C: «Il peut être convenu que le débiteur prenne à sa charge les risques du cas fortuit ou de force majeure…Il peut également être convenu que le débiteur soit déchargé de toute responsabilité pour l'inexécution de l'obligation contractuelle…Est nulle toute clause exonérant de la responsabilité délictuelle. »

dans un premier temps, de s'interroger préalablement sur sa validité. Dans un second temps, nous passerons en revue les différentes solutions qui s'offrent au juge.

Deux situations sont en effet envisageables. S'agissant d'une clause exclusive de responsabilité prévue dans un contrat de consommation, elle est qualifiée d'abusive par l'article 29 de la loi 04-02 du 23 juin 2004[31] fixant les règles applicables aux pratiques commerciales et en conséquence, elle est nulle.

En revanche, dans l'hypothèse dans laquelle le contrat exonérant le producteur de toute responsabilité, est un contrat égalitaire le liant à une victime, professionnel ou intervenant[32], la question de son application demeure entière. Le juge peut choisir de faire prévaloir la convention légale (article 178 du code civil) au détriment de l'article 140 bis, vidant ainsi ce dernier de sa substance ; comme il peut opter pour la seconde possibilité, en l'occurrence, appliquer la responsabilité du producteur (art140bis) et écarter la clause exonératoire de responsabilité. Dans cette perspective, le juge va contrevenir aux dispositions de l'article 106 du code civil, aux termes duquel : « Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes

---

[31]-Article 29 alinéas 1et deux : « dans les contrats entre un vendeur et un consommateur, sont considérées comma abusives, notamment les clauses et conditions par lesquelles, le vendeur :

1°) se réserve des droits et/ou des avantages qui ne sont pas accompagnés de droits et/ou avantages équivalents reconnus au consommateur. »

Article 5-4 du décret exécutif n°06-306 du 10 septembre 2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives : « Sont considérées comme abusives, les clauses par lesquelles l'agent économique : dégage unilatéralement sa responsabilité et n'indemnise pas le consommateur en cas d'inexécution défectueuse de ses obligations. »

[32]-Dans la loi n° 09-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, le législateur a substitué le vocable « intervenant » à celui de « professionnel » utilisé dans la loi n° 89-02 du 7 février 1989relative aux règles générales de protection du consommateur abrogée.

prévues par la loi. » Dès lors, en l'absence d'une disposition claire dans l'article 104 bis, de notre point de vue, le juge ne peut intervenir pour modifier la volonté des parties, sans risque de voir sa décision sanctionnée. En définitive, dans les deux cas, une loi sera forcément sacrifiée au profit d'une autre. Afin de prévenir une injustice liée à des pratiques judiciaires divergentes, la révision du régime de la responsabilité du producteur s'impose.

Nous relèverons une autre interrogation qui se traduit en des termes similaires lorsque c'est l'obligation de garantie des vices cachés qui est réduite ou exclue par convention entre les parties[33].

En outre, le champ d'application de la responsabilité du producteur empiète inévitablement sur celui du droit de la consommation, notamment en matière de garantie.

Par ailleurs, l'article 140 bis est tellement précis sur certains autres points, que la règle y contenue se révèle éloignée de celle que le législateur a entendu instaurer. Parmi les points qui posent question quant à l'applicabilité de ce texte, la notion de vice et celle de producteur. En restreignant la responsabilité au seul producteur, on restreint considérablement le champ d'application de cette responsabilité ; la victime étant contrainte de rechercher le producteur là où il se trouve. Exiger de la victime la preuve que le dommage qu'il a subi a pour origine le vice du produit, ne revient-il pas à exiger la preuve de la faute du producteur ? Quel serait alors l'intérêt d'insérer en 2005, une responsabilité en réalité subjective, quant on sait que le régime de la responsabilité du fait des choses et le droit de la

[33]-Article 384 C.C. : « Les contractants peuvent par des conventions particulières, aggraver l'obligation de garantie, la restreindre ou la supprimer. Néanmoins, toute stipulation supprimant ou restreignant la garantie est nulle si le vendeur a intentionnellement dissimulé le défaut de l'objet vendu. »

consommation offrent aux victimes des solutions plus avantageuses pour obtenir réparation ?

Après ce bref rappel des dispositions relatives à la responsabilité du producteur, il est permis d'affirmer que l'introduction de la responsabilité du producteur régie par un seul article, laisse plusieurs interrogations en suspens. Si les tribunaux peuvent par le pouvoir qui leur est conféré, apporter des solutions à certaines d'entre elles, telles que la question de la validité des clauses limitatives de responsabilité, ils ne peuvent en revanche étendre la responsabilité du producteur à d'autres professionnels ou encore redéfinir le vice du produit.

En conséquence, la rédaction de l'article 140 bis présente cet inconvénient de n'apporter aucun élément positif à même d'améliorer le sort des victimes. Bien au contraire, les dispositions de ce texte marquent un recul par rapport au droit des victimes soumis au régime de la responsabilité contractuelle ou délictuelle.

En effet, le faisceau de difficultés soulevées par la rédaction de l'article 140 bis nous amène à nous questionner sur l'opportunité de son avènement dans le code civil ; en définitive il est permis de se demander si la responsabilité du producteur est nécessaire ou superflue ?

Ainsi apparait, à travers cet échantillon notre droit de la responsabilité dans sa réalité : un droit désarticulé, formé de différentes pièces hétéroclites, dépourvu de lisibilité et de visibilité, appliqué de manière inégalitaire et objet d'interprétations doctrinales au mieux différentes au pire contradictoires ; ce qui appelle une intervention du législateur.

B- Voies possibles pour rationaliser le droit de la responsabilité

Trois paramètres doivent être pris en compte pour donner à notre droit de l'indemnisation la cohérence dont il a besoin : les apports de la jurisprudence, la modification des articles y relatifs, ainsi que ses lacunes avérées.

1-Consecration des apports de la jurisprudence

Le rôle joué par la Cour suprême en présence d'un texte pour le moins succinct donc imprécis dans certains domaines mérite d'être souligné et codifié. Il en est ainsi, à titre d'illustration, en matière d'exonération de la responsabilité. Un seul article a été dédié à ce sujet dans le code civil sous le titre : « De la responsabilité du fait personnel ». Il édicte : A défaut de disposition légale ou conventionnelle, échappe à l'obligation de réparer le dommage, celui qui prouve que ce dommage provient d'une cause qui ne peut lui être imputée, tel que le cas fortuit ou de force majeure, la faute de la victime ou celle d'un tiers. »

Outre l'emplacement de ce texte qui pose la question de son application aux contrats[34], c'est surtout sa portée qui a fait l'objet de désaccords. Les divergences relevées parmi les auteurs n'ont pas contribué à la lisibilité de la question de l'exonération ; elles l'ont au contraire davantage opacifiée. Deux avis se sont en effet, dégagés. Pour certains auteurs, c'est seulement si la cause étrangère constitue la source exclusive du dommage, qu'elle exonère le responsable ; en revanche, dans le cas où elle a seulement contribué à sa survenance, elle n'entame en rien la responsabilité du débiteur[35]. D'autres auteurs, au contraire, admettent une exonération partielle, dans l'hypothèse où la cause étrangère a seulement à la survenance du dommage.[36]

Fort heureusement, la Cour Suprême a réagi en instituant une jurisprudence en la matière. Elle a pris position en envisageant

---

[34]-BENCHENEB(A), Le droit algérien des contrats ; Editions AJED, 2011, p.334. Pour Monsieur BENCHENEB : « La détermination des causes non imputables ou exonératoires implique un détour par le droit de la responsabilité civile car c'est l'article 127 du code civil qui les énumère, sauf à procéder à une adaptation terminologique pour la matière contractuelle…. »L'adaptation dont il est question concerne « le fait du créancier et non pas de sa faute car l'objet est non pas vraiment d'apprécier la responsabilité du créancier (victime de l'inexécution), mais de se prononcer sur l'existence d'une cause étrangère. »

[35]-بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، 204 .

[36]-Filali (A), L'acte dommageable, ENAG, p.328.

l'exonération totale ou partielle. A titre d'illustration, nous citerons, un arrêt de la Chambre civile affirmant : *Attendu que les juges du fond dans leur appréciation des faits, ont imputé les 2 /3 de la responsabilité (de l'inondation) à la société demanderesse au pourvoi d'une part et ont d'autre part, pris en compte l'intervention d'une force majeure et sa participation dans la survenance du dommage pour le tiers restant.*[37] La consécration législative de ces règles dégagées par la jurisprudence de la Cour Suprême contribuera certainement à améliorer la lisibilité de notre droit de l'indemnisation.

2- Révision du droit de la responsabilité

Envisager la refonte du droit de la responsabilité extracontractuelle dans son ensemble dépasse le cadre de ce travail, c'est pourquoi, l'étude portera sur la responsabilité du surveillant, celle du commettant, du gardien de la chose et du producteur. Ce choix est dicté par la confusion générée par les dispositions y relatives.

Il s'agit en premier lieu de revoir la rédaction de ces textes afin de leur donner la lisibilité indispensable pour la sécurité juridique. A titre d'exemple et comme rappelé plus haut, l'article 136 porteur des prescriptions relatives à la responsabilité du commettant du fait de son préposé est source d'ambigüité. Il est regrettable que la modification de cet article en 2005, ait été perçue comme une simple harmonisation de la version en langue arabe avec la version en française. Rappelons à ce propos, que le texte adopté en 1975 faisait ressortir l'existence de deux acceptions différentes de la relation nécessaire entre le fait du préposé et sa fonction. Dans le texte libellé en français, le préposé engage la responsabilité de son commettant, quand il a

[37]-La revue judiciaire 1992, n°1, p.12.

agi « dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions » ; tandis que dans sa version en langue arabe, un lien de causalité entre le fait du préposé et ses fonctions est exigé[38]. En 2005, le législateur a modifié le texte en arabe pour le rendre conforme à la rédaction en langue française. Nous regrettons que le second amendement de fond apporté à l'article 136 consistant en la redéfinition du lien de causalité n'ait pas suscité l'intérêt des chercheurs, alors qu'il impacte considérablement la portée de la responsabilité du préposé. Dans la version originale de l'article « le lien de causalité existe, même lorsque le commettant n'a pas eu la liberté de choisir son préposé, du moment qu'il a sur lui un pouvoir effectif de surveillance et de direction. ». Après modification, « le lien de causalité existe même lorsque le commettant n'a pas eu la liberté de choisir son préposé, du moment que celui-ci travaille pour le compte du commettant. »

De même, l'amendement de l'article 137 n'a pas été apprécié à sa juste valeur. Le texte initial prévoyait « pour la personne responsable du fait d'autrui un recours contre l'auteur du dommage dans les limites où celui-ci est responsable de ce dommage. » Dans sa mouture actuelle, l'article 137 ne concerne plus que le commettant qui « a un recours contre le préposé dans le cas où celui-ci a commis une faute lourde. » La conjugaison des deux articles 136 et 137 du code civil laisse penser que seul le commettant est responsable du dommage du dommage causé par son préposé dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions. La victime doit engager l'action en réparation exclusivement contre le commettant. Dès lors, La responsabilité du préposé ne saurait être recherchée que s'il a commis une faute lourde et seulement par une action récursoire du commettant. Force est de constater que la doctrine comme les

[38]-LAHLOU-KHIAR(G): Réflexions sur le droit des obligations, in L'exigence et le droit, Mélanges en l'honneur du Professeur MOHAND ISSAD, AJED Edition 2011, p.355.

tribunaux font preuve de frilosité en continuant à considérer que la victime a le choix entre rechercher la responsabilité du commettant et celle du préposé[39].

L'intervention du législateur est donc indispensable afin de mettre un terme aux divergences issues du libellé du texte actuel.

3- Combler les lacunes

En engageant la réforme du code civil de 2005, le législateur s'est inscrit dans une démarche sectaire, ignorant l'évolution de la société génératrice de risques pour la sécurité des citoyens. *C'est ainsi, que la responsabilité n'a pas en matière environnementale été prise en charge dans le code civil. A cet égard, la notion de préjudices indemnisables tels que définis dans l'article 182 du code civil et consistant en la perte éprouvée et le gain manqué est dépassée, car elle ne prend pas en charge le préjudice découlant de l'atteinte à l'environnement et notamment le préjudice écologique, tel qu'il ressort de la loi n°03-10 du19 juillet 2003 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable. Parmi les principes généraux sur lesquels se fonde cette loi et cités en son article 3, il y en a trois qui justifient pleinement la révision de la notion de préjudice : le principe d'action préventive et de correction[40], le principe de précaution[41], le principe du pollueur payeur[42].

---

[39]- FILALI (A): op.cit., p.156; 341 بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني

[40] -« Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles, à un coût économiquement acceptable et qui impose à toute personne dont les activités sont susceptibles d'avoir un préjudice important sur l'environnement, avant d'agir, de prendre en considération les intérêts d'autrui »

[41]-«le principe de précaution, selon lequel, l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves à l'environnement, à un coût économiquement acceptable »

[42]-« le principe du pollueur payeur, selon lequel toute personne dont les activités causent ou sont susceptibles de causer des dommages à l'environnement, assume les frais de toutes

A ce propos, nous noterons avec intérêt que la révision de la Constitution de 2016[43] a consacré le droit à un environnement sain, dans son article 68 comblant ainsi un vide et ouvrant la voie à l'élaboration de règles relatives à la responsabilité environnementale[44].

La nature spécifique du dommage écologique pose la question des fonctions de la responsabilité extracontractuelle. La fonction préventive de la responsabilité doit être mise en lumière car elle existe déjà dans notre code civil[45] ; elle doit pareillement être renforcée par l'indemnisation du préjudice écologique.

*La question de la réparation de la perte de chance doit de même être clarifiée, le silence du législateur étant source de divergences. Il n'existe pas de disposition claire dans notre code civil quant à une possible indemnisation de la perte d'une chance. Cette absence d'ancrage juridique pour justifier l'indemnisation d'une perte de chance, pourrait être interprétée comme un refus délibéré du législateur de prendre en charge cette catégorie de préjudice. Une telle interprétation se justifie par deux arguments. Le premier est que l'indemnisation de la perte d'une chance est une construction de la jurisprudence de la Cour de cassation française, appliquée bien avant 1975, date de promulgation de notre code civil. Or, nous noterons avec intérêt, que le législateur algérien n'a pas repris cette

---

les mesures de prévention de la pollution, de réduction de la pollution ou de remise en état des lieux et de leur environnement ».

[43]-Loi n°16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle.

[44]-Article 68 : « Le citoyen a droit à un environnement sain.

L'Etat œuvre à la préservation de l'environnement…La loi détermine les obligations des personnes physiques et morales pour la protection de l'environnement. »

[45]-Article 140-3 du code civil : « Celui qui est menacé d'un dommage pouvant provenir du bâtiment, a le droit d'exiger du propriétaire que celui –ci prenne les mesures nécessaires pour prévenir le danger ; faute par le propriétaire d'y procéder, il peut se faire autoriser par le tribunal à prendre ces mesures aux frais du propriétaire. »

jurisprudence, comme il l'a fait par ailleurs pour d'autres règles juridiques dégagées par la jurisprudence française, dans d'autres dispositions (articles 136,138…).

Si le législateur n'a pas prévu la perte d'une chance comme préjudice indemnisable, n'a t-il pas entendu l'exclure justement de cette indemnisation ? N'oublions pas en effet, que le droit musulman va dans ce sens et exclue l'indemnisation d'un dommage résultant de la perte d'une chance et qu'en application de l'article premier, alinéa 2 du code civil : « en l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman. »

En résumé de la position de la doctrine, certains auteurs font preuve de beaucoup de prudence en évoquant la perte d'une chance, non comme un préjudice indemnisable en droit algérien, mais bien comme une œuvre de la jurisprudence française.[46] D'autres au contraire, admettent l'indemnisation d'un tel préjudice[47]. Il est dés lors permis de s'interroger sur la véritable position de notre droit sur cette question ; ce qui appelle l'intervention du législateur à ce sujet.

La responsabilité renvoie à la responsabilisation et c'est ce rapport qui doit être rééquilibré dans notre code civil de manière claire, le but étant d'asseoir des règles précises, non susceptibles de donner lieu à des lectures aux antipodes les unes des autres, le plus souvent opposées à la volonté du législateur. Pareillement, les tribunaux auront à leur disposition des textes non équivoques, applicables à toutes les victimes de la même manière, à savoir, leur garantir un accès juste et équitable au droit à la réparation des préjudices subis.

---

[46]-TERKI(N) : Les obligations, Responsabilité et régime général, OPU 1982, p.210.

[47]-BENCHENEB(A): op.cit., p.318; FILALI (A): op.cit., p.292; VIALARD(A): Droit civil algérien La Responsabilité Civile Délictuelle, p.123.

Il apparait donc, à l'issue de cette brève réflexion, que notre droit de la responsabilité mérite une attention particulière ; et ce, d'autant qu'un nouveau système juridique est en train de faire son apparition. En somme, un constat s'impose, les textes dits spéciaux édictant une indemnisation systématique du dommage corporel ont pris, en termes de champ d'application, une place prépondérante telle que la responsabilité est réduite à ne s'appliquer que de manière exceptionnelle. Dès lors, la sécurité juridique requiert l'intégration dans le code civil d'un droit de l'indemnisation intégré.

Deuxième partie : Pour un droit de l'indemnisation intégré dans le code civil

Une analyse transversale des différents textes ayant consacré un droit d'indemnisation systématique fait apparaitre des règles disparates. Il est cependant tout à fait possible d'en dégager un socle commun à même de servir de droit commun de l'indemnisation du dommage corporel (A). A un second niveau, la visibilité de notre doit de l'indemnisation, gage de la sécurité juridique, exige que toutes les règles y relatives soient intégrées dans le code civil. (B).

A-Consécration indispensable d'un droit du dommage corporel

Notre société à l'instar de toutes les sociétés modernes n'admet pas que l'atteinte à l'intégrité physique des citoyens demeurât sans indemnisation. Comme rappelé ci-dessus, le droit de la responsabilité civile est depuis quelques décennies entamé par l'apparition de textes portant un régime spécial d'indemnisation des victimes dans des secteurs spécifiques. Bien avant la promulgation du code civil de 1975, l'indemnisation de deux catégories de victimes et non des moindres, a été soustraite au droit commun de la responsabilité civile. Il s'agit des victimes d'accidents du travail soumises à l'ordonnance n°66-83 du 21

juin 1966[48]relative aux accidents du travail et maladies professionnelles et celles des accidents de la circulation régies par l'ordonnance n°74-15 du 30 janvier 1974, modifiée et complétée par la loi n°88-31 du 19 juillet 1988. Puis sont intervenus d'autres textes qui ont confirmé la prise en charge du dommage corporel dans un cadre indépendant de la responsabilité civile. C'est le cas notamment, pour le décret n° 99-47 du 13 février 1999 relatif aux dommages subis par les victimes d'un acte terroriste ou d'un accident survenu dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, de loi n°90-20 du 15 août 1990 relative à l'indemnisation consécutive à la loi d'amnistie et du décret présidentiel n° 02-125 du 7 avril 2002 fixant les droits des victimes des évènements ayant accompagné le mouvement pour le parachèvement de l'identité nationale[49].

Le législateur a franchi un pas décisif dans la rupture entre l'indemnisation et la responsabilité en consacrant le principe de la garantie de la réparation du dommage corporel dans l'article 140 ter, à la faveur de la réforme du code civil de 2005.

L'indemnisation systématique du dommage corporel obéît en fait à des lois « conjoncturelles », comportant des règles distinctes, avec des droits inégaux pour les victimes.

L'enseignement que l'on peut tirer de cette étude est double : Il est indispensable de provoquer une réflexion générale touchant la totalité des règles juridiques composant le droit de l'indemnisation et de procéder à sa codification pour donner de la cohérence à ce droit disséminé et inégalement protecteur des droits des victimes.

---

[48]-Abrogée par la loi n°83-15 du 02 juillet 1983relative aux accidents du travail et aux maladies professionnelles.

[49]-LAHLOU-KHIAR (G): op.cit.

C'est à partir de ce constat que nous tenterons de faire l'ébauche d'une théorie du dommage corporel. Il convient pour cela de préciser la notion de dommage corporel induisant un droit à l'indemnisation (1) et de fixer les règles à même de constituer le socle du droit du dommage corporel (2).

1- La notion de dommage corporel en question

A l'évidence, le droit de l'indemnisation systématique prend sa source dans le dommage corporel, blessures ou décès, conséquence d'une atteinte à l'intégrité physique de la victime. Les spécificités de cette branche du droit de l'indemnisation, détachée de la responsabilité, lui confèrent une dimension particulière dépassant l'acception classique du droit des victimes à réparation. En effet, le droit du dommage corporel contribue à nourrir la réflexion inhérente au statut juridique du corps humain et à la garantie de son inviolabilité. D'ailleurs, de nombreuses dispositions législatives sont consacrées à ce sujet, au carrefour de plusieurs disciplines du droit.

De la sorte, le code civil prévoit dans son article 47 : « celui qui subit une atteinte illicite à des droits inhérents à sa personnalité, peut en demander la cessation et la réparation du préjudice qui en sera résulté. » La généralité des termes employés dans ce texte nous renvoie à d'autres dispositions contenues notamment dans la Constitution, le code civil, le code pénal et le code de déontologie médicale. C'est ainsi, à titre d'illustration, que le droit à la sécurité et l'inviolabilité de la personne humaine sont inscrits dans la Constitution. L'article 26 de cette loi fondamentale édicte: « L'Etat est responsable de la sécurité des personnes et des biens.». Quant à son article 40, il précise : « L'Etat garantit l'inviolabilité de la personne humaine. Toute forme de violence physique ou morale ou d'atteinte à la dignité est proscrite. Les traitements cruels, inhumains ou dégradants sont réprimés par la loi.»

Cette consécration constitutionnelle traduit bien l'idée que le dommage corporel, mérite une attention particulière et partant, un système d'indemnisation qui lui soit propre. Mais les victimes bénéficient- elles d'un traitement égal, peuvent-elles prétendre à l'indemnisation des mêmes préjudices ? Ces interrogations s'imposent en présence de l'unicité du dommage corporel en tant que source matérielle du droit à l'indemnisation ; alors que sur le plan juridique, la situation est tout autre.

En effet et selon la formule employée par un auteur : « Les mots de dommage et de préjudice ne sont pas synonymes. Le premier désigne la lésion subie …appréciée de façon objective, tandis que le second est la conséquence juridique et subjective de la lésion. »[50]

Cette différenciation entre dommage et préjudice, termes souvent employés comme synonymes, revêt une importance toute particulière s'agissant de l'indemnisation du dommage corporel.

En effet, dans le patchwork de textes régissant l'indemnisation du dommage corporel, deux lésions similaires ouvrent droit à l'indemnisation de préjudices différents ; ce qui engendre une injustice. Nous rappellerons à cet égard, que la victime d'une lésion corporelle relevant du droit de la responsabilité bénéficie d'une indemnisation plus favorable que celle due à la victime d'un accident de la circulation ou d'un accident du travail.

En effet, la réparation intégrale appliquée de tous les chefs de préjudices induits par le dommage corporel en droit de la responsabilité a été écartée dans les textes régissant l'indemnisation systématique. Les préjudices indemnisables dans ce système diffèrent ; aussi, en droit des accidents corporels de la

[50]-Le TOURNEAU (P) : Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz 2008/2009, p.99.

circulation,[51] ils sont plus nombreux que ceux prévus en droit des accidents du travail[52]. C'est alors, que deux lésions corporelles identiques feront l'objet d'indemnisations distinctes en fonction de la nature de l'accident subi. Dans l'hypothèse où l'indemnisation de la lésion relève du droit de la responsabilité, la victime a droit à une réparation intégrale de la totalité des préjudices qu'elle a subis. Si c'est un accident de la circulation qui est à l'origine de son dommage, en sus du préjudice matériel et économique, sont éligibles à l'indemnisation, sous certaines conditions, le préjudice esthétique ainsi que le pretium doloris. La blessure occasionnée par un accident du travail ouvre elle, droit à des prestations en nature et des prestations en espèces, en cas d'incapacité de travail.

Quant à l'article 140 ter du code civil ayant introduit dans le code civil une disposition spécifique à l'indemnisation du dommage corporel, il pose avec acuité la teneur du droit des victimes, en disposant : « A défaut de responsable des dommages corporels et si la victime n'en n'est pas la cause, l'Etat prend en charge la réparation de ces dommages. » La réparation prônée par le législateur, si elle venait à s'appliquer, marquerait une rupture avec l'indemnisation prescrite dans les autres régimes d'indemnisation des dommages corporels.

Cette diversification des préjudices indemnisables a une répercussion négative sur le droit des victimes. A travers ce qui précède, il apparaît que les régimes d'indemnisation du dommage

---

[51]-MOSTEFA-KARA (F): L'indemnisation des victimes des accidents de la route, in L'émergence d'un nouveau droit de l'indemnisation des dommages corporels, Les Annales de l'Université d'Alger, Numéro spécial, Etude commune réalisée par des enseignants des universités d'Alger et de Pau, 2012, p.91.

[52]-OUARAB(S): L'indemnisation des accidents du travail, in L'émergence d'un nouveau droit de l'indemnisation des dommages corporels, Les Annales de l'Université d'Alger, Numéro spécial, Etude commune réalisée par des enseignants des universités d'Alger et de Pau, 2012, p.52.

corporel sont cloisonnés, avec des règles très différentes, instaurant une discrimination entre les victimes.

2- Le rétablissement nécessaire de l'égalité des victimes du dommage corporel

L'instauration d'un droit du dommage corporel requiert un traitement égalitaire des victimes. Celles-ci ont le droit de faire prévaloir l'indemnisation des préjudices identiques, sans discrimination aucune. Nous mettrons l'accent sur un élément illustrant parfaitement cette situation. Il s'agit de la résurgence de la faute. En effet, le principe de l'indemnisation systématique sur lequel repose l'indemnisation du dommage corporel ne s'est pas complètement affranchi de la responsabilité subjective.

La faute est maintenue à titre exceptionnel et intervient à deux niveaux. Elle peut entraîner la diminution de l'indemnisation ou la déchéance du droit ; comme elle peut permettre à la victime d'obtenir une réparation complémentaire.

*C'est ainsi que dans le cas des accidents de la circulation, sont essentiellement concernés par la prise en compte de leur faute, le conducteur et/ou le propriétaire, le voleur et ses complices.[53] Ces fautes ne sont pas opposables à leurs ayants- droit, sauf exception relative aux ayants droit de la victime ayant causé le dommage par sa faute intentionnelle dans un seul cas. Cette exception appelle une remarque. Elle porte en elle une discrimination insupportable et injustifiée entre les ayants droit des victimes fautives. En effet, ne sont déchus du droit à l'indemnisation que les ayants droit de la victime ayant causé le dommage par sa faute intentionnelle et lorsque c'est le fonds de

[53]-Lahlou- Khiar (G) : Le droit de l'indemnisation : entre responsabilité et réparation systématique. Thèse Alger. 2006 ; p.229 et suivantes.

garantie automobile qui est débiteur de l'indemnisation[54]. S'agissant des ayants droit des victimes ayant commis une faute intentionnelle dont l'indemnisation est à la charge de l'assurance, la faute de leur auteur ne leur est pas opposable.

*Dans le cas des accidents du travail, seule la faute intentionnelle ou inexcusable de l'employeur et la faute du tiers sont maintenues et ouvrent droit à la victime à la réparation complémentaire sur le fondement de la responsabilité civile. Cette faveur offerte à certaines victimes d'accidents du travail est pareillement source d'injustice; le préjudice des autres victimes étant indemnisé a minima.

* Dans l'article 140 ter, la faute de la victime entraîne la déchéance du droit à la réparation. Une telle règle pénalisant injustement la victime est contradictoire avec la philosophie générale du droit de l'indemnisation du dommage corporel, tendant à instaurer un droit expurgé de toute faute émanant de la victime. Comme rappelé ci-dessus, seul le droit des accidents de la circulation la retient encore pour sanctionner le comportement du conducteur et du propriétaire du véhicule. Il est regrettable que l'article 140 ter ait opéré un retour à une conception moralisatrice de l'indemnisation, et ce d'autant, qu'il consacre par ailleurs le principe de la garantie d'un droit à la sécurité[55].

Nul doute qu'en l'état actuel de notre législation, il ne serait pas présomptueux d'affirmer l'existence d'un droit du

[54]-Article 6 du décret n° 80-37 du 16 février 1980 fixant les conditions d'application des articles 32 et 34 de l'ordonnance n°74-15 du 30 janvier 1974 relatifs aux règles de fonctionnement et aux mécanismes d'intervention du fonds spécial d'indemnisation (Fonds de Garantie Automobile actuellement).

[55]-LAHLOU –KHIAR (G) op.cit., p.410. LAMBERT- FAIVRE (Y) et PORCHY-SIMON (S) : Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, Dalloz, 2009, n°595 : « L'exigence de la sécurité, qui imprègne tout le droit moderne, européen et national, est ancré sur ce droit fondamental de chaque être humain à son intégrité physique. »

dommage corporel, malgré la disparité des textes le composant et la protection différenciée des droits des victimes. Néanmoins, tous les éléments permettant la construction d'un droit de l'indemnisation systématique du droit du dommage corporel peuvent être désormais réunis.

Il est fondamental d'ériger une théorie générale du droit du dommage corporel, applicable à l'indemnisation de toutes les victimes sans exclusive, avec des fondements cohérents dont l'exposé exhaustif dépasse le cadre de cette communication. Aussi nous contenterons nous d'en citer les principaux.

* L'indemnisation du dommage corporel sera régie par des règles communes et non des dispositions éparpillées entre le droit de la responsabilité et les nombreux textes prescrivant un régime d'indemnisation spécifique, en l'occurrence, l'indemnisation systématique.

*Il est essentiel pour cela de bien préciser le champ d'application de ce droit ayant vocation à garantir l'indemnisation de tout dommage corporel, y compris celui ayant pour source l'inexécution d'une obligation contractuelle.

En définitive, il s'agit de soustraire le dommage corporel du champ d'application du droit de la responsabilité civile. L'indépendance du dommage corporel par rapport au comportement du responsable serait alors consacrée. Ne devrait- on pas en effet, détacher le droit du dommage corporel du domaine de la responsabilité, quand les assurances, la sécurité sociale et autres fonds d'indemnisation viennent dans bien des domaines se substituer au responsable?

*Il faut pareillement, s'attacher à définir les préjudices également indemnisables pour toutes les victimes d'un dommage corporel, sans discrimination, en engageant une réflexion sur l'opportunité de la prise en charge systématique du dommage moral. Comme évoqué ci- dessus, si le dommage

corporel constitue l'élément commun, les chefs de préjudices pris en charge diffèrent d'un texte à un autre. Or, l'idée qu'il puisse y avoir dans les régimes de réparation des divergences substantielles pour des risques comparables est absolument inacceptable.

* Le législateur doit déterminer avec précision, les conditions strictes de la résurgence à titre exceptionnel de la faute, en veillant à proscrire les inégalités pouvant en résulter.

* De même, la dichotomie de la procédure créatrice d'une discrimination entre les victimes devrait être abolie, par l'instauration d'une procédure unifiée et simplifiée.

La consécration d'un droit de l'indemnisation du dommage corporel homogène, participe de la sécurité juridique ; les victimes étant assurées de la protection de leurs droits de manière juste et équitable.

Enfin, la refonte du droit de l'indemnisation impose une réflexion sur l'articulation du droit de la responsabilité avec le droit du dommage corporel : les deux composantes de notre droit de l'indemnisation.

B-Codification salutaire du droit de l'indemnisation

Notre corpus législatif est impressionnant, cette inflation rend le droit difficilement maitrisable, péniblement accessible, tant les textes qui le composent sont épars et n'ont fait l'objet d'aucun classement clair et logique par le biais d'une codification. En conséquence, Il est essentiel de réunir toutes les règles du droit de l'indemnisation dans le code civil, en vue d'une meilleure diffusion, pour une meilleure connaissance des tenants et des aboutissants de cette branche importante du droit. Un constat s'impose à ce sujet, le droit du dommage corporel ne se limite pas à opérer des transformations dans le droit de la responsabilité, bien qu'étant né d'une atténuation de celui-ci, il

s'en est complètement émancipé. Cette réalité, le législateur se doit de la clarifier dans le code civil, pour mettre un terme à la confusion dominante(1) et de consacrer le droit de l'indemnisation dans son ensemble dans le code civil (2).

1- Confusion des systèmes composant le droit de l'indemnisation

Il est clair que les différents régimes d'indemnisation, constituent une branche du droit civil et devraient logiquement être intégrés dans le code civil. Leur exclusion pose de manière significative, la question de l'accessibilité de cette branche majeure du droit pour tous, y compris pour le juge. Force est de remarquer, que l'incursion des règles innovantes liées à l'indemnisation systématique dans un système de responsabilité séculaire, bien rodé, n'a pas ou a peu intéressé nos juristes. Certains auteurs persistent à maintenir coûte que coûte ces nouveaux systèmes d'indemnisation systématiques dans le giron de la responsabilité civile[56] ; d'autres vont plus loin, en les excluant du champ d'application du droit des victimes, refusant ainsi de les reconnaître en tant que systèmes d'indemnisation, persistant par exemple, à appliquer le droit de la responsabilité, aux accidents corporels de la circulation [57].

Une méfiance certaine a également longtemps régné dans les prétoires, comme en atteste notamment la pratique judiciaire en matière d'accidents corporels de la circulation. Il est intéressant à cet égard de tenter de retracer schématiquement le chemin parcouru par les tribunaux.

*En premier lieu, l'application de l'ordonnance n° 74-15 a mis en lumière le décalage entre la réparation intégrale prescrite dans le droit de la responsabilité et l'indemnisation forfaitaire prônée

[56]-TERKI(N) ; op.cit., p.48; HAMDANE-BORSALI (L): Réflexion sur la notion de faute en droit civil algérien, Thèse de doctorat, université d'Oran, p .145 ; VIALARD(A), op.cit., p.120.

[57]-بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني, علي علي سليمان: المسؤولية عن الأشياء غير الحية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987, فضلي إدريس: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب.

par ce nouveau régime. L'indemnisation partielle limitée de surcroit à certains préjudices a été ressentie comme une injustice par les victimes. Elle a également été décriée par les sociétés d'assurances devant indemniser la quasi-totalité des victimes en dehors de toute considération liée tant au comportement de l'agent du dommage qu'à celui de la victime. Cette levée de boucliers contre l'application du droit des accidents corporels de la circulation s'est traduite par la pratique des tribunaux, persistant à indemniser les victimes selon le droit de la responsabilité.

Deux tendances se sont alors manifestées: Dans certains arrêts, les juges prétextent l'absence de promulgation des décrets d'application pour rejeter les demandes d'indemnisations fondées sur l'ordonnance 74-15[58]. D'autres arrêts ont pris l'initiative de délibérément substituer le droit de la responsabilité au droit des accidents corporels de la circulation, faisant ainsi à leur tour, preuve de récusation à l'égard de ce système d'indemnisation bousculant les standards du droit commun, qu'ils considèrent immuables[59].

*En second lieu, notons que ce déni du droit de l'indemnisation systématique symbolisé par le droit des accidents corporels de

---

[58]-Cour suprême : Chambre civile, 28/03/1990 n° du dossier 68090 (arrêt non publié) : *Attendu qu'il est reproché à l'arrêt attaqué, la violation de l'ordonnance n°74-15 du 30 janvier 1974 en ce que les juges du fond n'ont pas fixé le montant de l'indemnisation selon le barème annexé à l'ordonnance et ont appliqué le code civil en octroyant une indemnisation du dommage moral… Mais attendu que… l'accident a eu lieu le 17/7/ 1979 et qu'il est soumis au droit antérieur qui d'une part, donne aux juges du fond le pouvoir d'appréciation de l'indemnisation et d'autre part, n'exclut pas les frères de la victime du droit à réparation...* Dans cette espèce, la haute juridiction n'a pas justifié la non application de l'ordonnance 74-15. Dans le même sens, la Cour Suprême, Chambre civile, dans un arrêt daté également du 28/3/1990 a refusé l'application de l'ordonnance 74-15 pour l'indemnisation d'un accident corporel de la circulation survenu le 6 février 1977, sans autre justification (dossier n°68079).

[59]-Cour suprême, ch. Civ. 4 janvier 1984, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques 1985, n°4, p 795, note ZERGUINE® ; Cour suprême, ch.civ., 17 mai 1989, La revue judiciaire1993, n°2,p.23 ; Cour suprême, chambre civile, 29 janvier 1992, La revue judiciaire 1993, p.124.

la circulation a perduré malgré le rappel à l'ordre exercé par la Cour suprême en 1983.[60] Les juges de la haute juridiction ont en effet clairement affirmé, que les dispositions du code civil relatives à la responsabilité ne sont plus applicables au dommage corporel causé par un véhicule terrestre à moteur ; l'ordonnance n°74-15 du 30 janvier 1974étant le seul texte applicable en la matière. Ce rappel à l'ordre de la juridiction suprême n'a pas eu l'effet escompté, puisque des juges y siégeant persistent dans le déni, comme c'est le cas, pour un arrêt, daté du 15avril 2009[61], dans lequel, la Cour suprême reproche aux juges du fond ayant rejeté l'action en indemnisation d'un accident corporel de la circulation, d'avoir violé les articles 124 (relatif à la responsabilité du fait personnel) et 25[62] du code civil.

* Par ailleurs, même dans l'hypothèse où ils appliquent l'ordonnance 74-15, les juges de la Cour suprême demeurent très prudents. Ils se gardent de qualifier le système d'indemnisation auquel se rattache le droit des victimes d'un accident corporel de la circulation. C'est ainsi que la faute comme fondement de l'indemnisation est expressément écartée pour lui substituer le risque. « Attendu que le système d'indemnisation soumis aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance 74/15, relève de la théorie du risque et non de la faute… » [63] Dans ce sillage, force est de constater que

---

[60]-Cour suprême, ch. Civ.19 janvier 1983, note BENBELKACEM(F) in Revue EL-MOUHAMAT 1985, n°4.

[61]-Revue de la Cour suprême, 2009, n°2, p.159 : *Attendu que ce qui est reproché à l'arrêt attaqué est fondé, que le fœtus a subi un dommage causé par le décès de son père, s'il nait vivant et qu'il peut prétendre à sa réparation.*

Attendu que les juges statuant en appel ont rejeté l'action de la demanderesse au motif qu'au moment du décès le nourrisson était un fœtus et ne pouvait avoir subi de dommage, ce qui constitue une faute dans l'application des dispositions des articles124 et 25 du code civil…

[62]-Article 25 : « La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant et finit par la mort…

L'enfant conçu jouit des droits déterminés par la loi à la condition qu'il naisse vivant. »

[63]-Cour suprême, chambre civile arrêt du 16/5/2013 ; Revue de la Cour suprême, 2013, n°2 ; p.149.)

la tentation d'appliquer le droit de la responsabilité pour l'indemnisation des accidents corporels de la circulation est tenace et ne marque pas de recul notoire. En témoigne, toujours à titre d'illustration, un arrêt de la Chambre civile de la Cour suprême, daté du 18 mars 2008,[64] En l'espèce, les juges ont sanctionné l'arrêt de juges du fond ayant mis à la charge du fonds spécial (devenu depuis 2004, le fonds de garantie automobile) l'indemnisation due à la victime d'un accident corporel et ce, en application de l'article 01 du décret 80/37 et de l'article 24 de l'ordonnance 74-15[65] .

Pourtant, à l'évidence, l'article 24 de l'ordonnance n°74-15 ne laisse place à aucun doute quant aux attributions du fonds spécial d'indemnisation, « chargé de supporter tout ou partie des indemnités allouées aux victimes d'accidents corporels ou à leurs ayants droit, lorsque ces accidents, ouvrant droit à réparation, ont été causés par des véhicules terrestres à moteur, dans le cas où le responsable des dommages demeure inconnu ou se trouve, au moment de l'accident, déchu de la garantie ou insuffisamment couvert ou non assuré ou se révèle totalement ou partiellement insolvable. » La Cour suprême invoque l'alinéa deux de l'article 11 du décret 80-37 aux termes duquel l'intervention du fonds spécial d'indemnisation « ne peut motiver une condamnation conjointe et solidaire du fonds

[64]-Revue de la Cour suprême, 2010, n°1, p.142.

[65]-Article premier du décret n°80-37 du 16 février 1980 fixant les conditions d'application des articles 32 et 34 de l'ordonnance n°74-15 du 30 janvier 1974 et relatifs aux règles de fonctionnement et aux mécanismes d'intervention du fonds spécial d'indemnisation : « Le fonds spécial d'indemnisation est chargé de payer les indemnités aux victimes d'accidents corporels de la circulation, ou à leurs ayants droit, dans les cas visés aux articles 24 et suivants de l'ordonnance n°74- 15 du 30 janvier 1974. » Dans le cadre des dispositions indiquées à l'alinéa ci-dessus, le fonds spécial d'indemnisation procède à l'indemnisation de la victime ou de ses ayants droit, à défaut de paiement par toute personne ou organisme tenu de prendre en charge cette indemnisation conformément aux dispositions légales et règlementaires. »

spécial d'indemnisation et du responsable des dommages », pour soutenir que *Le fonds spécial d'indemnisation n'est pas considéré comme le garant du responsable et que la finalité de son intervention est de protéger ses intérêts et de protéger la victime , sans qu'il ne se substitue pour autant au responsable dans l'indemnisation du dommage* …

Ainsi, le droit commun ne se contente pas de réapparaitre dans les entrebâillements des textes spéciaux inhérents au droit de l'indemnisation systématique, comme c'est le cas en présence du silence du législateur ou d'imprécision des textes ; bien au contraire, force est de constater qu'il occupe sans droit ni titre des domaines dont il a été exclu.

C'est pourquoi, il convient peut-être de revenir à l'essentiel, c'est-à-dire au dommage, vecteur de tout droit à l'indemnisation, la faute ou toute autre considération subjective étant reléguée à un rang accessoire. Etant acquis, que c'est le dommage corporel qui a été à l'origine de l'objectivation de la responsabilité extracontractuelle, et que c'est ce même dommage qui a conduit le législateur à multiplier les textes spéciaux relatifs à l'indemnisation systématique, une réflexion doit être menée sur l'opportunité de maintenir la dichotomie du droit régissant son indemnisation.

*La confusion régnant dans le droit de l'indemnisation se révèle aussi à travers l'introduction de l'article 140 ter dans le code civil. Si ce texte constitue incontestablement une avancée dans le droit des victimes d'un dommage corporel, il suscite de nombreuses remarques.

L'article 140 ter est le premier texte de droit commun relatif au dommage corporel ; la règle qu'il consacre est inédite en droit de la responsabilité. Il s'agit selon toute vraisemblance de garantir la réparation du dommage corporel, en dehors du cadre juridique de la responsabilité et ce, bien que l'article 140ter ait été intégré dans la section III intitulée, « De la responsabilité

du fait des choses ».[66] A l'évidence, à moins de redéfinir la responsabilité délictuelle, on ne peut affirmer que cet article soit un cas de responsabilité de l'Etat.

La prise en charge du dommage corporel par l'Etat n'a lieu que si trois conditions sont réunies, la première est relative aux dommages réparables qui sont exclusivement corporels, la deuxième est l'absence de responsable, et la troisième exige que la victime ne soit pas la cause du dommage. Concernant la première condition et comme souligné plus haut, il appartient au législateur de déterminer clairement les préjudices indemnisables. Pour garantir un droit de l'indemnisation, le rôle punitif de la faute de la victime doit également être exclu du champ d'application de l'indemnisation du dommage corporel par l'Etat. En effet, une telle déchéance ne trouve aucun justificatif au regard de ce qui est appliqué aux autres victimes du dommage corporel.

Quant à la notion d'absence de responsable, elle doit pareillement faire l'objet d'une clarification. Le défaut de responsable peut avoir des causes juridiques (auteur du dommage dépourvu de discernement et n'ayant pas de responsable au moment des faits) ou matérielles (auteur inconnu). Doit – on privilégier les premières au détriment des secondes ?

L'insolvabilité du responsable est–elle assimilée à son inexistence ? Quels sont les moyens de preuve dont dispose la victime en la matière ? Ces interrogations sont cruciales et appellent des réponses précises.

Au-delà de l'imprécision de ces conditions de fond, la procédure d'indemnisation est également en question. Au regard du silence du législateur quant à une procédure amiable et à la désignation d'un organisme représentant l'Etat débiteur

[66]- Lahlou- Khiar (G), op.cit., p.170.

de l'indemnisation, la victime n'a pas d'autre choix que la voie juridictionnelle. Ce sont les tribunaux administratifs qui sont compétents, l'action devant être engagée contre l'Etat.[67] Cette procédure contentieuse constitue un facteur supplémentaire de discrimination entre les victimes du dommage corporel.

Ces éléments non exhaustifs impactent la nature de ce dispositif. Contrairement à ce qui est affirmé dans l'exposé des motifs de l'article 140 ter[68], on ne peut affirmer, qu'il consacre un droit de l'indemnisation systématique protecteur des droits de la victime, comme le sont le droit des accidents corporels de la circulation ou le droit des accidents du travail.

L'article 140 ter est porteur d'un système d'indemnisation original, se situant à mi-chemin entre le droit de la responsabilité et l'indemnisation systématique du dommage corporel.

Nous déduirons de cette réforme du droit de l'indemnisation en 2005, que plus que jamais, le droit de l'indemnisation constitue un amoncellement de règles marqué par un manque flagrant de cohésion. Bien au contraire, le contenu de l'article 140 ter conforte l'idée d'un droit flou, composé de textes épars, manquant de visibilité. Il appartient au législateur de mettre de l'ordre en la matière en affirmant le caractère pluriel de notre droit de l'indemnisation.

---

[67]-Article 800 du code de procédure civile et administrative : « Les tribunaux administratifs sont les juridictions de droit commune en matière de contentieux administratif.
Ils connaissent en premier ressort et à charge d'appel de toutes affaires où est partie l'Etat, la wilaya, la commune ou un établissement public à caractère administratif. »
Article 52 du code civil : « Sous réserve des dispositions spéciales applicables aux établissements à caractère administratif, l'Etat, en cas de participation directe à des rapports de droit civil est représenté par le ministre des finances. »

[68]-Aux termes de l'exposé des motifs : « L'Etat devra réparer les dommages corporels en cas d'absence d'un responsable à l'instar de la protection dont bénéficient les victimes des accidents de la route. »

2- Le droit de l'indemnisation dans le code civil : un droit pluriel

Il ne fait aucun doute que notre droit de l'indemnisation n'est plus univoque, composé exclusivement du droit de la responsabilité. Il se conjugue désormais au pluriel.

Depuis l'avènement de l'article 140 ter en 2005, le code civil ne suggère-t-il pas lui-même l'intégration en son sein, d'un chapitre dédié à l'indemnisation du dommage corporel ?

La codification du droit de l'indemnisation implique de substituer au titre relatif à l'acte dommageable celui de droit de l'indemnisation, qui sera subdivisé en deux parties. La première concernera le droit de la responsabilité réécrit avec clarté et précision, afin d'exprimer le mieux possible ce que recouvrent les concepts juridiques. La seconde partie sera consacrée au droit du dommage corporel.

Il s'agit de rééquilibrer les rapports entre tous les intervenants dans le droit de l'indemnisation et de mettre l'accent non plus sur la responsabilité seule, mais sur le droit des victimes à une juste indemnisation. Il est absolument indispensable d'arriver à rationaliser les standards du droit à l'indemnisation. Une codification du droit de l'indemnisation dans le code civil s'inscrirait dans une telle démarche et en serait l'aboutissement.

Ainsi, nous éviterons la confusion et l'anarchie gouvernant la lecture de notre droit de l'indemnisation, tant par la doctrine que par les tribunaux. Cela mettra surtout un terme à la discrimination dont souffrent les victimes d'un dommage corporel, soumises tantôt au droit de la responsabilité leur conférant une réparation intégrale, tantôt à un droit de l'indemnisation systématique leur octroyant une indemnisation à géométrie variable, au gré des textes épars.

En conclusion

Notre législation en matière d'indemnisation est empreinte d'une ambiguïté certaine et d'une incohérence tout aussi avérée, auxquelles une codification claire des règles du droit de l'indemnisation apportera indubitablement une solution salutaire pour les victimes.

A la faveur de la cohabitation des textes spéciaux relatifs au dommage corporel avec le droit de la responsabilité, nous assistons au renouvellement du droit de l'indemnisation. Sa codification constituera la solution appropriée au morcellement qui le caractérise. Par ailleurs, elle va avoir une répercussion sur le système de la responsabilité auquel elle va assurément donner la lisibilité nécessaire.

Si comme l'affirme à juste titre un auteur, le dommage corporel a une influence perturbatrice sur le droit des obligations[69], on est en droit d'affirmer que dans notre droit, il joue un rôle déterminant dans le renouvellement du droit de l'indemnisation, son influence étant salvatrice pour le droit des victimes.

Enfin, nous emprunterons au Professeur Yves LEQUETTE une formule s'adaptant tout à fait à notre sujet : « Eclairée par les objectifs de la politique juridique, l'étude de la technique juridique permet de construire un ensemble cohérent, là où n'apparaissait, au premier abord, qu'un magma législatif et réglementaire. »[70]

---

[69]-BOURDOISEAU(J) : L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations, LGDJ 2010

[70]-Préface à l'ouvrage de Jonas KNETCH : Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, LGDJ 2013.

VERS DE NOUVELLES FONCTIONS DE LA RESPONSABILITE CIVILE ? PERSPECTIVES D'EVOLUTION DE LA RESPONSABILITE CIVILE EN DROITS FRANÇAIS ET ALGERIEN

Clotilde JOURDAIN-FORTIER
Professeur des Universités Credimi
Université de Bourgogne Franche-Comté

Résumé

À l'heure de la célébration des quarante ans du code civil algérien et de la réforme du droit français de la responsabilité civile engagée par le ministère de la justice, on se demande si à la fonction traditionnelle de réparation de la responsabilité ne devraient pas s'ajouter d'autres fonctions de prévention et de punition qui permettraient de moderniser utilement ce droit de manière à répondre aux enjeux nouveaux. Moderniser le droit de la responsabilité civile implique non seulement de le rendre apte à appréhender les nouveaux risques issus des transformations économiques et sociales des sociétés considérées ce qui peut avoir pour conséquence d'imputer les dommages à de nouveaux responsables, mais aussi de raisonner en intégrant la question de l'effectivité de la réparation qui prend généralement la forme d'une indemnisation. Dans ce double but, il est utile de s'interroger sur l'opportunité de mettre en avant d'autres fonctions, préventive et punitive, de la responsabilité, non pas dans le but de concurrencer la fonction traditionnelle de réparation mais au contraire de la renforcer.

Mots clés : Réforme de la responsabilité civile – responsabilisation des acteurs – victime – fonction indemnitaire – assurance -

fonction préventive – prévention – précaution - fonction punitive – amende civile.

ملخص

قد نتساءل، في الوقت الذي نحتفل فيه بأربعينية القانون المدني الجزائري وكذا إصلاح قانون المسؤولية المدنية الفرنسي الذي بادرت به وزارة العدل، عما إذا كان من الضروري إضافة وظائف أخرى للمسؤولية المدنية، إلى جانب وظيفة التعويض التقليدية، تتمثل في الوظيفة الوقائية والعقابية، وذلك بغرض تحديثها تجاوبا مع المتطلبات الجديدة. ولا يراد بتحديث قانون المسؤولية المدنية جعله قادرا على استيعاب الأخطار الجديدة الناتجة عن التغيرات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمعات المعنية بذلك، وهذا من خلال تحميل الأضرار لمسؤولين جدد فحسب، بل لا بد من التفكير أيضا في التعويض الفعلي للأضرار، وتحقيقا لهذين الهدفين يكون من المفيد التساؤل عن هاتين الوظيفتين الجديدتين للمسؤولية "الوقائية والعقابية"، بغرض تقوية الوظيفة التقليدية، لا بغرض منافستها.

الكلمات المفتاحية: إصلاح المسؤولية المدنية – مساءلة الأطراف الفعالة – الضحية – الوظيفة التعويضية – التأمين – الوظيفة الوقائية – الوقاية – الحيطة – وظيفة عقابية – الغرامة المدنية.

Le droit de la responsabilité civile, en France comme en Algérie, est traditionnellement destiné à réparer tous les dommages causés par des manquements aux impératifs de la vie sociale. Mais, d'un continent à l'autre, ce droit souffre de n'avoir pas été adapté ou de l'avoir été très imparfaitement aux transformations considérables qui ont affecté les sociétés.

En France, le Code civil n'a, dans sa partie responsabilité civile, jamais été révisé dans son ensemble depuis 1804 même si des lois spéciales importantes sont venues le compléter. En Algérie, le code napoléonien a fait office de code civil algérien jusqu'au 5 juillet 1975, puis il a par la suite servi directement ou

indirectement de « règle modèle » [1] au législateur (pour l'ordonnance n°75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil puis pour la loi n°05-10 du 20 juin 2005 modifiant et complétant le code civil). Ainsi, malgré une volonté de distanciation de l'ancien droit colonial, « le législateur algérien est resté attaché aux principes consacrés par le code napoléonien » comme les organisateurs du colloque le soulignent eux-mêmes.

Aujourd'hui il est frappant de constater que ces deux pays liés par une histoire commune s'interrogent de manière quasi concomitante sur la manière de réformer leur code civil pour mieux l'adapter aux transformations de leur société. Le droit français de la responsabilité civile n'est en réalité pas resté inchangé depuis 1804. À l'instar du droit des contrats, il a été transformé par quelques jurisprudences très audacieuses de la Cour de cassation, rendues sur le fondement de quelques textes elliptiques du Code civil (les articles 1382 à 1386), découvrant des cas de responsabilité objective ou sans faute. En 1896 dans un arrêt *Teffaine* fut découvert un principe général de responsabilité du fait des choses pour répondre à l'injustice de l'absence

---

[1]-Si le Code napoléonien a fait office de code civil algérien jusqu'au 5 juillet 1975, l'ordonnance du 26 septembre 1975 a promulgué un nouveau code « algérianisé » qui reproduit de manière quasi-intégrale le code égyptien de 1949 (vu par plusieurs juristes comme un chef d'œuvre et ayant de ce fait servi de modèle à de nombreux autres codes, notamment syrien et libyen) lui-même profondément inspiré du code napoléonien en raison des liens entre le professeur égyptien Sanhouri à qui avait été confié la mission de codification, et le professeur français Edouard Lambert envoyé par la France en Égypte. Sur cette question, cf. J. LAFON, « Typologie des codifications proche-orientales », communication au Colloque pour le cinquantième anniversaire du Code civil égyptien, Le Caire, mars 1999, publiée dans *Itinéraires. De l'histoire du droit à la diplomatie culturelle et à l'histoire coloniale*, publications de la Sorbonne, 2001, pp. 121 et suiv. Comme l'écrit le professeur TERKI, « … c'est dire que le droit civil français qui fut mis à l'écart sous couvert de l' « algérianisation » de nos institutions, a été paradoxalement réintroduit sous le déguisement du code civil égyptien ! Sauf à préciser cependant que certaines règles de ce dernier sont empruntées au droit musulman », *Les obligations. Responsabilité civile*, 1982, n° 77, p. 53.

d'indemnisation des salariés victimes d'un accident du travail en l'absence de faute commise par leur employeur. Puis en 1991 dans un arrêt *Blieck*, fut consacré un principe général de responsabilité du fait d'autrui pour garantir aux victimes une indemnisation même en l'absence de faute du responsable. Un droit de la réparation destiné à répondre à l'explosion des demandes d'indemnisation due aux transformations de la société s'est ainsi progressivement construit. C'est donc d'abord pour codifier ces principales évolutions jurisprudentielles dans un souci de sécurité juridique et de prévisibilité [2] qu'un avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité est en cours de discussion[3].

La question de la réforme du code civil algérien ne se pose pas en des termes identiques car ce droit s'avère plus récent que le code civil napoléonien. Prenant acte des grandes évolutions jurisprudentielles françaises, le législateur algérien, dans l'ordonnance de n°75-58 du 26 septembre 1975 portant Code civil puis dans la loi n°05-10 du 20 juin 2005, a consacré la théorie de l'acte dommageable (art. 124 du CCA) qui exprime une philosophie indemnitaire *a priori* plus forte qu'en droit français. En effet, alors que le Code napoléon n'envisage que les délits et quasi-délits comme sources d'une obligation de réparation, ce qui sous-entend que l'action en réparation n'est recevable que si le dommage est le produit d'une faute, les rédacteurs du code civil algérien ont donné la préférence à la notion d' « acte dommageable » qui écarte la faute comme justification privilégiée de la responsabilité civile et met ainsi l'accent sur un fondement purement objectif. Le CCA connaît ainsi, dans un objectif indemnitaire, de la responsabilité de l'acte d'autrui (art. 134 à 137)

[2] -G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 1378.

[3] -Le texte est disponible en ligne (www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite -civile.pdf).

et de la responsabilité du fait des choses (art. 138 et 140 ter). Toutefois, comme l'a montré le professeur Lahlou-Khiar [4], la jurisprudence a plutôt tendance, dans un mouvement contraire, à cantonner l'indemnisation des victimes aux hypothèses où une faute du responsable peut être caractérisée, rendant ineffective la théorie de l'acte dommageable. La réforme du droit algérien cherche ainsi d'abord à améliorer l'effectivité de la réparation.

Quelles que soient les modalités de la réforme de la responsabilité civile, les évolutions montrent l'accent mis, des deux côtés de la méditerranée, sur la fonction traditionnelle de la responsabilité civile, à savoir la réparation des dommages résultant des activités humaines, prenant le plus fréquemment la forme d'une indemnisation.

Cette indemnisation est traditionnellement mise à la charge de l'auteur du dommage, seul responsable qui, par sa faute, a causé le dommage, ce qui ressort des articles 1382 du Code civil et, en des termes quasi-identiques, 124 du Code civil algérien[5]. Mais, comme précédemment dit, en droits français et algérien la faute a progressivement cédé du terrain.

En France, le droit a évolué d'une dette d'indemnisation à la charge de l'auteur du dommage vers une créance d'indemnisation au profit de la victime [6]. L'amélioration de l'indemnisation des victimes s'est d'abord faite sous le coup des jurisprudences précitées de la Cour de cassation reconnaissant des cas de responsabilités objectives. Puis le législateur est intervenu à de nombreuses reprises pour adopter des lois organisant des régimes spéciaux d'indemnisation des victimes, pour la

---

[4]-G. LAHLOU-KHIAR, « Pour une refonte du droit de l'indemnisation », cet ouvrage.

[5]-« Tout acte quelconque de la personne qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Il sera dans la suite de l'article référé au Code civil algérien sous l'acronyme CCA.

[6]-Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution d'une dette de responsabilité civile à une créance d'indemnisation », *RTDCiv.* 1987, p. 1.

plupart non codifiées, qui s'avèrent, en principe, bien plus favorables aux victimes que les règles du Code civil. Ces responsabilités spéciales reposent en effet non pas sur la faute mais sur l'idée de risque (c'est le cas par exemple de la loi de 1898 sur les accidents du travail ou encore de la loi Badinter de 1985 sur les accidents de la circulation ou de celle de 1998 sur les produits défectueux). Enfin, cette logique d'indemnisation a été poussée à son paroxysme en rompant avec l'idée même de responsabilité. Les critères de la responsabilité sont difficiles à identifier mais on s'accorde généralement sur le fait qu'un responsable doit pouvoir être désigné et qu'un lien objectif de « rattachement » doit être établi entre le responsable et le dommage. Or le législateur français, mais c'est aussi vrai en droit algérien bien que dans une moindre mesure, a progressivement détaché l'indemnisation de l'idée même de responsabilité en créant des mécanismes d'assurances sociales, des fonds d'indemnisation ou de garantie permettant d'indemniser la victime quand aucun responsable ne peut être identifié ou lorsque celui-ci s'avère insolvable. On peut citer, à titre d'illustration, la création d'un fonds de garantie des victimes d'accidents de la circulation (Fonds de garantie automobile en droit algérien), celle d'un fonds d'indemnisation des aléas thérapeutiques, ou plus récemment d'un fond créé pour indemniser les victimes du Médiator, du Benfluorex, etc. L'émergence de ces fonds de garantie témoigne aussi de la construction progressive d'un droit des dommages corporels.

La victime se voit donc, en théorie, « garantie » d'être indemnisée.

Cette évolution du droit, conjuguée au principe de la réparation intégrale, pourrait laisser croire en un système d'indemnisation parfait. Mais en réalité, le résultat est loin d'être satisfaisant.

Non seulement les mécanismes traditionnels de responsabilité civile ne répondent plus parfaitement aux évolutions de la société en ce qu'ils ne permettent pas toujours d'engager la responsabilité d'une personne dont les actes ou directives sont pourtant à l'origine du dommage causé. Mais d'autre part, si l'évolution du droit de la responsabilité vers la reconnaissance d'une créance d'indemnisation est une chose, l'effectivité de l'indemnisation en est une autre. La conséquence immédiate du développement de la responsabilité sans faute fut le transfert de l'indemnisation de la victime du patrimoine du responsable vers l'assurance de responsabilité souscrite par ce dernier. Or le système d'assurance n'apparaît plus comme la panacée.

Ces difficultés interrogent les fonctions de la responsabilité civile. À l'heure de la célébration des quarante ans du code civil algérien et de la réforme du droit français de la responsabilité civile engagée par le ministère de la justice, on se demande si à la fonction traditionnelle de réparation de la responsabilité ne devraient pas s'ajouter d'autres fonctions de prévention et de punition qui permettraient de moderniser utilement ce droit de manière à répondre aux enjeux nouveaux. Si d'aucuns ont pu parler de « crise » de la responsabilité entendue dans sa fonction traditionnelle, il ne s'agit pas pour autant de remettre en cause celle-ci. Tout le monde s'accorde en effet pour reconnaître son rôle essentiel dans la réparation des dommages. En revanche, l'hésitation subsiste quant à son caractère exclusif. L'un des moyens de surmonter cette crise de la responsabilité ne serait-il pas de mettre en avant d'autres fonctions, préventive et punitive, dans le but de renforcer la fonction traditionnelle de réparation ? Moderniser le droit de la responsabilité civile implique en effet de le rendre apte à appréhender les nouveaux risques issus des transformations économiques et sociales des sociétés considérées, ce qui implique sans doute de repenser la finalité

exclusivement réparatrice de ce droit.

Nous verrons ainsi en premier lieu pourquoi la responsabilité civile dans sa fonction traditionnelle de réparation apparaît comme un système à bout de souffle. Puis nous verrons, en second lieu, en quoi l'acceptation de nouvelles fonctions de la responsabilité civile peut permettre de garantir la fonction traditionnelle de réparation.

I – La fonction traditionnelle de réparation à bout de souffle

Pour que la victime puisse obtenir réparation de son dommage, encore faut-il qu'un responsable puisse être identifié et que sa responsabilité puisse être engagée, ce qui n'est pas toujours le cas. Les fondements actuels de la responsabilité répondent imparfaitement aux enjeux de la société moderne (A). Et quand ils permettent d'engager la responsabilité d'un individu, le système d'assurance qui garantit l'indemnisation, donc la réparation, ne réalise pas forcément ce résultat (B).

A – Des difficultés d'établir une responsabilité

Les fondements de la responsabilité ne permettent plus toujours de répondre aux évolutions de la société contemporaine.

Les entreprises qui cherchent par exemple à développer leurs activités par-delà les frontières nationales constituent des groupes de sociétés ou font appel à d'autres entreprises extérieures (sous-traitants, fournisseurs…) pour réaliser une partie de leurs activités économiques, sans que l'on sache comment engager leur responsabilité lorsque le dommage leur est imputable. Quand les sociétés étaient essentiellement individuelles, la responsabilité du fait personnel à laquelle s'ajoutait un principe de responsabilité du commettant pour le fait de ses préposés suffisait à permettre une imputation satisfaisante de la plupart des dommages survenus au cours ou à l'occasion des activités professionnelles. Mais dès lors qu'elles font appel à d'autres en-

treprises pour effectuer certaines tâches, l'autonomie dont jouissent ces dernières du fait de leur personnalité morale interdit de leur reconnaître la qualité de préposés. On s'interroge alors sur les moyens d'imputer à l'entreprise qui a donné un ordre à une autre entreprise la responsabilité des dommages survenus à l'occasion de l'exécution des tâches confiées à autrui. Dans l'affaire de *l'Amoco Cadiz*, le transport de matières polluantes avait été confié par la société mère à l'une de ses filiales qui, à la suite du naufrage du bateau, s'est avérée incapable d'assumer la réparation financière des préjudices causés par la catastrophe. Il aurait fallu, pour permettre une indemnisation effective des dommages, pouvoir engager la responsabilité de la société mère.

Dans cet esprit, une proposition de loi envisage d'imposer aux sociétés donneuses d'ordre une obligation coercitive de vigilance à l'égard de leurs filiales ou sous-traitants, dont l'inobservation serait sanctionnée par la mise en œuvre de la responsabilité pour faute (sur 1382 et 1383 du CC)[7] de celle-ci (le plus souvent une société mère).

Les difficultés sont les mêmes en droit algérien où les fondements ne permettent pas toujours d'engager la responsabilité de la personne dont les actes sont à l'origine d'un dommage. C'est notamment le cas de la responsabilité du fait des produits qui apparaît inadaptée à l'économie du pays davantage marquée que l'économie française par l'importation de produits. L'article 140 bis du CCA dispose que « le producteur est responsable des dommages du fait du vice du produit, même en l'absence de toute relation contractuelle avec la victime ». Mais seule la responsabilité du producteur est ici envisagée, ce qui signifie que la victime d'un produit défectueux ne peut être in-

[7]-Proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale par Bruno LE ROUX, François BROTTES, Jean-Paul CHANTEGUET, Dominique POTIER et Philippe NOGUÈS le 11 février 2015 transmise à l'Assemblée nationale en 3è lecture le 3 novembre 2016.

demnisée que si la production du produit considéré a bien été organisée sur le territoire algérien et si donc le produit n'a pas été importé[8]. Comment dés lors indemniser les victimes d'un produit fabriqué à l'étranger[9] ?

Mais au-delà de la question de savoir comment rendre responsables de nouvelles personnes pour répondre aux transformations de la société, il faut aussi s'interroger sur l'effectivité de l'indemnisation des victimes. L'assurance, qui est traditionnellement présentée comme la meilleure garantie d'indemnisation de la victime, ne permet pas toujours en effet une indemnisation effective.

B – L'effectivité de l'indemnisation questionnée

Si la fonction traditionnelle du droit de la responsabilité est la réparation, l'assurance est son corollaire nécessaire. Le contrat d'assurance, qui a pour objet la garantie de certains risques précisés au contrat, va permettre à la victime, si le risque se réalise, de bénéficier d'une créance d'indemnisation contre l'assureur dont elle pourra lui réclamer le paiement par l'exercice d'une action directe. L'indemnisation de la victime est ainsi préservée de la potentielle insolvabilité du responsable du dommage. Le système s'avère particulièrement favorable dans les domaines où le législateur a institué des cas d'assurance obligatoire. Par exemple, en droit français comme en droit algérien, en matière d'assurance automobile[10] ou de responsabilité médicale[11].

---

[8]-Sur cette question, A. BENCHENEB, *Le droit algérien des contrats. Données fondamentales*, EUD, 2è édition, 2015, § 413.

[9]-Par comparaison, l'article 1245-5 (ancien 1386-6) du Code civil français dispose qu' « est assimilé au producteur… toute personne… 2° Qui importe un produit dans la Communauté européenne… ».

[10]-En droit algérien, art. 1er de l'ordonnance n° 74-15 du 30 janvier 1974 modifiée et complétée, relative à l'obligation d'assurance des véhicules automobiles et au régime d'indemnisation des dommages et textes d'application.

[11]-En droit algérien, art. 167 de l'ordonnance 95/07 relative aux assurances (modifiée et

Pour autant, la société à l'origine essentiellement agraire et artisanale a progressivement fait place à une société de production et de distribution de masse de biens standardisés. Les entreprises individuelles à l'origine de cette activité, mettent sur le marché des biens susceptibles de causer des dommages de masse ou sériels. Mais sont-elles en mesure d'assurer l'indemnisation effective des victimes ? Même lorsqu'elles sont tenues d'une assurance obligatoire professionnelle —puisqu'en droit algérien, à la différence du droit français, la loi impose une assurance obligatoire à la charge de toute PME-PMI de production de biens et/ou de services[12]—, les plafonds de garantie sont calculés eu égard aux primes d'assurance payées par les entreprises. D'où la question de savoir si les entreprises sont en mesure de payer des primes d'un montant suffisamment élevé pour assurer une indemnisation effective des victimes.

Une affaire récente révèle les failles du système : l'affaire PIP, dite l'affaire des implants mammaires[13]. La société française PIP fabriquait des prothèses mammaires qu'elle distribuait dans le monde entier. Son dirigeant fut condamné au pénal pour avoir remplacé le gel médical à l'intérieur de ces prothèses par un gel industriel défectueux, causant la rupture des implants et

---

complétée) « Les établissements sanitaires civils et tous les membres des corps médical, paramédical et pharmaceutique exerçant à titre privé sont tenus de s'assurer pour leur responsabilité civile professionnelle vis-à-vis de leurs malades et des tiers ». Art. 6 du décret exécutif n° 07-321 du 22 octobre 2007 portant organisation et fonctionnement des établissements hospitaliers privés « L'établissement hospitalier privé est tenu de souscrire une assurance pour couvrir la responsabilité civile de l'établissement, de son personnel et de ses patients ».

[12]-Employant entre 1 et 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 2 milliards de dinars. Cette obligation d'assurance est instituée par l'article 163 de l'Ordonnance 95-07 modifiée et complétée, relative aux assurances et trouve son origine dans les dispositions des articles 124 et suivants du code civil algérien.

[13]-Sur cette question, *L'indemnisation des victimes de produits de santé défectueux en Europe – L'affaire PIP*, *Revue internationale de Droit économique*, n° spécial 2015-1.

sa libération dans le corps des femmes. Les victimes demandèrent réparation de leur dommage corporel en se retournant directement contre l'assureur de la société, cette dernière ayant été mise en liquidation judiciaire, seule voie possible d'indemnisation pour les victimes. A ces dernières —30 000 victimes françaises et 300 000 victimes dans le monde entier—, l'assureur opposa le plafond d'indemnisation prévu au contrat d'un montant de 3 millions d'euros applicable y compris en cas de dommages sériels. Si l'on divise cette somme par le nombre de victimes de la société (300 000) on aboutit à une indemnisation de 10 euros par victime ou de 100 euros si l'on ne compte que les (30 000) victimes françaises. Et l'on se demande alors si le principe de la réparation intégrale ne serait pas devenu une coquille vide malgré la possibilité juridique pour les victimes de se retourner contre l'assureur du responsable.

Cette interrogation s'avère d'autant plus prégnante qu'en matière de risques de dommages de masse, les assureurs cherchent à limiter au maximum leur garantie. Les intérêts des professionnels ne convergent pas alors avec ceux des victimes. Si l'on se place du point de vue des entreprises, dans la mesure où la détermination du risque couvert conditionne le montant de la garantie due par l'assureur laquelle détermine le montant de la prime annuelle payée par l'entreprise, on comprend que l'intérêt des victimes n'est pas forcément placé au cœur du système. Les professionnels cherchent en effet à limiter le montant de leurs primes d'assurance, susceptibles de paralyser leur activité économique. On l'a vu en France, à la suite de la jurisprudence « Perruche » de la Cour de cassation reconnaissant le préjudice de l'enfant né avec un handicape congénital[14]. La Cour ayant posé le principe de son indemnisation par le médecin

[14]-Cass. AP 17 novembre 2000, n° 99-13701.

n'ayant pas détecté la maladie de la mère pendant la grossesse, les primes d'assurances responsabilité civile professionnelle des obstétriciens décuplèrent, provocant une situation de crise au sein de la profession allant jusqu'à paralyser l'activité d'échographie et d'obstétrique. Jusqu'à l'adoption d'une loi dite « anti-perruche » venant briser cette jurisprudence et par là même limiter l'indemnisation des victimes[15].

Ainsi, si l'assurance est la garantie de l'indemnisation, le système trouve ses limites. Comment dès lors imaginer un autre système ? La réflexion sur les autres fonctions de la responsabilité —les fonctions sociales de la responsabilité— s'inscrit dans la recherche de solutions nouvelles en réponse à un système qui apparaît insuffisant.

II – Vers de nouvelles fonctions de la responsabilité civile pour mieux garantir la fonction traditionnelle de réparation

Les deux autres fonctions de la responsabilité, la fonction préventive et la fonction répressive, doivent pouvoir jouer un rôle pour permettre, à l'avenir, une meilleure réparation des dommages.

A – La fonction préventive

En termes d'analyse économique du droit, nul ne conteste qu'il est moins coûteux de prévenir un dommage que de le ré-

[15]-Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO 5 mars, p. 4118. Par cette loi le législateur affirma que le préjudice de l'enfant n'était pas un préjudice indemnisable (« Nul ne peut se prévaloir d'une indemnisation du fait de sa naissance »). Ainsi, dès lors que le handicap est congénital, il ne peut ouvrir droit à réparation. En ce qui concerne le préjudice des parents, la loi écarte la réparation du préjudice matériel, économique de ceux-ci (charges d'entretien, d'assistance, de soins, d'hébergement dans un établissement spécialisé, etc...). Les charges particulières découlant du handicape relèvent désormais de la solidarité nationale. Seul le préjudice moral pour l'accueil d'un enfant handicapé demeure, en cas de « faute caractérisée », mais en pratique d'un montant bien peu important.

parer. Aussi le meilleur moyen de limiter l'indemnisation est-il de prévenir le dommage, ce qui suppose d'accepter l'idée d'une fonction préventive de la responsabilité civile. L'idée progresse au sein de la doctrine mais aussi en jurisprudence et chez le législateur.

Une telle fonction n'avait pas été envisagée par les rédacteurs du Code civil de 1804 pour qui l'action en responsabilité ne pouvait être engagée par la victime qu'en présence d'un préjudice avéré et non hypothétique. Et de fait, on n'imagine pas l'octroi de dommages et intérêts pour indemniser un dommage qui ne s'est pas réalisé mais que l'on cherche à empêcher. Pour autant, l'obstacle n'apparaît pas insurmontable. Des sanctions en nature peuvent toujours être prononcées, par exemple des injonctions de ne pas faire ou de faire cesser quelque chose. Le juge des référés, juge de l'urgence, peut prescrire « …les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite » (art. 809 al. 1 du Code de procédure civile). La responsabilité peut alors permettre d'éviter la réalisation d'un plus grand dommage, ce qui limitera le montant des dommages et intérêts potentiellement prononcés.

Cette idée n'est pas totalement inconnue de la jurisprudence qui tend à élargir la fonction préventive de la responsabilité en cas de négligence, lorsqu'une personne ne prend pas les mesures nécessaires pour prévenir un danger grave ou imminent. Celui qui n'a pas empêché qu'un dommage survienne, qui n'a pas pris toutes les mesures nécessaires à l'évitement d'un tel dommage, peut voir sa responsabilité engagée. Il faut cependant qu'un risque de dommage réel, suffisamment sérieux et tangible, existe pour amener le juge à condamner l'auteur du risque à payer les coûts de prévention du dommage. La jurisprudence n'en est cependant qu'à ses balbutiements sur la question. Jugé,

par exemple, que le propriétaire d'une maison sur le terrain de laquelle se trouvait un rocher de plusieurs tonnes surplombant un lotissement et présentant un risque de chute, « aurait dû prendre toutes les mesures nécessaires à la stabilisation de son terrain » et qu'en s'abstenant de les prendre, il s'était rendu coupable de « négligence » et devait être condamné au paiement du coût des travaux de prévention réalisés par la commune ainsi que des frais de relogement de trois familles menacées[16].

Cette fonction préventive s'avère d'autant plus intéressante qu'en 1804 le Code civil avait été rédigé dans une conception individuelle du dommage, celui ne touchant qu'une seule personne, alors qu'aujourd'hui certains dommages s'avèrent susceptibles de concerner des catégories entières de personnes, de mettre de surcroît en danger la planète et une partie de l'humanité. Certains dommages —en matière environnementale, sanitaire, éthique— s'avèrent par ailleurs potentiellement tellement graves qu'ils ne pourraient pas être réparés s'ils venaient à se réaliser. Le droit de la responsabilité peut-il imposer de prévenir de tels dommages, au moyen de mesures de prévention voire de précaution[17] ? Ces questions sont nouvelles et les réponses restent à imaginer.

Certains codes étrangers, en Europe notamment, se sont engagés dans la voie de la prise en compte de la fonction préventive de la responsabilité. Le législateur français hésite encore. Un article 1232 du projet de loi portant réforme de la responsabilité entrouvre cependant la porte : « Indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir … le trouble

[16]-Cass. civ. 1ère, 28 novembre 2007, n° 06-19405 ; Cass. civ. 2è, 15 mai 2008, n° 07-13483.

[17]-M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2005.

illicite auquel est exposé le demandeur ». Cette disposition vise à permettre à toute personne le droit d'obtenir en justice, avant la survenance d'un dommage, la cessation d'un fait illicite. Si le juge l'ordonne, le risque de dommage s'éteint en même temps que l'illicite. L'aspect préventif est donc avéré[18]. Il l'est également au sein de l'article 1237 du projet qui considère les dépenses préventives au titre des préjudices indemnisables : « Les dépenses exposées par le demandeur pour *prévenir* la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées ».

En droit algérien, l'idée d'une fonction préventive de la responsabilité n'apparaît pas non plus totalement absente. Dans la responsabilité pour faute, l'article 130 du CCA qui consacre l'état de nécessité comme fait justificatif faisant disparaître le caractère fautif de l'acte l'évoque : « celui qui cause un dommage à autrui pour *éviter* un plus grand dommage qui le menace ou qui menace un tiers, n'est tenu que de la réparation que le juge estime nécessaire ». Mais c'est surtout à l'article 140 al. 3 du CCA, dans le cadre de la responsabilité du fait des choses (des bâtiments), que cette fonction apparaît : « Celui qui est *menacé* d'un dommage pouvant provenir du bâtiment, a le droit d'exiger du propriétaire que celui-ci prenne les mesures nécessaires pour *prévenir* le danger ; faute par le propriétaire d'y procéder, il peut se faire autoriser par le tribunal à prendre ces mesures aux frais du propriétaire ». Une des voies de modernisation du droit algérien pourrait ainsi consister dans l'élargissement de ce fondement pour lors cantonné au droit de la construction.

Mais plus encore que la fonction préventive, l'avenir de la responsabilité civile ne se trouverait-il pas dans la fonction pu-

[18]-C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010.

nitive de celle-ci ?

B – La fonction punitive

La fonction traditionnelle indemnitaire de la responsabilité civile n'a jamais empêché une fonction secondaire de punition du responsable condamné à payer des dommages et intérêts, ce qui peut avoir un effet dissuasif et contribuer, pour le futur, à éliminer les comportements dommageables[19]. Pour autant, cette fonction punitive n'est restée jusqu'à présent qu'à l'état embryonnaire eu égard, d'une part, au développement exponentiel de la fonction traditionnelle de réparation et, d'autre part, au réflexe naturel des juristes de réserver la fonction punitive à la responsabilité pénale.

Pourtant, la subsidiarité de la fonction punitive de la responsabilité civile ne se retrouve pas dans tous les systèmes juridiques, et notamment pas dans les pays de *common law* qui connaissent, par exemple, l'institution des *dommages et intérêts punitifs ou exemplaires*[20], lesquels suscitent en revanche la plus grande méfiance voire l'hostilité au sein d'autres pays, notamment en France.

Une réflexion sur la fonction punitive de la responsabilité naît cependant aujourd'hui de la volonté de lutter contre les fautes dites « lucratives » que l'on rencontre en certains domaines —en matière de contrefaçon, de concurrence illicite ou déloyale, de délit de presse, etc.— qui sont des fautes rapportant à leur auteur des bénéfices supérieurs à ce qu'elles leur coûtent en montant de dommages et intérêts à payer aux victimes.

En France, dans l'actuel projet de loi portant réforme de la

---

[19]-S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, tome 250, 1995.

[20]-Les dommages et intérêts punitifs sont largement admis en droit américain ; ils le sont en revanche plus ponctuellement en droit anglais ; R. CABRILLAC, Droit européen comparé des contrats, 2è éd., LDGJ, 2016, n° 274, p. 168.

responsabilité, une disposition apparaît particulièrement audacieuse et intéressante : un article (1266) prévoit que « lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une *faute lourde*, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés ». L'auteur d'une faute lucrative pourrait donc se voir condamné non seulement à payer des dommages et intérêts visant à réparer le préjudice causé par sa faute —dommages et intérêts compensatoires— mais aussi à une amende civile en tant que sanction d'un acte défectueux socialement. La fonction punitive de la responsabilité est ainsi introduite.

Mais en quoi cette fonction peut-elle permettre de garantir la fonction de réparation de la responsabilité ? En quoi peut-elle d'améliorer l'indemnisation des victimes ?

L'amende civile n'est pas inconnue en droit français[21]. Elle est déjà consacrée notamment dans le Code de commerce dans ses dispositions visant à lutter contre les pratiques restrictives de concurrence ; ce dernier autorise en effet le Ministre de l'économie à introduire une action devant une juridiction judiciaire pour lui demander le prononcé d'une amende civile visant à sanctionner « des pratiques abusives et le trouble à l'ordre public économique qu'elles constituent »[22]. Il faut par ailleurs préciser que cette sanction pécuniaire s'ajoute généralement à d'autres sanctions prévues par le texte et notamment au verse-

[21] -M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA*, 20 novembre 2002, pp. 36 et suiv.

[22]-Commentaire de la Décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016 *Société ITM Alimentaire International SAS* (prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise), disponible en ligne (www.conseil-constitutionnel.fr).

ment de dommages et intérêts moratoires aux concurrents victimes des pratiques anticoncurrentiels du responsable.

L'amende civile ne peut, en principe, excéder deux millions d'euros et, lorsqu'elle est prononcée, elle doit être payée par le responsable à l'État.

Le mécanisme s'oppose sur ce point aux dommages et intérêts punitifs qui visent pourtant également à punir l'auteur d'un dommage lorsque sa faute s'avère extrêmement grave : contrairement à l'amende civile, ils sont en effet versés à la victime, non à un tiers. Or, payés à la victime du dommage, ces dommages et intérêts lui procurent un enrichissement sans cause, contraire au principe de la réparation intégrale. Et c'est bien là ce qui les rend difficilement acceptables. C'est pourtant ce mécanisme qui fut introduit, en droit français, par la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 dite de lutte contre la contrefaçon (précisée par la loi du 11 mars 2014). Le Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet qu'en cas de contrefaçon, le juge a le pouvoir de prendre en considération, de manière distincte, dans le calcul du montant des dommages et intérêts « 1° Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° Et *les bénéfices réalisés par le contrefacteur*… »[23]. L'affectation de la fraction de l'indemnité visant à punir l'auteur de l'agissement répréhensible semble pourtant hautement contestable, susceptible même de procurer à la victime, comme cela a d'ores et déjà été relevé par le profes-

[23]-Article L. 615-7 du Code de la propriété intellectuelle (brevets) ; voir également en matière de marques l'article L. 716-14 dudit code et, en matière de propriété littéraire et artistique, l'article L. 331-1-3 dudit code également.

seur Le Tourneau, un avantage concurrentiel injustifié par rapport à ses concurrents[24]. L'amende civile payée au Trésor public, à l'État donc, évite cet écueil et apparaît, de ce point de vue, plus pertinente que le mécanisme des dommages et intérêts punitifs.

Mais il faut souligner une autre raison pour laquelle l'amende civile telles qu'elle est envisagée par le projet de loi portant réforme de la responsabilité civile pourrait être approuvée[25]. À la différences des autres fondements qui dans notre droit consacrent l'amende civile (le code de procédure civile, le code de commerce), le projet d'article 1266 nouveau du code civil apparaît comme un texte finalisé : l'amende civile pourra soit alimenter « le financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi… » soit être versée au Trésor public. Le but de l'amende civile a une finalité précise : celle d'offrir une réparation effective aux victimes d'un dommage. La fonction punitive rejoint alors la fonction de réparation de la responsabilité. En participant au financement de fonds de garantie spéciaux qui relèvent de la solidarité nationale ou à la constitution de nouveaux fonds pour répondre à des situations d'injustice sociale[26] (comme dans l'affaire PIP où les victimes se trouvent sans indemnisation), l'amende civile, et à travers elle la

---

[24]-*Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, Dalloz, 2014-2015, n° 45, p. 40.

[25]-*Contra* E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 568, n° 328 à 337 (« Poursuivant des objectifs similaires à ceux de l'amende civile, les dommages-intérêts punitifs ont, grâce au rôle joué par la victime, une toute autre efficacité. Lui étant attribués, ils l'encouragent à agir et remplissent, ce faisant, d'autant mieux les fonctions punitives, moralisatrice et préventive souhaitées. Les dommages-intérêts punitifs apparaissent par conséquent, comme la solution de premier choix pour lutter contre les fautes lucratives et il faut espérer leur consécration », n° 337).

[26]-Ou à l'alimentation d'un Fonds unique et général d'indemnisation ainsi que le propose le professeur Le Tourneau, qui fusionnerait tous les fonds spéciaux existants, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 92-1, pp. 62-63.

fonction punitive de la responsabilité, consolide les fondements même de la fonction traditionnelle de réparation de la responsabilité[27].

Elle participerait ce faisant d'une plus grande « socialisation du risque », apporterait sa pierre à l'édifice de l'idée fondamentale qu'il y a des risques dont il est injuste de ne pas partager la charge. C'est notamment le cas de tous les risques difficiles à couvrir par le seul jeu des mécanismes classiques d'assurance, notamment des risques sériels qui peuvent être à l'origine de dommages corporels. Or en la matière, il ne peut être question que d'une indemnisation effective. La garantie d'une telle indemnisation dépend en effet de notre capacité à imaginer de nouveaux modes de financements multi-sources pour indemniser ce qui ne peut plus l'être autrement, alliant mécanismes d'assurance, de responsabilité et de solidarité, à l'image peut-être de cette proposition de réforme du financement du fonds de garantie des victimes du terrorisme (FGTI) visant à prélever, de manière plus large et substantielle qu'avant, une taxe sur tous les contrats d'assurance de biens (assurance habitation, assurance automobile, etc.). Les revenus de l'amende civile alimenteront, à concurrence d'autres sources de financement, des fonds assurant une indemnisation effective

[27]-L'idée n'est d'ailleurs pas totalement nouvelle. En cas d'accident de la circulation, l'assureur du responsable indemnise en principe la victime. Si le responsable n'est pas identifié, s'il n'est pas assuré ou si son assureur est insolvable, un Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) indemnise la victime. Or la loi prévoit que l'assureur qui formulerait une offre d'indemnisation insuffisante à la victime pourrait se voir condamné au paiement d'une somme d'argent affectée car destinée à alimenter ce fonds de garantie (Article L. 211-14 du code des assurances : « Si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie… une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime »).

des dommages corporels.

En conclusion, si la fonction traditionnelle de réparation de la responsabilité doit demeurer la principale fonction de ce droit, une réflexion moderne peut sans doute être menée en vue de garantir une réparation effective aux victimes. Cette réflexion passe par l'acceptation de la réouverture d'un débat ancien sur la stricte séparation du droit civil et du droit pénal ainsi que sur la réfutation de l'idée que la répression serait l'apanage de la responsabilité pénale. Elle passe également par une réflexion sur le rôle prophylactique de la responsabilité civile : celui d'anticipation des dommages. Mais le développement de la fonction préventive doit-il se limiter à l'introduction dans la loi d'une action en cessation de l'illicite ou faut-il aller plus loin et prendre la mesure des risques nouveaux auxquels l'humanité peut être confrontée ? Faut-il notamment ériger, comme cela est proposé par Mathilde Boutonnet, le principe de précaution en fondement de la responsabilité civile[28] ? Cela conduirait indiscutablement à de grands changements comme le relevait le professeur Mazeaud : une responsabilité sans victime, sans préjudice et sans indemnisation[29] ! Voilà de belles questions qui susciteront Inch'Allah de nouvelles rencontres et discussions, en France ou en Algérie.

[28]-M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*

[29]-D. MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution », in La responsabilité civile à l'aube du XXIè siècle, *Responsabilité civile et Assurances*, juin 2001, n° 19 et suiv.

LE CODE MAURITANIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS : UN CODE HYBRIDE ?

Mahmoud MOHAMED SALAH, Professeur
Université de Nouakchott

Résumé

La Mauritanie s'est dotée, en 1989, d'un code des obligations et des contrats, placé sous la double bannière de la conformité aux enseignements du Figh islamique malékite et de l'ouverture aux exigences du monde moderne. Directement inspiré du code marocain de 1913, lequel est une reprise du code tunisien de 1906, le COC mauritanien a fait sienne l'approche synthétique adoptée par ce dernier qui consiste à privilégier les règles et solutions admises à la fois par les principaux droits européens et par le figh islamique, malékite et dans une moindre mesure, hanéfite.Par rapport à ces deux prédécesseurs maghrébins, le code mauritanien se singularise toutefois par un accroissement des références expresses au figh islamique.

Mots Clefs : Conformité au Figh Islamique ; Ouverture aux exigences du monde moderne.

ملخص

اعتمدت موريتانيا سنة 1989 قانون الإلتزامات والعقود وصدر تحت يافطتين : **أولهما** : الإنسجام مع الفقه الإسلامي المالكي، **وثانيهما** : الإنفتاح على مستلزمات العصرنة وقد اقتبس هذا القانون كثيرا من القانون المغربي الذي بدوره هو الآخر مقتبس من القانون التونسي، خاصة في مقاربته الجامعة بين أهم القوانين الأوربية والفقه الإسلامي في مجال الإلتزامات والعقود. وبالنسبة للقانونين المغربي والتونسي يتميز القانون الموريتاني بالرجوع أكثر إلى الفقه الإسلامي.

الكلمات المفاتيحة : الإنسجام مع الفقه الإسلامي، الإنفتاح على مستلزمات العصرنة.

PLAN

Introduction :

1. Contexte d'élaboration du C.O.C.
2. Méthode adoptée par la Commission de rédaction
3. Orientations du Code

I- La consécration de l'approche synthétique ou la réception globale de la théorie générale des obligations et des contrats, issue des principaux codes européens

A) Les contrats et les quasi-contrats

B) Les délits et les quasi-délits

II-L'accentuation des références au figh islamique ou les limites de la cohérence substantielle du Code

A) Le *figh* islamique comme composante directe et quelquefois unique de certaines règles et institutions consacrées

B) Le *figh* islamique malékite comme référence unique en cas de lacunes du code.

1- La Mauritanie s'est dotée, en 1989[1], d'un code des obligations et des contrats, dans un contexte particulier qui explique la question posée en titre de cette communication.

D'un côté, ce Code est supposé s'inscrire dans l'évolution amorcée, au début des années 1980, visant à intégrer les prescriptions de la Charia islamique dans le droit positif[2], en écho aux aspirations de la très grande majorité du peuple, dans un pays où le droit musulman est historiquement un élément central de l'identité collective, une donnée de la pratique sociale

[1] - V. J.O. de la RIM, 25 Octobre 1989, p. 489-580.

[2]-Les réformes introduites dès 1983 touchent à divers secteurs, dont l'organisation judiciaire (V. ordonnance n°83-114 du 23/06/1983 portant réorganisation de la justice), la matière pénale (V; ordonnance n°83-163 du 09/07/1983 instituant un Code pénal qui a non seulement consacré une nouvelle classification des infractions pénales inspirées de la Charia islamique mais qui a aussi introduit des délits et des peines directement fondées sur les prescriptions de celle-ci.

avant d'être une norme imposée par une autorité politique dont l'existence même a souvent fait défaut.

2- Ce mouvement a culminé dans la Constitution du 20/07/1991, première Constitution mauritanienne qui consacre, au moins sur le plan formel, les libertés et droits fondamentaux et institue le multipartisme et dont le préambule, reprenant la formule que l'on trouvait déjà dans la charte constitutionnelle adoptée, le 12 décembre 1984, par le Comité militaire qui a dirigé le pays jusqu'en avril 1992, énonce que « la Charia islamique est la source unique de la législation. »

3- Jointe à la règle posée par l'article 1er du Code de procédure civile, commerciale et administrative de 1983[3], selon lequel, « les juridictions jugent selon la règle de droit musulman », cette formule a pu nourrir, dès 1984, le sentiment que la loi islamique était devenue une source formelle du droit supérieure aux autres sources et ce, à l'heure où le corps de la magistrature connaissait un afflux important de juges uniquement formés au droit musulman. Certains de ces juges, tirant de la lettre des textes précités leurs conséquences extrêmes, avaient décidé de ne plus appliquer les dispositions du droit positif qu'ils considéraient non conformes au droit musulman. La matière des obligations et des contrats était particulièrement ciblée parce qu'elle avait son siège dans le Code civil français introduit, pendant la colonisation, dans les pays de l'AOF[4] et reconduit à l'indépendance par une disposition finale de la Constitution[5], suivant laquelle, « les lois antérieurement applicables

[3] - Voir ordonnance n°83-163 du 09/07/1983 instituant un Code de procédure civile, commerciale et administrative.

[4] - L'Afrique Occidentale française dont la Mauritanie faisait partie, en tant que colonie française.

[5] - V. notre étude, « Quelques aspects de la réception du droit français en Mauritanie », Revue mauritanienne de droit, 1988, p. 1 et s.

demeurent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été abrogées dans les mêmes formes »[6].

4- Ce Code dont il n'existait aucune traduction officielle en arabe avait été appliqué sans difficultés par les juges francophones jusqu'à la fin des années 1970. L'arrivée massive de magistrats non francophones et la montée des revendications en faveur de l'islamisation du droit en ont entraîné l'éviction ou à tout le moins la marginalisation.

Du coup, le besoin s'est fait sentir de disposer d'un nouveau texte fixant et systématisant avec précision et clarté les règles régissant la matière des obligations et des contrats dont on a pu dire qu'elle figurait l'algèbre du droit.

5- Les pouvoirs publics en ont confié la rédaction, en 1988, à une Commission composée pour l'essentiel de magistrats (dont la plupart sont des spécialistes réputés du *figh* islamique) et de représentants du barreau en lui assignant comme but d'élaborer un avant-projet conforme au droit musulman et ouvert aux exigences du monde moderne[7].

6- Pour s'acquitter de sa tâche, la Commission aurait pu, privilégiant l'impératif de conformité du texte à rédiger aux exigences du *figh* islamique, s'attacher essentiellement à la collecte et à la mise en forme des solutions casuelles dégagées par les *fughahas*, à l'instar de la *Medjella* ottomane, premier code civil réellement islamique, tout en privilégiant les enseignements des auteurs se rattachant au rite malékite qui est le rite en vigueur en Mauritanie, depuis des siècles. Le nouveau code eut été dans cette perspective un assemblage ordonné et systématique de cas d'espèce sur lesquels les "foughahas" ont

[6] - Constitutions de 1959 et de 1962.

[7] - V. L'exposé des motifs du projet d'ordonnance instituant le C.O.C., reflète cette référence ambivalente à la conformité au *figh* islamique, d'une part, et à l'adaptation aux exigences du monde moderne, d'autre part.

raisonné avec les exemples et les commentaires qui les éclairent, dans la logique de la démarche empirique et casuistique caractéristique du droit musulman.

7-Elle aurait également pu s'inspirer de l'exemple de pays qui, à l'instar de la Jordanie, ont, tout en adoptant « l'architecture générale des codifications modernes »[8], entrepris d'énoncer les dispositions générales objet du code uniquement sur la base du *figh* islamique[9]. Le nouveau code eut alors été un code formellement moderne (avec un plan et des divisions et subdivisions similaires à ceux qu'on trouve dans tous les codes modernes) mais avec un contenu et des concepts directement dérivés du figh islamique.

8- Le choix adopté a été tout autre. Sans ignorer les codes civils d'autres pays arabes, la Commission a décidé, dans la mesure où la réglementation du statut personnel et de la famille devait faire l'objet d'un autre code, de prendre comme référence le code des obligations et des contrats du Maroc (ci- après le DOC marocain) directement inspiré du code tunisien qui a la réputation d'avoir pris en compte les enseignements du figh islamique.

La méthode finalement retenue a consisté pour l'essentiel à examiner chaque article du code marocain (quelquefois avec son antécédent tunisien) au regard des enseignements du *figh* islamique, principalement mais non exclusivement du *figh* malékite et à le valider si le test de conformité est jugé satisfaisant.

---

[8] - V. H. Al-DABBAGH, Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste, p. 10.

[9] - ibid, l'auteur souligne que « l'originalité de la démarche réside principalement dans la méthodologie législative adoptée et la tendance à mettre en place des concepts et des méthodes de raisonnement et d'interprétation s'apparentant au *figh* ». L'auteur cite également le code civil yéménite dans lequel foisonne les notions de *hallal* et de *haram*.

9- Il convient de s'arrêter sur ce choix méthodologique, sur ses présupposés et ses conséquences pour comprendre le produit fini qu'est, aujourd'hui, le Code mauritanien des obligations et des contrats.

La Commission a considéré que le DOC marocain (et son ancêtre tunisien) traduisait déjà un effort d'intégration des enseignements du *figh* islamique et d'ouverture aux exigences du monde moderne, et qu'il fallait simplement s'assurer qu'il ne comportait pas encore de dispositions qui seraient par leur expression ou leur contenu contraires au *figh islamique*.

10- Il ne s'agissait donc pas de reprendre le travail à la base en essayant de traduire dans des dispositions générales et abstraites les enseignements directement dérivés du *figh* islamique mais, seulement, de vérifier que les dispositions de cette nature qui forment le code pris pour modèle soit ont des correspondances dans ces enseignements soit n'y sont pas contraires.

On comprend dès lors que la Commission ait validé la structure générale du DOC marocain ainsi que la grande majorité de ses dispositions. Reprenant pour l'essentiel le code tunisien des obligations et des contrats de 1906, le Doc marocain a naturellement bénéficié de l'intéressant effort de rapprochement entre les principaux droits européens (le droit français mais également le droit allemand, le droit suisse et même le droit italien et le droit espagnol) et le droit musulman (malékite et en partie hanéfite) dont ce texte est le fruit.

11- Rédigé par des juristes européens dont un éminent spécialiste du droit musulman malékite, David Santillana, le Code Tunisien avait été soumis à une Commission plénière mixte au sein de laquelle siégeaient dix jurisconsultes musulmans[10]. Comme le

[10] - V. J. Moneger, Biographie du code des obligations et des contrats : de la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain, in Revue marocaine de droit et d'économie du développement, 1984, n°7 et suivants.

souligne le rapporteur et principal inspirateur de ce Code, les rédacteurs de ce dernier ont entrepris, d'une part, « de rechercher dans la jurisprudence musulmane et dans la législation tunisienne » tout ce qui pouvait être utilisé au point de vue du droit moderne, et, d'autre part, « de réunir, classer et choisir dans la législation française les matériaux susceptibles de servir à l'œuvre définitive de codification »[11].

L'avant-projet du code atteste par ailleurs l'intensité de l'effort de synthèse réalisé « puisqu'au bas de chaque article sont indiquées les origines législatives, doctrinales et jurisprudentielles (tandis) qu'en marge sont mentionnés les enseignements spécifiques au droit musulman relatifs au contenu de la disposition concernée »[12].

12- Adoptant une démarche de simple vérification de la compatibilité des dispositions du code de référence (le DOC marocain et au-delà son parent tunisien) avec le figh islamique, principalement malékite, la Commission de rédaction du code mauritanien fut donc naturellement amenée à reprendre la structure et l'essentiel du contenu du modèle de référence puisque le test de conformité au droit musulman avait déjà été effectué par les rédacteurs du code Tunisien. Ce faisant, et ce n'est pas le moindre des paradoxes quand on se rappelle la forte contestation qui a secoué, dès le début des années 1980, le droit d'origine française, la commission a, d'abord, reçu et validé la technique de formulation, d'interprétation et d'application du droit qui sous-tend ce code, confirmant par-là, l'arrimage de la Mauritanie au droit de la famille romano-germanique[13].

---

[11] - D. Santillana, Rapporteur de la Commission cité par J. Moneger, étude précitée in Revue marocaine de droit, 1984, n°7.

[12] - M.K. Charfeddine, Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats, RIDComp. 2, 1996, p. 421-442.

[13] - V. Comme le souligne fort bien F.P. Blanc, présentant le code marocain des obligations et des contrats, " le DOC dans la formulation des règles qu'il édicte, se présente comme un

13- Ensuite, en délivrant un brevet de conformité au droit musulman pour la majorité des dispositions examinées, elle permet leur appropriation, leur naturalisation, nonobstant l'origine européenne, quelquefois romaine, de la plupart d'entre elles.

On peut s'interroger sur les causes de cette convergence des principaux droits européens (le droit français, en tête) et du droit musulman des obligations. J-M. Mousseron l'expliquait par la considération que « les règles juridiques françaises ont été façonnées à partir d'exigences morales voisines de celles de l'Islam »[14]. D. Santillana avançait plutôt l'hypothèse de l'existence de racines romaines communes aux principaux systèmes juridiques européens et aux constructions des *fughahas* dans le droit des obligations. Ces racines romaines figureraient une sorte de « fonds commun » aux deux types de droit que seul masquerait l'usage d'un vocabulaire différent[15].

---

ensemble de règles de droit, emprunté, dans sa conception, à ce que certains appellent la famille romano-germanique." (F.P.Blanc, Les obligations et les contrats en droit marocain (DOC annoté), ed Sochpress-Université, 1990, s; p.5

Il s'agit ici d'un phénomène de réception indirecte d'un droit étranger assez proche de celui que l'on a pu observer pour les pays du Proche-Orient. Dans un premier temps, le droit français des obligations a d'abord été directement reçu par l'Egypte avec l'adoption du code civil de 1948, fruit d' un effort de synthèse remarquable entrepris par Al Sanhoury Pacha; dans un second temps, ce sont les autres pays arabes (Irak, Syrie, Libye, Koweit ..) qui reprenant le code civil égyptien, code du pays symbole de l'arabité, ont indirectement reçu le droit français (J.M. Mousseron); La reprise du COC tunisien censé avoir intégré les enseignements du figh islamique illustre le même phénomène de réception indirecte du droit français.

[14] - J-M. Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », RIDComp., 1968, p. 37 et suivants.

[15] - « Dès qu'on pénètre au fond des choses, on est surpris de voir combien les idées des jurisconsultes de M2dina, de Koufa, de Cordoue offrent avec les nôtres d'étroites analogies, et on peut déjà supposer a priori, sans trop d'invraisemblance, qu'à l'égard des autres éléments de civilisation qui flottaient en Orient entre la VIIe et le IXe siècle, le droit romain se soit infiltré dans la civilisation musulmane, et qu'il ait fini, insensiblement par s'y incorporer », David Santillia cité par M.K. Charfeddine, étude précitée , in RIDComp., 1996, s. p. 438.

14- Pourtant, et la Commission chargée de la rédaction du Code mauritanien a dû affronter ce problème, l'importance des points de convergence qui a facilité l'insertion des enseignements du *figh* islamique dans le moule d'un code moderne ne peut faire oublier l'existence d'oppositions irréductibles sur certaines questions, comme la question de *Riba* (profit usuraire) ou du *Gharrar* (l'aléa), pour ne citer que ces exemples. Sur ces questions, le compromis n'était pas possible et il fallait prendre clairement parti. Les codes marocain et tunisien donnent, au plan formel, l'impression de codes à dominante européenne tempérées par des « infiltrations sporadiques » de notions directement issues du *figh* islamique.

Le premier objectif assigné aux rédacteurs de l'avant-projet du Code mauritanien, à savoir l'élaboration d'un texte intégralement conforme au *figh* islamique commandait un emprunt plus accusé aux concepts du *figh*, ce qui ne peut qu'en renforcer le caractère hybride.

15- On peut, il est vrai, se demander si la méthode adoptée par la Commission de rédaction était la plus appropriée pour tenir compte de l'ouverture aux exigences du monde moderne, autre objectif visé par l'exposé des motifs de l'ordonnance instituant le Code des obligations et des contrats.

En effet, en se focalisant sur la seule conformité du modèle de référence (à savoir le DOC marocain et, au-delà, son parent tunisien) aux enseignements du *figh* islamique, on a perdu de vue que ce modèle est historiquement daté : le Dahir formant Code des obligations et des contrats date de 1913 et le parent tunisien remonte à 1906. Depuis cette époque, le droit des obligations a beaucoup évolué et certaines questions se sont naturellement renouvelées. On pense ici aux contrats d'adhésion, aux contrats d'intégration économique, à la violence économique, comme vice du consentement, à l'imprévision, à la responsabilité

du fait des choses… Il eut été possible d'aborder ces questions et de voir dans quelle mesure, on pouvait les traiter d'une manière conforme au figh islamique. Pour cela il eut fallu recourir à une méthode comparative plus appropriée et élargir le spectre des codes d'inspiration. (A titre d'exemple, le code civil égyptien de 1948 avait été élaboré sur la base de la comparaison -souvent article par article- d'une vingtaine de codes !)

16- La seule innovation que la Commission s'est autorisée est relative à l'insertion d'un livre 1er intitulé « Dispositions Générales », inspiré en grande partie du code civil algérien, lequel s'est en la matière inspiré du code civil égyptien[16]. Ce livre premier traite de questions générales qui débordent celles des obligations et des contrats, puisqu'il porte sur les conditions d'application de la loi et de l'usage, la capacité, les règles de conflit des lois, le statut des personnes physiques et des personnes morales ou encore l'abus de droit.

Pour le reste, le C.O.C. mauritanien a reçu la théorie générale des obligations et des contrats, telle que le DOC marocain et, avant lui, le C.O.C. tunisien, l'ont transcrite sur la base de l'approche synthétique adoptée par David Santillana (I) Mais il a également accentué les références au *figh* islamique, ce qui peut, dans une certaine mesure, en affecter la cohérence substantielle (II).

I) La consécration de l'approche synthétique ou la réception globale de la théorie générale des obligations et des contrats, issue des principaux codes européens

17- Sur le plan formel, le C.O.C. mauritanien, comme son modèle de référence, ne fait à première vue que transcrire les principaux éléments de la théorie des obligations et des contrats

[16] - qui comporte un titre préliminaire en partie inspiré du BGB allemand plus étoffé que le Livre 1 du code civil algérien.

tels qu'on les trouve dans les principaux droits européens, et notamment en droit français. En réalité, l'influence du droit musulman est déjà présente sur ce terrain et se manifeste de deux manières. Tantôt, elle opère comme un facteur de sélection entre les normes des différents droits européens. On choisit à propos de telle ou telle règle ou solution le droit européen qui présente le plus d'affinités avec le droit musulman. Tantôt, elle opère comme un facteur « d'hybridation » du droit européen sélectionné. Les concepts et les catégories de celui-ci sont légèrement infléchis pour assurer leur conformité au *figh* islamique.

On peut vérifier ce phénomène en examinant successivement les règles régissant les contrats et les quasi contrats et celles relatives aux délits et quasi délits, pour nous limiter à ces thèmes centraux.

A) Les Contrats et les quasis contrats

18- On a coutume de dire que le droit musulman ne contient pas de théorie générale du contrat et que la notion même de contrat n'y fait l'objet de définition systématique[17].

On a, également, pris l'habitude de rattacher le *figh* islamique à une conception objective de l'acte juridique centré sur la seule déclaration de volonté[18] qui, dans certaines circonstances peut acquérir une valeur propre[19].

---

17 - V.T. Chehata, Théorie générale de l'obligation en droit musulman, Dalloz, 1970, s. n°164, qui note : « On ne trouve dans aucun ouvrage classique de droit musulman une théorie générale du contrat. Le contrat sera défini d'une manière ou d'une autre très fortuitement ».

18 - Ce qui permettrait, selon certains, d'expliquer que le droit musulman ait rapidement connu le « système de la représentation parfaite » (que le droit romain ignorait), le poussant même à un point que l'on ne trouve dans aucun droit moderne, à l'exception de la Common Law et en droit musulman, V. Gamal Mourji Badr, La tendance objective en matière de représentation dans la Common Law et en droit musulman, RIDC 1972, p. 379-394. Pour cet auteur, « la représentation, en effet, consiste à dissocier la déclaration de volonté de la personne du déclarant, de telle

Cette affirmation, sans être inexacte, doit être nuancée pour deux raisons au moins : la première est que le rôle de la volonté déclarée est variable selon les quatre écoles (malékite, hanbalite, chaféite, hanéfite) qui composent l'orthodoxie sunnite. La seconde est que, quelle que soit l'importance que ce rôle revêt dans un rite donné, il y est toujours contrebalancé par l'influence de la règle (tirée d'un hadith du Prophète) selon laquelle « les actions n'ont de valeur que par l'intention de leur auteur »[20].

19- Il reste qu'en règle générale, le *figh* islamique est fondé sur le système de la Déclaration de volonté, ce qui le rapproche plus du droit allemand[21]. Aussi, n'est-on pas surpris de constater que l'article 22 du COC mauritanien qui ouvre le titre premier (intitulé Des causes de l'obligation) du Livre Deuxième (intitulé « Des obligations en général ») énonce que" les obligations résultent des Conventions et autres Déclarations de volonté, même unilatérales, des quasi contrats, des délits et quasi délits", d'une part, et que le chapitre premier de ce même titre soit intitulé « Des obligations qui dérivent des Conventions et autres Déclarations de volonté », d'autre part.

Le contrat que le COC tient à juste titre pour synonyme de convention (le paragraphe 2 de la section 2 relative à la Déclaration de volonté est intitulé " Des conventions ou

---

sorte que cette déclaration revêtue d'une valeur 'objective' propre crée des effets de droit dans le chef d'une personne autre que le déclarant… ».

[19] - Joseph Schacht, Introduction en droit musulman, Maisonneuve, Paris, 1983, p. 101 s.

[20] - Y. Linant De Bellefonds, Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman, in RIDC, 1952, p. 511-521, qui souligne pertinemment que le *Mejelle* ottoman, premier code musulman affirmait la primauté de la volonté interne sur la volonté déclarée sur la base du hadith précité du Prophète. V. par exemple, article2 : « Pour apprécier une action, on doit en rechercher l'intention » ; article 3 : « Dans les conventions, il faut considérer l'intention des parties ».

[21] - A. Rieg, LE rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et en droit allemand, Paris, LGDJ, 1971.

contrats") est traité comme une simple modalité de la Déclaration de volonté (le paragraphe 1er de la même section 2 est intitulé " De la déclaration unilatérale de volonté") en écho aux dispositions du code civil allemand. La parenté avec le droit allemand est particulièrement accusé, s'agissant des dispositions relatives aux promesses unilatérales (articles 35 à 39 du COC)

20- La différence avec le droit français ne doit pas cependant être exagérée. Les éléments nécessaires pour la validité des obligations dérivant d'une déclaration de volonté énumérés par l'article23 du C.O.C. présentent une similitude prononcée avec ceux listés par l'article 1108 du Code civil français[22].

Sur la genèse même du consentement, les dispositions du C.O.C. combinent avec une certaine originalité les règles issues de cette construction propre au *figh* islamique connue sous le

[22] - Il s'agit de la capacité de s'obliger (1), d'une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation (2), d'un objet certain pouvant former, objet d'obligation (3) et d'une cause licite de s'obliger (4). La seule différence entre les deux textes tient à ce que l'article 23 du C.O.C. élargit l'horizon à toutes les Déclarations de volonté (y compris les promesses unilatérales) tandis que l'article 1108 du Code civil français se limite au contrat. Par ailleurs, l'usage de l'expression « Déclaration de volonté » à la place de celle de Consentement ou « accord des parties » ne prête pas à conséquence sur ce terrain dans la mesure où il est acquis, contrairement à ce qu'a pu soutenir un éminent auteur (notamment Ch. Chehata., ouvrage précité, s n°179 pour qui « le contrat est un acte juridique constitué par des déclarations émises de part et d'autre. L'acte une fois posé va produire des effets de droit qui jouent automatiquement... La volonté du déclarant ne joue aucun rôle dans le processus contractuel… ») que le consentement (Ridha) et la volonté des parties jouent un rôle important dans le processus contractuel en droit musulman. Par ailleurs, l'article 40 du C.O.C. dispose clairement que « la Convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation ainsi que sur toutes les clauses que les parties considèrent comme essentielles ». En fait la réception des règles françaises va plus loin puisqu'elle s'étend aux classifications adoptées par le code civil français, notamment celles qui opposent les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux (article 252 du COC), les contrats onéreux et les contrats à titre gratuit (article 815 du COC), les contrats commutatifs et les contrats aléatoires (article 1024 du COC).

nom de « Majlis Al'Aqd » ou « séance contractuelle » avec les règles inspirées du code civil allemand et celles dégagées par la jurisprudence française à propos de la rencontre des déclarations de volonté (articles 44 et suivants du COC).

21- L'influence française est patente dans le domaine de la protection de l'intégrité du consentement puisque le C.O.C. reprend, malgré la référence au système de la Déclaration de volonté, la théorie des vices du consentement consacrée par le code civil français en la retouchant légèrement (l'article 61 du C.O.C. évoquant" l'erreur sur l'identité, l'espèce ou la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement" semble plus large que l'article 1110 du Code civil français qui ne vise que l'erreur sur la substance, même si l'interprétation subjectiviste de cette dernière limite les différences, l'article 72 du C.O.C. définit le dol comme « les manœuvres ou réticences… » intégrant ici l'apport de la jurisprudence française) et y ajoutant un vice spécifique au droit musulman, à savoir l'état de maladie et autres cas analogues[23].

22- L'analyse attentive des dispositions du COC sur les vices du consentement montre cependant que l'influence française, déterminante sur le plan du cadre général, n'est pas exclusive de celle d'autres droits européens. C'est ainsi que la rédaction de l'article 64 du COC posant une directive quant à l'appréciation de l'erreur de droit ou de fait est plus inspirée de l'article 1267-3 du code civil espagnol et que celle de l'article 68 relative à " la

[23] - Selon l'article 54 du C.O.C. « est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence » et au terme de son article 74 « les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie et autres cas analogues sont laissés à l'appréciation du juge ». Ce texte qui reproduit l'article 54 du code marocain n'a pas d'équivalent dans le code civil français ni dans les codes des autres pays occidentaux. Il puise directement ses racines dans le *figh* islamique (v. Mohamed Azzedine Ben Seghir, l'article 54 du C.O.C. Un article inapproprié, Pourquoi ? Revue marocaine de droit et d'économie, 1984, n°7, p. 221 et s).

crainte inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit..." doit plus à l'article 30 du code fédéral suisse des obligations.

23- Le C.O.C. a également transposé les règles relatives à « l'objet de l'obligation », domaine largement exploré par le *figh* islamique, préoccupé d'assurer une protection équitable des contractants, de prévenir et éventuellement de bien identifier les contrats contraires à la Charia, notamment ceux qui enfreignent l'interdiction du *Gharrar* (l'aléa) ou du *Riba* (le profit usuraire). L'objet doit exister, être déterminé ou déterminable, être possible et être licite. Par rapport à ces conditions classiques que l'on trouve à la fois dans le Code civil français et dans les code marocain et tunisien, le Code mauritanien s'est préoccupé d'une plus grande précision de l'objet, puisque son article 78 dispose que « La chose qui forme l'objet de l'obligation doit être parfaitement déterminée ».

24- Le C.O.C. a également reçu les dispositions du Code civil français sur la cause de l'obligation, notion moins familière aux *fughahas*, si l'on excepte, paradoxalement, la cause subjective, au sens de « mobile déterminant » que l'on trouve dans les législations de certains pays arabes (notamment l'article 176-2 du code civil du Koweit et l'article 155-2 du code civil de Qatar)

25- Enfin, les dispositions du C.O.C. sanctionnant le défaut d'une condition requise pour la validité d'un contrat constituent une reprise aménagée des règles du droit français pour tenir compte des enseignements du *figh* islamique, malékite, en particulier.

En effet, le C.O.C. n'a pas consacré la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative introduite par le Code civil français mais sans équivalent dans le *figh* islamique (plusieurs pays arabes ont récusé cette distinction).

Il a adopté une autre distinction que l'on trouvait déjà dans l'ancien droit français, celle qui oppose la nullité de plein droit à la rescision, dans laquelle les constructions des fughahas malékites (qui distinguent entre le « *fasid ou batil* », c'est-à-dire la nullité de plein droit, et le droit d'option ou *khiyar* ouvert au contractant lésé dans certains cas, lui donnant le choix entre la confirmation du contrat et son annulation) pouvaient s'intégrer plus facilement.

26- L'approche synthétique consacrée par le modèle de référence (le DOC marocain et son parent tunisien) et assumée du fait de la méthode adoptée par la Commission de rédaction

du COC (qui se limite au test de conformité voire de simple compatibilité avec le figh islamique malékite) a conduit à ne suivre les pays qui ont poussé plus loin l'intégration des enseignements du figh islamique en la matière, comme la Jordanie, les Emirats Arabes Unis et le Yemen dont les codes distinguent entre les actes lazim (obligatoires) non susceptibles de résiliation unilatérale et les actes gayr lazim (non obligatoires), qui laissent aux parties ou à l'une des parties une faculté de résolution automatiques; les actes mawqûf, actes théoriquement valables mais ne produisant aucun effet juridique avant la ratification par la personne habilitée à le faire, et, enfin les actes "batil ou fasid", c'est à dire, nuls de plein droit.

27- S'agissant des effets du contrat, l'article 247 du C.O.C. est une reprise du célèbre article 1134 du Code civil français sur l'effet obligatoire du contrat[24] (on peut seulement ici reprocher à la Commission de ne pas avoir prévu de tempérament à cette règle, notamment en cas de circonstances entrainant un bouleversement de l'équilibre du contrat comme l'on fait les

[24] - Selon ce texte, « les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi ».

pays du Machrek arabe ainsi que l'Algérie qui se sont inspirés du code civil égyptien, lequel avait en l'espèce donné préférence aux droits allemand et suisse sur le droit français, qui n'a évolué sur cette question que très récemment) tandis que l'article 245 reproduit l'article 1165 du Code français sur l'effet relatif des conventions à l'égard des tiers.

27bis L'influence française est également perceptible dans les règles régissant la responsabilité contractuelle, avec la reprise de la gradation de la faute contractuelle (voir les articles 279, 280 et 289 du COC) que l'on trouve en droit français (faute, faute lourde et dol) et les mêmes causes d'exonération (l'article 284 vise la force majeure, le cas fortuit et la demeure du créancier; il y'a lieu de souligner que la jurisprudence française assimile pratiquement les notions de cas de fortuit et de force majeure , à l'instar des jurisconsultes musulmans qui, incluant la première dans la seconde usent d'une seule expression, " EL JAIHA", pour les désigner) consacrés par celui-ci.

28- Pour ce qui est de l'interprétation du contrat, la position du *figh* malékite faisant, à la différence du *figh* hanéfite, prévaloir la volonté réelle sur la volonté déclarée, a facilité l'intégration des règles d'origine française même s'il faut souligner des dispositions concernées doit aussi à d'autres droits européens, y compris le droit espagnol.

29- Concernant la preuve, le titre 9 du Livre 2 s'y rapportant est supposé régir les obligations contractuelles et les obligations exta -contractuelles (les dispositions originaires concernant la preuve des contrats ne mentionnent aucune spécificité de cette matière) et illustre le même effort de synthèse entre les principaux droits européens (à titre d'exemple, l'article 424 sur les écritures portant obligations de personnes illettrées" est une reprise de l'article 15 du code fédéral suisse des obligations) et le figh islamique même si la valeur ajoutée mauritanienne existe et

consiste en un infléchissement des dispositions sur la preuve testimoniale (V. Notamment les articles 450 à 455 du COC sur la nécessité, à peine de nullité du témoignage, de témoins "OUDOUL" et le renvoi par l'article 455 au rite malékite pour compléter ces articles) pour mieux tenir compte de la spécificité du figh islamique en la matière.

30- Pour ceux qui est des quasi contrats, ils font l'objet du chapitre 2 du titre 1 (intitulé " Des causes de l'obligation ») du livre 2.

Cette deuxième" cause" (en fait il faut entendre " source") de l'obligation qui remonte aux Institutes de Gaïus et celles de Justinien est très controversée en doctrine malgré sa consécration par certains codes européens et, d'abord, par le code civil français.

Toutefois à la différence de ce dernier (dont l'article 1371 définit les quasi contrats comme " les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties"), le COC mauritanien, pas plus que son modèle de référence, ne donne une définition des quasi contrats.

Ses articles 86 à 96 n'envisagent que les cas de paiement de l'indu, de l'enrichissement sans cause et l'action en répétition, combinant les emprunts aux droits français et allemand (pour ce dernier, on comparera l'article 87 du COC à l'article 812 du BGB) avec les enseignements du figh malékite.

31- En revanche, la gestion d'affaires est traitée par le COC mauritanien, comme le DOC marocain, dans le livre 3 intitulé " Des différents contrats déterminés et des quasi contrats qui s'y rattachent" et notamment dans le chapitre 5 (intitulé " Des quasi contrats analogues au mandat de la gestion d'affaires") du titre 7 sur " le Mandat"

Les dispositions des articles 882 à 896 qui s'y rapportent ne tranchent pas avec l'approche générale consacrée, empruntant aux droits européens (notamment le droit français et le droit allemand : s'agissant de ce dernier, les articles 886 et 887 du COC sont une réplique des articles 678 et 679 du BGB) dont les règles sont compatibles avec les enseignements du figh islamique.

B) Les délits et quasi délits

32- S'agissant, d'abord, de la responsabilité civile délictuelle du fait personnel, il faut souligner la parenté évidente entre l'article 97 du C.O.C. et l'article 1382 du Code civil français même si le texte mauritanien, à l'instar de son modèle marocain, est plus développé que le texte français, évoquant expressément des questions qui ont été, au départ, très discutées en France avant d'être tranchées par la jurisprudence, notamment celle de la réparation du préjudice moral[25]. Ce type d'ajout est particulièrement bienvenu dans un pays où la jurisprudence est embryonnaire et souvent peu homogène, d'autant plus que la réparation du préjudice moral est rejetée par certains foughahas et que les codes de certains pays arabes directement inspirés du figh islamique, sont volontairement restés silencieux sur cette question ainsi que sur celle discutée du gain manqué. (Toutefois sur cette question, il y'a lieu de relever une discordance entre la version française de l'article 280 du COC qui dispose que " les dommages sont la perte effective que le créancier a éprouvée et

[25] - L'article 97du C.O.C. est ainsi libellé : « Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorisation de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet. Le préjudice moral est celui que subit l'homme en dehors de son patrimoine : il vise à réparer les douleurs morales, les chagrins et tristesses consécutifs à une déformation due à des blessures ou des infirmités, à une diffamation ou une atteinte à l'honneur, et tous autres faits entraînant une douleur morale ».

le gain dont il a été privé" et la version arabe qui omet le gain manqué ; or, c'est la version arabe qui fait foi !)

33- On peut faire une observation similaire à propos des dispositions se rapportant à la responsabilité quasi délictuelle[26].

Moins gênés par l'opposition du droit civil et du droit administratif qui structure l'ordre juridique français, avec la dualité de l'ordre juridictionnel qui en résulte, les rédacteurs du C.O.C. , suivant en cela les exemples marocain et tunisien, ont pu poser dans le même chapitre, le principe de la responsabilité de l'Etat et des entités publiques auxquelles la loi confère la personnalité morale (article 99 du COC dont on trouve l'équivalent dans le code civil allemand et dans le code civil espagnol) ainsi que celui de la responsabilité personnelle des agents de l'Etat et des entités publiques décentralisées pour les dommages résultant de leur dol ou des fautes lourdes commises dans l'exercice de leurs fonctions (article 100 du COC).

34- Le C.O.C. traite également des différents cas de responsabilité du fait d'autrui (responsabilité des pères, curateurs ou tuteurs pour les dommages causés par le mineur insolvable ; responsabilité des maîtres et commettants pour le dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés ; responsabilité des artisans pour les dommages causés par les apprentis ; celle des parents pour les dommages causés par les insensés et autres

[26] - Les articles 98 et 99 du C.O.C. Ces textes sont respectivement libellés ainsi qu'il suit : Article 98 : « Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet. La faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage » ; Article 99 : « L'Etat et toutes les entités publiques auxquelles la loi confère la personnalité morale, sont responsables des dommages causés directement par le fonctionnement de leurs administrations et par les fautes de service de leurs agents ».

infirmes d'esprit, même majeurs habitant avec eux…) dans des termes qui, il est vrai, donnent à la responsabilité une coloration presque[27] objective que l'on rattachera à l'influence du figh islamique. (On y rattachera également et plus surement d'autres dispositions, comme celles de l'article 113, selon lequel " L'ivresse qu'elle soit volontaire ou non, n'empêche point la responsabilité civile dans les obligations dérivant des délits et des quasi délits")

35-L'influence française est encore patente en matière de responsabilité du fait des choses dont on a la garde (article 108 du C.O.C. qui reprend l'article 1384 du Code civil français) même si la reprise du texte français aurait dû s'accompagner de clarifications complémentaires, dans la mesure où comme on le sait, en France, c'est la jurisprudence qui a donné à ce texte la portée qu'il a acquise.

36- Enfin, on soulignera, comme autre illustration de l'approche synthétique adoptée, la reprise de théories qui ont leurs racines à la fois dans le figh islamique et dans les principaux droits européens, comme la théorie de l'abus de droit (l'article 16 du COC est une reprise de l'article 41 du code civil algérien, lequel est une transcription de l'article 5 du code civil égyptien dont les antécédents sont à chercher dans l'article 226 du code civil allemand, l'article 2 du code civil suisse, l'article 74 du projet franco-italien de code des obligations et dans une mesure moindre dans la jurisprudence française) et celle des troubles anormaux de voisinage (les articles 111 et 112 du COC qui s'y rapportent peuvent être rattachés à la jurisprudence française , aux dispositions de l'article 906 du code civil allemand et à celles de l'article 1908-1 et 1908-2 du code civil espagnol).

---

[27] - mais tout à fait puisqu'il est prévu que les personnes en cause peuvent dégager leur responsabilité à certaines conditions.

II)L'accentuation des références au *figh* islamique ou les limites de la cohérence substantielle du Code

37- Par rapport à son modèle de référence, le C.O.C. mauritanien se caractérise par une accentuation des références au *figh* islamique qui se manifeste sur deux terrains complémentaires.

D'une part, les concepts dérivés du *figh* islamique apparaissent comme des composantes directes et quelquefois exclusives de plusieurs règles et institutions consacrées.

D'autre part, le *figh* islamique est érigé en référence unique en cas de lacunes de ce code.

Comment concilier cette deuxième tendance avec la réception globale de la théorie du contrat et des obligations, issue des principaux droits européens ?

Si l'on admet qu'un code n'est pas une série de dispositions hétéroclites mais un ensemble systématisé de règles sous-tendues par une logique, une finalité et un esprit communs, on peut en effet se demander si la coexistence de ces deux tendances est compatible avec la cohérence requise d'un code.

A) Le *figh* islamique comme composante directe et quelquefois exclusive des règles et institutions consacrées

38- L'une des premières manifestations de ce phénomène concerne l'interdiction du *RIBA, expression* que l'on traduit souvent, peut-être à tort, par celle de « profit usuraire »[28] dont le domaine est particulièrement étendu dans le C.O.C.

[28] - On a en effet fait observer que la notion de profit usuraire (si l'on désigne par-là « le profit tiré de toute espèce d'intérêt que produit l'argent ») est beaucoup plus étroite que celle de *Riba* qui désigne tout excédent et à la limite tout avantage qui n'est pas la contrepartie naturelle et obligatoire de l'avantage fourni (dans le prêt, dans l'échange ou même quelquefois dans la lettre de change parce que l'on évite ici les risques du transfert d'argent) ». V. J. Berque et J-P. Charnay (dir), Normes et valeurs de l'Islam, Paris, Pujot, 1978, p. 81-100 : Le *Riba*. C'est en ce sens que le C.O.C. mauritanien utilise la notion.

mauritanien. Non seulement le C.O.C. interdit le prêt à intérêt (article 814)[29] dans des termes plus larges que ceux utilisés par l'article 870 du code marocain[30] mais il fait de l'absence de RIBA, une condition supplémentaire pour la validité de plusieurs contrats.

39- C'est ainsi que les articles 226 et 227 relatifs à la « cession d'une hérédité », d'un fonds de commerce ou d'un patrimoine prévoient le transfert au cessionnaire des droits et obligations attachés à ces universalités « sous réserve de *Riba* » ; que l'article 276 relatif au droit du créancier de poursuivre l'exécution du contrat par le débiteur « pour la partie qui en est encore possible » ou d'obtenir la « résolution du contrat avec dommages-intérêts dans les deux cas » prévoit que ses dispositions ne s'appliquent que sous réserve du *Riba* ; et que l'article 608 relatif à l'échange dispose que « lorsque les objets échangés sont de valeur différente, il est permis aux parties de compenser la différence au moyen de soultes en numéraire ou en autres objets à moins qu'il n'en découle une pratique du *Riba* » ; et que l'article 920 assigne à la société le partage de bénéfices sous réserves du *Riba*. On peut aussi voir dans les dispositions réglementant minutieusement le contrat de vente, une volonté implicite de tenir compte des conséquences de l'interdiction du *Riba*.

40- Il faut ajouter que le juge pourra toujours, à travers le contrôle exercé sur la licéité de l'objet et de la cause de l'obligation contractuelle intégrer les préoccupations se rapportant à cette

---

[29] - L'article 814 est ainsi libellé : « La stipulation d'intérêts entre individus est nulle et rend nul le contrat soit qu'elle soit expresse, soit qu'elle prenne la forme d'un présent ou autre avantage fait au prêteur ou à toute autre personne interposée. ».

[30] - Ce texte limite le domaine de l'interdiction de la stipulation d'intérêts aux contrats entre musulmans. Dans les autres cas. L'article 871 du Code marocain nonce que « les intérêts sont dus à chaque fois qu'ils ont été stipulés par écrit. Cette stipulation est présumée lorsque l'une des parties est un commerçant ».

interdiction, en annulant notamment une opération juridique entachée de *Riba* et non autorisée par la loi.

41- De même, sans être érigée en principe général du droit, qui figurerait dans les dispositions communes à toutes les obligations contractuelles, l'interdiction du *Gharrar* ou aléa est pris en compte de façon directe dans le titre IX du Livre III relatifs aux contrats aléatoires où l'article 1024 du C.O.C. frappe de nullité de plein droit « tout contrat synallagmatique comportant un aléa sauf si celui-ci est minime, accessoire et largement accepté par l'usage », précisant dans la foulée que cette nullité emporte toutes les obligations résultant des dettes des jeux et des paris »[31].

42- Enfin, il faut souligner l'emprise du *figh* sur la réglementation de plusieurs contrats, notamment, la donation (article 815), le *wagf* (articles 816 à 818), la vente *selem* (article 602 à 605) et la société (article 897 à 1023). Ces dispositions s'ajoutent à d'autres que l'on trouve dans le livre 2 sur les "Obligations en général". Certaines de ses dispositions figuraient déjà, il est vrai, dans le DOC marocain et avant lui, dans le COC tunisien (il est ainsi des articles 390 à 395 qui forment le Chapitre 7 du titre 7 du livre 2, chapitre improprement intitulé " De la résiliation volontaire", et qui se rapporte en réalité à la révocation conventionnelle- Al Iqâla- du droit musulman. V. I. Arabi, Regards sur l'Al iqala ou le mutus dissensus d'après le chapitre 7 du Titre 7 du Livre 2 du COC, RID comp, 2004, 1,); d'autres constituent des ajouts du texte mauritanien: il en est ainsi des dispositions sur la preuve testimoniale, évoquées ci-dessus.

---

[31] - On trouve la même interdiction (qui figure également dans le C.O.C. marocain) dans les codes des pays arabes officiellement fondés sur les prescriptions de la Charia, à savoir la Jordanie (article 915 du code civil) et le Yémen (article 1095 et suivants avec les mêmes prescriptions pour les courses à pied ou à cheval, le tir à la cible, les joutes sur l'eau.

43- L'influence du figh islamique est particulièrement évidente dans les dispositions relatives aux sociétés. Reprenant ici la quasi-totalité des dispositions initiales des codes marocain et tunisien, le COC mauritanien consacre dans son Livre III, un titre intitulé « De l'association » qui distingue dans la lignée des enseignements du *figh islamique* entre la « communauté ou quasi-société » (*chariquatou el moulk*) (objet du chapitre 1er) et qui désigne la situation dans laquelle « une chose ou un droit se trouve appartenir à plusieurs personnes conjointement et par indivis » (article 898) et « la société contractuelle » ou *chariquatou el oughoud* (objet du chapitre second) définie par l'article 920 (avant sa modification par la loi n°2001-31 du 07 février 2001, laquelle n'a d'ailleurs pas supprimé la réserve du RIBA; elle a en revanche unifié les conditions d'acquisition de la personnalité juridique des sociétés puisque celle-ci ne commence désormais qu'avec l'immatriculation du registre du commerce alors que la "société contractuelle" était jusqu'ici un contrat consensuel par excellence). Elle est définie comme le « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur travail en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter, sous réserve du *Riba*, de l'aléa et de l'indétermination ». Comme le code marocain mais contrairement au code tunisien (article 1256) (qui a ici fait prévaloir la position hanéfite), le C.O.C. mauritanien, resté fidèle au *figh* malékite, n'a pas consacré la société de crédit (*chariquatou woujouh*)[32] dans laquelle l'apport peut « consister dans le crédit d'une personne ».

[32] - Les articles 926 et 928 sur la consistance de l'apport sont libellés ainsi qu'il suit : Article 926 : " L'apport peut consister en numéraire, en objet, mobiliers ou immobiliers, en droits incorporels. Il peut en outre consister en denrées alimentaires à condition qu'il soit présenté par une seule partie ; l'apport peut aussi être un travail, pourvu qu'il soit présenté par toutes les parties et qu'il soit uni et lié" ; article 928 :" l'apport doit être spécifié et déterminé ; lorsqu'il consiste dans tous les biens présents de l'un des associés, ces biens doivent être inventoriés"

44- En revanche, il a repris la distinction entre la société fiduciaire ou à mandat général (article 952 à 954)[33] et la société à mandat restreint (article 955)[34] avec les conséquences qui s'y attachent en droit musulman : possibilité pour chaque associé de faire seul tous les actes qui rentrent dans l'objet de la société, pour le premier type de société ; impossibilité pour un associé d'agir seul, dans le second cas de figure.

B) Le *figh* islamique comme référence unique en cas de lacunes du code

45- Selon l'article 1179 du code qui prend place dans les dispositions finales « Pour combler les lacunes de cette ordonnance, il est fait référence au rite malékite. Pour lever toute équivoque dans la version française de ce texte, la version arabe fait foi ».

Cet article appelle quelques observations. En premier lieu, il rapproche plus le C.O.C. mauritanien des codes arabes que l'on a pu appeler les « codes islamisés », comme le code jordanien, dont l'article 2 « érige les prescriptions du *figh* islamique (*ahkam al-figh al-islami*) en source subsidiaire à laquelle le juge doit recourir en cas de lacune de la loi » tandis que l'article 3 dispose que « pour comprendre, élucider, interpréter les dispositions du présent code, on doit recourir aux règles méthodologiques du *figh* islamique »[35] ou encore le code civil

---

[33] - L'article 952 est libellé ainsi qu'il suit : « Lorsque les associés se sont donné réciproquement mandat &administrer, en exprimant que chacun d'eux pourra agir sans consulter les autres, la société est dite fiduciaire ou à mandat général ».

[34] - Ce texte est libellé ainsi qu'il suit : « Lorsque le contrat de société exprime que les associés ont tous le droit d'administrer, mais qu'aucun deux ne peut agir séparément, la société est dite restreinte ou à mandat restreint. A défaut de stipulation on de coutume spéciale, chacun des associés à mandat restreint peut faire les actes d'administration à la condition d'obtenir l'assentiment des autres, à moins qu'il ne s'agisse d'une chose urgente dont l'omission serait préjudiciable à la société »

[35] - H. Al-Dabbagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen-Orient, s. note 73

des Emirats Arabes Unis dont l'article 1er énonce que le juge doit combler les lacunes du code en se référant au rite malékite et hanbalite, et, à défaut, aux enseignements des autres écoles[36].

46- Le message officiel que cet article traduit est que la codification de la matière des contrats et des obligations est uniquement menée sous la bannière du *figh* islamique ; toutes les règles consacrées par le nouveau code seraient soit des règles directement issues du figh islamique soit des règles qui peuvent s'y intégrer en raison de leur conformité à son esprit. Aussi est-il normal que le figh vienne combler les lacunes du code.

La pluralité des sources de certaines règles, voire leur origine purement européenne, est ainsi occultée et niée.

L'avantage de cette référence à l'exclusivité de la source islamique est qu'elle permet de mieux asseoir la légitimité du nouveau code.

46- En second lieu, l'article 1179 n'autorise pas le recours aux enseignements d'un autre rite que le rite malékite et ce quelle que soit la lacune à combler. Le *figh* islamique est ici strictement limité aux enseignements de l'école malékite dont la complétude est postulée.

46- En troisième lieu, si l'on garde à l'esprit que l'approche synthétique qui sous-tend la réception globale de la théorie générale du contrat et des obligations n'est pas neutre mais qu'elle se traduit par l'usage de concepts et de catégories à travers lesquelles, on regroupe et on interprète les règles de

[36] - ibid ; l'auteur cite également l'article 1er du code civil yéménite, lequel énonce qu'à « défaut d'un texte applicable dans cette loi » (« on statuera selon les principes de la Charia dont est tirée cette loi. A défaut, le juge statue d'après la coutume permise par le droit musulman. A défaut de coutume, le juge aura recours aux règles de l'équité conformes aux fondements du droit musulman en général ».

droit, et qui font qu'aucune règle ou solution ne peut être complètement isolée des autres, le recours au figh malékite pour combler les lacunes du code ne doit pas se faire dans l'ignorance de l'esprit de systématicité qui anime la majorité des dispositions du nouveau code. L'enjeu est bien le maintien de la cohérence substantielle de celui-ci.

47- Sur le plan pratique, il est notamment clair que sur certaines questions, comme celles qui se rapportent à l'application des règles de conflit de lois ou à la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde, pour nous limiter à ces exemples, une ouverture au droit comparé reste indispensable.

48- En conclusion, dans la mesure où une bonne codification suppose que le produit final soit en adéquation avec l'environnement qu'il est appelé à régir et dans lequel il doit s'appliquer, le C.O.C. mauritanien ne pouvait que s'abreuver aux sources du *figh* islamique, notamment malékite qui constitue la valeur de référence en Mauritanie.

49- En prenant pour modèle un code qui est le fruit d'un effort d'intégration des enseignements du figh islamique, majoritairement malékite, dans une perspective synthétique de rapprochement avec les principaux codes européens et en y ajoutant son apport propre, le COC mauritanien constitue incontestablement une avancée importante. La Mauritanie dispose ainsi d'un texte fixant dans un corpus unique et systématique les principales règles relatives aux obligations et aux contrats jugées conformes au droit musulman malékite.

50- La question qui demeure posée est celle de savoir si cet acquis n'aurait pas pu être mieux concilié avec l'autre objectif poursuivi, à savoir l'ouverture aux exigences du monde moderne, laquelle appelle l'intégration de règles et de procédés qui, tout en étant conformes au *figh* islamique, seraient plus adaptés.

Elle appelle également une réelle ouverture d'esprit, celle-là même qui est requise du comparatiste[37] afin de donner au nouveau code, la cohérence minimale sans laquelle il ne peut remplir son office. Cela n'est possible que si les juges jouent le jeu[38] car la cohérence d'un code est aussi une affaire de jurisprudence[39].

[37] - et qui en fait un humaniste. V. M. Ancel, Le droit comparé, science humaniste, RIDComp, 1949, p. 27 et s.

[38] - Ce qui suppose que leur formation soit homogénéisée et qu'en plus de la maîtrise des enseignements du *figh* islamique, ils puissent avoir une connaissance approfondie des mécanismes essentiels du droit des obligations et des contrats.

[39] - F. Ost, L'interprétation systématique et le postulat du législateur rationnel, in L'interprétation judiciaire, Bruxelles, 1982, p. 45 et s.

LE PROJET DE CODE CIVIL ARABE UNIFIE[1] : ENTRE MODERNITE ET AUTHENTICITE

Ali FILALI, Professeur

Faculté de Droit, Université d'Alger1

Résumé :

Le Conseil des Ministres Arabes de la Justice a initié, puis adopté, dans le cadre des efforts entrepris par la Ligue arabe pour l'unification et la modernisation des législations arabes, le Projet de code civil arabe unifié. Celui-ci devait puiser ses règles dans la Chari'a exclusivement, alors qu'il devait, à propos de sa forme, prendre exemple sur les codes civils des pays occidentaux, notamment le code civil français. Inspiré par deux civilisations, voire deux systèmes juridiques : « droits civilistes – Chari'a » se pose, donc, la question de l'harmonisation de ce Projet de code civil arabe unifié, sachant, que la forme commande généralement le fond.

Mots clefs : Chari'a- code civil- Medjellé El-Akam El Adlya- droits civilistes- principes fondamentaux du Fiqh- responsabilité- dhâmèn- causalité directe- causalité indirecte.

ملخص

بادر مجلس وزراء العدل العرب بمشروع القانون المدني العربي الموحد، ثم صادق عليه، وذلك في إطار الجهود التي تبذلها الجامعة العربية بغرض توحيد التشريعات العربية

[1]- Le Projet de code civil arabe unifié n'ayant fait, à notre connaissance, l'objet d'aucune traduction officielle ou officieuse en français ou dans une autre langue, nous avons dû traduire par nous même les articles que nous avons utilisés dans le cadre de cette communication.

وعصرنتها. وكان من المقرر أن يستوحي هذا المشروع أحكامه من الشريعة الإسلامية حصريا ، في حين كان يرجى بشأن جانبه الشكلي أن يأخذ كنموذج التقنينات المدنية للبلدان الغربية ، لاسيما القانون المدني الفرنسي. إن استلهام نص القانون من حضارتين ، بل من نظامين قانونين: " القوانين المدنية – الشريعة الإسلامية" يثير مسألة انسجام مشروع القانون المدني العربي الموحد ، علما وأن الجانب الشكلي يتحكم عموما في الجانب الموضوعي.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية– القانون المدني – مجلة الاحكام العدلية– القوانين المدنية – القواعد الكلية– المسؤولية – الضمان- التسبب – المباشرة.

Introduction

Le Projet du code civil arabe unifié adopté par le Conseil des Ministres Arabes de la Justice, en tant que loi type (par décision n° 228 des 12-19 novembre 1996), s'inscrit dans le cadre des efforts menés par la Ligue arabe pour l'unification des législations arabes. C'est en effet, au cours d'une réunion tenue à Rabat le 17/12/1977, que les ministres de la justice des pays arabes[2] ont publié un manifeste, aux termes duquel ils avaient décidé de tenir des rencontres périodiques, aux fins disaient-ils "*d'accomplir les obligations que leur inspire leur responsabilité en apportant une contribution à l'action arabe commune, en matière législative et judiciaire, particulièrement en ce qui concerne les efforts déployés par la Ligue Arabe pour unifier les législations arabes et les moderniser, ou conclure des conventions de coopération judiciaire entre Etats Arabes*»[3] Ils invitaient, par ailleurs « ...*le Secrétaire général de la Ligue Arabe à prendre les mesures qu'il juge appropriées pour garantir la tenue de ces rencontres et assurer leur continuité.*"

[2]-Les ministres arabes présents sont ceux de Jordanie, Emirats Arabes Unis, Bahreïn, Tunisie, Arabie Saoudite, Soudan, Somalie, Oman, Palestine, Kuwait, Liban, Egypte, Maroc, Mauritanie, Yémen du Nord et Yémen du Sud.

[3]- Le texte en français du Manifeste de Rabat a été publié dans *le Recueil de documents du Conseil* (ci-après: *RDC*), vol. 1, janvier 1987, pp.13-15, cité par par Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh, Unification du droit arabe et ses contraintes, 1990, http://www.sami-aldeeb.com

Au cours de leur seconde réunion, tenue à Sanna (Yémen) du 23 au 25 février 1981, fut d'une part consacrée la création du "Conseil des Ministres Arabes de la Justice" et d'autre part adopté le plan dit de Sanna pour l'unification de la Législation arabe.

Ce Conseil des Ministres devait entre autres, assurer : « …2.- *La poursuite et le renforcement de l'effort commun visant l'unification des législations arabes (...)*[4] *et devait, dans ce cadre, tenir une réunion annuelle, voire des réunions exceptionnelles*[5]*…* »

Le "Plan de Sanaa pour l'unification des législations arabes" devait quant à lui : « *assurer une base solide et stable pour l'établissement d'une législation arabe unifiée conforme aux préceptes de la charîa islamique en tenant compte des spécificités sociales propres à chaque pays arabe.*»[6] En ce qui concerne les fondements généraux du processus d'unification, le plan précisait qu'il fallait entre autres : « *prendre comme source de législation unifiée Le Coran sacré, la Sunna, ainsi que les règles d'interprétation qui s'y rattachent telles que le consensus, l'analogie ou l'utilité publique, sans être influencé par un rite déterminé du fiq*h *et en adoptant les principes de justice qui ne se contredisent pas avec la shari'ah islamique…Adopter la règle de la progression dans l'unification»*[7] Ce

---

[4] - Art 3 des statuts, texte en français des statuts in *RDC*, vol. 1, janvier 1987, pp.20-26.

[5]- Art 5 des statuts.

[6]- Le Manifeste de Rabat indiquait à ce propos : « *L'observance des préceptes de la charî'a islamique est la voie la plus saine et la mieux adaptée (…) pour parvenir à l'unification du droit en tant qu'objectif impératif à atteindre….. »… « Les principes de la charî'a qui embrassent (….) harmonieusement tous les aspects de la vie de même que les règles et jurisprudences que comportent la pensée de la législation musulmane, ont été et demeure une source pour les savants et les chercheurs de toute la Nation Arabe, voire du monde entier.»*

[7]- Il doit être tenu compte en premier lieu : des difficultés objectives d'ordre méthodologique relatives à l'opération d'unification et les exigences liées à la similitude des circonstances, aux motifs, aux besoins et aux aspirations et en second lieu des difficultés liées au procédé de codification de la Chari'a, en ce qu'elle exige des connaissances approfondies du Fiqh et du droit et le recours à une méthodologie scientifique… - La perception du processus intellectuelle du procédé d'unification doit être soutenue par une planification étudiée, en établissant les

plan prévoyait, enfin, que la priorité dans l'élaboration des différents textes avait été donnée aux législations civiles, suivies par celles du statut personnel.

Le Projet de code civil arabe unifié se voulait être un moyen d'unification des législations arabes sur la base de la Chari'a et de leur modernisation. Ce sont là, en vérité, des objectifs souhaités par tous les pays arabes depuis longtemps déjà[8]. La Chari'a est perçue comme un élément d'identité, d'authenticité, de culture, de fierté et d'unité des pays arabes, alors que la modernisation inspirée par la civilisation occidentale s'imposait comme un modèle de progrès pour les sociétés arabes. A ce contraste s'ajoutaient les spécificités propres à chaque société.

Il est vrai que le partage en commun de la langue (l'arabe) et de la religion (L'Islam) sont des facteurs déterminants en

---

priorités des objectifs législatifs compte tenu des moyens intermédiaires,...- bénéficier des efforts entrepris par certains pays arabes en vue de l'application de la Chari'a, notamment les étapes franchies, analyser les résultats les comparer à ce qui a pu être fait dans plus d'un pays arabe.

[8] - En vérité, le retour des pays arabes à la Chari'a est une idée qui remonte à la renaissance arabe (EN-NAHDA) (1850) voir G. Cornu, Pensée et politique dans le monde arabe, contextes historiques et problématiques XIXé –XXIé siècle « La découverte », p.131 & s. Le mouvement de rejet de la culture occidentale s'est poursuivi après la chute de l'Empire Ottoman et la colonisation de plusieurs pays arabes par les puissances occidentales. Loin de s'avouer vaincus, des penseurs musulmans, des oulémas réformateurs à l'instar de Djamel Aldine El Afghani, Mohamed Abduh, Rifaa thahtawi préconisaient un retour à l'esprit des textes fondamentaux (Le Coran et La Sunna) et permettre ainsi l'adaptation de l'Islam aux exigences des temps modernes. Ils prêchaient la compatibilité de l'islam et de la modernité. Il n'était pas question de recourir aux idées étrangères ou d'emprunter leurs institutions, mais d'améliorer plutôt l'Islam compte tenu des nouvelles idées. Une mise à jour du langage s'imposait car il fallait désigner les éléments de la vie moderne. *Il est question de laïcité.* Ainsi, on assistait à ce qui était appelée la Nahda, soit la renaissance du monde arabe. En effet, l'élite arabe secouée par l'éclatement de l'Empire Ottoman et au contact de la civilisation européenne a pris conscience des retards accusés dans tous les domaines, (politique, économique, culturel et religieux). Il est donc question de combler ces retards. L'on assiste également à l'émergence du nationalisme arabe.

faveur de l'unification des législations arabes. Or se pose un problème de compatibilité entre la modernisation à l'occidentale des droits arabes –pourtant déjà adoptée par la plupart des pays arabes- et les préceptes de la Chari'a. Le grand juriste égyptien Abd-elrezzâk El-Sanhouri[9], fervent partisan de l'unification des législations arabes, préconisait, pour prévenir de telles difficultés d'élaborer d'une manière progressive un code civil arabe unifié. Celui-ci serait fondé sur les traditions juridiques arabes et la Chari'a. Il faudrait, soutenait-il, prendre le temps nécessaire pour étudier la Chari'a à la lumière du droit comparé, la promouvoir en utilisant les méthodes modernes et l'intégrer progressivement. Il proposait de commencer par le code civil égyptien, puis l'étendre progressivement au monde arabe[10].

Ces appréhensions à propos du processus de codification de la Chari'a ont été quelque peu tempérées par d'une part l'exemple du Medjellé El Ahkam El Adlya qui constitue une première en matière de codification de la Chari'a (qui a d'ailleurs, inspiré le Projet de code civil arabe unifié)[11] et d'autre part par l'adoption de la culture juridique française dans la plupart des pays arabes pourtant fortement attachés à la Chari'a[12].

---

[9] - jouissant d'une double culture juridique (droit français et Chari'a).

[10]- A. El-Sanhouri, « Le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien », in Introduction à l'étude du droit comparé ; recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, vol 2, L G D J, 1938; Bernard Botiveau, Loi islamique dans les sociétés arabes, - Mutations des systèmes juridiques au Moyen- Orient-, édit. Karthala & Iremam, p. 149 et s. ; Harith Al-Dabbag, Droit comparé et renouveau du droit musulman : le vieux rêve de Sanhoury revisité, Journal of comparative law in Africa vol 2, n° 2, 2015, p.13 et s.

[11]- Nous avons utilisé dans le cadre de la présente communication le code civil ottoman traduit en français, Corps de droit ottoman, Recueil des Codes, Lois, Règlements, Ordonnances et les Actes les plus importants du Droit intérieur et d'Etudes sur le droit coutumier de l'Empire Ottoman, Georges Youg, Oxford at the clarendon press, 1906, TITRE CXIII, p.169 et s.

[12]- Le code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen, L'orient et l'extrême orient (compte rendu), Rev. Int. Dr. Comp 1950 Vol 2 n° 4, pp.771-780; Imre Jastay, Les

Outre ces aspects, il nous parait utile de préciser que les membres de la commission d'élaboration de ce projet étaient pour la plupart des magistrats, notamment des présidents de Cour Suprême, de Haute cour de justice etc. Ce choix s'expliquant peut être par la place prépondérante du magistrat –Kadi- dans le système judiciaire musulman.

Ces premières indications à propos de l'élaboration du Projet de code civil arabe unifié laissent présager un projet de code complexe, puisqu'inspiré quant à sa forme par le code civil français et quant au fond par la chari'a.

Le procédé de codification à l'instar des codes européens est considéré comme le moyen idéal pour arriver à la modernisation du droit arabe[13] (1ére partie), alors que le retour aux règles de la Chari'a exprime l'authenticité du projet de texte (2éme partie). Néanmoins, force est de reconnaitre que les aspects formels du texte ne peuvent pas être sans conséquence sur le fond et inversement.

Première partie: le projet de code civil arabe unifie : un code proche par sa forme du code civil français

Les aspects formels du projet qui nous semblent les plus déterminants quant à son affiliation sont, ceux ayant trait à sa dénomination : « Projet de Code civil » (I), à la terminologie utilisée pour sa rédaction (II) et enfin au plan retenu pour l'agencement et la présentation de ses règles (III). Ces trois éléments que nous allons examiner tour à tour, nous montreront clairement que le Projet de code civil arabe unifié bien

---

destinées du code civil, Rev. Int. Dr. Comp1954 Vol 6 n°4 pp.792-810 ; Jean-Marc Mousseron, La réception au Proche-Orient du droit français des obligations, Rev. Int. Dr. Comp. 1968, p.37 et s; G. Saad, L'influence du code Napoléon de 1804 sur les systèmes juridiques arabes et musulmans, Colloque Grenoble, «Code civil et droits de l'homme», 3-5 /12/2013 ; Harith Al-Dabbagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des états arabes du Moyen Orient, 2013, 43 R.D.U.S, p.389 et s.

[13]- Harith Al-Dabbagh, loc. cit.

qu'inspiré exclusivement par la Chari'a quant au fond est en réalité très proche du code civil français.

I – La dénomination « Projet de Code civil »

L'appellation « Code civil» est étrangère à la Chari'a, laquelle s'en tient à une distinction bipartite. Les études du Fiqh sont généralement classées en deux grandes parties à savoir: Fiqh Ibadat, (les actes d'adoration, les obligations rituelles propres à la dévotion du musulman, soit les cinq piliers de l'Islam) et Fiqh El-Mouamalat, soit le comportement de la personne à l'égard de ses semblables (les rapports contractuels de toutes sortes – civils, commerciaux, diplomatiques etc. les différentes relations entre les sujets de droit - entre personnes privées, entre celles-ci et les institutions publiques, les relations commerciales, pénales etc.). Schématiquement, on pourrait dire que la Chari'a distingue deux types de relations : les relations de la personne envers son créateur et les relations de la personne envers ses semblables.

Le choix du titre « Code civil », emprunté au système dit des droits civils, spécialement le droit français ne s'explique pas seulement par le fait qu'il s'agit d'une dénomination connue des juristes arabes, mais aussi parce qu'elle a été déjà consacrée auparavant par les législateurs arabes. En effet, à l'exception du Royaume d'Arabie Saoudite qui ne dispose pas de codification en la matière, tous les autres pays arabes ont promulgué des codes civils, en prenant le code civil français comme modèle [14].

La reprise de cette appellation « Code civil » n'est cependant pas de pure forme, sans conséquence importante sur la portée même de la Chari'a. L'expression « Code civil » est utilisée dans son sens propre, en ce qu'il s'agit d'une loi, alors

[14]-Tels les codes civils algérien, égyptien, syrien, jordanien, irakien ; parfois, il est question de code des obligations et des contrats tels les codes tunisien, marocain, mauritanien.

que la codification dans la chari'a s'entend comme étant seulement une compilation des textes, qu'il s'agisse du Coran, de la Sunna ou des solutions des sources dérivées (la doctrine et la jurisprudence). C'est par rapport à cette considération, au demeurant importante, que la première codification de la Chari'a sous l'empire Ottoman a été intitulée le Medjellé El Ahkam El Adlya. Le mot Medjellé, écrit le professeur Onar: «…*ne signifie point loi ou mot droit ; ce mot veut dire plutôt un livre de dimension restreinte dans lequel sont recueillis certains sujets, certaines questions et certaines idées. Autrement dit le Medjellé n'est qu'une compilation. Son appellation…signifie un livre contenant les règles relatives à la justice.* »[15] Le Medjellé n'est pas une loi écrite, préparée par le législateur d'une manière rationnelle. Il ne contient pas de nouvelles prescriptions, il s'est inspiré de concepts du droit sacré. C'est une œuvre ayant une base théocratique réalisée par des savants qui devaient faire le choix entre des solutions éparses contenues dans plusieurs volumes[16].

L'article 87 du Projet du code civil arabe unifié est à cet égard très explicite ; il est clairement indiqué que - *La loi régit toutes les matières abordées par tout moyen… A défaut, d'une disposition législative, il sera fait application des dispositions du Fiqh les plus adaptées avec la présente loi sans se limiter à un seul rite, à*

---

[15]-Siddik Sami Onar, La codification d'une partie du droit musulman dans l'Empire Ottoman, Le Medjellé, p.92.

[16]- Siddik Sami Onar, Op.cit., p.99. Le rapport de la commission de rédaction du code civil Ottoman établi le 1er avril 1869 mentionnait à propos de la nécessité de ce code: «*On ressentait donc depuis longtemps la nécessité d'un ouvrage traitant des transactions en général sur le base du Droit Sacré, ne contenant que les opinions les moins contestées les moins sujettes à controverses, est rédigé d'une manière claire pour que chacun puisse facilement l'étudier et y conformer ses actions.*» et indiquait à propos de ses sources : « *En un mot dans la réalisation du présent Code, nous ne sommes jamais sortis des limites du rite hanéfite et les règles que nous y avons insérées sont, pour la plupart, actuellement en vigueur au 'Fatwa-Hané' ; aussi toute discussion à ce sujet devient inutile…* », Corps de droit Ottoman, p.172, 175.

défaut il sera fait application des principes du droit musulman en tenant compte des coutumes …

Les annotations des auteurs du projet relatives à cet article précisent qu'il ne s'agit pas de faire une simple énumération de l'ensemble des sources, mais d'en préciser également leur classement hiérarchique[17]. Cet article est en fait une reprise de l'article 1er du code civil égyptien, qui a inspiré à son tour l'article 1er des codes civils algérien et jordanien…etc. Le Projet de code est considéré donc comme un texte de loi ; *c'est un construit et non pas un donné*. A la lumière des dispositions de cet article 87 précité, les auteurs entendaient donner à la notion de sources la même signification que celle retenue par le droit français (sources formelles, sources matérielles)[18] et qu'à ce stade, l'on est donc en droit d'affirmer que la Chari'a apparait certes comme une source formelle, mais seulement subsidiaire. Le recours à la Chari'a n'a lieu qu'en l'absence de disposition législative, ce qui est, en fait, une hypothèse assez rare.

Cette appellation « Code civil » signifie également, l'adhésion du projet à la summa divisio, qui est l'une des caractéristiques du système romano-germanique. Aux termes de l'article 86 du Projet, le code civil est considéré comme le droit commun régissant les transactions pour lesquelles il n'est pas prévu de texte particulier. La préférence des classifications du droit français s'explique non seulement par les avantages liés à l'accessibilité du droit d'une manière générale, mais surtout parce que la plupart des juristes arabes s'y étaient familiarisés.

---

[17] -« *La codification a transformé profondément la hiérarchie des sources du droit. Désormais, la loi est réputée source première et essentielle du droi*t… »,Harith Al-Dabbagh, Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste, Communication présentée dans le cadre du XXXIII éme congrès de l'IDEF, Montréal 16 mai 2013.

[18] - Pour la Chari'a, il y a les sources dites originelles (Le Saint Coran et la Sunna) et les sources dérivées (l'Idjmaa ou consensus, Qyias ou raisonnement par analogie).

Enfin, en tant que code civil, les questions qui relèvent traditionnellement de son domaine sont bien connues (relations entre les personnes de droit privé : les personnes, les relations entre elles et les biens)[19] et qu'ainsi les problèmes intéressant le procès (magistrats, procédures etc.)[20] traités précédemment par le Medjellé doivent être exclus du projet de texte de code civil arabe unifié.

A ces conséquences découlant de l'emprunt de l'appellation « code civil » est venue s'ajouter, quoique de manière indirecte, l'utilisation de la terminologie du droit français dans la rédaction du Projet de code civil arabe unifié.

II-La préférence de la terminologie des codes civils arabes

Le langage juridique n'est pas un langage universel, chaque système juridique a son propre vocabulaire et c'est ainsi que le choix d'une terminologie pour la rédaction d'un texte ne peut pas être fortuit. A priori, cette question de terminologie aussi importante soit-elle, ne devait pas soulever de difficulté à propos du Projet de code civil arabe unifié, puisque celui-ci est rédigé dans la langue même de sa source matérielle exclusive - la Chari'a-c'est à dire l'arabe[21]. Autrement dit, il ne devrait pas y avoir de problème de terminologie, car les règles du Projet de

---

[19]- Les questions du statut personnel font l'objet d'un code à part, appelé code de la famille ou code du statut personnel etc. Cette séparation s'explique par le fait que ces questions relèvent exclusivement par la Chari'a.

[20] - V. Medjellé, Livre XIV « Des actions», Livre XVI « Des jugements».

[21] - Le Coran a été révélé en arabe, dit le verset 2 de la Sourate 12 Yousouf « *Nous l'avons fait descendre , un Coran en –langue- arabe , afin que vous raisonniez* » Le texte coranique est composé de 114 chapitres de longueurs variables, appelés Sourates. Chaque Sourate comporte un nom et un numéro d'ordre pour son identification. Les sourates sont-elles mêmes constituées de paragraphes de longueurs variables appelés âyat (âya au singulier) ou versets. Ceux-ci au nombre de 6236 sont numérotés pour chaque sourate. Ainsi pour chaque renvoi au Coran, nous donnerons le numéro du verset et celui de la Sourate pour faciliter la recherche.

code, puisées de la Chari'a devaient être, en toute logique, formulées dans leur langue d'origine.

Or, il n'en n'a pas été ainsi, pour deux raisons essentielles, la première a trait à l'existence d'un double langage juridique en langue arabe, alors que la seconde concerne l'introduction de règles empruntées au droit occidental.

Concernant le double langage juridique en langue arabe, il y a d'abord la terminologie juridique propre à la Chari'a, considérée comme un système juridique propre[22]. Il y a ensuite la terminologie juridique utilisée par les différents codes civils des pays arabes à l'instar des codes civils égyptien, syrien, jordanien, algérien …etc. et que El Sanhouri appelait les traditions juridiques arabes[23], ou ce qu'un autre auteur arabe dénommait « *le droit arabo-romain* »[24]. Ces traditions juridiques arabes ne sont en fait rien d'autre que l'arabisation du droit français[25]. Celui-ci en vigueur dans certains pays arabes au titre de la période coloniale a été reconduit après leur accession à l'indépendance pour constituer par la suite la source d'inspiration par excellence de leur législation nationale[26]. Pour d'autres pays

---

[22]- René David, Camille Jauffret-Spinosi, Marie Goré, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 12é éd.

[23]-Fayez Mohamed Hocine Mohamed, L'incidence du projet d' Asanhouri sur les codes civils arabes, (en arabe) ; http//mara.gov.om/nadwa_new/wp-content/ uploads/ 2014/04/ 16_3.docx

[24]- Chafik Chehata,La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du Proche-Orient, in Rev. Int. Dr. Comp. 1967, vol 19 n°4 pp.883-915

[25]- Certains codes civils arabes ont été rédigés en français pour être traduits par la suite en arabe, tels les codes des obligations et des contrats de la Tunisie (ce code a été repris par la suite par les codes des obligations et des contrats du Maroc et de la Maurétanie) et du Liban. Pour d'autres codes le texte en français constitue la version originale alors que le texte en arabe en est la version officielle, tel le code civil algérien. Le code civil égyptien a été également rédigé en français. Les commissions qui avaient en charge l'élaboration des codes des droits et des obligations et des contrats tunisien et libanais étaient présidées respectivement par David Santillana, avocat italo-tunisien et Louis Josserand. Edouard Lambert a quant à lui pris part à la rédaction du code civil égyptien.

[26]-Ali Filali, Bi juridisme bilinguisme, l'exemple du droit algérien, Annales de l'université d'Alger, numéro spécial 02/2012, p.70 et s.

arabes, le code civil français a servi de modèle pour la modernisation de leur droit[27]. Ainsi, la terminologie « juridique » utilisée dans ce cadre est en fait une arabisation du vocabulaire juridique français.

Les divergences de terminologie sont inévitables entre le langage de la Chari'a et celui utilisé par les traditions juridiques arabes, car procédant de deux conceptions différentes. A titre d'exemple, le contrat traduit en arabe par le terme « Akd » signifie dans les traditions juridiques arabes un acte juridique bilatéral, alors que pour au moins une partie du Fiqh, ce même terme « akd » s'entend comme étant tout acte juridique qu'il soit unilatéral, tel le testament, la répudiation, ou bilatéral, tel le bail, la vente etc.[28]. Les rédacteurs du projet ont toujours préféré le vocabulaire juridique utilisé par les traditions juridiques arabes à celui de la Chari'a, sauf lorsqu'il s'agit, bien évidemment de notions spécifiques à la Chari'a qui n'ont pas d'équivalents dans les traditions juridiques arabes, tels l'option de vue, l'option de désignation, le contrat non obligatoire etc.[29]

La nécessité de codifier, par ailleurs, certaines matières relevant traditionnellement du domaine du code civil et qui étaient totalement ou partiellement ignorées par la Chari'a, a fait que les auteurs du Projet sont revenus aux solutions préconisées par les différents codes civils arabes, largement influencés par le code civil français comme indiqué précédemment. Il s'agit pour l'essentiel des règles objet du chapitre II du Titre préliminaire

---

[27]- Harith Al-Dabbagh, Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste loc.cit.

[28] - Imman Muhammad Abu Zahra, La propriété et la théorie générale du contrat dans la Chari'a islamique, Dar El-Fikr Elarabi (an arabe) p.199 et s.

[29]- V. art 213, 214, 221, 226 du Projet. Voir également Ali Filali, La codification du code de la famille : une harmonisation aléatoire du droit algérien, Annales de l'Université d'Alger, numéro spécial 04/2015 p.98 et s.

du projet, notamment celles ayant trait à l'application de la loi, aux conflits de lois en droit international privé, aux personnes physiques et morales …etc.

Aussi, pour prévenir, tout risque de dénaturation des règles empruntées à un droit étranger, il est nécessaire d'en préserver la formulation. Or, ceci ne peut se réaliser que par la reprise de la terminologie d'origine des règles en cause et c'est ainsi, qu'il a été fait appel une seconde fois à une terminologie autre que celle de la Chari'a.

Cette préférence du vocabulaire utilisé par les traditions juridiques procède du souci d'une meilleure compréhension des règles[30] et surtout d'un rapprochement avec le droit occidental, symbole de la modernité. Ce procédé de traduction n'est pas cependant sans inconvénient, car il ne s'agissait pas de traduire des concepts juridiques dans la langue source (français) par des concepts juridiques de la langue cible (arabe). C'est plutôt une sorte d'opération d'arabisation des concepts français. Le traducteur n'était pas forcément un juriste, on pouvait se suffire d'un linguiste qui devait seulement trouver dans la langue arabe un vocable comportant la même signification que le concept juridique traduit. C'est une traduction approximative[31] qui a fait qu'un même concept est parfois traduit en arabe par des termes différents. Ainsi, à titre d'exemple le terme « code » est traduit

---

30 - Les juristes arabes sont plus familiarisés au droit français qu'à la Chari'a. Le vocabulaire juridique français constitue le langage de référence pour les législateurs arabes et c'est pourquoi d'ailleurs la plupart des codes arabes sont rédigés en français, parfois même la version en français du texte constitue la version originale.

31 - Il ne s'agit pas d'une traduction juridique, laquelle exige que l'on traduise un concept de la source par un autre concept équivalent dans la langue cible et à défaut se contenter de la transcription phonétique dans la langue cible.

par Majella en droit tunisien, par Kanoun en droit algérien et égyptien, par Moudaouana en droit marocain …etc.[32]

Conscient de ces difficultés liées aux disparités dans la terminologie juridique utilisée par les différentes législations arabes, le Conseil des Ministres Arabes de la Justice a confié entre autres missions au Centre Arabe de Recherches Juridiques et Judiciaires la normalisation de la terminologie juridique[33]. Le dit centre a d'ailleurs, produit plusieurs documents en la matière dans différentes disciplines, statut personnel, procédure civile, civile, commerciale… ainsi qu'un lexique des termes juridiques adoptés par le Conseil des Ministres Arabes de la Justice[34].

III- La plan du projet de code

Le texte du Projet de code constitué de 1318 articles a été élaboré suivant un plan comportant un titre préliminaire et quatre livres[35]. Ce plan totalement différent de celui adopté par le Medjellé[36] est en adéquation avec le contenu traditionnel d'un code civil.

---

[32] - Ali Filali, Le langage juridique (en arabe), communication colloque « L'accessibilité au droit », Université de Ouargla, 16-17 février 2014, pp.7-38.

[33]- Le Manifeste de Rabat avait prévu la création d'un centre supérieur arabe de recherches judiciaires dont le siège était prévu à Rabah. Le Conseil des Ministres Arabes de la Justice réunit à Sanna, les 23-25 février 1981, a approuvé le changement de dénomination du centre pour devenir le Centre Arabe de Recherches Juridiques et Judiciaires et adopté les règles de son organisation. Ce Centre dont le siège est actuellement au Liban a pour mission : favoriser la coopération entre les Etats arabes dans le domaine de la justice, procéder à des études sur les systèmes judiciaires arabes en vue de leur modernisation, leur développement et leur unification, réaliser l'unification des législations arabes, etc.

[34] - Ces documents peuvent être consultés sur le site du centre www.carjj.org

[35] - V. détail en annexe 1.

[36]- Le Medjellé comporte un titre préliminaire (composé de 2 sections - définition et division de la science du droit musulman- Les principes fondamentaux du droit sacré) et 16 livres comme suit:

- 10 livres traitent des différents contrats (L I- la vente, 99-403, L2 Le contrat de louage 404-611 ; L3- Du cautionnement Art 612-672, L4- Du transport de dette Art 673- 700, L5-

Outre les questions générales relatives à la règle de droit (Titre préliminaire), le Projet comprend quatre livres, dont les deux premiers ont été consacrés aux droits personnels, alors que les derniers livres traitent des droits réels.

Ce plan est très proche pour ne pas dire une reprise du plan du code civil jordanien, promulgué en 1976. D'ailleurs, les similitudes vont au-delà des détails du plan des textes, le Projet de code civil arabe unifié ayant repris pratiquement la même chronologie des articles, le même contenu, voire la même rédaction[37].

Le code civil jordanien, s'est inspiré quant à lui – au plan de la forme- du code civil égyptien, considéré, d'ailleurs, comme le modèle de base pour la plupart des codes civils arabes[38]. La prépondérance du code civil Egyptien s'explique non seulement par le fait qu'il s'agit du premier code civil moderne promulgué par un pays arabe, mais en raison également du rôle influent de l'Egypte, en tant que pays abritant le siège de la Ligue arabe et de surcroit leader du monde arabe. Aussi de l'avis aussi bien d'auteurs français que des auteurs arabes, le Code civil Egyptien

---

Du gage Art 701-761, L6- Les choses confiées à autrui (dépôt, prêt à usage) Art 762-832, L 7 Des donations Art 833-880 ; L10 – Des sociétés Art 1045-1448 , L11- Du mandat Art 1449-1553, L12- De la transaction et des renonciations Art 1554-1571),

- Le livre 8 traite de L'usurpation et la destruction de la chose d'autrui Art 881-940, ce que l'on peut appeler le fait dommageable,

- Le livre 9 De l'interdiction de la violence et du retrait de l'indivision Art 941- 1044, s'intéresse aux incapacités, vice consentement.

- Deux autres livres traitent de la preuve, L13-De l'aveu, Art 1572-1613, L15 – Des preuves et du Serment, Art 1676-1683.

- aspects liés à la procédure judiciaire. L14- Des actions 1613-1675, , L 16 – Des jugements 1684-1851.

[37]- Le livre du 3 du Projet ne comporte de titre à l'instar du livre 3 du code civil jordanien qui n' a pas non plus de titre.

[38] - l'Algérie, la Libye, la Syrie,

est largement inspiré du droit français (principes, terminologie, classifications)[39].

Ainsi se pose donc, la question du choix du code civil jordanien comme modèle du Projet de code civil arabe unifié, alors qu'il est lui-même inspiré par le modèle de base, soit le code civil égyptien. En vérité, si au plan de la forme, les codes civils arabes sont pratiquement des copies du modèle égyptien, il en va autrement pour ce qui est du fond. Les codes civils arabes peuvent être, en effet, classés, au regard de leur source matérielle en deux grandes catégories, la première comprend les codes civils des pays qui ont rompu pratiquement tout lien avec la Chari'a[40]; tels les codes civils de l'Egypte, de la Syrie, du Liban, de la Libye, de l'Algérie, et à un degré moindre la Tunisie et le Maroc[41] ; alors que la seconde catégorie comporte les codes civils qui ont plutôt essayé de codifier la Chari'a, tels les codes civils de la Jordanie, de l'Irak, du Soudan et des émirats arabes unis. C'est ce qui expliquerait peut être le choix du code civil jordanien comme modèle pour l'élaboration Projet de code civil arabe unifié.

Il nous parait, enfin, important de souligner l'approche adoptée dans l'élaboration du texte ; la casuistique de la Chari'a ayant laissé place aux règles à portée générale.

---

[39]- G. Saad, L'influence du code Napoléon de 1804 sur les systèmes juridiques arabes et musulmans, loc. cit.

[40] - La plupart de ces codes recourent aux principes du droit musulman comme source subsidiaire, (Art 1 des codes civils algérien, égyptien, irakien, art 2 code jordanien) tout en intégrant dans le code civil quelques solutions du Fiqh, telle la séance contractuelle, la dernière maladie, ou encore le droit de chefaâ, (art 64, 408, 794 du code civil algérien).

[41]-Ces pays ont introduit dans leur code des contrats consacrés par la Chari'a, tel la société à champart mouçakâte ou de la société à complant moughâraça, voir les articles art 1395 et 1416 du code des obligations et contrats tunisien.

Partie II- **le projet de code civil arabe unifie : une prééminence de la charia**

La prééminence de la Chari'a quant aux solutions de fond retenues par le Projet de code était en fait prévisible, tant l'intention des initiateurs du Projet était claire à cet égard. Le texte du Manifeste de Rabat ainsi que le plan de Sanna pour l'unification de la législation, consacraient la Chari'a comme source exclusive du Projet de code. Considérée comme une composante de la nation arabe, elle constitue également le moyen idoine pour réaliser l'unification des législations arabes.

Cette hégémonie de la Chari'a quant aux règles de fond du Projet de code civil, se manifeste à travers la codification des règles dites kawaed kuliyat soit « les principes fondamentaux de la Chari'a » dans le premier chapitre du Titre préliminaire (Sect. I). Elle est perçue également à travers l'effort de systématisation de la casuistique du Fiqh (Sect. II).

Section I- La codification des règles dites Kawaed kuliyat

Les auteurs du Projet de code civil ont imité la démarche adoptée par le Medjellé, dont le texte comporte un Titre préliminaire composé de deux sections. La première section intitulée « Définition et division de la science du droit musulman» comporte un article unique, alors que la seconde section titrée « Principes fondamentaux du Droit sacré» comprend 99 articles, chacun d'eux énonçant un principe. Le Projet de code civil consacre lui aussi un Titre préliminaire subdivisé en deux chapitres, dont le premier intitulé « kawaed Kuliyat du Fiqh » ou principes fondamentaux du Fiqh comporte pas moins de 85 articles, à raison d'un article par principe[42].

[42]-Cette différence, quant au nombre de principes reproduits par chacun des deux textes s'explique par la disparité des sources. Le Medjellé a pris en considération les principes admis uniquement par l'école hanéfite, alors que le Projet de code civil a pris en compte les

Faut-il signaler que nous retrouvons également certains de ces principes fondamentaux codifiés d'une manière éparse dans les codes civils des pays arabes consacrant la Chari'a comme source exclusive de leur législation. Il s'agit, notamment, des codes civils jordanien[43], irakien[44].

Ces règles dites kawaed kuliyat sont des principes dégagés par des fouqahas (hommes de sciences) et résumés dans des formules très concises, à l'instar des adages. Parmi ces principes l'on peut citer quelques exemples tirés du Medjellé à savoir : «*L'ancienneté ne peut consacrer un état nuisible*»; «*Une disposition claire et précise ne comporte pas d'interprétation*»; «*La difficulté provoque la facilité* »; « *De deux maux on choisit le moindre*»; « *La préservation d'un mal est préférable à la réalisation d'un profit*» ; « *Le dommage doit être écarté autant que possible*»; « *Il est défendu d'offrir une chose, qu'il est défendu d'accepter*»; « *La perte du principal entraine celle de l'accessoire*» ; «*Nul n'est tenu du préjudice qu'il a causé à autrui dans l'exercice de son droit*»[45] Ces formules faciles à retenir sont apprises par cœur par les jurisconsultes.

Selon les jurisconsultes musulmans, ces principes généraux ou fondamentaux dits kawaed kuliyat sont des règles générales qui s'appliquent à tous les faits en rapport avec leur objet[46], ou encore: « *des règles à portée générale qui s'appliquent à toutes les questions partielles qui s'y rattachent* »[47] Ce sont des règles déduites par le Fiqh, du Coran et de la Sunna. Il s'agit en

---

principes retenus par toutes les écoles. C'est là en fait une différence négligeable, les deux textes ayant repris pratiquement les mêmes principes.

[43] Art 62- 64, Art 74 – 77, Art 214 à 238

[44] Art 4, 8, 157-163, 212-1, 214, 215, 216,

[45] - V. respectivement les articles, 7, 14, 17, 29, 30, 31, 34, 50 et 91 du Medjellé.

[46]- Mustafa AL Zarqa, Introduction au Fiqh général, (en arabe), T 2, p.965.

[47] Sobhi Mahmassani, Falsafat al-tachrih fil' islam, Beyrouth 1980 p.297, cité par S. Jahel, Principes généraux du droit dans les systèmes arabo musulmans au regard de la technique juridique contemporaine, Rev. Int. Dr. Comp2003, vol 55, 1 pp.105-122.

quelques sortes de principes généraux, de règles supérieures à portée générale, dégagés par le Fiqh à partir des règles bien établies du droit classique.

L'élaboration de ces principes généraux remonte au Xème siècle, suite à ce qui est appelé la fermeture des portes de l'Idjtihad (l'effort intellectuel). Ces principes devaient faciliter l'évolution du droit musulman en permettant, notamment, l'élaboration de solutions nouvelles. Ainsi, de par leur rôle, ces principes sont assimilables aux principes de droit. En effet, selon Cornu : « un principe est une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure»[48].

Ces règles, appelés principes généraux, écrit le professeur Siddik Sami ONAR, « *ne visent pas à résoudre directement des questions spéciales et ne s'appliquent pas séparément ; elles sont comme des considérants des règles contenues dans les autres livres et servent de guide et de point d'appui au juge au moment où il doit appliquer ces diverses règles aux cas particuliers* ». Ces principes généraux, qui dit-il « *constituent les préliminaires du Médjellé, renferment ses théories et sa philosophie; ils posent les considérants des règles et montrent aux juges les directives auxquelles ils se réfèreront dans leurs jugements et leurs manières de voir.* » [49] Les Kawaed kuliyat écrit S. Jahel, « *apparaissent comme des normes de type secondaire à caractère directif, de purs instruments techniques qui n'emportent pas d'effet contraignant*… »[50]

Le rapport de la commission de rédaction du Medjellé indiquait à propos de ces principes qu'ils sont insuffisants : « *au juge pour rendre ses décisions tant qu'il n'est pas éclairé par des textes*

[48] Vocabulaire Cornu, PUF, 2011.

[49] - déjà cité, Voir dans le même sens Mustafa AL Zarqa, op.cit., p. 968.

[50] - loc.cit.

de loi plus explicites, ils sont néanmoins d'une grande utilité pour l'étude et l'intelligence du droit en permettant de saisir plus facilement la solution de chaque question particulière. »[51] Les principes généraux constituent une sorte d'introduction générale du Medjellé ; c'est une espèce de préambule présenté sous forme d'articles.

Cela étant, en consacrant le chapitre premier du titre préliminaire à ces principes fondamentaux, les auteurs du Projet de code civil ont, sans nul doute, entendu réaffirmer d'une manière officielle et non équivoque leur attachement à la Chari'a comme source exclusive des dispositions du Projet de code civil. Mais, qu'en est–il réellement des solutions consacrées quant au fond.

Section 2- L'effort de systématisation de la casuistique du Fiqh : l'exemple des règles de la responsabilité

Le Fiqh se distingue par son aspect doctrinal et la casuistique de ses solutions, ce qui a de tout temps constitué un point de discorde quant à la possibilité d'élaboration de règles à portée générale, voire des théories générales à partir de cas d'espèces qui faciliteraient grandement l'accessibilité de la Chari'a[52]. La codification des règles de la Chari'a passe nécessairement par un effort de systématisation des solutions des différents cas de figure.

Précisons, tout d'abord, qu'il n'est ni dans notre intention, ni dans nos moyens, d'ailleurs, de vouloir faire l'analyse de l'effort de systématisation pour l'ensemble des questions abordées par le Projet. Nous avons choisi de traiter uniquement et à titre d'exemple la question de la responsabilité civile.

C'est le chapitre 3 du Projet, titré « Le fait dommageable »[53], qui traite de la responsabilité civile. Toutefois, il convient de

---

[51] - op.cit., p. 173.

[52]- Bernard Botiveau, op.cit., p. 95 et s.

[53] - du Titre « Des sources de l'obligation », Livre premier «Des obligations ou droit personnel ».

signaler, avant même d'aborder les questions de fond, les difficultés éventuelles liées à la terminologie utilisée. En effet, il est question dans le Projet de « responsabilité messoulia مسؤولية », alors que pour la Chari'a, il s'agit plutôt de dhâmèn الضمان– garantie-, même, s'il vrai que dans les deux cas il s'agit d'une même obligation, celle de réparer le dommage causé. D'ailleurs certains fouqahas, au même titre que les auteurs du Projet, considèrent le dhâmèn comme étant simplement une responsabilité objective[54]. Or, ces deux notions quoique très proches ne peuvent pas être considérées comme synonymes. Le concept « responsabilité» évoque l'idée de sanction d'un comportement, ce qui n'est pas tout à fait le cas en matière de dhâmèn –. Cette nuance entre les deux concepts serait consacrée, d'ailleurs, par les articles 274, 275 et 276, 277 du Projet[55]. Nous reviendrons, plus en détail sur cette question, lorsque nous aborderons le point 2.2 de cette communication.

Ce chapitre 3 est structuré en trois sections intitulées respectivement : La responsabilité de la personne de son propre fait, la responsabilité du fait d'autrui et enfin la responsabilité de la personne du fait des animaux, des bâtiments et des choses. Ces trois cas de responsabilité que nous retrouvons, pratiquement dans tous les Codes civils arabes, sont non seulement proches du droit de la responsabilité civile en droit français[56], mais ne seraient pas également en contradiction avec les préceptes de la Chari'a. Celle-ci ne connait, en principe, que la responsabilité du

[54] Wahbah Al-Zuhaili, La théorie du dhâmèn ou les règles de la responsabilité civile et pénale dans le Fiqh islamique, Etude comparative, Dar El fikr, p.1998, 218 (En arabe).

[55] - Traitant respectivement de la réparation du dommage corporel, des dommages causés par la perte ou la destruction du bien d'autrui et de l'usurpation de la chose d'autrui.

[56] - En dehors de l'intitulé du chapitre « Le fait dommageable » quelque peu novateur, l'on retrouve une certaine similitude avec le système de la responsabilité civile du droit français

fait personnel[57], néanmoins la personne peut être appelée, dans certains cas, à répondre des dommages causés par autrui, par des animaux, ou provoqués par la chute d'une construction ou du mur … etc.

Nous examinerons ces trois types de responsabilité énoncés par le Projet et nous rechercherons dans quelle mesure ils sont comparables à ceux consacrés par les codes civils arabes ou le droit français.

P1- La responsabilité de la personne de son propre fait

Les dispositions relatives à la responsabilité de la personne de son propre fait, ont été organisées en quatre points traitant respectivement : Des principes généraux (A), Des dommages subis par la personne elle-même (B), De la destruction du bien (C) et De l'usurpation (D).

Après l'exposé des principes généraux gouvernant cette responsabilité (1), on s'attachera à rechercher l'intérêt de reprendre dans les différents cas de figure exposés dans les points B, C, D (2).

1- Les principes généraux

Dans le cadre de l'effort de systématisation des solutions du Fiqh, les auteurs du Projet ont pu dégager les principes généraux de la responsabilité civile, objet du point A suscité. Parmi ces principes, l'article 261 du Projet indique selon notre propre traduction : *Quiconque, même incapable, cause un dommage à autrui, directement ou indirectement, intentionnellement ou non, est*

[57] - « … *Chacun étant tenu responsable de ce qu'il aura acquis* » ; « *A chacun d'eux ce qu'il s'est acquis comme pêché. Celui d'entre eux qui s'est chargé de la plus grande part aura un châtiment énorme …* » ; « *Allah n'impose à aucune âme une charge supérieure à sa capacité. Elle sera récompensée du bien qu'elle aura fait, punie du mal qu'elle aura fait…* » ; « *Dis vous ne serez pas interrogés sur les crimes que nous avons commis, et nous ne serons pas interrogés sur ce que vous faites* », voir respectivement Sourate 52 Verset 21, Sourate 24 Verset 11, Sourate 2 Verset 386, Sourate 34 Verset 25, www.coran-en-ligne.com

responsable à l'égard de la victime et lui doit réparation, sous réserves des articles suivants de ce chapitre[58].

Selon les commentaires des auteurs du Projet, cette règle générale s'appuie sur les principes généraux de la Chari'a, repris dans le Titre préliminaire, notamment, ceux objets des articles 14[59], 15[60], 16[61] et 52[62].

Ainsi, en règle générale, l'obligation de réparer nait de tout fait dommageable, c'est-à-dire toute action ou omission engendrant un dommage. La responsabilité suppose, ainsi, la réunion de trois éléments à savoir : un fait dommageable (1.1), un dommage (1.2) et un lien de causalité (1/3). On ne s'attardera pas sur les deux premiers éléments, car ne soulevant pas de difficultés particulières, contrairement au lien de causalité qui fait l'objet d'une conception particulière.

---

[58]- Parmi les principes généraux de la Chari'a repris par le Medjellé, l'article 92 qui dispose: « *Chacun est responsable du dommage qu'il a directement causé à autrui, même involontairement* », alors que l'article 93 précise : «*Celui qui a été la cause indirecte d'un dommage n'est tenu de le réparer que s'il a agit avec intention*»

[59]- « *Il est tout aussi bien défendu de commettre un dommage que d'y répondre par un autre dommage* » " لا ضرر و لا ضرار". Ce principe correspond à celui énoncé par le Medjellé en son article 19. Il a pour origine les versets n° 231 et 233 de la Sourate n° 2, qui précisent respectivement : « *Mais ne les retenez pas pour leur faire du tort ; La mère n'a pas à subir de dommage à cause de son enfant, ni le père à cause de son enfant »*

[60] « *Le dommage doit être écarté autant qu'il est possible* » الضرر يدفع بقدر الإمكان. Ce principe correspond à celui énoncé par le Medjellé en son article 31. Il a été dégagé à partir du verset 286 de la Sourate 2 - El Baquarah-: « *Allah n'impose à aucune âme une charge supérieure à sa capacité…»*

[61]« *On doit mettre fin à tout ce qui peut causer un dommage*» "الضرر يزال ". Ce principe est repris à l'article 20 du Madjellé.

[62] «*Lorsque la remise d'un objet dû est impossible on doit payer la contre valeur*» " إذا بطل الأصل يصار إلى البدل". Ce principe énoncé également à l'article 53 du Medjellé trouve son fondement dans les versets 184, 238 et 239 de la Sourate 2 – El Baquarah- qui prescrivent respectivement que : *« Quiconque d'entre vous est malade ou en voyage, devra jeuner un nombre égal d'autres jours. Mais pour ceux qui ne pourraient le supporter (qu'avec grande difficulté) il y a une compensation nourrir un pauvre… », « Soyez assidus aux Salats (prières)…. », « Si vous craignez (un grand danger) alors prier en marchant ou sur vos montures… »*

1.1- Le fait dommageable

Selon les annotations des auteurs du projet, le fait dommageable s'entend comme toute action ou omission illicite, contraire ou interdite par la loi, procédant aussi bien d'une intention de nuire que d'une simple négligence. Il s'agit de toute transgression des règles que l'on est tenu d'observer, ou de toute négligence empêchant d'accomplir ce que l'on est tenu de faire, ou de s'abstenir de tout ce qui peut être dommageable pour autrui.

Le fait dommageable doit être illicite, car l'acte licite n'engage pas la responsabilité de son auteur quelque soit le préjudice causé à autrui[63]. L'acte est illicite en ce qu'il est contraire ou interdit par la loi. Le ta'adi c'est le fait d'accomplir un acte sans droit[64]. L'auteur de l'acte dommageable doit réparation à la victime, en l'absence de toute faute, ou étant incapable.

1.2- Le dommage

Outre les dommages matériels et corporels, le dommage réparable, comprend aux termes de l'article 268-1 du Projet la réparation du dommage moral. Il s'agit des atteintes à la liberté de l'individu, sa pudeur, son honneur, sa réputation, son statut social etc.[65]. Le montant de la réparation comprend le préjudice éprouvé (les pertes subies) et les gains manqués, à condition que ce soit la suite normale du fait dommageable.

---

[63] - Selon le rite Hanéfite.

[64] - V. Berger-Vachon, Contribution à l'étude de la responsabilité civile délictuelle en droit musulman, Mélanges juridiques Sugiyama, 1940, p.1.

[65] -Ce dommage ne donnait pas lieu à réparation, il faisait l'objet d'une sanction dite « tâazir ».

1.3- Le lien de causalité : une conception particulière

Le lien de causalité est perçu différemment par le Fiqh, aussi bien au plan de sa signification (1.3.1) que de son rôle dans la mise en œuvre de la responsabilité civile (1.3.2).

1.3.1-Causalité directe et causalité indirecte

La réparation du dommage incombe en principe, aux termes de l'article 261 précité, à celui qui en a été la cause directe, c'est-à-dire l'auteur direct (moubâachara المبـــاشرة) du dommage. Exceptionnellement, cette obligation sera à la charge de la personne qui en a été la cause indirecte (moutassabib المتسبب).

Le dommage dit direct suppose un fait positif, une action et non pas une omission, qui génère d'elle-même, directement et immédiatement le dommage[66]. Le dommage direct nécessite dans tous les cas un contact matériel entre l'agent et le dommage. C'est, selon un auteur, la relation *corpore corpori* du droit romain[67], c'est-à-dire le dommage causé par un acte matériel positif *corpore* et cet acte doit entrainer un dommage matériel *corpori*. Le domm age écrit un auteur : « *est incorporé dans l'acte dommageable lui-même*»[68]. Le contact matériel entre l'agent et le dommage présume le lien de causalité.

---

[66] Selon l'art 89 du projet kulyat « La responsabilité d'un acte incombe à son auteur. Elle n'atteint pas celui qui a ordonné l'acte, à moins qu'il n'ait usé de contrainte envers l'agent », Art 90 « Lorsqu'il existe un agent direct, c'est-à-dire celui qui a personnellement commis un acte, et une personne qui en a été la cause indirecte, le premier est seul responsable… », selon l'art 887 du Medjellé : « l'acte de causer personnellement un dommage s'appelle moubacharaten-itlaf ; et l'auteur du dommage s'appelle faili-moubachir»

[67] - Chafik Chahata, La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques dans les pays du Proche-Orient, Rev. Int. Dr. Comp, Vol 19 n°4, octobre -décembre 1967 pp.883-915.

[68] - Ch. Labastie- Dahdoud, Regards sur la responsabilité civile en droit Afghan,- La responsabilité civile à la croisée des chemins, www.idlo.org/publications/37.pdf. (28 aout 2016) p.15.

A contrario, dans la causalité indirecte[69], le fait dommageable n'est, généralement, pas par lui-même producteur du dommage causé à autrui, alors que ce dommage est en fait inévitable. Tel, l'exemple cité par le Medjellé «*Lorsque quelqu'un coupe la corde à laquelle une lampe est suspendue, celle-ci doit nécessairement tomber à terre et se briser. Celui qui coupe la corde est l'auteur direct du dommage produit à la corde et la cause indirecte de la destruction de la lampe.*» Dans un tel cas, c'est l'auteur indirect Muttassabib qui devra répondre du dommage causé à la lampe à la condition qu'il ait agit avec intention[70] ou qu'il s'agisse d'un acte illicite. Il existe dans la cause indirecte un fait intermédiaire entre l'acte dommageable et le dommage causé[71]. En reprenant l'exemple cité, il y a entre le fait de couper la corde et la destruction de la lampe, le fait que celle-ci soit tombée à terre. La réalisation du dommage n'intervient pas dans la causalité indirecte au moment même de l'accomplissement de l'acte dommageable, mais dans un second temps plus ou moins lointain[72].

Aussi, en règle générale, c'est l'auteur direct qui répond du dommage causé à moins que la cause directe soit elle-même fondée sur la cause indirecte, ou que l'auteur indirect ait agit délibérément, ou qu'il ait contraint l'auteur direct. Il en sera également de même, si l'auteur matériel du dommage est resté inconnu ou qu'il soit lui-même l'auteur indirect.

---

[69] - Selon l'article 888 du Medjéllé : « Tessebbuben-itlaf, se dit lorsqu'on est la cause indirecte du dommage, c'est à dire lorsque l'on commet un acte dont la conséquence inévitable est la perte ou la détérioration de la chose. Celui qui en est la cause s'appelle 'mutessebib'….».

[70]-L'intention de nuire écrit Chafik Chahata : « viendra suppléer l'absence de lien de causalité, *copore corpori*… », La théorie de la responsabilité civile, op.cit., p.891. Voir également Wahbah Al-Zuhaili, op.cit., p.32.

[71] - Awad Ahmed Idriss, La diya entre peine et réparation dans le Fiqh islamique comparé, Bierut, 1986, p 171 (en langue arabe).

[72] Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.170.

1.3.2- Le contact matériel présomption de lien de causalité

Le lien de causalité n'est pas considéré comme une condition d'existence de la responsabilité, mais, plutôt comme un moyen pour s'assurer de l'absence de tout obstacle ou empêchement à l'existence du lien de causalité[73]. La victime n'a pas à faire la preuve de la causalité, qui est en fait présumée, chaque fois que le dommage résulte d'un contact matériel direct avec l'agent responsable. C'est à celui-ci de prouver éventuellement qu'il n'en n'est pas la cause.

Aux termes de l'article 263 du Projet, l'agent du dommage n'est pas responsable en cas de force majeure, car la présomption du lien de causalité, résultant du lien matériel (contact) entre le fait dommageable et le dommage est une présomption simple et est passible donc de preuve contraire. Une fois, prouvé que le dommage est le fait de la force majeure, l'auteur matériel est considéré comme un simple instrument matériel dans la réalisation du dommage et n'encourra en conséquence aucune responsabilité. L'auteur du dommage sera également, aux termes de l'article 264 du Projet, exonéré de toute responsabilité en cas de dommage causé dans le cadre de la légitime défense ou en exécution d'un ordre de l'autorité légitime. Cette exonération est justifiée par un hadith du prophète ﷺ[74] qui dit : « *Quiconque meurt en défendant son droit ou sa propriété meurt en martyr, et la récompense (punition) d'un mal subi est un mal équivalent infligé au malfaiteur*»[75]

---

[73]- Wahbah Al-Zuhaili, op. cit., p.24.

[74]-Cette expression en arabe est une prière sur le prophète que le musulman est tenu de dire lorsqu'il prononce ou entend le non du prophète ﷺ et cela en vertu des prescriptions du Saint Coran, notamment le verset 23 de la sourate 33.

[75] - Revue « Sawt al-Islam », 1999, n° 2, p.21.

En ce qui concerne le fondement de cette responsabilité, celle-ci est fondée sur le fait dommageable lui-même ; c'est une responsabilité objective. C'est le caractère illicite de l'acte dommageable[76] et les conséquences qui s'y attachent qui sont le fondement de l'obligation de réparation. Peu importe donc, que l'agent jouisse ou non de ses facultés mentales, que son acte soit voulu ou non, la justice soutient-on commande de réparer tout dommage causé à autrui de sorte que nul ne soit opprimé[77].

En dégageant un principe général gouvernant la responsabilité, les auteurs du Projet ont entendu, sans aucun doute, abandonner la casuistique du Fiqh[78]. Ces règles générales devront s'appliquer de toute évidence à toutes les situations de dommages qui répondraient aux conditions énoncées. Néanmoins, la consécration d'un principe général n'exclut pas pour autant l'existence de cas d'exception, dignes d'intérêt justifiant des dispositions particulières. Or, au plan au moins formel, les dispositions objet des points B, C et D ne peuvent être considérées comme traitant de cas d'exception. Examinons donc la portée réelle de ces cas particuliers.

2- L'intérêt de la consécration formelle de cas particuliers

Après avoir énoncé les règles générales dans le point A, le projet reprend séparément et successivement les dommages subis par la personne elle-même (point B), ceux résultant de la perte ou la destruction (itlâf) du bien d'autrui (C) et/ ou de son usurpation (ghasbe) (D). Ainsi, contrairement aux principes généraux, ces dispositions particulières distinguent les atteintes

[76] - L'illicéité, écrit Chehata « : est un élément purement objectif qui ne repose en aucune façon sur l'idée de faute. », op. cit., p.886.

[77] -V. Tyane, La responsabilité civile en droit musulman, Thèse Lyon 1926, p.151.

[78] - C'est là une différence fondamentale avec le Medjellé.

aux êtres humains, des atteintes aux animaux et aux choses.[79] Les dommages dits corporels relèvent du régime dit de la diya - prix du sang-[80] qui est en fait un régime spécifique (2.1), alors que la consécration des cas particuliers de la destruction et ou de l'usurpation du bien d'autrui, ne s'expliqueraient que par le retour des auteurs du Projet à la casuistique du Fiqh (2.2).

2.1- La diya : un régime particulier pour la réparation des dommages corporels

Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 274 du Projet, les crimes contre la personne et autres dommages corporels sont soumis aux dispositions générales régissant le fait dommageable, telles les règles de la causalité directe, indirecte ou la pluralité de responsables. L'alinéa 2 précise, à propos de la réparation financière (dhâmen), qu'il sera fait application des dispositions de la diya, de l'arche et de hukûmat-al-'adl[81] (الأرش وحكومة العدل), conformément au Fiqh islamique, auxquels il faudra ajouter les dépenses de soins nécessaires, ainsi que le manque à gagner. Les

---

[79]- Les fouqahas distinguent deux sortes de faits illicites : les atteintes aux animaux et aux choses appelées usurpation (ghasbe) et perte ou destruction (itlaf) et les atteintes à l'être humain, Awad Ahmed Idriss, op. cit., p.162.

[80]-« la diya correspond ... à une quantité déterminée de biens due pour cause d'homicide ou autres atteintes à l'intégrité physique, commis injustement sur la personne d'autrui. Elle est un substitut au droit de vengeance privée », Yazid Benhounat, Cent dromadaires et quelques arrangements, notes sur la diya (prix du sang) et son application actuelle au Soudan et en Algérie, in, Revue des mondes musulmans dans le monde arabe, 131, juin 2012, pp.203-221.

[81] - C'est une sorte de diya pour les atteintes corporelles de moindre importance et dont le montant est fixé par le juge. L'institution de hukûmat-al-'adl permet « ... d'évaluer le préjudice effectif que la victime prédisposée a subi. C'est ainsi que la perte d'une dent noircie (cariée), qui de ce fait portait en elle déjà un défaut, donne lieu à un dédommagement réduit.... Si l'organe atteint est déjà défectueux, la victime n'aura droit qu'au paiement d'une hukûmat-al-'adl, evaluée par le juge. Tel le cas de la perte d'un œil privé de vue ou d'une oreille privée de l'ouïe, sous réserve que leur beauté ne soit pas atteinte. », Ali Kazmi-Rachid, L'Islam et la réparation du préjudice moral, Librairie Droz, Genève, 1990, p.94.

montants de ceux-ci seront fixés par le tribunal et supportés par le responsable.

Les annotations portées par les auteurs du Projet, à propos de cet article, indiquent que les atteintes à la personne même de la victime donnent lieu selon le cas, au paiement de la diya[82] en cas décès, une partie de la diya dite Arche pour les autres atteintes corporelles telle la perte d'un organe, (bras, œil, langue etc.) et ou une diya partielle dite hukûmat-al-'adl pour les atteintes de moindre importance telles des blessures qui ne laissent pas de traces et dont le montant est fixé par le juge. Ces différentes formes du prix du sang ne se cumulent pas entre elles et encore moins avec la réparation prévue au titre du fait dommageable.

Ainsi, la réparation des dommages corporels relèvent du régime particulier de la diya, dite prix du sang et qui se distingue fondamentalement de la réparation des dommages matériels. Elles obéissent à deux régimes juridiques différents.

La diya prévue par le Coran[83] donne lieu à une compensation financière très importante[84], en raison de la noblesse de l'être humain[85]. Il est la créature préférée d'Allah

---

[82] - Le montant de la diya est fixé au préalable par l'autorité religieuse (Arabie saoudite) ou l'autorité judiciaire (Soudan) ou une le parlement (Yémen).

[83]- « *Il n'appartient à un croyant de tuer un autre, si ce n'est pas erreur. Quiconque tue un croyant par erreur, qu'il affranchisse alors un esclave et remette à sa famille le prix du sang, à moins que celle-ci n'y renonce par charité. Mais si (le tué) appartenait à un peuple ennemi à vous et qu'il soit croyant, qu'on affranchisse un esclave croyant. S'il appartient à un peuple avec lequel vous êtes liés par un pacte, qu'on verse alors à sa famille le prix du sang et qu'on affranchisse un esclave croyant. Celui qui n'en trouve pas les moyens, qu'il jeûne deux mois d'affilée pour être pardonné par Allah. Allah est Omniscient et sage.* », Sourate IV –Verset 92

[84]-V. à propos de l'histoire de la Diya, Yazid Ben Hounet, loc.cit. ; Pierre Bonte, L'emirat de l'Adrar mauritanien, harim, compétition et protection dans une société tribale saharienne, karthala édition, 2008, p.354 et s.; Awad Ahmed Idriss, op. cit., p.113 et s.

[85] - « *Nous avons certes crée l'homme dans sa forme la plus parfaite* » Sourate 95, verset 4.

parmi ses autres créatures[86]. L'être humain est, en effet, au centre du discours coranique, c'est à lui que s'adresse Allah et c'est pour lui qu'a été révélé le Coran. Doté d'un esprit et jouissant d'une liberté, l'homme est la seule créature ayant accepté d'être responsable et de répondre de ses actes[87]. Ainsi, les atteintes à la personne humaine sont sévèrement sanctionnées[88]. La réparation, par contre des dommages matériels, se limite généralement au remboursement de la valeur du bien endommagé.

Le montant de la réparation due dans le cadre de la responsabilité est fixé par le juge et est supporté par le responsable, alors que le montant de la diya est un montant légal, fixé au préalable selon un barème [89]. Le montant de la diya est le même pour les mêmes victimes (décès d'un homme libre, d'un esclave, d'une femme, etc. il est à la charge de l'auteur du dommage et ses proches (aKila), le cas échéant, il sera supporté par le Trésor public (Beit El Mel)[90]. C'est à la victime du dommage ou à sa famille (en cas de décès) que revient la diya ; ces derniers peuvent, d'ailleurs, y renoncer[91].

---

[86] - « *Certes, Nous avons honoré les fils d'Adam. Nous les avons transportés sur terre et sur mer, leur avons attribué de bonnes choses comme nourriture, et Nous les avons nettement préférés à plusieurs de nos créatures.* », Sourate 17 verset 70.

[87] - « *Nous avons proposé aux cieux à la terre et aux montagnes la responsabilité (de porter les charges de faire le bien et d'éviter le mal). Ils ont refusé de la porter et ont eu peur, alors que l'homme s'en est chargé, car il était très injuste (envers lui-même) et très ignorant*», Sourate 33 verset 72.

[88]- « *C'est pourquoi Nous avons prescrit pour les enfants d'Israël que quiconque tuerait une personne non coupable d'un meurtre ou d'une corruption sur la terre, c'est comme s'il a tué tous les hommes. Et quiconque lui fait don de la vie, c'est comme s'il faisait don de la vie à tous les hommes…* » Sourate V, Verset 32.

[89] - Voir annexe n°2.

[90] - Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.528.

[91] - Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.528.

La diya n'est pas considérée comme étant uniquement une réparation du dommage causé, c'est aussi un châtiment, une expiation[92]. Elle est un substitut à la loi du talion et ne s'applique que pour les atteintes corporelles causées non intentionnellement. Lorsque les dommages corporels sont causés intentionnellement, le responsable est soumis à la loi du talion[93]. Par contre, la responsabilité (dhâmèn) encourue pour les dommages matériels causés à autrui consiste en une simple réparation du préjudice subi par la victime, sans aucune distinction entre le dommage causé volontairement et celui causé involontairement.

Ainsi, la réparation des dommages corporels échappent totalement au domaine de la responsabilité, ce qui justifie par la même les dispositions particulières prévues au point A. Il ne s'agit pas de cas d'exception, mais de la consécration d'un régime particulier pour la réparation des dommages corporels parallèle au régime de la responsabilité. Cette situation s'apparente à celle qui prévaut actuellement en droit algérien. Celui-ci prévoit, en effet, parallèlement au système de la responsabilité civile (objet des articles 124 et suivants du code civil), un régime particulier d'indemnisation des dommages corporels pour les victimes d'accidents du travail, d'accidents de la circulation ou d'actes de terrorisme[94].

---

[92] - Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.252.

[93] - Le talion (qysas) est exigible pour tout homicide volontaire d'un sujet dont le sang est réservé pour l'éternité (le sang du musulman) ainsi que pour les blessures causées intentionnellement à moins que la victime n'y renonce. Si le talion n'est pas possible, la victime est tenue d'accepter la diya.

[94] -V. respectivement, l'ordonnance n° 74-15 relative à l'obligation d'assurance des véhicules automobiles et au régime d'indemnisation des dommages, JORA 1974, n°15 et la loi n° 83-13 relative aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, JORA 1983, n° 28. Voir également L'émergence d'un nouveau droit de l'indemnisation des

2.2- La reconduction des cas de dhâmèn consacrés par la Chari'a: un retour à la casuistique du Fiqh.

Le Projet de code a reconduit en ses articles 275 à 282, les deux cas de dhâmen admis par la Chari'a et consacrés par le Medjellé, à savoir la perte (Itlaf)[95] et l'usurpation (Ghasbe)[96] du bien d'autrui. Les auteurs du Projet se sont, d'ailleurs, très largement inspirés des dispositions du Medjellé, notamment son Livre VIII, intitulé « De L'usurpation et la destruction de la chose d'autrui »[97].

Aux termes de l'article 416 du Medjellé : « *Par zéman (dommages et intérêts) : on entend l'acte de remplacer une chose par sa valeur en argent, si ce n'est pas une chose fongible (keymi), et par une semblable si la chose est fongible (misli)*. L'article 275 du Projet reprend la même solution : *Quiconque détruit ou dégrade le bien d'autrui doit le remplacer par un semblable s'il s'agit d'une chose fongible et par sa valeur s'il s'agit d'une chose de genre, sans préjudice des dispositions générales de la responsabilité du fait dommageable.*[98]. L'article 277 du Projet dispose à propos de l'usurpation : *La main est tenue par ce qu'elle a pris jusqu'à sa restitution ; celui qui s'est emparé d'un bien doit le restituer en nature qu'il s'agisse de choses de genre ou de corps certain sans préjudice de sa responsabilité*

---

dommages corporels, étude commune réalisée par des enseignants des universités d'Alger et de Pau, Annales de l'université d'Alger,2012, numéro spécial.

[95]- Il est entendu par perte du bien aussi bien sa perte ou sa destruction physique que la dégradation de ses qualités essentielles.

[96] - Il est entendu par ghasbe – usurpation-, le fait de s'emparer du bien d'autrui sans aucun droit. Le bien usurpé doit être la propriété de la victime ; le bien doit avoir pour et ayant une valeur (sont exclus les objets interdits), le bien doit avoir été pris de force contre la volonté du propriétaire (sont exclus la remise par l'emploi de manœuvres frauduleuses ainsi que le butin de guerre etc.).

[97] - V. Art 881-940 du Medjellé.

[98] - Cet article est à rapprocher aussi de l'article 912 du Medjellé « Quiconque détruit, avec ou sans intention, la chose d'autrui, soit entre les mains du propriétaire, soit entre les mains de celui à qui elle était confiée, s'oblige à en réparer la perte…. ».

conformément aux règles générales relatives au fait dommageable. Cet article est en fait une reprise des dispositions des articles 890 et 891 du Medjellé[99].

Les dispositions de l'article 280 du Projet assimilant l'usurpateur de l'usurpateur au premier usurpateur sont une reprise de la teneur des articles 910 et 911 du Medjellé. L'article 281 du Projet énumérant les personnes assimilées à l'usurpateur ne fait en réalité que compléter l'exemple donné à l'article 901 du Medjellé. Les alinéas 1, 2, 3 et 4 de l'article 282 du Projet ont reconduit les différents cas de figure traités respectivement aux articles 897, 899, 898 et 900 du Medjéllé.

Par ailleurs, en précisant, dans ces deux articles que l'obligation de restitution imposée à l'auteur de la dégradation, de la perte et ou de l'usurpation du bien d'autrui ne préjudicie pas de sa responsabilité pour fait dommageable, les auteurs du Projet laissent entendre clairement que les notions de dhâmèn et de responsabilité bien que très proches ne sont pas synonymes ou des équivalents parfaits.

L'usurpation ou la dégradation du bien d'autrui donnent naissance à une obligation de restitution du bien lui-même ou à défaut d'un bien semblable. Exceptionnellement, il sera question du paiement de la valeur du bien lorsqu'il s'agit de la perte ou de la dégradation totale d'une chose de genre. La réparation des dommages causés en matière de dhâmèn se fait

---

[99]- L'article 890 : « Si la chose dont quelqu'un s'est emparé sans droit se trouve en nature, elle doit être restituée à son propriétaire à l'endroit où elle a été prise. Et dans le cas où le propriétaire rencontrerait l'usurpateur, nanti de la chose, dans une autre ville, il peut se la faire restituer en cet endroit-là. S'il préfère en avoir restitution au lieu de l'enlèvement, les frais de transport sont à la charge de l'usurpateur.», l'article 891: «L'usurpateur est responsable non seulement lorsqu'il consomme la chose, mais encore en cas de perte de celle-ci, que ce soit par sa faute ou non… Si la chose est de celles dont on trouve des semblables, il doit en restituer une semblable ; si elle n'est pas de cette catégorie il en doit la valeur au jour et à l'endroit où il s'en est emparé. »

généralement en nature[100], alors qu'en matière de responsabilité elle s'effectue en principe par équivalent, c'est à dire par l'attribution de dommages et intérêts en compensation du préjudice causé.

Cela étant, se pose la question de la détermination des champs d'application respectifs de la responsabilité et du dhâmèn pour les cas de perte ou d'usurpation du bien d'autrui. Si l'on se réfère au Medjellé et au Fiqh islamique classique, tous les dommages matériels relevaient du dhâmèn pour usurpation ou dégradation de bien d'autrui. Autrement dit, il n'existe pas de dommage matériel qui ne relève pas de l'un des deux cas : usurpation ou dégradation.

Ainsi, après avoir exclu du domaine de la responsabilité les dommages corporels, comme indiqué précédemment, la consécration du dhâmèn à travers les cas d'usurpation et ou de perte, emporte elle aussi soustraction des dommages matériels du domaine de la responsabilité. Ne relèverait donc de la responsabilité que la réparation du dommage moral, autrefois, d'ailleurs, irréparable[101].

Faut-il donc s'interroger sur les raisons qui ont amené les auteurs du Projet à adopter une telle démarche ? Il nous semble qu'il s'agit d'un compromis entre d'une part les pays arabes partisans d'une application stricte de la Chari'a (consécration expresse par le Projet des solutions de la chari'a (points B C et D) et d'autre part les pays arabes qui sont plutôt favorables à une adaptation des solutions de la Chari'a aux exigences de la

---

[100]- Wahbah Al-Zuhaili, op.cit., p.21.

[101] - Il était passible de tâ'azir. C'est une peine laissée à l'appréciation du juge à propos des fautes pour lesquelles la loi n'a pas prévu de sanction. Cette peine sanctionnant uniquement les personnes douées de discernement est considérée comme un acte purement gouvernemental. Elle a pour but l'amendement du délinquant et peut aller de la simple remontrance jusqu'au hudud c'est-à-dire les peines définies par le Coran. Voir Hervé Bleuchot, Droit Musulman TII CH X N° 568 P U A M.

société moderne, tel qu'ils l'ont déjà fait, lors de la modernisation de leur législation au moyen de la codification qui a été du reste inspirée par le droit occidental (point A).

Nous retrouvons également des solutions de compromis identiques à propos des autres cas de la responsabilité, notamment la responsabilité du fait d'autrui, la responsabilité du fait des animaux, des bâtiments et des choses, ou encore la responsabilité pour les dommages causés par la ruine totale ou partielle du bâtiment.

P2- La responsabilité du fait d'autrui : un appel en garantie.

L'article 283 du Projet dispose : *Nul ne répond du fait d'autrui. Le tribunal peut, toutefois, à la demande de la victime, ordonner que le paiement de la réparation soit effectué, au lieu et place de l'auteur du dommage, par:*

a- La personne tenue légalement ou conventionnellement d'exercer la surveillance sur l'auteur du dommage, lequel a besoin d'être « surveillé, en raison de sa minorité, son état mental ou son état physique. Elle sera dispensée de cette obligation en prouvant qu'elle a apporté à son devoir de surveillance toute la diligence requise, ou que le dommage se serait produit même si elle a accompli son devoir de surveillance.

b- La personne dont le proposé, sur lequel elle a un pouvoir effectif de direction d'orientation et de contrôle, a causé le dommage dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions et cela, même si elle n'a pas eu la liberté de le choisir.

La personne ayant acquitté le montant de la réparation, au lieu et place de l'auteur du dommage est en droit, dans les deux cas précités, de se retourner contre celui-ci pour le remboursement de ce qu'il a payé.

Le principe affirmé étant : « Nul ne répond du fait d'autrui »[102], la responsabilité du fait d'autrui, n'est envisageable théoriquement que comme cas d'exception. Or, à la lumière des dispositions de cet article, il nous parait, difficile de parler de responsabilité du fait d'autrui. En effet, il est seulement question d'une obligation de paiement du montant de la réparation au lieu et place de l'auteur du dommage, que le juge pourra mettre, à la demande de la victime, à la charge de la personne chargée de la surveillance[103] ou du commettant. Ces derniers sont tenus de payer le montant de la réparation due à la victime, non pas parce qu'ils sont responsables, mais comme étant plutôt des garants. C'est ce qui justifie, d'ailleurs, l'action récursoire dont ils bénéficient aux termes du dernier alinéa de l'article 284 contre l'auteur du dommage (le véritable responsable).

La rédaction de cet article 284 est une reprise de l'article 288 du code civil jordanien, lui-même inspiré par les articles 173 à 175 du code civil égyptien plus proche du droit français. Cette tentative de rapprochement entre des solutions puisées de sources différentes est à l'origine des contradictions relevées à propos de l'obligation de paiement de la réparation susceptible d'être mise à la charge du surveillant. Comment expliquer, en effet, la possibilité pour le surveillant d'échapper à l'obligation de paiement de la réparation en prouvant qu'il a satisfait à son devoir de surveillance, ou qu'il n'y a point de relation de cause

---

[102] -Cette solution trouve son fondement dans les versets du Coran, voir Wahbah Al-Zuhaili, op. cit., p.219. « La responsabilité, (dhâmen) n'incombe jamais à la personne sans son fait (fi'li'hi) », Kassani, Badâ i, T VI p.217 1 24. Cité par Ch. Chehata, La théorie de la responsabilité civile dans les pays du Proche-Orient, in Re int dr. comp, Vol 19 n°4, Octobre –décembre 1967, pp.883-915.

[103]- Les personnes chargées légalement de la surveillance de l'auteur du dommage sont, selon les annotations des auteurs du projet le père, la mère, le tuteur testamentaire, alors que pour la personne chargée conventionnellement de la surveillance, il s'agit généralement du garde malade des établissements de santé.

à effet entre le dommage et son devoir de surveillance, alors qu'il est condamné au paiement en tant que garant?

En réalité, s'il est appelé en tant que garant, il ne pourra pas se soustraire au paiement de la réparation en invoquant qu'il n'a pas commis de faute ou qu'il n' y a pas de lien de causalité entre le dommage et son obligation de surveillance. S'il est, cependant appelé à s'acquitter du montant de la réparation en raison du manquement à l'exécution de son obligation de surveillance, il pourra certes échapper à cette obligation en prouvant qu'il a satisfait à son obligation de surveillance, ou que celle-ci n'en n'est pas la cause, mais, il ne pourra pas dans ce cas bénéficier d'une action récursoire.

C'est là en fait une sorte de compromis entre la Chari'a et les traditions juridiques arabes. En effet, la Chari'a n'admet pas la responsabilité du fait d'autrui ; en conséquence le père ne répond pas des dommages causés par son fils mineur, d'autant plus qu'il dispose d'un patrimoine[104] et légalement rien ne s'oppose à ce que celui-ci soit déclaré responsable. Par contre, les différents codes civils arabes consacrent la responsabilité du fait d'autrui, entre autres la responsabilité du père, du tuteur du fait des dommages causés par leur enfant, leur pupille, de l'établissement hospitalier du fait de leur malade, en raison de l'obligation de surveillance qu'ils assument à l'égard de ceux-ci[105]. Par ailleurs, les auteurs du dommage ne peuvent pas être déclarés responsables (s'agissant d'une responsabilité pour faute). En d'autres termes il serait aberrant dans une société

[104] - Wahbah Al-Zuhaili, op. cit., ,219 art 916 Medjellé « Le mineur qui détruit la chose d'autrui est tenu d'indemniser de ses propres deniers le propriétaire de la chose….S'il n' a pas de fortune, l'on attend qu'il en acquière. Mais on n'a aucun recours contre son tuteur » Art 960 : « …les interdits sont tenus de réparer le dommage provenant de leur fait… »

[105] - V. art 134 du code civil algérien ; art 93-93 bis code des obligations et des contrats tunisien ; art 173 du code civil égyptien ; art 218 code civil irakien ; art 145 du code des transactions civiles soudanais.

moderne que le père ne réponde pas des dommages causés par son fils mineur dont il a assure la surveillance, alors que pour la Chari'a, la personne ne répond que de ses propres actes[106]. Les auteurs du projet ont tenté de concilier ces deux solutions contradictoires qui sont à priori inconciliables, d'où l'ambiguïté de l'article 283 du Projet.

Ces observations sont aussi valables pour ce qui est du cas du commettant[107]. L'action récursoire du commettant contre son préposé trouve son fondement dans la Chari'a, qui n'admet pas la responsabilité du fait d'autrui, alors que les codes civils arabes retiennent la responsabilité du commettant compte tenu du pouvoir de surveillance et de direction qu'il exerce sur leur préposé[108]. La formulation du point « b » de l'article 283 nous rappelle la solution du droit français « *même s'il n' pas eu la liberté de choisir son préposé* ». Ainsi, il n'y a nul doute, les auteurs du Projet ont tenté de concilier Chari'a et codes civils arabes, or cela ne peut être envisagé qu'au détriment de l'harmonisation générale du texte.

P3- La responsabilité de la personne du fait des animaux, des bâtiments et des choses : une responsabilité du mutassabib (responsable indirect)

La section 3 consacrée à ce type de responsabilité est constituée de 4 articles – 284 à 287- traitant respectivement de : la responsabilité du fait des dommages causés par les animaux (1), par la ruine des bâtiments (2), par des choses nécessitant une attention particulière ou des machines mécaniques (3) et enfin

---

106 - Le père pouvait être condamné es qualité de membre de la Akila (le clan, la tribu), voir E. Tyan , La responsabilité civile en droit musulman, th. Lyon, 1926. op.cit., p.238.

107 - Wahbah Al-Zuhaili, op. cit., p.220, si le père peut être responsable indirect, dans le cas du commettant celui-ci n'a aucune responsabilité c'est la faute du préposé

108 -V. art 136 su code civil Algérien ; art 145-2 code des transactions civiles soudanais ; art 219 code civil irakien ; art 174 du code civil égyptien.

les dommages résultant de l'exercice de liberté publique notamment la liberté de circulation sur la voie publique (4).

1- La responsabilité du fait des animaux : l'obligation d'empêcher le fait de l'animal

L'article 284 du Projet prescrit à propos de la responsabilité de la personne pour les dommages causés par les animaux : *Les dommages causés par l'animal ne donne lieu à aucune réparation. Toutefois, le fait dommageable de l'animal est garanti par celui qui en a la maitrise, qu'il soit propriétaire ou non, en cas de négligence ou d'acte illicite*[109]. Ainsi, le principe est que les dommages causés par les animaux de leur propre fait ne sont pas réparables, c'est un accident fâcheux qui devra être supporté par la victime. Cette solution est fondée sur un hadith du prophète[110]. Par ailleurs, il y a parmi les principes fondamentaux énoncés par le Medjellé, celui repris en son article 94 énonçant : «*Lorsque les animaux agissant de leur propre instinct causent un dommage ou commettent un de ces actes qui constituent des crimes (lorsqu'ils sont commis par les hommes), il n'y a pas lieu à réparation*»

Il reste, toutefois, que la personne qui a la maitrise de l'animal, tel, le propriétaire, le locataire, ou l'usurpateur devra répondre des dommages causés par cet animal dans la mesure où elle en a été la cause indirecte, du fait, de sa négligence ou de son imprudence. Elle sera notamment déclarée responsable, lorsqu' en voyant l'animal détruire le bien d'autrui, elle ne s'y est pas opposée, ou lorsque bien qu'avertie du danger que présente l'animal pour les tiers, elle s'est abstenue de prendre

---

[109] - Cet article correspond aux articles 289 du code civil jordanien, 221 du code civil irakien, 176 code civil égyptien et 1385 du code civil français.

[110]- « Pas de prix du sang pour un accident causé par un animal… », rapporté par Sahîh Mouslim, n°3226.

les précautions pour le contenir etc.[111]. La personne qui a la maitrise de l'animal engage sa responsabilité non pas du seul fait de l'animal, mais du fait de sa négligence ou de son imprudence. Elle répond du dommage en tant que moutassebib (auteur indirect) et non en tant que moubachir.(auteur direct).

La solution quant au fond est certes conforme à la Chari'a. Néanmoins en voulant la considérer comme une responsabilité du fait des animaux pour être assez proche de la solution retenue par les codes civils arabes et le droit français, les auteurs du Projet ont dénaturé la Chari'a, qui rappelons le enseigne que les dommages causés par les animaux ne donnent pas lieu à réparation.

2- La responsabilité du fait de la ruine des bâtiments : la négligence présumée du propriétaire

En ce qui concerne les dommages du fait de la ruine des bâtiments, l'article 285 du Projet dispose : *Les dommages causés aux tiers par la ruine totale ou partielle du bâtiment sont à la charge du propriétaire ou celui chargé de son administration, à moins de prouver qu'il n'a pas commis de négligence ou d'acte illicite…Celui qui est menacé par un danger provenant du bâtiment est en droit d'exiger du propriétaire de prendre les mesures nécessaires pour éviter le danger. Faute par le propriétaire d'y procéder, il peut se faire autoriser par le tribunal à prendre les mesures nécessaires aux frais du propriétaire.*[112] Les responsables des dommages prévus par cet article sont le propriétaire ou la personne chargée de l'administration de l'immeuble, c'est-à-dire le tuteur légal, le

[111]- L'article 929 du Medjellé : « Le maitre d'un animal n'est pas responsable du dommage que celui-ci cause de lui-même à autrui … Néanmoins le maitre qui, voyant son animal détruire le bien d'autrui, ne s'y oppose pas, est tenu de réparer le dommage …». Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.181.

[112] - Cet article est à rapprocher des articles 290 du code civil jordanien, 229 du code civil irakien et 177 du code civil égyptien et 1386 du code civil français.

tuteur testamentaire ou le représentant légal du mineur, du majeur interdit, lesquels sont chargés de l'administration des biens de ces derniers. En ce qui concerne les biens wakfs, c'est le représentant de ces biens, en l'occurrence le Nadher du bien wakfs[113], qui assumera la responsabilité du fait des dommages consécutifs à la ruine de ces biens immobiliers.

Le Medjellé a également traité de cette question en son article 928 libellé comme suit : « *Celui dont le mur s'écroule n'est pas responsable du dommage qui en résulte….A moins que le mur menaçant auparavant ruine et quelqu'un en ayant averti le propriétaire en l'engageant à le réparer, il ne se soit écoulé , depuis, un laps de temps suffisant pour ce faire ; auquel cas le propriétaire du mur serait responsable du dommage causé par l'écroulement ; à condition, toutefois, que l'avertissement ait été donné par une personne ayant droit de le donner ……*»[114] Aux termes de ces dispositions, le propriétaire ne répond des dommages causés par la ruine du bâtiment qu'en qualité de mutassabib, responsable indirect. Il n'assume pas les dommages causés du seul fait de l'écroulement du mur. C'est en raison, plutôt, de son abstention de procéder aux travaux nécessaires, alors qu'il a été averti à temps. Il a été la cause indirecte des dommages causés par l'écroulement du bâtiment.

Ainsi, si le Projet retient, dans le principe, la responsabilité du propriétaire au titre des dommages causés par la ruine du bâtiment, sauf à prouver qu'il n'a commis aucune négligence ou acte illicite, la Chari'a, par contre, n'édicte aucune responsabilité pour les dommages causés par la ruine d'un mur à moins que le propriétaire n'ait été averti suffisamment à

---

[113]-Art 13 du décret exécutif n°98-381 du 1er décembre 1998, fixant les conditions et les modalités d'administration, de gestion et de protection des biens wakfs, JORA, 1998, n° 90, p.11.

[114]- Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.185.

temps, par la personne habilitée à le faire, afin de procéder aux réparations nécessaires. Le Projet et la Chari'a bien que consacrant dans le principe des solutions contradictoires, se rejoignent néanmoins au niveau des exceptions apportées à ces principes.

3- La responsabilité du fait des choses : l'obligation de prévenir les dommages évitables

Aux termes de l'article 286 du Projet : *Toute personne qui a sous sa direction et son contrôle des choses nécessitant une surveillance particulière pour prévenir tout dommage et/ou des engins mécaniques doit répondre des dommages causés par ceux-ci, à moins qu'il ne soit pas possible de les éviter et cela sans préjudice des dispositions particulières.* Cet article a été inspiré par l'article 178 du code civil égyptien. Ce cas de figure n'a pas été évoqué par le Fiqh classique dans la mesure où il n'y avait pas à l'époque d'engins mécaniques ou de machines[115].

La responsabilité échoit, en vertu de cet article, à celui qui a le contrôle et la maitrise de ces choses, qu'il soit propriétaire, locataire ou autre. Cette disposition particulière ne concerne que les choses nécessitant une surveillance particulière ou les engins mécaniques (présumés dangereux)[116]. Le responsable ne répond, toutefois, que des dommages susceptibles d'être évités. Autrement dit, il n'a pas de responsabilité lorsque les dommages causés sont inévitables, ce qui confirme un principe consacré par de la Chari'a *à l'impossible nul n'est tenu*. Par contre, l'article 178 du code civil égyptien ne retient que la cause étrangère comme cause d'exonération.

---

[115] - Wahbah Al-Zuhaili, op.cit., p.222.

[116] - L'article 178 du code civil égyptien dispose : «Quiconque se trouve tenu en vertu de la loi à la surveillance particulière ou la garde d'engins mécaniques répond des dommages causés par ces choses, à moins de prouver que le dommage est dû à une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, et cela sans préjudice des dispositions spéciales.».

En ce qui concerne les dommages causés par des choses que l'on peut qualifier de non dangereuses, il est plus facile pour ceux qui en ont le contrôle et la maitrise de prendre les précautions à même d'éviter tout dommage éventuel et il s'en suit donc, que tout dommage causé à autrui, donne lieu à réparation. Le responsable répond de ces dommages en tant que Moutassabib (responsable indirect) sans aucune possibilité de s'y soustraire.

4- La responsabilité du fait de l'exercice des libertés publiques : l'obligation de garantir la sécurité d'autrui

Aux termes de l'article 287 du Projet : *L'exercice des libertés publiques est limité par la sécurité des tiers. Quiconque cause dans le cadre de l'exercice d'une liberté publique, un dommage à autrui, doit en répondre s'il pouvait l'éviter ». C*et article correspond à l'article 926 du Medjellé : « *Chacun a le droit de passer sur la voie publique, mais à condition de ne nuire à personne, c'est-à-dire à condition de ne pas causer quelque dommage à autrui par un acte qu'il pouvait éviter*… » La libre circulation des personnes sur la voie publique est conditionnée par le respect de la sécurité d'autrui. Autrement dit, toute personne a le droit d'utiliser les voies et les places publiques, à condition de ne causer aucun dommage à autrui sous peine d'engager sa responsabilité.

L'article 926 du Medjellé nous donne en ses alinéas 2 et 3 les exemples du portefaix et du forgeron. Le premier : «… *qui en passant sur la voie publique, laisse tomber sa charge sur le bien d'autrui*… » devra réparer les dommages subis par le bien d'autrui. Le forgeron sera, quant à lui, responsable des dommages causés aux vêtements du passant sur la voie publique, brulés par les étincelles qui s'échappaient de sa boutique alors qu'il battait du fer. En l'absence d'un contact direct entre le fait du portefaix (laisser tomber sa charge) et les dommages causés au

bien d'autrui, ou entre le fait du forgeron (battre le fer), et le vêtement brûlé du passant, il ne peut s'agir conformément aux solutions de la Chari'a que d'une responsabilité indirecte « tassaboub»[117]. Or les auteurs du Projet ont inséré cet article 287 sous le paragraphe 3 « De la responsabilité du fait des animaux, des bâtiments et des choses »[118] comme s'il s'agissait d'un cas de responsabilité du fait des choses, alors qu'il est clairement indiqué que cette responsabilité prend naissance dans l'inobservation de l'obligation de sécurité imposée à toute personne utilisant la voie publique. D'ailleurs, aux termes de l'article 927 du Medjellé l'usage de la voie est règlementé.

Aux termes de cette communication, nous pouvons dire que l'élaboration d'un code civil arabe unifié présente non seulement des avantages pour les pays arabes au nombre de 22, mais également pour le reste du monde. Une législation unifiée consolidera certainement l'unité du monde arabe dans la mesure où elle facilitera les relations entre états arabes, d'autant plus qu'il s'agit de revenir à un patrimoine commun : l'Islam. L'ouverture, par ailleurs, du monde arabe sur le reste du monde -qui est en fait une simple évidence- commande que le projet de code civil arabe unifié, soit sinon proche des codes étrangers, du moins accessible. Il s'agissait donc de codifier les solutions de la Chari'a selon le modèle occidental. Cette tentative tentée déjà par les différents pays arabes, au titre de leur législation interne, n'a pas donné, à notre avis, les résultats attendus. On assiste beaucoup plus à un mouvement d'occidentalisation de la Chari'a qu'à sa modernisation.

---

[117]- V. à titre d'exemple les cas de figure objet de l'article 922 du Medjellé, insérés dans le chapitre II, intitulé «Du dommage causé indirectement ».

[118]- La responsabilité du fait des choses aurait pu être invoquée en application des articles 138 du code civil algérien, 96 du code des obligations et des contrats tunisien, 88 du code des obligations et des contrats marocain ou 1384-1 du code civil français.

Les auteurs du Projet de code civil arabe unifié, ont adopté au plan formel dans son sens le plus large (plan du texte, contenu, terminologie, classification etc.) la démarche du code civil français, dont l'influence à travers le monde entier n'est plus à démontrer. Partant de là, ils ont essayé d'adapter les solutions de la Chari'a à ces aspects formels. Or, nous avons indiqué au début de cette communication que la forme d'un texte a inévitablement des incidences sur le fond. L'effort de systématisation et de rationalisation des différents cas de figure retenus par la Chari'a, par référence au modèle occidental (terminologie, classification etc.), ont abouti à la dénaturation de la Chari'a. Le souci d'assimiler les solutions de celle-ci à ceux du droit occidental a prévalu sur le respect de l'esprit des solutions préconisées par la Chari'a.

L'accessibilité du droit ne signifie pas qu'il faille coûte que coûte identifier les solutions de Ch'aria au droit occidental. Au lieu de vouloir à tout prix synthétiser, par exemple les solutions relatives à la question de la responsabilité, en se conformant au modèle français (responsabilité du fait personnel, du fait d'autrui et du fait des choses), il aurait été plus judicieux de retenir une classification plutôt bipartite (responsabilité directe et responsabilité indirecte) qui a l'avantage d'être conforme à l'esprit de la Chari'a. Les auteurs du projet auraient dû consacrer également d'une manière plus explicite la dualité du régime de la réparation des dommages corporels et des dommages matériels, d'autant qu'il s'agit là d'une revendication de la doctrine moderne.

Outre cette objection, l'inconvénient majeur de ce Projet, c'est l'archaïsme de ses solutions. Elaboré en 1997, les auteurs

du projet auraient dû s'intéresser aux questions d'actualité – s'agissant de modernisation- plutôt que s'en tenir aux solutions qui prévalaient à l'époque de l'élaboration du code civil français et qui sont tombées en quelque sorte en désuétude depuis.

ANNEXE 1
PLAN DU PROJET DE CODE CIVIL ARABE UNIFIE

TITRE PRELIMINAIRE

Chapitre 1- Les principes généraux du Fiqh[1]
Chapitre 2- Dispositions générales
Section 1- De l'application de la loi (dans le temps et dans l'espace) ;
Section 2 - Des personnes (physiques et morales) ;
Section 3- Des choses et des biens
Section 4- Des droits subjectifs (Définition et classification, les droits extrapatrimoniaux, l'abus de droit).

LIVRE PREMIER –DES OBLIGATIONS OU DES DROITS PERSONNELS

TITRE 1- DES SOURCES DE L'OBLIGATION
Chapitre 1 -Le contrat
Chapitre 2- L'engagement par volonté unilatérale

Chapitre 3- Le fait dommageable
Section 1- La responsabilité de la personne de son propre fait
A-Dispositions générales
B- les dommages corporels
C- La perte du bien.
D- L'usurpation.
Section 2- La responsabilité du fait d'autrui.
Section 3- La responsabilité de la personne du fait des animaux, des bâtiments et des choses.
Chapitre 4- L'enrichissement sans cause.

[1]-Renferme 85 articles, chacun d'eux énonçant un principe général tiré de la Chari'a, Ce chapitre est pratiquement une reprise de la section 2 intitulée «Principes fondamentaux du droit sacré» du titre préliminaire du Medjellé.

Chapitre 5- La loi.

TITRE 2 – DES EFFETS DE L'OBLIGATION

Chapitre 1 - L'exécution forcée.

Chapitre 2- Les moyens de garantie de l'exécution des obligations.

TITRE 3- DES MODALITES DE L'OBLIGATION

Chapitre 1- La condition.

Chapitre 2- Le terme.

Chapitre 3- La pluralité d'objets de l'obligation.

Chapitre 4- La pluralité des sujets de l'obligation.

TITRE 4- L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION

Chapitre 1- Le paiement.

Chapitre 2- Les modes d'extinction équivalent au paiement.

Chapitre 3- L'extinction de l'obligation sans paiement.

Chapitre 4- Prescription extinctive.

LIVRE DEUXIEME- DES CONTRATS NOMMES

TITRE 1-DES CONTRATS PORTANT SUR LA PROPRIETE

Chapitre 1- La vente

Chapitre 2- La donation

Chapitre 3- Le contrat de société

Chapitre 4- Le prêt

Chapitre 5- La transaction

TITRE 2- DES CONTRATS RELATIFS A LA JOUISSANCE DES CHOSES

Chapitre 1- Le bail

Chapitre 2- Le prêt à usage.

TITRE 3 – DES CONTRATS PORTANT SUR LES PRESTATION DE SERVICE

Chapitre 1- Le contrat d'entreprise

Chapitre 2- Le contrat de travail

Chapitre 3- Le contrat de mandat

Chapitre 4- Le contrat de dépôt

Chapitre 5- Le contrat de séquestre

TITRE 4 – DES CONTRATS ALEATOIRES

Chapitre 1- Jeu et pari

Chapitre 2- Rente viagère

Chapitre 3- Le contrat d'assurance

TITRE 5- DES CONTRATS RELATIS AUX SURETES PERSONNELLES

Chapitre 1- Le cautionnement

Chapitre 2- La cession de dette

Chapitre 3- La cession de créance

LIVRE TROISIEME

TITRE 1 – LE DROIT DE PROPRIETE

Chapitre 1- Le droit de propriété en général

Chapitre 2- Les modes d'acquisition du droit de propriété

TITRE2- LES DROITS DECOULANT DU DEMENBREMENT DU DROIT DE PROPRIETE

Chapitre 1- Le droit de disposition (Abusus)

Chapitre 2- L'usufruit (fructus)

Chapitre 3- Le Wakf

Chapitre 4- Les servitudes.

LIVRE QUARTIEME- LES SURETES REELLES

TITRE 1- L'HYPOTHEQUE

Chapitre 1 – De la constitution de l'hypothèque.

Chapitre 2- De l'extinction de l'hypothèque.

TITRE 2- LE NANTISSEMENT

Chapitre 1- De la constitution du nantissement.

Chapitre 2- Dispositions particulières à certains nantissements.

Chapitre 3- De l'extinction du nantissement.

TITRE 3 – LES DROITS DE PRIVILEGES

Chapitre 1- Dispositions générales.

Chapitre 2- Les divers droits de privilège.

ANNEXE 2 -QUELQUES INDICATIONS RELATIVES A LA DYIA

I- CONDITIONS DE LA DIYA

- Un dommage corporel.
- Le dommage doit être causé involontairement.
- Le dommage causé volontairement doit être pardonné par la victime à défaut, application du qysas (loi du talion, œil pour œil, dent pour dent etc.)
- L'impossibilité d'appliquer le qysas (la loi du talion) tel le cas des traumatismes crâniens et les blessures[2].

II- CLASSIFICATION DES ATTEINTES CORPORELLES DONNANT LIEU AU PAIEMENT DE LA DIYA[3]

A- Le décès.

B -Les atteintes corporelles autres que le décès :

[2] Wahba Ezuhaili op.cit., p.291.

[3] Wahba Ezuhaili ;op.cit., p.288.

1- **Le sectionnement ou la perte d'un membre ou d'un organe**, tel l'amputation de la main ou d'une jambe, la crevaison ou l'arrachage d'un œil, etc.

2- la perte de l'usage de l'organe ou des membres, ex les troubles de la vue, la surdité, ou la paralysie de la jambe ou de la main

3- les traumatismes liés aux blessures au niveau de la tête et du visage. Il a été recensé dans ce cadre 11 cas de figure comme suit :

3.1- ***La fêlure*** dite Alkharissa (الخارصة) qui cause une fêlure de la peau c'est-à-dire la découpe sans en faire apparaitre le sang

3.2- ***Le traumatisme crânien*** dit Alddamia'a (الدامعة) qui fait apparaitre le sang et ne le fait pas couler tel que la larme de l'œil

3.3- ***L'ensanglantée*** dite alddamia (الدامة) qui fait couler le sang

3.4- ***La fendeuse*** dite Albadia'a (الباضعة) qui fend la chair c'est-à-dire la découpe

3.5- ***La cohérente*** dite Almutalahama (المتلاحمة) qui fait disparaitre plus de chair plus que la fendeuse.

3.6- ***periosteum*** dit Alssamhaq (السّمحاق) qui arrive au periosteum c'est une fine chair peau entre la chair et l'os de la tête.

3.7-***L'eclaircisseuse*** dite Allmuwaddiha (الموضحة) qui éclaire l'os c'est-à-dire le montre

3/8- ***L'écrabouilleuse*** dite Alhashima (الهاشمة) qui écrabouille l'os c'est-à-dire le casse.

3/9- ***La déplaceuse*** dite Almunqalla (المنقلة) c'est-à-dire qui déplace l'os de son endroit après sa cassure

3.10 -***Le foyer*** dit Al âma (الآمة) c'est-à-dire celle qui arrive au foyer du cerveau, soit la peau qui comprend le cerveau.

3.11- ***Le traumatisme crânien*** dit Alddamigha (الدامغة) à savoir la blessure qui franchit le tissu crânien et atteint le cerveau[4].

4- Les blessures_ touchant le corps à l'exception de la tête et le visage. Il en existe deux types :

4.1- ***Les blessures internes*** dites Aljayifa (الجائفة)**:** à savoir la blessure qui atteint l'intérieur du corps humain en franchissant toute partie de la poitrine, le ventre, le dos, le côté, la gorge, l'urètre ou l'anus.

4.2- ***Les Blessures externes*** **dites** Ghyr jayifa (غير الجائفة) **:** à savoir la blessure qui n'atteint pas l'intérieur du corps, telle que la blessure de la main, du pied ou de la gorge.

III- MONTANT DE DIYA

A- Le montant de la diya complète.

-100 chameaux dont 20 dromadaires d'un an, 20 chamelles de deux ans, 20 dromadaires de deux ans, 20 dromadaires de 4ans et 20 dromadaires de 5ans[5].

La diya est évaluée également en or ou en argent comme suit :

-1000 Dinars islamiques soit 1000 pièces d'or, chacune d'elle pèse 4,25 grammes, soit au total 4250 grammes d'or 22 carats.

---

[4]- N.B- Les malikites, les chafiites et les hanbalites considèrent qu'il existe dix types de traumatismes, les malikites en suppriment la huitième en la considérant parmi les blessures corporelles, les chafiites et Ahmed en suppriment la deuxième.

[5]- Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.232.

-10.000 dirhams, soit 10.000 pièces en argent chacune d'elle pèse 2,975 grammes soit un total de 29750 grammes d'argent[6].

N.B- Sur la base de ces indices il est facile de fixer le montant de la diya dans la monnaie du pays concerné.

B- Le calcul de la diya compte tenu de la nature des lésions corporelles

La diya fixée légalement peut être, en raison de la nature des lésions, une diya complète égale à 100% (1) ou une diya incomplète dont le montant est calculé en fonction d'un barème tenant compte de la gravité des lésions corporelles (2). Pour les lésions de moindre importance la détermination du montant est laissé à l'appréciation du juge, ce c'est qui est appelé hukumrt el-adl

1- La diya complète est due en cas de perte:
1.1- du membre ou de l'organe unique dans le corps humain, tel le nez, la langue, la peau, le sexe de l'homme, etc.
2- des deux organes ou deux membres doubles dans le corps humain, tel la perte des deux oreilles, des deux yeux, des deux jambes ou les deux mains
3- des quatre membres ou des organes quadruples dans le corps humain,
4- des dix organes ou membres au nombre de dix dans le corps humain, tels les doigts des mains ou des pieds,
5- des 32 dents,
6- des cheveux de la tête,
7- de la barbe
8- la perte de l'un des cinq sens du corps humain : le goût, l'odorat, l'ouïe, le toucher, la vue.

[6] - Yazid Benhounet, loc.cit.

2- La diya incomplète dont le montant est fixé légalement

Elle est due en cas de perte des membres ou organes (1), en cas de blessures aussi bien de la tête et du visage (2) que pour les autres blessures du corps (3).

1-Les cas de perte d'un membre ou d'un organe

Le montant de la diya est égale à :

- la moitié du montant de la diya complète lorsque la perte concerne un des membres en double, tel le sectionnement d'une main, d'un pied, d'un sein, d'une oreille etc,

- au quart du montant de la diya complète pour la perte de chaque cils,

- au dixième du montant de la diya complète pour la perte de chaque doigt,

- au trente deuxième du montant de la diya complète pour la perte de chaque dent.

LA RECODIFICATION CIVILE EN FRANCE

Rémy CABRILLAC, ***Professeur***
Université de Montpellier

Résumé

En France, la recodification civile est venue de réformes entreprises à partir des années 1960 en droit des personnes et de la famille, sous la direction du doyen Carbonnier. Ces réformes, marquées par la fidélité au Code civil de 1804 mais empreintes de modernité, ont inspiré les réformes postérieures, comme l'ordonnance du 10 février 2016 modifiant le droit des contrats et le régime de l'obligation. Elles ont permis une révolution tranquile du droit civil français.

Mots-clefs: Code civil-Codification-Contrat/Famille-Législation-Obligations.

ملخص

ترجع إعادة التقنين المدنية إلى الإصلاحات التي شُرع فيها بداية من الستينات، تحت إشراف العميد كاربوني في مجال الأشخاص والأسرة. كانت هذه الإصلاحات، التي بقيت وفية للقانون المدني لسنة 1804، ولو تخللتها "الحداثة"، إلهاما للإصلاحات الموالية على غرار أمر 10 فيفري 2016 المعدّل لقانون العقود ونظام الالتزامات. لقد سمحت هذه الإصلاحات بثورة هادئة للقانون المدني الفرنسي.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني- تقنين – العقد – الأسرة – التشريع – الالتزامات.

Napoléon Bonaparte, depuis son exil de Sainte-Hélène, pouvait dire : « Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles et d'avoir fait la loi aux rois qui osèrent défendre au peuple français de changer la forme de son gouvernement. Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires, c'est comme le dernier acte qui fait oublier les premiers. Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil »[1]. Malgré la part d'utopie et de propagande qui imprègne ces propos, il est indéniable que durant plus de deux siècles d'existence, le Code civil français a réussi à traverser les crises politiques qui ont secoué le pays et à surmonter les formidables évolutions sociologiques et technologiques qui ont marqué le monde.

Fruit d'un savant équilibre politique tentant, en 1804, de concilier l'Ancien monde et le Nouveau, le Code civil fut violemment pris à partie, dans les années qui suivirent son adoption, tant par les nostalgiques de l'Ancien régime que par les fervents partisans de la Révolution. Mais les passions s'apaisant à la fin du XIX ème siècle, le Code civil a été, dès son centenaire en 1904, célébré avec une quasi-unanimité comme « un grand fait historique et national »[2]. La patine des ans a conféré peu à peu au Code civil une dimension consensuelle qu'il n'avait pas lors de son adoption.

Survivant à tous les changements de régimes politiques des XIX et XX èmes siècles, on a ainsi pu dire que le Code civil constituait la « véritable constitution » de la France [3] et il a été consacré il y a quelques années comme « lieu de mémoire » de la

---

1- De MONTHOLON, *Récit de la captivité de l'Empereur Napoléon*, Paris, Paulin, 1847, t. 1, p. 401.

2- A. TISSIER, *Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, t. 1, p. XII.

3- J. CARBONNIER, « Le Code civil », in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire, t. 2, La Nation*, Gallimard, 1986, p. 309. Ad. : R. CABRILLAC, « Le Code civil est-il la véritable constitution de la France ? », Thémis, vol. 39, n° 2, 2005, p. 245.

nation française, au même titre que le château de Versailles, la Marseillaise ou le drapeau bleu, blanc, rouge [4]. Cet attachement au Code civil considéré comme élément fédérateur est clairement apparu en 2004 lors de la célébration de son bicentenaire. Alors que la montée des communautarismes menace de faire éclater la Nation française, une exposition a par exemple été réalisée à l'Assemblée nationale sous le titre évocateur : « Deux cent ans de Code civil, des lois qui nous rassemblent »[5]. Une telle sacralisation du Code civil n'est toutefois pas sans effet pervers : devenu « à la fois livre-symbole et livre de symboles » [6] il apparaît intouchable, ce qui explique la frilosité, voire l'hostilité des juristes français à la perspective de l'adoption d'un Code civil européen qui pourrait entraîner sa disparition, projet dont la perspective s'éloigne aujourd'hui dans un contexte politique général de montée de l'euroscepticisme.

Le Code civil a également survécu au défi plus redoutable encore des ans qui passent. Dans les années qui ont suivi son adoption, le Code civil, qui portait la marque du libéralisme économique et du conservatisme social, était en harmonie avec la France bourgeoise et rurale issue de la Révolution. Ainsi, les réformes législatives ont été rares pendant cette période : « L'ensemble des journaux officiels parus entre 1804 et 1850 contient moins de lois qu'il n'en est aujourd'hui publié en une seule année »[7].

Mais le Code civil s'est révélé moins adapté à la France issue de la Révolution industrielle, dès le milieu du XIX ème siècle, au moins à trois égards. Tout d'abord, le Code civil ne

---

4- P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, op. cit.

5- Dalloz, 2004.

6- J. CARBONNIER, « Le Code civil », art. cit., p. 305.

7- J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4ème éd., LGDJ, 1994, n° 150.

consacrait que deux articles au contrat de travail, lacune qui s'est particulièrement faite sentir au moment de l'essor du capitalisme industriel. D'autre part, le Code civil établissait la suprématie de la propriété immobilière sur la propriété mobilière, alors que la multiplication des sociétés commerciales avait transformé la structure des patrimoines, les actions ou obligations tenant une place aussi importante que les propriétés immobilières. Enfin, les rapports de famille organisés par le Code civil consacraient la toute puissance du *pater familias* sur sa femme et ses enfants alors que l'évolution des mœurs ne pouvait s'accommoder d'une telle domination sans partage[8].

Le législateur allait tenter de remédier à ces lacunes à la fin du XIXème et au début du XXème siècle. Un droit du travail, un droit des sociétés se sont rapidement développés alors que dans le domaine des relations familiales, la femme mariée a progressivement été libérée de l'autorité de son mari et la puissance paternelle s'est adoucie. Mais ces réactions législatives n'ont pas enrayé la crise du Code civil. En effet, elles ont été ponctuelles et pour la plupart adoptées dans des lois spéciales, en marge du Code civil : loi de 1901 sur les associations, loi de 1930 sur les assurances, loi de 1965 sur la copropriété… Ainsi s'est accélérée ce qu'on a pu appeler la décodification du droit civil [9].

Parallèlement, ce déclin du Code civil a été propice à la construction de solutions prétoriennes qui ont accéléré son vieillissement. Ainsi, de 1880 à 1945, une série de grandes décisions de la Cour de cassation ont marqué profondément le droit civil français, comme par exemple la consécration de la théorie de l'enrichissement sans cause, [10] du principe général de

---

[8]-Sur ces évolutions, cf. R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11ème éd., 2015, n° 51 et s.

[9] - Cf. R. CABRILLAC, *Les codifications*, PUF, 2002, p. 117 et s.

[10]- Req. 15 juin 1892, *DP* 1892, 1, 586 ; *S.* 1893, 1, 281.

responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde [11], ou de la théorie de l'abus de droit [12].

Le droit civil se développait ainsi dangereusement en dehors du Code à tel point que des auteurs pu craindre que ce code ne devienne un « droit commun à vocation résiduelle » [13]. Aussi, à la Libération, en 1945, la refonte du Code civil est-elle apparue indispensable. Une Commission nommée à cette fin a vu ses travaux s'enliser faute de soutien politique fort.

Un formidable et indispensable renouveau du Code civil est venu de réformes entreprises matière par matière, à partir des années soixante, sous l'impulsion politique du général de Gaulle de son Ministre de la justice, Jean Foyer[14], et techniquement réalisées par le doyen Jean Carbonnier.

Ces réformes ont d'abord concerné le droit des personnes et le droit de la famille, réformé par neuf lois adoptées entre 1964 et 1977[15], les « neuf sœurs », selon la jolie expression de leur géniteur, le doyen Carbonnier[16]. Mais leur immense succès a marqué toutes les réformes entreprises depuis pour rénover encore ces matières ou rénover d'autres pans du Code civil, la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 et la réforme du droit des contrats et du régime des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016, en vigueur depuis le 1er

---

11- Civ. 16 juin 1896, *S* 1896, 1, 17, note P. ESMEIN, *D* 1897, 1, 433, note R. SALLEILLES, concl. L. SARRUT.

12- Req. 3 août 1915, *DP* 1917, 1, 79.

13- P. REMY, « La recodification civile », *Droits*, 1997, n° 26, p. 10.

14- J. FOYER, *Sur les chemins du droit avec le général*, Fayard, 2006, p. 317 et s.

15- Lois réformant : le statut des incapables mineurs (14 déc. 1964), les régimes matrimoniaux (13 juill. 1965 et 23 déc. 1985), l'adoption (11 juill. 1966, 22 déc. 1976), le statut des incapables majeurs (3 janv. 1968), l'autorité parentale (4 juin 1970), la filiation (3 janv. 1972), le divorce (11 juill. 1975), l'absence (28 déc. 1977).

16- J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Defrénois 2 ème éd., 1995, p. 20.

octobre[17]. Ces réformes inspirent également les projets actuellement en cours, en particulier l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile rendu public le 29 avril 2016.

L'incontestable succès de cette rénovation de notre Code civil réside sans doute dans une savante alchimie entre tradition (I) et modernité (II).

I) Une continuité dans la tradition :

Recodifier n'est pas codifier : l'ombre du Code napoléon, de « l'ancêtre vénéré » [18] ne pouvait pas ne pas marquer la recodification civile française.

La tradition se manifeste par une fidélité à l'esprit (A) comme à la lettre (B) du Code de 1804.

A) Une fidélité à l'esprit du Code de 1804 :

La fidélité à l'esprit du Code de 1804 se caractérise d'abord par le choix de la méthode de codification. Face à une inflation législative galopante ayant entraîné une dégradation de la qualité de la loi, périodiquement dénoncée par les pouvoirs publics, le gouvernement français avait créé en 1948 une Commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs, devenue en 1989 Commission supérieure de codification. L'objectif était de mettre de l'ordre dans la prolifération désordonnée des textes législatifs le plus rapidement possible en les codifiant à droit constant, c'est-à-dire sans leur apporter de modifications autres que purement formelles.

17- Cf. R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 12 ème éd., 2016, spéc., n° 7. Sur les évolutions du droit algérien en la matière, cf. A. BENCHENEB, *Le droit algérien des contratrs, données fondamentales*, 2 ème éd., EUD, 2015, spéc., n° 30 et s.

18- Cf. *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré ?, Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruylant, 2004.

De nombreux codes sont le fruit de cette codification-compilation, dont l'exemple le plus notable est le Code de commerce de 2000, qui a remplacé le Code de commerce de 1807, un des cinq codes de la période napoléonienne. Malgré la volonté expansionniste de la Commission supérieure de codification, la recodification civile a toujours été préservée de la méthode de la compilation, au profit d'une codification n'hésitant pas à apporter des modifications de fond aux textes ainsi rassemblés, dans la droite ligne du Code de 1804. Le même phénomène a prévalu en Algérie, le Code civil restant également à l'écart des compliations contemporaines.

L'esprit du Code civil de 1804 est également marqué par la volonté de compromis : compromis politique entre partisans de l'Ancien régime et partisans de la Révolution, compromis technique entre droit coutumier applicable auparavant dans le nord de la France et droit écrit inspiré du droit romain dans le sud [19]. La recodification civile s'est efforcée de respecter le même esprit de compromis, se voulant davantage rénovation que révolution de notre droit.

Le doyen Carbonnier avait ouvert la voie, dans des matières politiquement sensibles comme le droit du divorce ou le droit de la filiation, réformes qui avaient réussi le tour de force d'être unanimement saluées.

L'ordonnance du 10 février 2016 poursuit dans le même esprit, s'efforçant de tenir la balance égale entre efficacité économique du contrat et protection de la partie faible. Ainsi par exemple, si le principe de résiliation extra-judiciaire du contrat en cas d'inexécution est consacré (art. 1226 C. civ.), la

[19]- J. CARBONNIER, « Le Code civil », art. cit., p. 301 : le Code civil est « coulé dans un type de législation que la sociologie juridique nous a appris à reconnaître : les lois de compromis ».

bonne foi est érigé en principe général gouvernant le contrat (art. 1104 C. civ.).

Cette fidélité à l'esprit du Code de 1804 se prolonge dans une fidélité à sa lettre.

B) Une fidélité à la lettre du Code de 1804 :

La fidélité à la lettre du Code de 1804 se traduit dans la conservation de son style et de sa structure.

Le Code civil de 1804 est d'abord inscrit dans une langue unique, au carrefour du classicisme déclinant et du romantisme naissant, savant équilibre entre langage courant et langage technique, entre langage concret et langage abstrait. Ses contemporains ne s'y sont pas trompés et Stendhal lui-même avouait dans une lettre à Balzac : « En composant *La chartreuse (de Parme)*, pour prendre le ton, je lisais quelques pages du Code civil… » [20]. Les rédacteurs des réformes entreprises, le doyen Carbonnier à leur tête, se sont efforcés de tremper leur plume dans l'encre de Portalis pour donner naissance à des formules de la même veine.

Dans le prolongement des grands textes du Code de 1804, comme par exemple les articles 544, 1134 ou 2279, les codificateurs contemporains ont ciselé des formules ramassées et expressives se voulant tout aussi esthétiques et percutantes, comme, entre autres exemples « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit » (art. 489 C.civ., devenu art. 414-1 depuis la loi du 5 mars 2007). L'ordonnance du 10 février 2016 n'est pas en reste dans les nombreuses définitions qu'elle propose, précises et claires, comme celles des différents contrats (art. 1105 et s. C. civ.), du pacte de préférence (art. 1123 C. civ.) ou de la promesse unilatérale de contrat (art. 1124 C. civ.).

---

[20]- Sur les origines de cette lettre, Cf. A. TEISSIER-ENSMINGER, *La fortune esthétique du Code civil des français*, La mémoire du droit, 2004, p. 84 et s.

Le contraste avec le style embrouillé et maladroit du législateur contemporain est saisissant. Comme l'écrivait le doyen Cornu, « Ce sont des joyaux, çà ou là, des perles agrafées au texte qui font scintiller la loi… A ceux qui ont écrit ces mots, grâce et salut ! Ils sauvent la loi »[21].

Le style du Code de 1804 se caractérisait également par son équilibre, évitant un énoncé législatif trop général ou surtout trop détaillé. « L'office des lois est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière », selon les termes de Portalis lui-même[22]. La recodification civile s'efforce de reproduire cet équilibre en résistant à la tentation d'un code casuistique : le législateur élabore des règles générales dont l'application à chaque cas particulier relève des pouvoirs du juge.

La fidélité à la lettre du Code de 1804 se traduit également par le respect d'une structure harmonieuse, à la manière d'un jardin à la française qui symbolise si bien le classicisme de l'esprit français dans le domaine artistique. Le plan général, les articulations secondaires, la numérotation, la place fondamentale reconnue à la subdivision de base que constitue l'article : le respect de ces canons classiques indique le souci d'un beau droit, bien ordonné.

La recodification civile s'inscrit ainsi scrupuleusement dans la structure générale du Code de 1804, s'efforçant de la ménager le plus possible, parfois au prix d'audacieuses acrobaties [23].

---

[21]- G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2 ème éd., 2000, n° 89.

[22]- Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er pluviôse an IX, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, Paris, 1836, t. 1, p. 470.

[23]- G. CORNU, « La lettre du code à l'épreuve du temps », *Mélanges R. Savatier,* Dalloz, 1964, p. 157 et s.

La réforme du droit des contrats et du régime de l'obligation pousse ce souci plus loin encore. Il opère un toilettage des imperfections que le Code de 1804 avait pu laisser subsister dans l'ordonnancement de cette matière. Ainsi, les articulations fondamentales entre les différentes sources du droit des obligations d'une part et entre les différentes catégories d'actes juridiques d'autre part n'apparaissaient qu'implicitement ou confusément dans le plan de 1804. L'ordonnance du 10 février 2016 s'est efforcé de structurer l'ensemble pour renforcer sa cohérence. L'article 110O du Code civil dispose que « les obligations naissent d'actes, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi », renvoyant ensuite pour les obligations légales aux différentes matières qui les concernent.

La recodification civile est ainsi enracinée dans la fidélité au Code de 1804. Mais cette fidélité ne saurait à elle seule expliquer son succès. Si cette recodification a permis au Code civil de s'adapter au difficile monde d'aujourd'hui et d'échapper ainsi à un progressif vieillissement, c'est qu'elle est résolument empreinte de modernité.

II) Une ouverture vers la modernité

La recodification civile entreprise en France est profondément moderne car elle a instauré un nouveau style législatif qui a opéré une véritable « révolution tranquille du droit civil contemporain » [24].

Ce nouveau style législatif, si bien décrit par ceux qui en ont été les promoteurs [25], se caractérise par un renouvellement

[24]- G. CORNU, *Introduction au droit,* Montchrestien, 13 ème éd., 2007, n° 301.

[25]- J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10 ème éd., 2001, *Essais sur les lois*, op. cit., *Droit et passion du droit sous la Vème république*, Flammarion, 1996 ; G. CORNU, *Introduction au droit*, op.cit., n° 294 et s. ; P. CATALA, « Les techniques de codification : l'expérience française », in *Revue juridique de l'Océan indien*, n°4, 2003/2004, p. 77 et s.

de la conception de la loi (A) comme un renouvellement de la conception du juge (B).

A) Un renouvellement de la conception de la loi :

Cette nouvelle conception de la loi apparaît d'abord lors de son élaboration.

Le droit s'ouvre vers d'autres sciences pour mieux légiférer, en particulier vers la sociologie, dont le doyen Carbonnier a été le promoteur en France. Nombre des réformes entreprises ont été précédées d'enquêtes d'opinion, globales ou limitées à une catégorie de praticiens, d'études statistiques. Les données sociologiques recueillies n'ont pas été pour autant érigées automatiquement en normes : elles ont simplement guidé les codificateurs dans certains choix fondamentaux. Ainsi, par exemple, l'enquête d'opinion qui a précédé la réforme du droit des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965 a fait apparaître un fort attachement à l'idée communautaire, ce qui a conduit le législateur à renoncer à ériger la participation aux acquêts en régime légal au profit de la communauté réduite aux acquêts [26].

De même, le législateur n'hésite pas à puiser son inspiration dans des législations étrangères, le droit comparé trouvant à juste titre une place qu'il n'avait jamais connu auparavant dans notre droit. Ainsi, l'ordonnance du 10 février 2016 s'est inspirée de règles dégagées par les *Principes du droit européen des contrats* de la Commission Lando ou le projet de *Code européen des contrats* de l'Académie privatistes européens. Par exemple, la position traditionnelle du droit français n'était guère satisfaisante pour déterminer quand et où se forme un contrat entre absents, c'est-à-dire lorsque l'acceptation est émise par lettre[27]. S'inspirant des projets européens, dans un souci

[26]- F. TERRE, « La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux », *Année sociologique* 1965, p. 1 et s.

[27]- Cf. par exemple, R. CABRILLAC, *Droit des obligations,* op. cit., n° 52.

d'harmonisation, l'ordonnance adopte la théorie de la réception : le contrat est réputé conclu au lieu dans lequel est reçue l'acceptation (art. 1121).

Cette nouvelle conception de la loi apparaît également dans le nouveau rôle qui lui est assigné.

La loi partage davantage sa fonction de régulation sociale avec d'autres normes. Le droit se désengage ainsi au profit de ces autres normes de régulation sociale comme les mœurs ou la religion. Ainsi, la loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce a supprimé le délit d'adultère qui figurait jusqu'alors dans notre Code pénal, considérant que ce comportement relève des consciences individuelles et n'a pas à être sanctionné par le droit.

De même apparaît une nouvelle fonction de la loi : la loi n'est plus seulement édictée pour imposer mais pour proposer plusieurs modèles parmi lesquels chacun choisit. C'est le pluralisme législatif : « A chacun sa famille, à chacun son droit », selon l'expressive formule du doyen Carbonnier [28]. Par exemple, la loi du 11 juillet 1975 précédemment évoquée réformant le divorce a permis aux époux voulant se séparer de choisir, en plus de la séparation de corps, entre quatre types de divorce, aux conditions et aux effets différents, qui sont aujourd'hui le divorce par consentement mutuel, le divorce par acceptation du principe de la rupture, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute.

Cette nouvelle conception de la loi se prolonge naturellement dans un renouvellement de la conception du juge.

B) Un renouvellement de la conception du juge :

La recodification civile accorde un rôle fondamental au juge, régulateur de la vie sociale.

[28]- *Essais sur les lois*, op. cit., p. 181.

A propos des réformes lancées par le doyen Carbonnier, on a pu justement écrire que la famille est devenue « un ménage à trois : le mari, la femme et le juge »[29]. Le juge se voit reconnaître des pouvoirs importants pour tenter de désamorcer ou pour régler les conflits au sein de la famille : à titre d'illustrations, il peut autoriser un acte en cas de désaccord entre époux (art. 217 et 219 C.civ.) ou ordonner une mesure d'urgence si un époux met gravement en péril les intérêts de la famille (art. 220-1 C.civ.).

L'ordonnance réformant le droit des contrats et le régime de l'obligation est empreint de la même philosophie. Par exemple, en rupture avec les solutions jurisprudentielles actuelles [30], elle accroît les pouvoirs du juge en lui permettant d'ordonner une renégociation d'un contrat devenu déséquilibré suite à un bouleversement des circonstances économiques (art. 1195).

Ces pouvoirs accordés au juge passent par l'édiction de notions-cadre, volontairement floues, dont l'interprétation est abandonnée à la jurisprudence, ce qui permet de faire évoluer la norme en fonction des mutations sociologiques sans qu'il soit nécessaire de la retoucher.

Ainsi de nombreux textes relatifs à l'autorité parentale ou au divorce se réfèrent à « l'intérêt de l'enfant », alors que le droit des régimes matrimoniaux recourt fréquemment à « l'intérêt de la famille ».

Dans le même esprit, la réforme du droit des obligations place le contrat sous le contrôle du juge à travers le standard de

[29]- P. MALAURIE et L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 5 ème éd., 2015, n° 18.

[30]- Arrêt Canal de Craponne, Civ., 6 mars 1876, D. 1876, 1, 193, note GIBOULOT.

la bonne foi dont le rôle est élargi : mentionnée à l'origine pour inspirer l'exécution du contrat (art. 1134 al. 3 anc. C.civ.) elle gouverne aujourd'hui également sa formation, dominant ainsi l'ensemble de la vie du contrat (art. 1104).

Le succès de la recodification civile en France démontre si besoin était que la codification n'est pas une forme de législation dépassée. La vitalité et la pérennité des codes passent simplement par une nouvelle conception de la codification, non pas repliée sur elle-même mais ouverte sur les influences extérieures, non pas repliée sur elle-même mais ouverte sur les autres sources de droit, en particulier la jurisprudence et la doctrine [31].

[31]- Cf. B. FAUVARQUE-COSSON et S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin*, la doc. fr., 2006. Ad. R. CABRILLAC, « L'avenir du Code civil », JCP 2004, I, 121.

LA REFORME DES CONTRATS : QUELLES INNOVATIONS ?

Philippe DELEBECQUE, Professeur
Université de Paris-I

Résumé

Le droit français des contrats a été réformé par une ordonnance du 10 février 2016. L'objectif est de moderniser la matière et de la rendre plus accessible. De nombreuses dispositions ont été adoptées pour tenir compte de la jurisprudence et de l'évolution économique et sociale. Elles réalisent une mise à jour nécessaire et parfaitement acceptable. D'autres dispositions sont plus innovantes, notamment sur la reconnaissance de l'imprévision et l'admission de la théorie des clauses abusives. Elles sont d'ores et déjà controversées. Quant à la suppression de la cause, elle ne laisse pas d'étonner, mais elle semble plus formelle que réelle.

Mots clés: Code civil. Droit des contrats. Droit français. Réforme. Ordonnance du 10 février 2016. Principales innovations. Contenu. Apports et critiques.

ملخص

لقد تم إصلاح قانون العقود الفرنسي بالأمر الصادر في 10 فيفري 2016. وذلك بغرض تحديث هذه المادة وجعلها سهلة المنال. العديد من الأحكام المكرسة مردها الأخذ بعين الاعتبار موقف الاجتهاد القضائي والتطور الاقتصادي. فهي عملية تحسين مقبولة، أما بعض الأحكام الأخرى فهي أكثر تجديدا على غرار الاعتراف بنظرية الحوادث الطارئة ونظرية الشروط التعسفية وهما محل اختلافات، وأما إلغاء ركن السبب فإنه فاجأ الجميع، غير أن هذا الإلغاء يبدوا شكليا أكثر مما هو حقيقيا.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني- قانون العقود-القانون الفرنسي- إصلاح- أمر 10 فيفري 2016 - أهم المستجدات- المضمون- المساهمات والانتقادات.

1. L'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 porte réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Inutile, ne serait-ce qu'à propos des contrats auxquels nous nous tiendrons, d'en souligner l'importance : 139 nouveaux articles du Code civil ; une nouvelle numérotation ; une nouvelle organisation autour de dispositions liminaires et de dispositions suivant la chronologie contractuelle ; un nouveau plan.

La réforme est d'autant plus importante qu'elle est appelée à entrer en vigueur le 1er octobre 2016, du moins pour les contrats conclus après cette date ou encore pour les contrats reconduits ou renouvelés, dans la mesure où ces contrats sont considérés comme de nouveaux contrats. Les contrats antérieurs resteront soumis à la loi ancienne, de même que toutes les instances judiciaires en cours à cette date. On notera toutefois que les nouvelles actions interrogatoires pourront être intentées dès le 1er octobre, alors même qu'elles concerneraient des contrats antérieurement conclus.

2. La philosophie de la réforme est difficile à apprécier, car elle est empreinte à la fois de justice contractuelle – l'exigence de bonne foi est valorisée, puisqu'il est dit que les contrats doivent être exécutés de bonne foi, mais aussi négociés et formés de bonne foi (art. 1104) ; les pouvoirs du juge sont renforcés, notamment à travers la généralisation de la théorie des clauses abusives (art. 1171) et l'admission de la théorie de l'imprévision (art. 1195) – et de sécurité contractuelle - la force obligatoire du contrat est érigée parmi les dispositions liminaires (art. 1103) ; des actions interrogatoires destinées à lever le doute sur certaines fragilités contractuelles sont reconnues ; l'unilatéralisme est souvent affirmé, notamment dans les conditions de rupture du contrat. D'où un éclectisme, c'est-à-dire, en somme une absence de philosophie.

3. Quoiqu'il en soit, la réforme n'est pas neutre et indolore : elle a nécessairement des incidences sur les contrats spéciaux, les contrats de travail, les contrats d'assurance, les contrats de construction et les contrats de transport. Du reste, le nouvel article 1105 le prévoit qui dispose dans son alinéa 3 que les règles générales des contrats s'appliquent aux contrats spéciaux sous réserve des règles particulières auxquelles ils peuvent obéir. Dans ces conditions, le droit spécial des contrats dont on sait l'importance pratique doit intégrer les nouveaux binômes déterminés par la réforme : contrat d'adhésion / contrat de gré à gré ; contrat à exécution instantanée / contrat à exécution successive ; contrat cadre / contrat d'application et, bien entendu, tenir compte des nouvelles dispositions, aussi bien celles qui se bornent à consolider le droit positif que celles qui comportent de réelles innovations. Aussi bien, voyons, pour ce qui est des contrats spéciaux et du contrat en général, ce qui, après la réforme des contrats, ne change pas, ce qui peut changer un peu et ce qui pourrait changer beaucoup.

I. Ce qui ne change pas

4. La réforme s'est, à de nombreuses reprises, contentée, de reprendre à son compte les solutions de la jurisprudence ou encore de consolider le droit positif, ce qui, en soi, n'est pas une mauvaise chose et est de nature à clarifier le paysage juridique.

On relèvera dans cette perspective, mais sans souci d'exhaustivité, les dispositions suivantes. Et d'abord celles de l'article 1119 portant sur les conditions générales contractuelles qui sont certainement le reflet de la vraie vie contractuelle. Le texte indique très justement pour rappeler le droit sur l'opposabilité des conditions générales que de telles conditions invoquées par une partie n'ont d'effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. Le même texte précise, ce qui méritait d'être dit,

qu'en cas de discordance entre les conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet et qu'en cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières.

5. Le nouvel article 1143 assimile à la violence, vice du consentement, l'abus de la dépendance dans laquelle se trouve le cocontractant, solution que la Cour de cassation avait pu admettre. Cette disposition a provoqué un certain nombre de critiques, dans la mesure où elle peut apparaître comme manquant de rigueur juridique. Toujours est-il que, dans le monde maritime, une disposition équivalente existe depuis longtemps et qu'elle ne soulève pratiquement aucun contentieux. S'il est vrai que l'article L. 5132-6 du code des transports prévoit qu'un contrat d'assistance maritime peut être annulé s'il est conclu sous une pression abusive et s'il contient des clauses inéquitables, les applications contemporaines de ce texte sont quasi inexistantes. Malgré le nouvel article 1143, cet état du droit ne devrait sans doute pas changer, qu'il s'agisse d'assistance ou d'autres opérations maritimes. Dans le domaine du droit du travail, la discussion reste cependant ouverte.

6. L'un des objectifs de la réforme est, comme nous l'avons dit, de simplifier, dans la mesure du possible, le droit des contrats et le rendre plus accessible aux justiciables. C'est ainsi que l'on a pu justifier l'abandon de la fameuse et pourtant très séduisante théorie de la cause. Les textes, il est vrai, n'en parlent plus, en utilisant un substantif plutôt inapproprié, celui de « contenu du contrat » (lequel renvoie, semble-t-il, aux obligations qui découlent du contrat), pour désigner les conditions objectives de validité d'un contrat. Toutefois, le concept de cause réapparaît à travers l'article 1162 qui dispose que le contrat ne peut déroger à l'ordre public par son « but » (ce qui renvoie au thème de la cause-

motif) et surtout à travers l'article 1169 qui prévoit qu'un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, « la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire » (ce qui renvoie au thème de la cause-contrepartie). Il reste que la théorie de la cause irrigue aussi les contrats à titre gratuit et sur ce point, faute de disposition particulière, l'hésitation est permise, mais il faut compter sur la sagesse des juges pour retrouver les justes équilibres.

7. L'article 1170 ne devrait pas davantage apporter de changement. Ce texte précise que toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. S'il n'a pas son équivalent dans le Code de 1804, il n'est que la traduction dans la loi de la jurisprudence Chronopost et Faurecia qui a condamné les clauses d'exonération de responsabilité portant atteinte à l'essence du contrat. L'interdiction fixée par l'article 1170 ne se limite cependant pas aux seules clauses de responsabilité : elle vise toutes les clauses contractuelles, même celles qui portent uniquement sur les obligations et dont on trouve de nombreuses applications dans les contrats d'affaires, de conseil notamment. Il en va de même dans les transports maritimes ou les affrètements où la solution est bien connue et n'est donc pas remise en cause.

8. L'article 1218 tel qu'il est issu de la réforme donne une définition de la force majeure en matière contractuelle. Il s'agit d'un événement échappant au contrôle du débiteur qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées et empêchant l'exécution de son obligation par le débiteur. Cette définition ne correspond pas exactement à celle qui est traditionnellement présentée et qui voit dans la force majeure un événement extérieur, imprévisible et irrésistible.

Toutefois, il y a longtemps que la jurisprudence a assoupli la notion en faisant de l'irrésistibilité l'élément majeur de la force majeure. C'est cette conception raisonnable de la force majeure, imprévisibilité au moment de la conclusion du contrat et irrésistibilité au moment de son exécution, que l'on retrouve dans le nouveau texte. Sur ce terrain aussi, le changement n'a pas vraiment de consistance, ce qui ne veut pas dire qu'il ne soit pas réel par ailleurs.

II. Ce qui peut changer

9. L'article 1145 est consacré à la capacité des personnes morales qu'il limite aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel qu'il est défini par les statuts. La disposition est nouvelle, car les textes du droit civil ne s'étaient jamais intéressés à la question pourtant importante. Jusqu'à présent, on pouvait considérer qu'un groupement était habilité à passer tous les actes qui n'étaient pas étrangers à son objet social. On observera que la règle désormais retenue est plus restrictive, car elle ne vise que les actes « utiles à la réalisation » de l'objet social, ce qui est plus rigoureux et sans doute plus opportun. En tout cas, dans la mesure où les sociétés et autres groupements sont très nombreux et les actes accomplis très diversifiés, la nouvelle disposition pourra modifier certaines pratiques.

10. Les articles 1156 et 1157 sont encore plus importants. Ils prennent le soin d'organiser une théorie de la représentation, ce qui est pertinent, notamment en matière maritime où l'intermédiation est très répandue. Les textes envisagent le dépassement de pouvoir du représentant et précisent que dans une telle situation le représentant n'a pu engager son représenté et que le contrat ainsi conclu lui est inopposable ; de surcroît, le tiers contractant de bonne foi peut en demander la nullité et le pseudo représentant est tenu de l'indemniser. Le tout sous

réserve d'une ratification, expresse ou implicite, par le représenté de l'acte conclu par le représentant. En cas de détournement de pouvoir, le représenté peut faire annuler le contrat ainsi conclu par le représentant, à condition néanmoins de prouver que le tiers contractant en avait connaissance ou ne pouvait l'ignorer. Ces nouvelles dispositions ont le grand mérite de préciser et de clarifier le droit positif. Elles sont de nature à changer aussi certaines pratiques, cette fois-ci dans le bon sens.

12. D'autres dispositions pourraient changer quelque peu le droit positif, à l'exemple de :

.l'article 1179 qui consacre la théorie moderne des nullités en distinguant la nullité absolue sanctionnant une règle d'intérêt général, de la nullité relative jouant lorsque l'intérêt protégé est seulement un intérêt particulier, en laissant ainsi entendre que les nullités de forme peuvent être relatives dans la mesure où la formalité prescrite est seulement de protection ;

.l'article 1190 qui ne retient la règle de l'interprétation « contra proferentem » que pour les contrats d'adhésion, les contrats de gré à gré s'interprétant, dans le doute, contre le créancier et en faveur du débiteur ;

.l'article 1216 relatif à la cession de contrat qui subordonne désormais clairement l'opération à un triple accord : celui du cédant appelé à céder sa « qualité » de partie, celui du cessionnaire appelé à recueillir cette qualité et celui du cédé appelé à autoriser la cession, au besoin par avance dans le contrat même formant l'objet de la cession. Le texte prévoit aussi, ce qui mérite d'être souligné, que la cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité, cette nullité étant sans doute une nullité absolue puisque la cession de contrat n'intéresse pas que les parties, mais aussi les tiers. Ces changements ne sont cependant pas très significatifs dans la

mesure où la pratique s'était déjà établie en ce sens, prévoyant un écrit et faisant dépendre la cession de l'accord du cédé. D'autres le sont bien davantage en allant bien au-delà de la pratique.

III. Ce qui change

13. La réforme contient un certain nombre d'innovations qui ne manquent pas d'intérêt, tout en donnant un important pouvoir au juge ou encore en laissant une grande marge de manœuvre aux parties. Toutes ces innovations ne sont pas inquiétantes, dans la mesure où elles sont, en elles-mêmes, bien encadrées.

Ainsi l'article 1165 prévoit-il que dans les contrats de prestation de services, ce qui vise l'entreprise le transport ou encore le mandat, le prix peut être fixé unilatéralement par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation, étant précisé qu'en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi et prononcer non la nullité du contrat, mais des dommages-intérêts venant compenser le préjudice subi par le débiteur. Cette disposition suppose, toutefois, que les parties ne se soient pas accordées sur le prix avant l'exécution du contrat. D'où ce conseil que l'on peut donner aux professionnels concernés : obtenir dès l'origine l'accord du client sur le prix de l'opération envisagée.

Quant à l'article 1195, il est vrai qu'il est assez révolutionnaire, car il revient sur une jurisprudence séculaire, la jurisprudence du canal de Craponne, dont le message étai très clair et très juridique ; aux parties et aux seules parties à envisager les changements de circonstances de nature à affecter l'équilibre de leur contrat, le juge ne pouvant prendre leur place et substituer à leur accord des clauses qu'il pourrait considérer comme plus équitables. Désormais, en cas de changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat et

rendant l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties, un processus de renégociation peut être engagé débouchant, le cas échéant, sur une révision du contrat à la date et aux conditions que voudra bien fixer le juge. Il reste que ce processus n'est pas inéluctable, puisqu'il ne peut jouer que si les parties n'ont pas accepté assumer le risque d'un tel changement. Dès lors, un contrat à plus ou moins long terme peut parfaitement exclure toute procédure de révision : il suffit qu'une clause ait été stipulée, directement ou indirectement, en ce sens. Là encore, on ne saurait que trop suggérer aux professionnels de veiller à ce type de convention, voire à aménager le processus de révision.

14. D'autres innovations sont seulement susceptibles d'être maîtrisées. Il appartient donc aux parties de faire le nécessaire pour qu'elles soient canalisées. On pense à l'importante disposition de l'article 1223 qui permet à une partie victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle – d'une exécution imparfaite, dit le texte – de solliciter, après une mise en demeure, une réduction du prix. Ce texte revient sur le droit positif qui s'est toujours refusé, notamment en matière de transport, à autoriser une compensation entre le préjudice résultant d'un manquement contractuel et le prix de la prestation. Cette disposition est toutefois simplement supplétive et rien ne s'oppose à ce que les parties l'excluent par avance ou encore l'aménagent en le subordonnant à un certain nombre de conditions. On ne saurait trop conseiller aux professionnels de prendre, là encore, les devants.

De même en est-il de l'article 1171 qui répute non écrite, dans les contrats d'adhésion, les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, en s'inspirant directement du droit de la consommation. Toutefois si la théorie des clauses abusives fait ainsi – d'une

manière inopportune - son entrée dans le Code civil, ce qui est de nature à fragiliser bien des contrats d'affaires, notamment les assurances ou encore les contrats bancaires, les parties peuvent s'en prémunir en prenant le soin d'en circonscrire le champ d'application. Le contrat d'adhésion est en effet défini comme le contrat dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties (art. 1110). Dès lors, les professionnels ont tout intérêt à laisser ne serait-ce qu'une clause de leurs conditions générales à la discussion pour sortir du champ d'application de l'article 1171 et s'épargner le couperet de la théorie des clauses abusives.

15. On doit observer, cependant, que toutes les innovations de la réforme ne sont pas critiquables. Certaines d'entre elles réalisent des avancées dont il faut certainement se réjouir et qui auront un impact favorable sur les contrats maritimes. On pense, notamment, à :

.l'article 1161 qui condamne les mandats doubles (fréquents en matière d'assurances) et fustige les conflits d'intérêts, sous réserve d'autorisation ou de ratification par le représenté ;

.l'article 1222 qui permet au créancier victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur et ce, après une simple mise en demeure adressée au débiteur ;

.l'article 1220 qui organise ce que l'on peut appeler l'« exceptio timoris », c'est-à-dire l'exception d'inexécution préventive susceptible d'être déclenchée dès lors qu'il est manifeste que le cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves ;

.l'article 1226 qui admet d'une manière autonome qu'un contractant puisse résilier unilatéralement le contrat après une simple dénonciation lorsque le manquement de son partenaire

est suffisamment grave. Cette sorte d'« anticipatory breach » aligne le droit français sur ses homologues allemands et anglais, et permettra de sauver bien des situations.

16. La réforme a été présentée, entre autres objectifs, comme étant de nature à renforcer l'attractivité du droit français. Y est-elle parvenue ? Il est certainement trop tôt pour répondre dans un sens ou dans un autre. En faisant de la liberté contractuelle un principe de portée générale et en incitant les parties à aménager par des stipulations appropriées leurs relations contractuelles, les rédacteurs de l'ordonnance ont pris le meilleur des partis. Il reste maintenant à leur faire confiance et à tout faire pour les quelques coups de canif portés à la force obligatoire des conventions ne puissent s'élargir.

The Voyage of Civil Code of Turkey from Majalla to the Present Day

Prof. Dr. Fethi GEDIKLI
Istanbul University Faculty of Law

Abstract:

In this paper, I introduce briefly the process of codification of civil law of Turkey. In XIX.th century, Ottoman administrators started some codifications which went to two different ways. One is national codes and the other was translation of some French codes. Ottoman codes of land law, civil law, and family law depend on the *fiqh* and Ottoman sultan's will. Actually, making a western type statue was a turning point in Islamic tradition and this was revolutionary character in *fiqh* in that century. The architect of this achievement was famous Ottoman statesman, legalist, historian Ahmed Cevdet Pasha (1822-1895) and his friends. The title of Ottoman civil of law that based on Islamic law is Majalla-i Ahkām-ı Adliye, literally codes of judicial rules, famous in briefly Majalla. The preparation of Majalla took 8 years between 1868 and 1876. After the establishment of the republic of Turkey, the parliament was removed it and in 1926 the Swiss civil code and the obligations code were received with little change by Turkey. In 2001, the Civil Code of 1926 was abolished and a new Civil Code and in 2011, Obligations Code were enacted.

Key words: Ottoman Civil Code, Majalla-i Ahkām-i Adliye, Islamic law, Turkish law, Ahmed Cevdet Pasha, Swiss Civil Code, Swiss Obligations Code, reception.

Abstrait:

L'Aventure du Droit Civil de la Turquie du Medjelle à nos Jours

Dans cette communication, je présenterai le voyage de la codification du Civil Code de la Turquie. Dans XIXe siècle l'Empire Ottoman a commencé la codification avec deux méthodes différentes. L'un de ces méthodes était composé les codes nationaux, l'autre était composé la traduction des codes français. Le Code Civil Ottoman dépendait droit Islamique et la volonté du sultan. D'après la tradition Islamique de ce siècle, faire des lois occidentales était unerévolution. Les artisans de ce succès étaient principalement le juriste et l'historien Ahmet Cevdet Pacha (1822-1895) et ses amis. Le titre du Code Civil Ottoman qui dépendait droit Islamique était Mejelle-i Ahkām-ı Adliye. Mejelle-i Ahkām-ı Adliye veut dire littéralement la somme des règles judiciaires et était connu brièvement comme Mejelle. Mejelle été préparé en 8 ans, entre 1868-1876. Après la fondation de la République de la Turquie, Mejelle est abrogé et au lieu de Mejelle, le Code Civil Turc et le Code des Obligations Turc, qui sont préparés en faisant quelques modifications dans le Code Civil et Code des Obligations Suisse, sont acceptés en 1926. En 2001, en protégeant mêmes principes, un nouveau Code Civil Turc est accepté avec quelques modifications selon les besoins actuels. En 2011, la même chose est faite pour le Code des Obligations et un nouveau Code des Obligations Turc est accepté avec quelques modifications.

Mots-clés: Code Civil Ottoman, Mejelle-i Ahkām-ı Adliye, Mejelle, Droit Islamique, Droit Turc, Code Civil Suisse, Code des Obligations Suisse, réception, Ahmet Cevdet Pacha.

1. The new codification era in the Ottoman Empire and Majalla

Codification in Ottoman Empire began in the first half of 19th Century, actually after a turning point called Tanzimat Era dated 1839 and completed after the foundation of Turkish Republic in Ankara in 1923. This era has two dimensions of codification. One dimension is to translate and adapted some French statues into Turkish and gave them the power of statue. These statues are both relating to justice organization and rules of law. The second dimension of this era was the make native codes depend on sharia law and emirnāmes of Ottoman sultan. The second dimension produced three important codes: The first is *Kanūnāme-i Arāzi* means Ottoman Land Law. The second is shortly Majalla, in a full name is *Majalla-i Ahkām-ı Adliye* means literally Code of Rules of Justice. And the third is *Hukūk-ı Aile Karārnāmesi* means Code of Family Law. These three were really original and well-prepared codes of Ottomans. And they had good effects inside Turkey and abroad, especially in the Muslim countries of Middle East, indeed in the Muslim countries all over the world.

In the first quarter of 20th Century, when Ottoman Empire was collapsing, as a new Turkish state, present day Turkish Republic born in Ankara. In 1926, founders of new Turkish state choose a radical path to make Turkey part of Europe.

Discussions of those days say that Turkey should change its civilization from Islamic to western. I don't know this possible or not, but Turkey along the other things changed also its legal system completely. Turkey took a very brave decision to install civil code of Switzerland. The politicians of young Turkish Republic abolished the Ottoman civil code called shortly Majalla, and took a very European code. The ongoing battle between liberal and conservative politicians since Tanzimat Era, now ended with a big triumph on behalf of the liberal politicians, when the

1st World War had finished and Ottoman Empire was the side of looser. This context also helps to understand how Turkish politicians and intellectuals rejected the legal system that the nation applied approximately one thousand years. I think, it was a syndrome of fatigue on the one hand and it was eagerness being a part of European nations on the other which I told very briefly above.

Before preparing Majalla, there was a big pressure on Ottoman government especially by France in order to receive the Code Napoleon. But Ahmed Cevdet Pasha (1822-1895) and his friends not accepted this suggestion.

Majalla has attracted some critics after gaining power and the Justice Minister of Ottoman administration constituted a commission to modify it. This commission opened first session on 9 May of 1916. I may remind you that this date was completely a century ago! This commission took a decision that it would choose relevant rules from other Islamic law schools, *mezāhib*, besides Hanefi law school. You know that Majalla depends on merely Hanefi law. This commission also accepted that it might to choose some rules from the modern codes as long as they wouldn't to contradict to sharia law. It founded a sub-commission called *ukūd ve vacibāt komisyonu*, a commission of contracts and obligations, and this secondary commission suggested that 20 articles of first book of Majalla which is the book of sales should be amended, 33 new articles should be added to this book, and finally 13 articles of book of sales should be abolished. Again amongst these suggestions were amendments of 10 articles of Book of *Īcāre* (rental book) and add 3 new articles to it. But, the time was the 1st World War and these suggestions couldn't gain power. After foundation of Turkish Republic in turn newly two different commissions were constituted in 1923 and 1924. But these commissions have no comprehensive harmony the contents

of new code and the legal system that this new code vas depending on. Meanwhile, the second one prepared a draft code consisted 251 articles. Bu this time, the Turkish government changed its mind and took the decision of abolish its old legal system totally and accept European or modern legal systems. When this decision occurred, then the Minister of Justice of Turkish Republic, Mahmud Esad Bey (Bozkurt), dissolved the two commissions. And he ordered to translate the Swiss Civil Code and the Swiss Obligations Code.

The Turkish parliament accepted firstly the Swiss Civil Code on 17 February 1926 and the Swiss Obligations Code on 22 April of that year. Both two codes gained power on 4 October of 1926. And so, the Ottoman Majalla, being 58 years in power abolished by the Turkish parliament.

Majalla consist of 16 section, literally "kitāb"s or books, and was 1851 articles. First 100 articles were principles of law generally, not actually for Islamic but for secular law systems also. It becomes famous been an Islamic civil code but actually it is not a typical civil code. Because it has law of persons, law of property, and civil procedural rules. There are no general principles of civil law, no family law, no inheritance law. Today we know that a civil code should rule these legal spheres. But it should not rule the civil procedural law. It was essentially work of Ahmed Cevdet Pasha.

The structure of the Majalla was a product of the social and historical context of Ottoman Empire. In those days, Ottoman administrators brought new courts to their own system. These courts were multi-membered and the judges rule these courts were tradesmen and notables of both Muslims and non-Muslims communities. They didn't get the diploma from law schools; they didn't know the Arabic which essential *fiqh* books written down. So, they need simple codes' texts in Turkish

language. Majalla and the other codes prepared for this purpose. There were no Islamic procedural codes in that time and that was a compulsory need. That why Majalla commission added some sections or books relating to the procedural to the corpus of Majalla. And these were procedural rules.

Ottomans applied Majalla rules quiet long period and there was no big or important criticism to the code of Majalla. But Ottoman Empire and its allies lost the 1st World War. And losing the war, Ottoman administration found itself a turning point and decided to accept a European code. In the end of the war Turkey, signed an armistice called Mudros on 30 October 1918; according to this armistice Ottoman administration dissolved its own army. Soon after this armistice Britain, France, and Italy invaded some part of Ottoman territory in Anatolia even they invaded the capital city of Turkey, Istanbul. It was also capital of caliphate. Then national uprising occurred all over the Turkey. The leader of uprising was Mustafa Kemal. After gaining independence, Turkey abolished the sultanate on 1 November of 1922, then caliphate on 3 March 1924. On 23 July 1923, Turkey and great powers signed a treaty in Lausanne in Switzerland. Under articles of this treaty Turkey abolished the long-lasting capitulations on behalf of the Europeans states. The Republic also abolished the legal and judicial autonomies of religious communities, namely Jewish, Orthodox Rums and Gregorian Armenians. Turkey correspondingly accepted to employ Europeans legal advisors for five years and to make acquaintance legal autonomy of religious communities. But this situation didn't satisfy the Turkish statesmen and sometime later, they changed their minds and decided to receipt a European code. The Minister of Justice Mahmud Esad Bey (Bozkurt) was a Swiss educated lawyer. Addition with this point, he assures Mustafa Kemal and other statesmen to accept civil code of Switzerland.

Maybe Turkey can or should choose one of the three: French, German and Swiss. It choose Swiss code because of it was the most new one of Europe, second it was very understandable, simple code, bringing rational and practical solutions to the problems, whereas French code was older and the German was very complex. These Swiss codes were also in a democratic spirit, depending on men and women equalization and being characterized secular mode.

The Swiss civil and obligations codes relatively in a very short time were translated to the Turkish language by a group of legalists.

Admission of these new codes means that radical changes occurred in family and inheritance law. Because of these two radical amendments, Turkish people resist to apply new family and inheritance law, especially alongside places where people has strong religious feelings. But for the time being, after 90 years later, I can say that the transition period ended and modern civil law accepted broadly in Turkey.

Turkish legislator and professors argue that new civil code was secular character and brought equal regulations for women. Amongst the new rules relating to the women was the making difficult to divorce, gaining equal assets from inheritance share.

Adoption of the Swiss Civil Code following points can be noted:

* It was compulsory to make marriage registered officially. Thus, marriage has been under state control.

* With only one wife, Turkish family has been given a modern structure.

* It is provided that boys and girls receive an equal share of the inheritance.

* The right to divorce regulated and is recognized women's rights in this regard.
* Women were granted the right to work at what they want. Thus it is ensured equality between women and men in economic and social fields.
* Ensuring organized social life according to modern rules. This also affected the non-Muslim peoples living in Turkey. The non-Muslim peoples had given the rights of the Lausanne Treaty granting them some privileges; they want to follow the Turkish civil law. This request has been accepted.
* The Patriarchate and consular jurisdiction has ended.
* Unity of law in Turkey is provided.
* Secular conception of law has become applicable in all sections of society.

Other regulations in the legal field after foundation of the Turkish Republic are follows: To gain the secular legal system in all areas, the Turkish Republic examined the system of law that is being implemented in Europe in determining to bring the appropriate regulation to Turkey in the Turkish legal system. So, the Obligations Code was received from Switzerland on 8 May 1928. The commercial Code was received from Germany on 10 May 1928. And the Penal Code was received from Italy on 1 July 1928.

2. The new codifications of millennium

On 3 December 2001 the Turkish parliament accepted new Turkish Civil Code and it was published in the Official Gazette on 8 December 2001. New Turkish Civil Code prepared again according to the Swiss code and amendments made on it. Meanwhile, many corrections had been made due to translation errors which occurred in the old version of 1926. In the same time, some various problems that Turkish judicial system experienced since then also included in the new code.

In 1920s, Turkish parliament accepted civil code, obligations code and commercial codes respectively. Again in 2000s, these codes also respectively legislated but they considered as a whole code. New civil code has 1030 articles.

New Turkish Civil Code has 1030 articles. Many professors, judges and lawyers criticized the new codes due to not following old code articles' number. I think this criticism is serious, right and important. So many members of the legal profession have lost their legal information. New one also changed the many terms and words of old version, mostly these changes acceptable but few of them also criticized.

The new code consists of General Principles of civil law, books of persons, family, property and inheritance. Changes made in substance as follows:

In old civil code, husband's domicile was also wife's domicile. New code changed this. Mostly changes went on family law. Men or women can marry on 17, in extra-ordinary situations completion of 16. If medically there is any dangerous mentally deranged person can be marry. Degraded treatment considered one of the reasons of divorce amongst others. This term is now integrated to the reason "attempted murder and several bad behavior of divorce. Divorce due to leave spouse 3 months now amounted to 6 months. For wanting husband poverty alimony from his wife was depended to being his wife wealth, the new code abolished this condition. If a divorce case is going on trial and in this process one of spouses died, inheritors may go to follow the case and at the end the judge find that surviving spouse is defective he/she is not allowed to be an inheritor to deceased one.

As a whole new Turkish civil code granted women generally, and female spouse especially better conditions than before.

3. The acceptance of the new Turkish civil law in 2001

The new Turkish civil law is prepared on principle of Swiss Civil Law and considering its last version with amendments. Also, many translation mistakes in the previous law are corrected. Additionally, some kinds of problems occure in the Turkish judicial process are arranged. Besides, in the part of the general provisions of the marriage made important innovations related to the spouses' authority to represent the conjugal community, legal actions and the protection of the community by bringing the principle of equality for men and women in the foreground. Leadings of these, the abdication of the principle that the husband is the head of the conjugal community; the authority to select the shared place is belongs to the both of the spouses not only to the husband; the authority to represent the conjugal community belongs to the both of the spouses and because of the debts occur in this relation both of the spouses are severally responsible; giving some kind of utterly strong rights and authorities to the spouse who is not the possessor of the shared place; the protection of the economic entity of the family or if required for the performance of the financial obligations caused from conjugal community; the restriction of the spouse's authority to dispose on some specific values of assets; giving the legal option to purchase to spouse under the various conditions in the frame of a law of property between wife and husband; not seeking the judge's permission for the actions wife taking behalf of her husband; abolishing of a compulsory performance ban between the spouses and finally, acceptance the regime of participation in acquired property as a legal law of property between husband and wife, providing for the conventional regimes not only separate property and community property also a new model under the name of

separate property regime with sharing (in Turkish *paylaşmalı mal ayrılığı*).

Primal innovation upon descent is removing the separation between legitimate and illegitimate genealogical line and regulation of adoption to a new and radical reform.

Furthermore, the principle which puts the father's vote before mother's in case of conflict related to using of guardianship, is abandoned. Also, in case of one of the parents' taking a legal action for the child in front of third party, been accepted the presence of permission of the another spouse behalf of third party as a presumptive evidence (*qarīne*).

In inheritance law part, if another spouse is alive and testator's grandmother and grandfather died before testator, letting their interests pass to their children (the testator's aunt, uncle); if all of the nearest legal heirs refuse the inheritance, the resolution of deceased's estate according to the process of bankruptcy; allocation of the shared place and household goods to the alive spouse; the principle of equality in the allocation of the agricultural business and putting objective criteria and generally making discount on the reserved share rates (in Turkish *saklı pay: mahfūz hisse*) are the leading reforms.

The amendments in the law of property part are not serious as the ones in family law. In this part the chief reforms are regulation of the joint ownership detail by detail; acceptance of acquisition of property is taking place when all conditions are occurred during the extraordinary prescription of real property and the decision of the court of registration is retrospective; letting to pawn chattel mortgage only by enregistering to register not also by transferring the possession for the chattel needed to record to the register (for example, motor vehicle)*; enlargement of extent of pledging upon real property on foreign currency; was given permission to credit institutions at home in

order to pledge on foreign currency; was brought some reforms related to right of construction and organizing various problems related to use of right of pre-emption.

The new Turkish civil law went into operation on January 1st, 2002. Which situations are related to this new law or how to apply this, is shown in the law dated December 3, 2001 and no. 4722. The most controversial article of this law contained 25 articles is the article 10 titled as property regimes at conjugal community. In this article said that all marriages got before this law's effective date - January 1st, 2002- have whatever property regime that is the valid one, but if spouses don't select any other property regime until the December 31st, 2002, then for all of the properties that spouses will have after the date January 1st, 2002 the valid property regime will be the legal regime, regime of participation of acquired property. But spouses do the others.

As final judgment, I can say that some laws are like the big stones in the country's law system. Abrogation of a law something like that and putting the new one instead of it requires an extensive study and long process and needs thinking about every single point detail by detail. And after the creating that kind of law, unless the new social needs occur, there won't be any other amendments for long terms. The leading one of these kinds of law is Civil Law. However, in our country the legislative system does not work like this. There were already new amendments only one year after the abrogation of the previous one and going into operation the new law.

GENERAL REFERENCES ON TURKISH CIVIL LAW

See partial English translation of new Turkish civil code (Official Gazette no. 24607, dated 08.12.2001) on this address: www.tusev.org.tr. D.a. 22.10.2016

Esin ÖRÜCÜ, A Synthetic and Hyphenated Legal System: The Turkish Experience", http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jrnatila1&div=21&g_sent=1&collection=journals. D.a. 22.10.2016

Ruth A. MİLLER, "The Ottoman and Islamic Substratum of Turkey's Swiss Civil Code", Journal of Islamic Studies 11:3 (2000), pp. 335-361, Oxford Centre for Islamic Studies 2000

Mehmet Tevfik ÖZCAN, "Modernisation and Civil Law: The Adaptation of the Turkish Civil Code and its Political Aspects", Annales de la Faculte de Droit d´Istanbul, vol. 34, no. 51, pp. 147-177, 2002

Eugen BUCHER, "The position of the Civil Law of Turkey in the Western Civilisation", Annales de la Faculte de Droit d´Istanbul, vol. 32, no. 49, pp. 7-23, Istanbul 2000. (see e-text http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuafdi/article/view/1023006139/1023005663. D.a. 22.10.2016

LE ROLE DE LA JURISPRUDENCE DANS L'EVOLUTION DU DROIT : L'OBLIGATION DE SECURITE

Salima OUARAB, Maître de conférences 'A'
Faculté de Droit, Université d'Alger1

Résumé

Après la consécration de l'obligation de sécurité par le code de commerce promulgué par l'ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 en ses articles 62 et 63 relatifs au contrat de transport de personnes, la jurisprudence de la chambre civile de la Cour Suprême a contribué au développement de cette notion en l'étendant à d'autres contrats, en l'occurrence les contrats de prestations de services.

L'extension jurisprudentielle de cette technique a pour fondement l'équité. Cette obligation de sécurité est une obligation de résultat elle a cependant un certain impact sur la législation dans des domaines variés du droit.

Mot clés: obligation de sécurité – équité – contrat prestations de services – obligation de résultat – législation.

ملخص

ان بعد تكريس المشرع الالتزام بالسلامة في القانون التجاري الصادر بالأمر رقم 59-75 في 1975/09/26 في المادتين 62 و63 الخاصة بنقل الاشخاص، ساهمت الغرفة المدنية للمحكمة العليا لتطور هذا المفهوم لتوسيعه الى عقود اخرى لا سيما عقود الخدمات. وكانت العدالة اساس لهذا التوسيع القضائي. الالتزام بالسلامة هو التزام بتحقيق نتيجة ولهذا الالتزام اثار على التشريع في عدة مجالات مختلفة للقانون.

الكلمات المفتاحية: الالتزام بالسلامة – العدالة – عقود الخدمات – الالتزام بتحقيق النتيجة – التشريعات.

Introduction

L'institution de l'obligation de sécurité n'est pas le fruit du hasard. Elle est dans une grande mesure, le produit d'un effort déployé par les juges pour adjoindre dans certains contrats à l'obligation principale une obligation accessoire, aux fins de réparer les dommages corporels causés à la victime. Les tribunaux ont ainsi procédé à un « forçage » du contenu du contrat, pour reprendre l'expression utilisée par Josserand, en intégrant à celui-ci certains devoirs généraux dans le but de soumettre la réparation des dommages corporels au régime contractuel.

La problématique que nous pouvons, en conséquence, dégager à ce sujet est la suivante : sachant que les textes juridiques aussi bien constitutionnels que législatifs posent expressément le principe de l'obligation de sécurité aussi bien aux travailleurs qu'aux citoyens dans leur ensemble, il nous parait légitime de nous interroger sur le sens de l'évolution de la jurisprudence en la matière.

Une analyse de cette dernière nous permet de mettre en exergue une évolution dans ce domaine dans la mesure où le juge, en dehors du cas exceptionnel de l'obligation de sécurité dans le contrat de transport régie par la loi, en l'occurrence les articles 62 et 63 du code de commerce, se fonde sur l'équité comme base de l'extension jurisprudentielle de cette technique (première partie de notre étude). On constate néanmoins, à travers les arrêts que nous avons été amenés à analyser une certaine « stagnation » de l'application de la jurisprudence à ce sujet (deuxième partie de notre étude). Pourtant, malgré le caractère restreint de cette dernière, il est à noter importante de l'obligation de sécurité sur la législation de façon générale.

Première partie : L'équité, base de l'extension jurisprudentielle de l'obligation de sécurité

Dans le cadre de la mission qui lui est confiée, le juge est investi d'un pouvoir d'interprétation du contrat, en application de l'article 111 du code civil lorsque les clauses du contrat qu'il renferme ne sont pas claires[1]. Cependant, dans le silence de la loi et dans le cas où la volonté des parties n'est pas exprimée, l'homme de loi va attacher à certains contrats certaines conséquences. Il ne va pas interpréter dans ce cas le contrat c'est-à-dire rechercher la volonté commune des cocontractants mais aller bien au-delà de cette volonté pour déterminer le contenu légal du contrat en ayant recours à l'équité, conformément aux articles 1er al 3 et 107 al 2 du code civil [2]. Cette technique qui est une notion très ancienne[3] expressément prévue par la loi ou implicitement concédé par celle-ci évoque une idée de justice à l'état pur[4], indépendante du droit dont elle comble les lacunes[5]

---

[1]-Article 111 du code civil : « Lorsque les termes du contrat sont clairs, on ne peut s'en écarter, pour rechercher, par voie d'interprétation, quelle a été la volonté des parties. Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été l'intention commune des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes, en tenant compte de la nature de l'affaire, ainsi que de la loyauté et de la confiance devant exister entre les contractants d'près les usages admis dans les affaires ».

[2]-Article 1er al 3 du code civil. Le cas échéant, il (le juge) a recours au droit naturel et aux règles de l'équité.

Article 107 al 2 du code civil. Il (le contrat) oblige le contractant non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation.

[3]-En droit romain, saisi d'une action qui réprimait sévèrement la profanation des tombes (actio sepuleri violati) le juge devait statuer en équité V. Nathalie Dion – Le juge et le désir du juste – D. Chr 1999, p. 198.

[4]-« L'équité est la béquille de la justice ». ch. Perclan « De la justice » in Justice et raison, Bruxelles 1963, p. 46.

[5]-En Angleterre, les lacunes de la Common Law suscitèrent l'éclosion d'un droit supplétif, l'Equity mis en œuvre par le chancelier du Royaume – in « L'Equité » Eric Agostiné.

du droit. Elle permet au juge de fonder des solutions prétoriennes[6] en découvrant dans certains contrats des obligations accessoires auxquelles les parties n'avaient pas songé, mais qui découlent naturellement comme une des suites équitables visées par l'article 107 al 2 suscité.

L'idée qui ressort ainsi de l'équité est que c'est le danger que fait courir au créancier l'exécution de la prestation promise qui explique, voire justifie, l'obligation de sécurité dans certains contrats concernant, par exemple, le transport de personnes ou encore les prestations de services.

C'est à propos de cette catégorie de contrats que la jurisprudence, très réduite en la matière, s'est prononcée sur l'obligation de sécurité qui ne peut, de toute évidence, être invoquée que dans le cadre de la responsabilité contractuelle. Les juges de la Cour de Sétif, dans un arrêt rendu le 14 janvier 1981 se sont d'ailleurs basés sur les règles de cette responsabilité, conformément à l'article 176 du code civil, pour condamner le propriétaire d'un bain maure à des dommages intérêts à propos d'un accident survenu à un client dans ces lieux, qui lui a couté la vie.

Ils ont rappelé, à cet effet, que l'obligation du propriétaire du bain était de permettre à la victime de prendre son bain dans de bonnes conditions, en toute sérénité, et de veiller à sa sécurité en exécution du contrat de prestations de services qui le liait à la victime. La responsabilité qui en découle ne peut, par conséquent, être que de nature contractuelle.

La Cour Suprême, chambre civile, estimant que l'arrêt entrepris par la Cour de Sétif était fondé, a rejeté le pourvoi formulé par le propriétaire du bain par arrêt en date du 02

[6]-« Il serait faux de ne voir dans les juges que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » in Montesquieu, De l'esprit des lois, XI, 6 œuvres complètes, La pléiade, T2, p. 404.

février 1983[7]. Les juges ont statué en équité, voyant ainsi un lien entre l'inexécution de l'obligation du propriétaire du bain qui était de permettre à la victime de prendre son bain dans les meilleures conditions de sécurité possibles et les risques pouvant être encourus par cette dernière qui est la survenance d'un dommage.

A contrario, la Cour d'appel de Mostaganem, dans un arrêt rendu le 21 février 1979 avait condamné le tenancier d'un manège à verser des dommages-intérêts aux parents d'un enfant qui avait été victime d'un accident au cours des jeux sur la base de la responsabilité délictuelle (articles 1382-1383 et 1384 du code civil français et article 138 du code civil algérien).

La Cour Suprême, sans soulever ce point de droit qui avait toute son importance a, par arrêt daté du 01 juillet 1981[8] rejeté le pourvoi en cassation du propriétaire du manège et de la caisse d'assurances (C.A.A.R) au motif que, s'agissant de jeux de cette espèce, il appartenait au propriétaire de prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter de tels accidents, comme il était du devoir de son préposé d'exercer une surveillance étroite au moment des jeux conçus spécialement pour les jeunes enfants.

Comme dans le cas d'espèce précédent, les juges ont tranché sur la base de l'équité. L'obligation de sécurité est justifiée par le risque que pourrait engendrer l'exécution de la prestation.

A cet égard, il serait intéressant de nous pencher sur la question relative à la qualification de ce type d'obligation et examiner l'état de la jurisprudence, certes ancienne, quant à son application à travers les cas d'espèces que nous avons été amenés à consulter.

---

[7]-Arrêt non publié.

[8]-Cour Suprême – Chambre civile (2è section) 01 juillet 1981 – Bulletin des magistrats 1982, numéro spécial, p. 125.

Deuxième partie : L'application « figée » de la jurisprudence de l'obligation de sécurité

La portée de l'obligation contractuelle de sécurité est variable. S'il ne s'agit que d'une obligation de moyens, le créancier doit, en cas d'inexécution, démontrer la faute du débiteur ; s'il s'agit d'une obligation de résultat, le débiteur, une fois prouvée l'inexécution de l'obligation, ne peut se libérer totalement ou partiellement qu'en rapportant la preuve de la cause étrangère. C'est dans ce sens que le juge s'est prononcé qualifiant l'obligation de sécurité mise à la charge du propriétaire du bain (dans l'arrêt rendu par la Cour Suprême le 23 février 1983), de l'exploitant du manège (arrêt Cour Suprême le 01 juillet 1981) ou encore du transporteur de personnes (arrêt Cour Suprême du 30 mars 1983 publié dans la revue judiciaire de 1989 n° 1, p. 42) comme étant une obligation de résultat de plein droit. A ce titre, le débiteur doit prendre toutes les mesures voulues pour éviter la production de tels accidents et surtout garantir la sécurité du créancier. Il est responsable de tous les dangers pouvant survenir à ce dernier tant qu'il n'est pas prouvé que ces dommages sont dûs à une cause étrangère (cas de la force majeure ou faute de la victime).

Dans l'arrêt concernant le propriétaire du manège, ce dernier, pour s'exonérer de sa responsabilité avait invoqué le vertige de l'enfant qui était imprévisible et qui serait la cause de l'accident. Les juges de la Cour d'appel de Mostaganem n'ont, de toute évidence, pas tenu compte de cet argument.

A la lecture des arrêts auxquels nous avons fait référence, il apparait une certaine « stagnation » de la jurisprudence concernant l'obligation de sécurité, ceci, contrairement à la jurisprudence française, beaucoup plus abondante en la matière, qui a évolué sur ce point.

L'obligation de sécurité qui était, à l'origine, qualifiée d'obligation de résultat, est devenue dans la plupart des cas, selon les circonstances[9], une obligation de moyens ou encore une obligation générale de prudence et de diligence. L'objectif du juge en agissant ainsi, serait de permettre à la victime ou à ses ayants droits de percevoir les dommages intérêts sans avoir à prouver une faute du responsable.

En tout état de cause, bien que la jurisprudence existant en la matière soit assez limitée, les décisions sus-évoquées n'étant que des cas d'espèces, l'on ne peut passer sous silence l'importance de l'impact de l'obligation de sécurité consacrée par la jurisprudence sur la législation, ceci dans tous les domaines du droit aussi bien ceux relevant du secteur public que du secteur privé.

A ce titre, il convient de distinguer deux périodes :

1/ La première est celle correspondant à l'ère socialiste allant de la date du recouvrement de la souveraineté nationale à 1988 où le principe même de sécurité est appréhendé dans le sens de sécurité du travailleur. Cette obligation de sécurité revêt un caractère plutôt social et est concentrée autour du cadre de vie et de travail du militant travailleur.

Erigée en principe constitutionnel[10] au même titre que le droit à l'emploi et à l'hygiène, l'impératif de sécurité dans le

---

[9]-Il en est ainsi lorsque le contractant a conservé une certaine liberté de manœuvre, c'est-à-dire que sa participation active figure parmi les circonstances du dommage, créant ainsi un aléa pour le débiteur, comme, par exemple dans certains sports rallye automobile. Cour d'appel de Paris, 25 mai 1993. Gaz. Pal 1994. Saim, p. 101.

[10]-Article 62de la constitution de 1976 (promulguée par l'ordonnance n° 76-9 du 22 novembre 1976 ; « L'Etat garantit le droit à la protection, à la sécurité et à l'hygiène dans le travail ».

Article 52 de la constitution de 1978 : « Le droit à la protection, à la sécurité et à l'hygiène dans le travail est garanti par la loi.

Article 55 de la constitution de 1996 : « Le droit à la protection, à la sécurité et à l'hygiène dans le travail est garanti par la loi.

travail va pénétrer la législation du travail, de l'époque, aussi bien l'ordonnance n° 75-31 du 29 avril 1975 relative aux conditions générales de travail dans le secteur privé[11] que le statut général du travailleur adopté en 1978[12] qui avait pour but d'harmoniser le monde du travail et tous les autres textes entrepris au même moment dans lesquels l'accent est mis sur la nécessité de garantir la sécurité physique et morale du travailleur.

L'organisme employeur, en vertu de la relation de travail qui le liait au travailleur était tenu, non seulement de lui verser une rémunération au titre de laquelle il percevait un salaire en contrepartie du travail fourni[13], mais encore de lui assurer les conditions d'hygiène et de sécurité[14].

En cas de négligence ou d'inobservation des règles de sécurité, l'auteur est passible des sanctions prévues au règlement intérieur, sans préjudice des sanctions prévues au code pénal.

Les femmes travailleuses et les travailleurs mineurs bénéficient de protections particulières prévues par les dispositions législatives et règlementaires, notamment celles relatives aux conditions générales de travail et à la prévention des risques professionnels.

L'obligation pour l'employeur d'assurer la sécurité du travailleur, de respecter son intégrité physique et morale, a été reprise par la législation du travail du 21 avril 1990[15] et les autres

---

[11]-Articles 241 et 261 de l'ordonnance n° 75-31 du 29 avril 1975 relative aux conditions générales de travail dans le secteur privé.

[12]-Article 8 du S.G.T.

[13]-Article 20 du S.G.T.

[14]-Article 13 du S.G.T.

[15]-Loi n° 90-11 du 21 avril 1990 relative aux relations de travail modifiée et complétée jusqu'à l'ordonnance n° 97-02 du 11 janvier 1997.

textes législatifs[16] et règlementaires[17] qui l'accompagnent, marquant ainsi la fin du régime socialiste et le début de l'ère libérale.

2/ La deuxième période allant de 1989 à nos jours, correspondant à l'ouverture économique et politique appelée aussi économie de marché, se distingue par un élargissement de la conception de l'obligation de sécurité qui ne concerne plus uniquement le travailleur mais tous les citoyens dans leur ensemble.

Cette uniformisation ou généralisation de l'obligation de sécurité se manifeste à travers plusieurs textes ; ainsi la législation relative à la protection du consommateur en l'occurrence la loi n° 09-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, en ses articles 9 et 10[18] met à la charge de tout « intervenant » dans le processus de mise à la consommation d'un produit, une obligation de sécurité.

---

[16]-Loi n° 88-07 du 26 janvier 1988 relative à l'hygiène, la sécurité et la médecine du travail.

[17]-Décret exécutif n° 91-05 du 19 janvier 991 relatif aux prescriptions générales de protection applicables en matière d'hygiène et de sécurité en milieu de travail.

[18]-Loi n° 09-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes (J.O.R.A n° 15 du 08 mars 2009.

Ch II de l'obligation de sécurité des produits.

Article 9 : Dans les conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par les intervenants, les produits mis à la consommation doivent être surs et présenter la sécurité qui en est légitimement attendue et ne pas porter atteinte à la santé, à la sécurité et aux intérêts du consommateur.

Article 10 : Tout intervenant est tenu au respect de l'obligation de sécurité du produit qu'il met à la consommation, en ce qui concerne :

- Ses caractéristiques, sa composition, son emballage et ses conditions d'assemblage et d'entretien.
- L'effet du produit sur d'autres produits au cas où l'on peut raisonnablement prévoir l'utilisation du premier avec les seconds ;
- Sa présentation, son étiquetage, les instructions éventuelles concernant son utilisation et son élimination ainsi que toute autre indication ou information émanant du producteur.
- Les catégories de consommateurs se trouvant dans les conditions de risque grave au regard de l'utilisation du produit, en particulier les enfants.

Toute infraction à l'obligation de sécurité du produit expose le contrevenant à une sanction pénale, soit à une amende de 200.000 DA à 500.000 DA[19].

Les décrets exécutifs du 06 mai 2012[20] et 09 novembre 2013[21] ont fixé, l'une les règles applicables en matière de sécurité des produits, l'autre les conditions et les modalités relatives à l'information du consommateur.

En vertu des dispositions de ces textes, les biens et services, dès leur mise à la consommation doivent répondre aux prescriptions règlementaires les concernant en matière de sécurité, de santé et de protection des consommateurs et être conformes aux exigences de sécurité[22].

Cette obligation de sécurité des produits mis à la consommation implique naturellement une obligation d'information du consommateur qui peut avoir lieu par voie d'étiquetage, de marquage ou par toute autre moyen approprié[23].

S'ajoutent à ce processus législatif instaurant l'obligation de sécurité des citoyens toutes les lois concernant tant les transports terrestres, ferroviaires, qu'aériens et maritimes de marchandises et de personnes.

Dans le premier cas, la loi n°2001[24] du 07 aout 2001 portant orientation et organisation des transports terrestres[25] a cité

---

[19]-Article 73 de la loi n° 09-03 du 25 février 2009 (précitée).

[20]-Décret exécutif n° 12-203 du 06 mai 2012 relatif aux règles applicables en matière de sécurité des produits. J.O.R.A n° 28 du 09 mai 2012, p. 16.

[21]-Décret exécutif n° 13-378 du 09 novembre 2013 fixant les conditions et les modalités relatives à l'information du consommateur (J.O.R.A n° 58 du 18 novembre 2013, p. 8.

[22]-Articles 4-5-6-7-8-9-12-14 et 15 du décret exécutif n° 12-203 du 06 mai 2016 (précité).

[23]-Article 17 de la loi n° 09-03 du 25 février 2009 (précitée) et article 3 du décret exécutif n° 13-378 du 09 novembre 2013 (précité).

[24]-Cette loi a été modifiée et complétée par la loi n°11-09 du 05 juin 2011 (J. ORA n°32 du 08 juin 2011) relativement aux infrastructures et équipements de sécurité des transports guidés de personnes (art 10 bis, 40 bis et 55 bis). Loi n° 01-04 du 19 aout 2001 relative à l'organisation, la sécurité et la police de la circulation routière

[25]-Section II- article 4.

parmi les principes généraux, l'obligation de sécurité des usagers des transports terrestres qui doivent, à ce titre bénéficier des conditions les plus avantageuses à cette fin; celle-ci ne peut être concrétisée qu'avec des transporteurs qualifiés professionnellement en terme de sécurité, de travail et de qualité de service[26]. Ainsi que d'infrastructures adéquates constituées, entre autres, d'installations de sécurité, de signalisation et de télécommunications en ce qui concerne les transports ferroviaires[27]. Il est à remarquer, que le législateur a manifesté, dans ce texte, la même volonté en ce qui concerne le transport des marchandises qui doit être effectué en toute sécurité par l'aménagement d'infrastructures et d'équipement lié à leur acheminement[28].

Auparavant, la loi n°90-35 du 25 décembre 1990, relative à la police, à la sureté, la sécurité, l'usage et la conservation dans l'exploitation des transports ferroviaires, qui constitue le principal texte de référence, a pour objectif, la mise en place d'infrastructures, installations et matériels fixes et roulants concourant à l'exploitations des transports terrestres pour garantir la sécurité des personnes.

Le décret n°93-348 du 28 décembre 1993 est intervenu pour définir les règles relatives à la sécurité de l'exploitation des transports ferroviaires.

Dans le cas de l'aviation civile, c'est la loi n°98-06 du 27 juin 1998[29] qui en a fixé les règles générales. Elle a insisté à cet effet sur la nécessité d'instaurer un système de transport aérien sécurisé au profit des personnes et des marchandises[30].

---

[26]-Article 17.

[27]-Articles 20 et 22 de cette loi.

[28]-Article 52.

[29]-J.O.R.A n°48 du 28 juin 1998.

[30]-Article 3 de la loi précité.

Plus récemment, la loi n°15-14 du 15 juillet 2015[31] modifiant la loi du 27 juin 1998, contient des dispositions relatives à la sûreté aérienne et même à une sécurité optimale[32]. Ces deux impératifs ne peuvent être réalisés que par un contrôle régulier de l'Etat des services aéronautiques et de leurs prestataires[33] fixant les règles générales relatives à l'aviation civile.

Dans le même ordre d'idée, le code maritime promulgué par l'ordonnance n° 74-80 du 23 octobre 1976 (modifié et complété par la loi n° 05-98 du 25 juin 1998 contient de nombreuses dispositions relatives à l'obligation de sécurité des personnes transportées[34]. La législation afférente à ce sujet prévoit des mesures strictes pour rendre effective cette opération.

Les navires qui devaient avoir à bord un équipage qualifié pour assurer la sécurité de la vie humaine en mer[35], sont soumis à des visites d'inspection périodiques[36] qui doivent permettre de s'assurer que ces derniers sont tenus dans un bon état de navigabilité et répondent aux prescriptions des conventions internationales de sécurité de la navigation, de la sauvegarde de la vie humaine en mer ainsi qu'aux dispositions réglementaires de sécurité[37].

Des structures administratives, principalement la commission centrale de sécurité sont instituées pour contrôler l'application de l'ordonnance portant code maritime ainsi que les conventions internationales relatives à la sécurité de la navigation maritime et à la sauvegarde de la vie humaine en

---

[31]-J.O.R.A n° 41 du 29 juillet 2015.

[32]-Article 16 ter de cette loi.

[33]-Article 7 de la loi du 15 juillet 2015.

[34]-Articles 223-224 du code maritime.

[35]-Article 410 du code maritime.

[36]-Articles 228-233 du code maritime.

[37]-Article 234 du code maritime.

mer[38]. L'Algérie a ainsi ratifié la convention internationale SOLAS[39] de 1974 et le protocole de 1978 par le biais du décret n°83-510 du 27 aout 1983 et le protocole de 1988 par le décret 2000-449 du 23 décembre 2000.

En cas d'infraction aux prescriptions prévues dans le code maritime relativement à la sécurité de la navigation maritime, le propriétaire ou l'armateur du navire est puni d'une amende de 1000,00 DA à 10.000 DA.

Outre les sanctions pénales pouvant être appliquées en cas de commission d'actes délictueux contre la sécurité de la navigation maritime pouvant aller jusqu'à 20 ans de réclusion en cas de mort d'une ou plusieurs personnes[40] de transporteurs peut être civilement responsable du préjudice résultant du décès ou de lésions corporels des passagers si le fait générateur du préjudice subi a lieu au cours du transport et s'il est imputable à la faute ou à la négligence de celui-ci ou de ses préposés agissant dans l'exercice de leurs fonctions[41].

Conclusion

Nous pouvons ainsi conclure, au vu de cette législation aussi abondante que variée que la jurisprudence qui a œuvrée pour la consécration de l'obligation de sécurité a contribué à l'évolution de notre droit.

---

[38]-Article 235 du code maritime.

[39]-SOLAS désigne la convention internationale sur la sauvegarde de la vie humaine en mer visant à définir diverses normes relatives à la sécurité, la sureté et l'exploitation des navires ainsi que de leurs équipages.

[40]-Articles 477 à 500 de l'ordonnance n° 76-80 du 23octobre 1976 portant code maritime.

[41]-Article 842 du code maritime.

LE MARIAGE MIXTE DANS LA JURISPRUDENCE ALGERIENNE

Tayeb ZEROUTI, Professeur
Traduction :
Salima OUARAB, Maître de conférences
Narimane MESSAOUD-BOUREGHDA, Maître-assistante,
Faculté de Droit, Université d'Alger1

Introduction :

Le domaine du statut personnel diffère d'un système juridique à un autre; ceci est dû à la définition imprécise de ce terme qui repose sur la conception de la nature des choses et de ce qui en découle. En fait il s'agit d'un concept emprunté aux lois Occidentales, méconnu des juristes musulmans, ce qui explique que les questions relevant du statut personnel dans les lois des pays arabes, font l'objet d'une énumération non exhaustive. En droit algérien, tous les concepts cités dans le droit de la famille relèvent du statut personnel, auxquelles s'ajoutent les dispositions relatives à la capacité régies par le droit civil.

Ce qui nous intéresse dans notre étude est le mariage mixte s'agissant d'un acte juridique qui comporte un élément d'extranéité.

Particulièrement, après sa dissolution, le mariage est lié à d'autres questions telle la garde, la succession et le testament.

Bien que le législateur ait résolu le conflit de lois en matière de mariage mixte, sa réglementation reste néanmoins trop généralisée, manquant parfois de précisions et de détails, et d'autres fois influencée par l'éviction de la loi étrangère suite au jeu de l'exception d'ordre public.

Nous allons analyser dans cette intervention la position de la jurisprudence algérienne sur les questions de mariages mixtes à travers trois (3) axes, liés les uns aux autres :

1. Le mariage mixte et sa dissolution.
2. La garde après la dissolution du mariage.
3. La succession en tant qu'effet de la dissolution du mariage.

Première section : Le mariage et sa dissolution

Le mariage mixte est l'une des questions du statut personnel, donnant lieu à plus de litiges, en raison du nombre élevé d'unions contractées entre les résidents algériens surtout des pays d'Europe et les ressortissants de ces derniers à propos desquels les conflits nés de ces mariages sont soumis à la loi nationale lorsque les conjoints sont de nationalités différentes.

Les fondements sociaux, religieux, moraux et juridiques du mariage, font que sa réglementation diffère d'un pays à l'autre, de même que l'application de la *lex fori* conduit au nom de l'ordre public à l'éviction de la loi étrangère (*lex causae)*.

Premièrement : les problèmes juridiques:

Le législateur algérien a, il est vrai, édicté des règles de conflit de lois applicables surtout au mariage mixte (arts 11,12 et 13 du Code Civil), la généralité et l'insuffisance de celles-ci, posent cependant des problèmes au juge qui ne peut pas toujours donner des suites à des situations concrètes :

1. En effet, quelle solution peut-il apporter en matière de conflit de lois, quant aux conditions de fond relatives à la validité du mariage ? Doit-il procéder à une application cumulative des lois en présence, ou plutôt une application distributive, surtout en ce qui concerne des questions fondamentales, telle la différence de religion, les empêchements au mariage, et la condition d'exemption de maladies contagieuses graves.

2. Qu'elles pourraient être les conséquences sur le mariage national suite au changement de nationalité de l'un ou des deux conjoints, qui transformerait celui-ci en un mariage mixte.

3. Il est un fait établi: la compétence juridictionnelle a une influence déterminante sur la désignation de la *lex causae* ; ainsi celle-ci sera différente, selon le *forum* où la procédure a été lancée. Cette situation peut pousser le conjoint qui ne souhaite pas voir s'appliquer la loi algérienne à recourir à la législation d'un autre pays pour échapper à la loi nationale compétente, et vice versa.

4. Certaines algériennes se marient à l'étranger avec des non-musulmans, ce mariage n'est pas valable au regard de la loi algérienne, mais n'empêche qu'il entraîne des effets juridiques réels. Comment les appréhender ?

Ces problèmes réels, ainsi que leurs considérations juridiques font que le mariage mixte soit l'un des sujets les plus complexes en matière de conflit de lois. L'analyse de la jurisprudence algérienne de la Cour suprême révèle la portée de sa maitrise à travers les mécanismes des conflits de lois en matière de mariage mixte.

Deuxièmement : Dispositions et textes juridiques

Le législateur algérien a soumis la résolution du conflit de lois en matière de mariage mixte aux articles 11, 12, 13 et 19 du code civil, ainsi qu'à d'autres dispositions du code de l'état civil, relatives à la compétence du corps diplomatique et consulaire algérien, pour la célébration de ces mariages.

L'article 11 du Code civil prévoit que : « Les conditions de fond relative à la validité du mariage sont régies par la loi nationale de chacun des deux conjoints ». L'application distributive est ainsi la plus appropriée ; chacun des conjoints devra répondre aux dispositions de sa loi nationale, sauf en ce

qui concerne les empêchements au mariage et également la condition d'exemption de maladies contagieuses graves où l'application cumulative apparait la plus adaptée.

L'article 12 du code civil, à son tour, stipule que : « les effets personnels et matrimoniaux du mariage sont soumis à la loi nationale du mari, au moment de la conclusion du mariage.

La dissolution du mariage et la séparation de corps sont soumises à la loi nationale de l'époux, au moment de l'acte introductif de d'instance ».

Ce texte concerne les effets financiers et personnels du mariage (premier alinéa), et sa dissolution (deuxième alinéa). A noter, qu'en vertu de la modification apportée en 2005 au code de la famille, le législateur a inséré également la séparation de corps, bien qu'il s'agisse d'un régime établi par les lois occidentales, mais qui soulève des litiges dans les rapports de mariages mixtes, particulièrement l'exécution de ses effets en Algérie pendant la période de séparation, notamment en ce qui concerne la garde temporaire des enfants et le régime des fonds communs entre les conjoints.

Alors que l'article 13 du code civil, quant à lui, stipule que : « dans les cas prévus par les articles 11 et 12, si l'un des deux conjoints est algérien, au moment de la conclusion du mariage, la loi algérienne est seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier ».

Comme nous l'avons indiqué précédemment, bien que ce texte soit mentionné comme une exception aux dispositions des articles 11 et 12 du code civil, son application reste néanmoins prioritaire chaque fois qu'un des conjoints est algérien lors de la célébration du mariage, même si ce dernier change de nationalité plus tard. Par conséquent, mis à part la question de la capacité au mariage du conjoint étranger, qui reste toujours soumise à sa loi nationale, seule la loi algérienne est souveraine en ce qui

concerne la validité du mariage ainsi que ses effets et sa dissolution. L'importance du rattachement unilatéral à la *lex fori* algérienne réside dans le fait qu'il assure la validité du mariage, et l'établissement de ses effets ainsi que les moyens de sa dissolution, si les dispositions de la loi étrangère sont différentes de celles de la loi algérienne.

Quant à la forme du contrat de mariage, elle est soumise conformément à l'article 19 du code civil, à la loi du lieu où il a été célébré ou celle du domicile commun, ou à la loi nationale commune. La célébration du mariage mixte d'un algérien, relève quant à elle du ressort du corps diplomatique et consulaire algérien accrédité à l'étranger en vertu des dispositions du code de l'état civil.

Troisièmement - les solutions relevées dans la jurisprudence algérienne

Bien que les juges algériens appliquent souvent les dispositions des règles de conflits de lois contenues dans les articles 11 et 12 du code civil mentionnés ci-dessus, une analyse minutieuse des arrêts de la Cour suprême révèlera que son application des règles de principe s'avère n'être ni stable ni constante, comme elle se réfère rarement à l'article 13 bien qu'il soit le critère d'attribution prioritaire chaque fois qu'un algérien est concerné par le mariage. Nous allons analyser quelques exemples des principes de la Cour suprême à cet égard.

1. En ce qui concerne le divorce en particulier, les magistrats de la cour suprême veillent de manière assidue, à l'application impérative de la loi algérienne, si l'époux est algérien, ceci, conformément a l'article 12 al 2 du code civil.

2. Pour ce qui est de la compétence des juridictions algériennes en matière de conflit dans les mariages mixtes, on constate que l'application des règles de principe par la Cour suprême n'est pas du tout constante, et nous ne trouvons

aucune interprétation juridique valable à ses décisions; la raison revient, selon nous, au fait que mis à part les articles 41 et 42 du code de procédure civile et administrative (reprises des articles 14 et 15 du code civil français), la loi algérienne – à l'instar de nombreuses lois d'ailleurs – ne prévoit pas assez de règles législatives à cet égard.

Dans une jurisprudence plus récente (arrêt du 14/03/2013), la Cour suprême a affirmé l'application des articles 22 et 12 du code civil dans un conflit de mariage mixte ou coïncidait le critère de rattachement avec le chef de compétence.

L'importance de cet arrêt et de ses résolutions, font qu'il mérite de s'y attarder.

A. faits et problème juridique :

Il est question dans cet arrêt d'un mariage conclu en Algérie, entre deux Algériens résidant à l'étranger ; étant donné la nationalité française de l'époux (en 2004), ce dernier a inscrit le mariage au niveau des services du ministère français des Affaires étrangères. Suite à un conflit conjugal, l'époux a engagé une action en divorce par volonté unilatérale, devant la justice algérienne. La femme de son côté avait saisi la justice française engageant une autre action en divorce, et avait soulevé d'une autre part l'exception de *litispendance* et de *connexité,* devant la justice algérienne, le litige étant pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître.

Le 27/10/2010 le tribunal algérien de première instance (tribunal de Bejaïa) a prononcé le divorce dans un jugement définitif; l'épouse avait recouru au pourvoi en cassation devant la Cour suprême en invoquant deux moyens : le premier faisait référence à l'exception d'incompétence (Il ressort de son contenu qu'elle invoquait l'incompétence juridictionnelle et l'incompétence

législative). Le second, quant à lui faisait référence au défaut de motifs.

B - problèmes juridiques soulevés:

Sur les deux moyens réunis, et s'agissant des compétences judiciaire et législative algériennes, et leurs évictions en faveur de la juridiction et de la loi française, le problème juridique tourne autour de la détermination de la juridiction compétente au niveau international. Il s'agit de savoir tout d'abord en quelles circonstances les tribunaux nationaux sont compétents pour statuer sur une relation privée présentant un caractère international. La considération de ce problème est pratiquement inséparable de celle des règles de conflits de lois, dites encore de compétence législative. Si, en effet, la relation matrimoniale était antérieurement purement nationale, elle a subi un changement du fait de l'acquisition par l'époux de la nationalité française (conflit législatif), et de la résidence en France du couple (conflit juridictionnel mais aussi législatif conformément à la loi française).

C. Evaluation de la solution juridique :

C-1: Sur la première question (la compétence juridictionnelle), il est bien connu que la loi algérienne n'a déterminé qu'un seul critère de rattachement : celui de la nationalité algérienne (arts 41 et 42 du code de procédure civile et administrative). Mis à part ce critère, il est établi par les juges et les spécialistes du droit international privé algériens, que le domaine d'application des règles de compétence locale s'étend au niveau international où celles-ci seront interprétées par analogie. En conséquence, les juridictions algériennes sont compétentes conformément à l'article 41 suscité, tant que le mari est algérien, quelle que soit la nationalité de la femme et le domicile conjugal.

C -2: En ce qui concerne la deuxième question (la compétence législative), le critère de rattachement relatif à la dissolution du mariage est déterminé par les articles 12/ 2 et 13 du code civil, et la loi algérienne s'applique en vertu de l'article 13, tant que les conjoints étaient Algériens à la conclusion du mariage, indépendamment du fait que l'un d'eux ou même les deux aient acquis plus tard une nationalité étrangère.

C -3: Pour ce qui est de l'effet de la double nationalité du mari sur la compétence législative et judiciaire algérienne, l'article 22 du code civil a résolu le problème:

- Si les nationalités présentées par la personne sont toutes étrangères à celle du juge, c'est la nationalité effective qui sera prise en considération (22/ 1) du code civil
- Si la personne présente la nationalité algérienne parmi ses nationalités, cette personne sera considérée comme algérienne, et seule la loi algérienne sera appliquée.

Sur cette base, la compétence juridictionnelle et législative sera algérienne, et c'est cette solution qu'a retenu la Cour suprême étant donné que le mari est de nationalité algérienne.

Deuxième section : la garde des enfants

Institution propre au statut personnel, la question de la garde offre sur la scène internationale un terrain propice au conflit de lois lors de la dissolution du mariage. Tandis que certaines lois arabes lui consacrent un critère de rattachement spécifique, d'autres la considère plutôt comme l'un des effets de la dissolution du mariage et la soumettent à la loi de la dissolution. Cependant, dès lors que la garde est perçue comme un instrument de protection de l'enfant, son attribution exige la prise en compte des intérêts de celui-ci (articles 67/2 et 69 du Code de la famille).

Le législateur algérien de son côté n'a pas envisagé un critère de rattachement propre à la garde ; on peut donc déduire que le juge sera amené à privilégier le rattachement à la loi de la dissolution, s'agissant de ses effets. Et c'est cette solution qui a prévalu en droit comparé.

La question du droit de garde soulève un certain nombre de problèmes juridiques relatifs au mariage mixte, notamment si son titulaire est non-musulman ou résidant a l'étranger. L'analyse de quelques arrêts de la Cour suprême algérienne nous sera utile dans l'établissement de l'évolution de sa position à cet égard.

Dans sa décision rendue le 02.01.1989, la Cour suprême, en approuvant la cour d'appel, avait refusé l'exequatur d'un jugement étranger, qui attribuait la garde à la mère résidant à l'étranger. La Cour avait rendu sa décision sur la base d'un principe jurisprudentiel bien établi : « En cas de conflit parental au sujet de la garde des enfants, si l'un des parent réside dans un pays étranger non-musulman, la garde reviendrait à celui qui réside en Algérie, même s'il s'agit d'une mère non-musulmane ». Ainsi, la Cour suprême, avait Considéré que la présence de l'enfant à l'étranger allait altérer ses croyances et l'éloigner de sa religion et des coutumes des siens, et priver son père d'exercer son droit de visite et de surveillance. La jurisprudence algérienne de ce fait, considère que la résidence dans un pays non musulman constitue en matière de garde parentale une réserve d'ordre public, qui justifie le refus de l'accorder.

Dominée par un courant conservateur fidèle aux principes de l'Islam, la Cour suprême a adopté le même principe dans sa décision du 19/02/1990, suivie de celle du 26/12/2001. Elle avait confirmé à ce sujet qu'il était de l'intérêt de l'enfant de l'éduquer selon la religion de son père, considérant que la résidence de la

mère dans un pays étranger, privait le père de son droit de surveiller ses enfants, et de la possibilité de les visiter périodiquement. La Cour avait aussi considéré dans un autre arrêt, que la résidence en Algérie était implicitement exigée pour l'attribution de la garde, et que le transfert de résidence de la mère gardienne vers un pays étranger était soumis à l'approbation du juge pour la confirmation ou la destitution de son droit de garde, tout en tenant compte de l'intérêt de l'enfant conformément à l'article 69 du Code de la famille.

Cependant, dans une décision récente, bien que la gardienne ait acquis une nationalité étrangère et réside dans un pays étranger, non musulman, la Cour suprême a confirmé un arrêt qui lui avait accordé la garde de l'enfant, du fait qu'elle était musulmane.

Troisième section : la succession et le testament

Liés au patrimoine personnel, la succession et le testament sont deux régimes juridiques classés dans la loi algérienne – à l'instar des lois arabes – dans le statut personnel, contrairement aux lois occidentales où elles sont classées parmi les biens et les actes juridiques.

L'article 16/1 du code civil stipule que : "Les successions, testaments et autres dispositions à cause de mort son régis par la loi nationale du *de cujus* du testateur ou du disposant au moment du décès". Evidemment, l'exception d'ordre public international, permet au juge algérien de neutraliser cette règle de conflit en écartant la loi étrangère que celle-ci déclare compétente mais dont la teneur s'avère manifestement inacceptable au regard de l'ordre juridique du for. Aussi bien s'accorde-t-on à penser que l'application de la loi nationale étrangère du *de cujus* serait incompatible avec l'ordre public algérien, si celle-ci évinçait les filles de la succession, ou discriminait les héritiers selon la

couleur de leur peau, ou au contraire, si elle autorisait la succession entre musulmans et non-musulmans, ou la reconnaissait aux enfants illégitimes ou adoptés. En effet, toutes ces dispositions seraient contraires aux normes religieuses fondamentales, partie intégrante de l'ordre public.

Parmi les règles fondamentales des successions et testaments figurent celles stipulant que les mécréants n'héritent pas des musulmans et les musulmans n'héritent pas des mécréants même s'ils étaient mariés, de même pour les apostats; Les legs ne sont valables qu'au tiers de l'héritage, ce qui est en plus nécessite l'accord des héritiers, de même pour les legs en faveur d'un des héritiers ; Les dispositions à cause de mort, comme la vente consentie par un malade dans la période aigue de la maladie qui a entrainé sa mort, sont soumises au régime de la succession.

Beaucoup d'individus essayent d'échapper à ces dispositions en créant des statuts juridiques fictifs contraires au régime de la succession et du testament. Il nous sera utile d'analyser la jurisprudence algérienne à ce sujet, en nous référant à deux décisions de justice qui malgré leur conformité au droit, manquaient de précision dans leurs motifs, en raison, à notre avis, de leur maitrise insuffisante de l'application des mécanismes de conflits de lois.

La première affaire, jugée par la Cour suprême le 20/ 03/ 1968, est relative au testament formel établi par une femme en 1941, ou elle léguait tous ses biens à une autre femme, en choisissant la loi française comme *lex contractus.* La deuxième affaire quant à elle a été jugée le 17/10/1990 par la Cour suprême, au sujet d'un testament daté du 10/10/1952, établi par un musulman d'origine algérienne pour léguer la totalité de ses biens à son épouse, en déclarant le choix de la loi française qui autorisait cette démarche comme *lex contractus*; et mourut en 1956.

En dépit de la similitude des faits et l'unité des problèmes et solutions juridiques, la base légale, n'était pas assez maitrisée.

Dans la première affaire, la Cour suprême avait justifié sa décision d'écarter le choix de l'application de la loi française, sur le fait qu' « il [ce choix] est interdit dans les contrats unilatéraux qui portent sur les droits acquis des tiers par la loi naturellement applicable». Autrement dit, le choix de la *lex contractus* en vertu du principe de l'autonomie de la volonté est limité aux contrats bilatéraux, les contrats unilatéraux (les testaments) quant à eux, sont soumis à la loi nationale (c.à.d les dispositions du droit musulman dans le temps). C'est ainsi que la Cour supréme a confirmé la décision attaquée et a ramené le testament au tiers permis légalement.

Dans la deuxième affaire, et à travers les moyens invoqués par les parties, pris de la violation de l'article 16 du code civil, mais dont l'interprétation diffère selon leurs intérêts opposés. La Cour suprême n'a pas suffisamment justifié sa décision conformément au contenu du texte de l'article et son appréciation, ni définit la base légale de l'éviction de la loi étrangère. Bien qu'elle ait annulé l'arrêt attaqué, qui a approuvé la validité du testament, et donc la dévolution de la totalité de la succession à sa femme seule.

Le véritable problème juridique qui se pose dans les deux affaires, concerne la base légale de l'éviction de la loi choisie, sachant que le choix de cette dernière (la loi française), était dans le temps permis, par conséquent, les deux testaments étaient valides

Le conflit des lois dont il est question dans les deux cas est né lorsque deux lois régissant le même statut juridique se sont succédées à des moments différents sur un régime juridique, la première est celle de sa création (la loi française), la seconde (la loi algérienne actuelle) quant à elle est souveraine au moment

du litige ou de la prétention de l'application de la première loi, c.à.d. celle dont le droit a été acquis en conformité à ses dispositions.

Et comme nous le savons, conformément aux principes de conflit de lois, il n'est pas permis de se prévaloir d'un droit acquis en conformité à une disposition contraire à l'ordre public du for.

Il apparaît clairement des deux arrêts, que l'éviction de la loi compétente (*lex contractus*) s'est faite suite au jeu de l'exception d'ordre public. Les deux arrêts ont fait allusion à cela de façon indirecte

جامعـــة الجـــزائر1 بن يوسف بن خدة
نيـــابة مديرية الجامعة للتكـــوين العـــالي في الطور الثالث
والتأهيـــل الجامعي والبحـــث العلمي وكذا التكوين العالي فيما بعد التدرج



ملتقـــى دولـــي
الجزائر 24 & 25 **أكتوبر** 2016

القانون المدني
بعد أربعين سنة

عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1 **العدد:** 2016/05

حوليات جامعة الجزائر 1

عدد خاص

الملتقى الدولي الخامس

القانون المدني بعد أربعين سنة

الجزائر 24 & 25 أكتوبر 2016

تحت رعاية الأستاذ الدكتور: حميد بن شنيتي

مدير جامعة الجزائر 1

بإشراف الأستاذ الدكتور: علي فيلالي

إخراج: شهيناز بلوحشي

اللجنــة العلميــة

علــي فيــلالــي: أستــاذ التعليم العــالي، كلية الحقـوق- جامعة الجـزائر 1

غنيمة لحلو خيـار: أستــاذة التعليم العـالي، كلية الحقـوق - جامعة الجـزائر 1

سليمان محمــدي: أستــاذ التعليم العــالي، كلية الحقــوق- جامعة الجزائر 1

ذهبيــة حامــق: أستــــاذة محــاضرة ، كلية الحقـوق- جامعة الجـزائر 1

فريدة وعــــراب: أستــاذة محــاضرة ، كلية الحقــــوق- جامعة الجـزائر 1

راضية آمقــــران: أستــاذة محــاضرة ، كلية الحقــــوق- جامعة الجزائر 1

حيــــاة حامــي: أستــاذة محاضــرة، كلية الحقــــوق- جامعة الجــزائر 1

عرعارة عســالي: أستــاذة محاضــرة ، كلية الحقــــوق- جامعة الجـزائر 1

شوقي بنــــاسي: أستــاذ محاضــــرة، كلية الحقــــوق- جامعة الجـزائر 1

ليلــى كــــراش: أستــاذة محاضــرة، كلية الحقــــوق- جامعة الجــزائر 1

الأمانة التقنية

عثمــان دشيشــة: أستــاذ محــاضــر، كــلية الحقــــوق – جامعة الجـزائر 1

أحمــد بوعليــلي: أستــــاذ مســاعد، كــلية الحقــــوق - جامعة الجـزائر 1

فريدة مصطفى قـارة: أستــــاذة مســـاعدة، كــلية الحقــوق - جامعة الجزائر 1

اللجنــة التنظيمية

علــي حراتــي: رئيــــس مصلحــة الدراســات العليــا ، جامعة الجــزائر 1

شهيناز بلوحشي: مهنـــــدس دولــة في الاعــــلام الآلـــي، جامعة الجـزائر 1

ميمــي عيــــواز: مكــــلفة بالتــــأهيــل الجــــامعــي، جامعة الجزائر 1

لاميــة ازقــــار: مكــلفــــة بمشــــاريع البحــــث، جامعة الجـزائر 1

محمــد حنيــفي: مكــلــــف بمخــــابــــر البحــــث، جامعة الجزائر 1

الفهـــــــرس

الاشكالية 05

معتز محمد أبوزيد

ذاتية المجتمع في القانون المدني دراسة مقارنة للقانون المدني في تشريعات بعض الدول العربية 10

نجاة ساسي

الحقوق في القانون المدني: مضمون تقليدي بمقاربة جديدة 36

ذهبية حامق

النظـــــرية العامـة للعقـــــد : تصـور جديـد 77

محمد رحموني

أي دور للقانون المدني في حماية البيئة ؟ 102

شوقي بنّاسي

تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري الالتزامات أنموذجا 143

حمزة فتال / سمير شيهاني

علاقة القانون المدني بقانون الأسرة: قواعد الأهلية نموذجا 182

محمد كمال شرف الدين

خواطر حول مكانة القانون المدني الجزائري في منظومة المدوّنات العربية 203

محمد بودالي

أزمة القانون المدني في ظلّ اتّساع نطاق قانون حماية المستهلك 224

محمد عماد الدين عياض

تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك 246

سامي بن حملة

قانـــون العقـــود في مواجهـة قانـــون المنافســـة 276

خديجة فاضل

عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة 305

رياض فخري/ رشيد الطاهر

ظهير الالتزامات والعقود المغربي: بين المرتكزات وإكراهات التعديل 331

أحمد شاعة

تناقض الاجتهاد بين القضاء العادي والقضاء الاداري، ما الحل ؟ انتقال الملكية العقارية بالوفاة نموذجا 345

الطيب زروتي

إجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط 359

خلاصة لأشغال الملتقى 370

الإشكـــــاليـة

صدر القانون المدني في الفترة التي كانت تسعى فيها الجزائر إلى بناء مجتمع اشتراكي، مع العلم أن تحقيق هذا المسعى يقتضي تغييرا جذريا في تنظيم العلاقات داخل المجتمع لكونه يستند إلى معتقد جديد. ومن المعروف أن مثل هذه التغييرات الجذرية يتبناها ويجسدها سياسيون متشبعون بأفكار ثورية جديدة.

غير أن إعداد القانون المدني لم يخضع آنذاك للإجراءات السارية المفعول بشأن سن القوانين الهامة التي تساهم في بناء المجتمع الاشتراكي (قانون الثور الزراعية، قانون التسيير الاشتراكي للمؤسسات، ...)، لا سيما مناقشة مشاريع القوانين من قبل حزب جبهة التحرير الوطني باعتباره حزبا طلائعيا والمصادقة عليه من قبل مجلس الثورة والحكومة باعتباره القيادة الثورية الحكامة. وقد أوكل إعداده إلى مجموعة من محترفي القانون، باعتبار كفاءاتهم العلمية والعملية بغض النظر عن التزامهم السياسي.

ولما كان الأمر يتعلق بإصدار قانون جديد، فمن البديهي أن يكون معاصرا، ومعالجا ومتجانسا مع كل متطلبات المجتمع في ظل هذه التوجهات الجديدة وتطور الفكر القانوني. وهذا ما أكدته الوثيقة التي تحمل عنوان "عرض أسباب مشروع الأمر المتعلق بالقانون المدني"[1]، حيث ورد فيها أنه بعد صدور جملة من القوانين بقي أن يكتمل هذا الصَرْحُ بقانون مدني مستلهم من الإسهامات الإيجابية للعالم المعاصر الذي يتطوّر فيه مجتمعنا.

لقد كانت هذه التوجهات الجديدة محل اهتمام المشرع حتى قبل صدور القانون المدني، خاصة من خلال إصداره بعض القوانين منها: الأمر رقم 66-183 المؤرخ في 21 يونيو 1966 يتضمن تعويض حوادث العمل والأمراض المهنية، والأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 يناير 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، علما أن تعويض ضحايا هذه الحوادث كان من أهم المسائل التي انشغل بها المجتمع آنذاك.

---

[1] - توجد هذه الوثيقة بمكتبة كلية الحقوق الجزائر تحت رقم Pr/1998.

وللتذكير، فقد كان لتطور المجتمع الأثر البالغ على مبدإ سلطان الإرادة، باعتباره حجر الزاوية الذي بني عليه القانون المدني الفرنسي، إذ عرف تراجعا معتبرا، نتيجة التشكيك في الفرضية التي يستند إليها، وهي مساواة الأشخاص واستقلاليتهم. وهذا ما ساعد على الانتقال من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة، وبروز النزعة الموضوعية إلى جانب النزعة الذاتية، وظهور ظاهرتي جميعة العقد وعيممته. كما ظهر أيضا مفهوم المخاطر الاجتماعية بالموازاة مع تطوّر نظام المسؤولية المدنية تبعا لتفشي مخاطر جديدة ذات عواقب وخيمة، خاصة تلك التي تتسبّب فيها حوادث التصنيع وأخطار المنتجات وغيرها.

كما لوحظ تراجع في الطابع المطلق للحقوق بتقييدها، مراعاة لتحقيق المصالح الخاصة والمصلحة العامة في آن واحد، إذ لم يعد صاحب الحق فردا مستقلا عن المجتمع، بل أصبح جزءا منه، له حقوق وعليه واجبات. وبالموازاة مع ذلك، تم تسجيل زيادة في الحقوق وتنوعها، فظهرت حقوق جديدة منها الحق في السلامة الجسدية، والحق في بيئة نظيفة، والحق في الإعلام ...إلخ.

كما أفرز الواقع، تراجعا في التأمينات الشخصية والعينية التقليدية، من كفالة ورهن عقاري، بظهور تأمينات جديدة مثل الضمانات البنكية (الضمان عند الطلب الأول، الاعتماد المستندي) والضمانات في إطار التأمين، والرهن القانوني، وبند الاحتفاظ بالملكية وغيرها، وهي أكثر نجاعة بالنسبة للدائن، وأقل عبئا على المدين وملاءمة للتطور المجتمع.

لقد عرف المجتمع، بالإضافة إلى كل هذه التطورات القانونية، معاملات جديدة لم تكن معروفة من قبل كعقد حفظ الحق والبيع على التصاميم، وعقود ما قبل التشغيل، وعقد تحويل الفاتورة، وعقد الاعتماد الايجاري، ومن ثم وجب معالجتها قانونا.

ولكن بالرجوع إلى عرض أسباب القانون المدني يبدو أن الهدف الذي سعى المشرع إلى تحقيقه كان أقل طموحا، فلم يتمكن من إحداث ثورة تشريعية، وإنما اكتفى فقط بوضع أداة قانونية بيد القاضي، وهذا ما أكّدته نصوص القانون المدني، إذ جاءت خالية من كل إبداع باستثناء بعض النصوص

منها المادة 90 والمادة 3/107، وبقي المشرع متمسكا بالمبادئ التي كرّسها قانون نابليون.

إن تأثر المشرع بالقانون الفرنسي[2] منعه حتى من إيجاد صياغة جديدة للنصوص القانونية عندما اعتمد في حالات محدودة تصورا جديدا مخالفا لتصور المشرع الفرنسي. فقد تبنى المشرع - على سبيل المثال- فكرة الحقوق الوظيفية – وهي حقوق مقيدة أصلا- وذلك من خلال تعريفه لحق الملكية، وكذا بعض حالات التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني (ملغاة[3])، غير أن هذا لم يمنعه من عنونة القسم الثالث من الفصل الأول، الباب الأول، الكتاب الثالث بـ "القيود التي تلحق حق الملكية"، وكأنه يعتبر حق الملكية حقا مطلقا. وفي ضوء هذا التردد يحق لنا التساؤل عن مدى مسايرة القانون المدني لمتطلبات المجتمع؟

أما من حيث المصادر التي اعتمد عليها المشرع في وضعه للقانون المدني فيبدو أن هناك تناقضا واضحا بين نصوص القانون المدني من جهة والوثيقة المتضمّنة عرضه أسبابه من جهة أخرى. فقد جاء، بكل وضوح، في عرض الأسباب أن المشرع يسعى إلى إعداد قانون جزائري أصيل وذلك بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، وقد تجلى هذا في الخطاب السياسي الرسمي، غداة الاستقلال، الذي كان يرى أنه لا استقلال دون استرجاع الهوية الجزائرية من خلال استعادة اللغة العربية، وكذا الثقافة العربية الإسلامية والأمازيغية مكانتهما. ومما جاء في عرض الأسباب، على وجه الخصوص، أنه بعد صدور جملة من القوانين وإلغاء القانون رقم 62-157 ابتداء من 5 جويلية 1975 بقي عندئذ إكمال هذا الصرح المهم بواسطة اعتماد قانون مدني يجب البحث عن إلهامه في قيمنا العربية – الإسلامية.

---

[2] - لقد تم بموجب القانون رقم 62-157 التمديد إلى أشعار آخر لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر 1962، وعليه كان القانون المدني الفرنسي بمثابة القانون المدني الجزائري إلى غاية اصدار القانون المدني الجزائر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 مع تطبيقه بأثر رجعي من 05 جويلية 1975.

[3] - المادة 124 مكرر مدني في النص الحالي.

ولكن الملاحظ أنه وعلى الرغم من كل ما جاء في عرض الأسباب فإن نص القانون المدني بقي محتفظا، من حيث الشكل والأسلوب والمصطلحات والمضمون والمبادئ، بقانون نابليون، واقتصر نصيب الشريعة الإسلامية على بعض الأحكام الخاصة، منها مجلس العقد، ومرض الموت، والشفعة...الخ. ولعل ما يلفت الانتباه أن هذه الأحكام لم تتكيّف مع المبادئ العامة للقانون المدني، فبقيت مجرد حالات استثنائية. وأما الأعراف فلا محل لها من الإعراب، إذ تولى المشرع تنظيم كل كبيرة وصغيرة في إطار تشييد مجتمع جديد. وتثير كل هذه الاعتبارات التساؤل عن أصالة القانون الجزائري عموما والقانون المدني خصوصا؟

بالإضافة إلى هذا هناك خاصية بالنسبة للقانون الجزائري بصفة عامة والقانون المدني بصفة خاصة، وهي الازدواجية اللغوية. لقد تم تحرير القانون المدني باللغة الفرنسية ثم ترجم ترجمة لغوية إلى اللغة العربية، الأمر الذي أدى في بعض الحالات إلى تناقض بين النص العربي والنص الفرنسي.

لقد أصبح الإلمام والإحاطة بالقانون في الوقت الحالي من الأمور الصعبة جدا، بالنظر إلى كثرة التشريعات كما ونوعا، فظهرت على مستوى المجتمعات المتقدمة – معالجة لهذا الأمر- حركة واسعة للتقنين، وفق أسلوب جديد يشمل التشريع والتنظيم في آن واحد ، مما يسهل الاطلاع على القوانين من قبل الكافة. ولكن الملاحظ بالنسبة للقانون المدني الجزائري أنه لم يبق على الأسلوب التقليدي فحسب، بل لا زال يلجأ إلى أسلوب التشريعات الخاصة التي تتزايد يوما بعد يوم. ومن المعروف أن تطبيق هذه التشريعات يكون على حساب الشريعة العامة، أي القانون المدني، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن المكانة الحقيقية لأحكام القانون المدني كشريعة عامة في ضوء تزايد التشريعات الخاصة؟ كما يمكننا التساؤل حتى عن مستقبله لا سيما وأن بعض التشريعات، على غرار قانون حماية المستهلك، يستند إلى فرضية مختلفة، وينتهج أسلوبا غريبا عن أسلوب القانون الخاص، وأفرز مبادئ جديدة؟

إنه من الثابت أيضا أن للاجتهاد القضائي دورا كبيرا في استقرار القوانين، وذلك من خلال تكييفها مع المستجدات عند التطبيق، وإيجاد الحلول الملائمة تبعا للتطور المستمر الذي يعرفه المجتمع، ولعل أحسن مثال، في هذا الشأن، هو الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي ساعد على استمرار تطبيق نصوص القانون المدني الفرنسي منذ أكثر من قرنين، محاولا في كل مرة معالجة كل المستجدات دون حاجة للرجوع إلى المشرع. والجدير بالملاحظة أن الأمن القانوني – وهو أحد متطلبات العصر – قوامه استقرار القوانين والاجتهاد القضائي. وبالنظر إلى هذا الدور الهام الذي يلعبه الاجتهاد القضائي، في المواد المدنية، يكون من المفيد جدا تناول حصيلة الاجتهاد القضائي الجزائري خلال أربعين سنة من التطبيق.

وفي الأخير، ونظرا لانتماء الجزائر إلى المنطقة المتوسطية، وإلى مجموعة البلدان العربية وفي ضوء ظاهرة العولمة، لعله من المفيد جدا الاستفادة من تجربة القانون المدني الفرنسي باعتباره مصدرا أساسيا وهو حاليا محل إصلاح، وكذا القانون المصري كونه "رائد" القوانين العربية، بالإضافة إلى تجربة بلدان المغرب العربي لا سيما تونس والمغرب لكونهما تأثرا هما كذلك بالقانون المدني الفرنسي ويتقسمان مع الجزائر اللغة والحضارة العربية الإسلامية بالإضافة إلي أنهما بلدان مجاوران لها.

تلكم هي التساؤلات التي تثيرها إشكالية هذا الملتقى الدولي والتي يمكن معالجتها من خلال المحاور الأربعة التالية:

- القانون المدني: مبادئ عامة،
- مستقبل القانون المدني بالنظر إلى تزايد التشريعات الخاصة،
- قراءة في بعض القرارات القضائية،
- قراءة في القوانين المدنية العربية وإصلاح القانون المدني الفرنسي.

اللجنة العلمية

ذاتية المجتمع في القانون المدني
دراسة مقارنة للقانون المدني في تشريعات بعض الدول العربية

المستشار الدكتور: معتز محمد أبوزيد
نائب رئيس مجلس الدولة المصري
محاضر القانون بالجامعات المصرية
المستشار القانوني بمجلس النواب بمملكة البحرين

ملخص

يحتل القانون المدني مكانة متميزة ضمن المنظومة القانونية، فهو فعلا أبو القوانين، وقد ساهم كثيرًا في إثراء الفكر القانوني، وهو أحسن تعبير عن ذاتية المجتمع، ورغم تعدد أساليبه إلا أن التشريعات العربية تشترك في قواسم كثيرة يعود الفضل في ذلك إلى القانون المدني المصري.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني - قانون نابليون- الشريعة الإسلامية.

Résumé

Le code civil occupe une place prépondérante dans le système juridique, en ce qu'il est également le droit commun pour les autres branches du droit. Il a enrichi considérablement la pensée juridique. Il est également la meilleure expression des spécificités de la société. La diversité de ces procédés n'a pas cependant empêché les législations arabes de partager beaucoup de points communs et cela grâce au code civil égyptien.

Les mots clefs : code civil- code napoléonien – Chari'a islamique.

مقدمـــــة

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

تتنافس التشريعات الوضعية في النظم القانونية المختلفة على تحقيق أكبر قدر من رعاية المصالح العامة والخاصة من خلال نصوصها وقدرة هذه النصوص على تنظيم معاملات الأفراد ، وتشغل نصوص القانون المدني حيزا واسعا ومؤثرا في هذا المجال إذ أنها المعنية بشكل أساسي ورئيسي بتنظيم هذه العلاقات والحقوق والالتزامات في أي مجتمع، وعليه فان القانون المدني هو عنصر مشترك في منظومة النصوص القانونية للدول والأنظمة القانونية المختلفة .

إلا أنه من الملاحظ ومع ثبات الأسس والمبادئ التي يقوم عليها التقنين المدني إلا أنه ليس متطابقا في جميع الدول التي تأخذ بفكرة ذلك التقنين وإن تعددت طرق تناوله بين نظام العرف المستند إلى تقاليد المجتمع أو نظام التقنين المكتوب الذي يتجه لإصدار و سن القوانين بشأن نصوص القانون المدني .

وعلى صعيد آخر فالقانون المدني محل اجتهاد وعمل دؤوب ما بين مشرع يختار أسلوبا ومدرسة معينة في التقنين وفقيه يجتهد في الشرح والتحليل والمعالجة إذا لزم الأمر فضلا عن سلطة القضاء في تنفيذ وإعمال أحكام هذه النصوص على نحو يتفق وما قصده الشارع منها .

وقد شرعت الدول العربية منذ عقود طويلة في خوض غمار هذه المنافسة بشأن وضع تشريعات القانون المدني وقطعت شوطا لا بأس به وقدمت نماذج مختلفة لأساليب التقنين المدني مزجت فيها بين عدة مصادر لوضع هذه القواعد ربما لم تقدمها النماذج الغربية التي سبقت الدول العربية في وضع التقنين المدني.

وكذلك كشفت تشريعات القانون المدني في البلاد العربية عن كنز الشريعة الإسلامية التي نهلت منه واستفادت وقامت بتوظيف ومراجعة أحكام الشريعة المتكاملة لتدعيم نصوص القانون المدني وسد النقص فيها بل وتجويدها وتحسينها بما يناسب طبيعة علاقات الأفراد ومعاملاتهم في المجتمعات العربية .

إلا أن المدارس والمصادر وأحكام الشريعة لم تكن هي العناصر المسئولة فقط عن تحديد هوية واتجاه وشكل القانون المدني في تشريعات البلاد العربية وإنما ظهر عنصر رابع أسفر عن اختلاف التشريعات العربية بشأن القانون المدني

عن نظيراتها الأوروبية بل وأسفر عن تباين واضح ومتفرد بين تشريعات الدول العربية بشأن القانون المدني فيما بينها، لم يرق هذا التباين لدرجة الخلاف والتعارض وإنما أشار إلى نقطة هامة وهي اختلاف المجتمعات وذاتيتها وتفردها عند وضع ذات القانون المدني بناء على اختلاف الهوية والذاتية لكل مجتمع وهو ما نحاول أن نقدمه من خلال هذا البحث من خلال خطة البحث التالية :

الفصل الأول: طبيعة القانون المدني ومواده

- المبحث الأول: القانون المدني أبو القوانين
- المبحث الثاني: تأثير القانون المدني في الفكر القانوني
- المبحث الثالث: موضوعات القانون المدني

الفصل الثاني: أسس القانون المدني وتاريخه ومصادره

- المبحث الأول: القانون المدني وذاتية المجتمع
- المبحث الثاني: الأساليب التاريخية في القانون المدني
- المبحث الثالث : الشريعة الإسلامية ومصادر القانون المدني

الفصل الثالث: اتجاهات التشريعات العربية وتفردها في القانون المدني

- المبحث الأول: القانون المدني المصري
- المبحث الثاني: القانون المدني الجزائري
- المبحث الثالث: القانون المدني في التشريعات العربية

الخاتمة والخلاصة والتوصيات

قائمة مراجع البحث

وعلى ما تقدم نستعين بالله من خلال البحث الماثل لتقديم محتويات هذه الدراسة راجين من الله عز وجل التوفيق والسداد فهو نعم المولى ونعم الوكيل.

الفصل الأول: طبيعة القانون المدني و مواده

يعتبر القانون المدني من التشريعات الأصيلة في أي نظام قانوني، بل يعتبر دائما أساسا ومرجعا دائما لمعظم القوانين التي قد تتفرع منه أو تنشأ بجانبه أو تقاس عليه، فالقانون المدني هو القانون الأقرب انطباقا مع تعريف القاعدة القانونية الفقهي والأصولي الذي ينتهي إلى أن القانون هو قاعدة عامة مجردة تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع وتقترن بجزاء يطبق على من يخالفها، وإن كان ذلك التعريف ينطبق بوجه عام على جميع القواعد القانونية إلا أن تعريف باقي القواعد القانونية خارج نطاق القانون المدني إنما يحتاج إلى إضافة لنقطة أخرى في التعريف حتى يرتبط ذلك التعريف بمجال نصوص القانون، أما بالنسبة للقانون المدني فإنه يجسد التعريف العام للقاعدة القانونية وليس أدل على ذلك من أن تعريف القاعدة القانونية على النحو سالف البيان ثابت ومحجوز في المقررات الدراسية القانونية والحقوقية لحساب منهج القانون المدني أو الجزء الأول من دراسته وهو المدخل لدراسة القانون، وهو ما سنتناوله بالتفصيل في هذا الفصل.

المبحث الأول: القانون المدني أبو القوانين

يسمع الطالب أو الباحث القانوني في كل المراحل الدراسية لمواد الحقوق والقانون هذه العبارة "القانون المدني أبو القوانين" منذ بداية تعامله مع هذه الدراسات والمقررات والأبحاث إلى أن تتحول هذه العبارة إلى قناعة لديه عند نهاية دراسته لمواد الحقوق والقانون.

ولعل البعد التاريخي لقواعد القانون المدني هو ما رفعه لدرجة الأبوة بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى أو من ناحية أخرى قد تكون شمولية القواعد القانونية في التشريع المدني هو ما جعل له الدرجة الأعلى بين القوانين الأخرى حيث تناول مبدئيا جميع أشكال النشاط البشري الذي يخضع لرقابة القانون وهو ما تفرع بعد ذلك إلى عدة قوانين أخرى بحسب كل نشاط وقانونه الخاص.

وقد يكون من أهم أسباب تسمية القانون المدني بأبي القوانين أن القانون المدني يعد من القوانين التي تنوعت مصادرها أو من القوانين التي حولت قواعد العادات والتقاليد والأخلاق والحقوق والقوانين الطبيعية وقواعد العدالة إلى نصوص قانونية وهي الأسس التي يرتكز عليها أي تشريع في أي مجتمع ولما كان

للقانون المدني السبق في تطويع هذه المصادر لتكون قواعد قانونية ومن ثم كان له السبق كذلك في لقب أبي القوانين .

أما عن اللمحة التاريخية لنشأة القانون المدني فان أصل تسمية القانون المدني يرجع إلى القانون الروماني، وتعبير المدني civil مشتق من الكلمة اللاتينية civili والتي تعني المدينة، حيث كان القانون المدني يطبق في مدينة روما وعلى مواطنيها، في حين أن القانون الذي كان مطبقاً خارج روما يسمى قانون الشعوب.

وفي العصور الوسطى، تطور مفهوم القانون المدني ليصبح مرادفاً للقانون الروماني وخاصة موسوعة القانون المدني التي تم جمعها في عهد الإمبراطور جستنيان، وذلك لتمييزها من القانون الكنسي. ولايزال أثر ذلك بادياً حتى اليوم، إذ إن كثيراً من المؤلفين الأنجلوساكسون يستخدمون مصطلح "القانون المدني" civil law للتعبير عن النظام القانوني المستمد من القانون الروماني، وذلك مقابل النظام القانوني الذي يقوم على الشريعة العامة common law.

طرأ تطور آخر على مصطلح القانون المدني ليصبح بعد ذلك مرادفاً لتعبير القانون الخاص، فعلى أساس قواعد القانون المدني ظهرت فروع جديدة في القانون الخاص (كالقانون التجاري وقانون العمل والقانون الزراعي) تأخذ كثيراً من قواعد هذا القانون وتؤسس أحكامها على نظرياته، الأمر الذي جعل من القانون المدني الشريعة العامة في العلاقات القانونية الخاصة، بمعنى أن قواعده تطبق على الأشخاص جميعاً بمختلف طوائفهم ومهنهم وذلك خلاف الفروع الأخرى التي تختص بطوائف أو مهن معينة أو تتناول أوضاعاً وحالات محددة، وفضلاً عن ذلك فإنه يرجع إلى قواعد القانون المدني في كل مسألة تسكت عن تنظيمها الفروع الأخرى للقانون الخاص.

وعلى ما تقدم فان ارتباط القانون المدني بقواعد العرف والعادات وكذلك أول المجموعات القانونية التي عرفتها النظم القانونية في العصر الروماني وقواعد الشرائع أو الأديان المختلفة، وانتشار القانون المدني في مجتمعات ثقافية وحضارية مختلفة بين الأنظمة القانونية اللاتينية أو الأنجلوساكسون يجعل منه القانون الأجدر بمصطلح أبي القوانين على النحو سالف البيان .

المبحث الثاني: تأثير القانون المدني في الفكر القانوني

أرسى القانون المدني وعلومه بعض المبادئ التي تأسست عليها علوم القانون بوجه عام، فيمكن في البداية أن ننتهي إلى أن القانون المدني أنشأ فرع القانون الخاص في علوم القانون، فعلم القانون الخاص لم يكن موجودا في البداية ولا حتى في كتابات الفقه القانوني شاملا القانون المدني وغيره من القوانين التي تنظم علاقات الأفراد وإنما ظهر القانون المدني وتفرعت عنه أو ظهرت بجانبه القوانين الأخرى التي ترتبط بنشاط الأفراد وتنظمها مثل القانون التجاري وقوانين الأحوال الشخصية، وتكون قسم القانون الخاص في الدراسات القانونية من مجموع هذه التقنينات التي بدأت كلها تحت عباءة القانون المدني .

قدم القانون المدني من خلال شمولية مواده وثرائها إلى الفكر القانوني تصنيفات فقهية هامة من خلال نصوصه في الأنظمة القانونية المختلفة من حيث اختلاف القواعد في القانون المدني إلى النص الموضوعي والنص الإجرائي أي النص الإخباري الذي يعطي الخبر عن قاعدة أو يسمي نشاطا وهي القاعدة الموضوعية وهي التي تتناولها الدراسات القانونية بالتعريف والشرح والتحليل، وكذلك وجد النص الإجرائي وهو الذي يكشف عن كيفية تنفيذ أو ممارسة أو الحصول على هذه القاعدة التي تناولها النص الموضوعي وهو ما اندرج تحت الدراسات الفقهية التي تأخذ الطابع التطبيقي أو المقارن حيث تختلف من مجتمع لآخر .

وكذلك أرسى القانون المدني فقه القاعدة القانونية الآمرة واجبة النفاذ كما أخبر بها النص لا تقبل التفافا أو اتفاقا يقابل أحكامها لاتصالها بمبادئ النظام العام الذي يحكم المجتمع أو النظام القانوني الذي صدرت في شأنه هذه القاعدة، وكذلك فقه القاعدة القانونية المكملة وهي التي ترتبط بمصلحة الأفراد أكثر مما ترتبط بالصالح العام للمجتمع وهي التي قد يكتفى في شأنها اتفاق بين أطراف العلاقة حتى وان خالف ذلك الاتفاق ما ورد في نص القاعدة.

ولعل الاختلاف بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة الذي ظهر جليا في قواعد القانون المدني وتعمم بعد ذلك في جميع التشريعات التي تندرج تحت تقسيم القانون الخاص قد كشف للفقه القانوني عن مفاهيم دراسية وبحثية جديدة كان من أبرزها فكرة النظام العام والذي يعتبر من أكثر الموضوعات التي استنهضت همم الباحثين وفقهاء القانون للوقوف عليها وتحديد ماهيتها، بل وأكثر من ذلك فان

فكرة النظام العام قد توسعت القوانين في تناولها حتى أصبحت نقطة قياس والتقاء بين قواعد التشريعات التي تعتبر من تشريعات القانون الخاص والتشريعات الأخرى التي تعتبر من تشريعات القانون العام والتي تحتل السلطة العامة جانبا كبيرا في تنظيم قواعدها مثل القانون الدستوري والقانون الجنائي.

وبجانب ما تقدم لم تكن اضافات القانون المدني إلى الفكر القانوني في صورة تشريعات فقط وإنما في صورة نظريات وتطبيقات استخدمتها كتابات الفقهاء وأحكام القضاء لتناول هذه الأفكار التي وجدت لها تطبيقا واسعا في قواعد القانون المدني مثل فكرة تفسير النصوص والتي اشتملت على اجتهادات واتجاهات عديدة من رجال القضاء في وضع مبادئ مستقرة لتفسير النصوص القانونية والتعاقدية والتي تجد في القانون المدني محلا لها بصـــورة تخدم نظرية العقد وحسن تنفيذه والتقليل من المنازعات بشأنه في إطار حسن النية وتنفيذ الالتزامات وأداء الحقوق.

وقدم القانون المدني كذلك فكرة التشريع العام أو شريعة عامة أو الأصل القانوني الذي يرجع لها عند تضارب الأحكام واختلاف النصوص خاصة في الموضوعات التي تظهر حديثا في الفكر القانوني، ومن ذلك ما امتد من قواعد تنظيم العقود ونظرياتها من القانون المدني كقانون خاص إلى روابط القانون العام حيث تم الاستعانة بها في وضع أحدث نظريات العقود الإدارية ومسئولية الدولة عن أعمالها وما انتهى إليه هذا المجال من بحث التنظيم القانوني للشراكات المتمثلة في العقود التي تبرمها الدولة بغرض الاستثمار وتضافر العقود الإدارية والعقود التي ينظمها القانون المدني في أكثر من مجال من أنشطة الدولة أو الأفراد ، وفي ذلك كله يرجع للأصول الأولى والأفكار الأساسية التي قدمها القانون المدني في نظرية العقد.

المبحث الثالث: موضوعات القانون المدني

يصعب القول بأن القانون المدني هو قانون نشأ لتنظيم نشاط معين أو تناول جانب معين من نشاطات الأفراد بالتنظيم مثل القانون التجاري أو قانون الأحوال الشخصية أو القانون الجوي أو القانون البحري، حيث بدأ دائما القانون المدني كمدخل لعلم القانون بوجه عام متطرقا إلى نظرية القانون وكيفية وضعها ومصادرها وأنواعها ثم يعرض نظرية الحق وتعريفه وأركانه وكذلك ما يقابل

هذا الحق من الالتزام ومصادر هذا الالتزام ومن خلال هذه الموضوعات تظهر قواعد القانون المدني التي تعطي التفصيلات المطلوبة في كل علاقة وفي كل نشاط مثل نظرية العقود وفكرة الأهلية والشخص الطبيعي والشخص الاعتباري والأحوال الشخصية وما إلى ذلك من موضوعات .

كذلك فإنه نظرا لتنوع موضوعات وقواعد القانون المدني فإن معظم النظم القانونية تركن إلى وضع قانون أو كود للقانون المدني وكود آخر للمرافعات المدنية والتجارية وما الكود الثاني إلا قانون إجرائي لإجراءات التقاضي التي قد يسعى إليها أطراف العلاقات التي تناولها القانون الأول، إلا أن إجراءات المرافعات المدنية وهي من أقسام وموضوعات القانون المدني الا أنها غالبا ما تنفصل في تشريع منفصل لتنوع أحكامها وارتباطها بشق العمل القضائي وليس معاملات الأفراد فحسب .

وتعد نظرية الإثبات وما يعتمد من وسائل الإثبات بحسب نصوص القانون كذلك من الموضوعات الأصيلة في القانون المدني حيث أنها وسائل تقوم أصلا على ما نشأ بين الأفراد من علاقات ولا يمكن تصور حدوثها أو إجرائها إلا من خلال القانون المدني وإجراءاته مثل الكتابة أو شهادة الشهود أو حلف أو الأخذ بأدلة القياس أو القرائن ونظرا لخطورة وحساسية موضوع الإثبات في النظم القانونية انفصلت قوانين الإثبات في معظم المجتمعات بتشريع منفصل ذلك لإمكانية انطباقها بصورة عامة على جميع الإجراءات حتى ما خرج منها عن نطاق القانون المدني ودخل في نطاق قوانين أخرى قد تكون خارج نطاق دراسات القانون الخاص مثل القانون الجنائي .

لم يكتف القانون المدني بأن شكّل الموضوعات السابقة فقط ثم قدمها كقوانين منفصلة في المجتمعات المختلفة، بل إن القانون المدني تمتع بشجاعة اقتحام المجالات القانونية الجديدة التي تطرقت إليها معاملات الأفراد وتناولها بالتنظيم حتى من قبل أن تتطرق إليها القوانين الأخرى، وكان في ذلك من الخير أن تبين أي من هذه الموضوعات الحديثة سيظل تابعا لقواعد القانون المدني مثل فكرة الإثبات والتوقيع الإلكتروني ومنها ما قد يخرج عن نطاق القانون المدني و تدخل فيه أعمال السلطة العامة وتنظمه القوانين الأخرى مثل حماية الملكية الفكرية وتسجيل العلامات التجارية وبراءات الاختراع .

وفضلا عما تقدم فإن القانون المدني يعد معيارا للتفرقة في بعض المجتمعات بين النصوص القانون ذات المرجعية الدينية والنصوص القانونية التي تضعها

السلطات التشريعية مستندة إلى أعراف وتقاليد المجتمع أو ما ترسخ لديها من فقه القانون المدني في معاملات الأفراد مثل عقود الزواج التي قد تتنوع في بعض المجتمعات إلى عقود زواج مدنية يجريها الموثق المختص بتحرير عقود القانون المدني وعقود زواج أخرى في نفس المجتمع يجريها رجل الدين وفق لأحكام الأديان والشرائع، وكذلك ما قد تتناوله بعض النظم القانون في شأن القواعد القانونية الخاصة بالوصية أو المواريث والأوقاف التي قد تتنوع الأحكام المنظمة لها بين قواعد القانون المدني أو قواعد الشرائع الدينية .

الفصل الثاني: أسس القانون المدني وتاريخه ومصادره

منحت الفلسفة للإنسان حق الاختيار والحرية وجعل القانون من إرادة هذا الاختيار مناط المسئولية والتكليف واعتمد القانون المدني على ذلك، ومع قدم قواعد القانون المدنية ورسوخها في الفكر القانوني إلا أنه لم يتبلور كتشريع منظم إلا في القرن التاسع عشر بعدما بدأت النظم القانونية المختلفة تعتنق أفكار الحرية الفردية وتأخذ بالنظريات الحديثة في الحرية الاجتماعية والاقتصادية لنشاطات الأفراد.

وفيما بين النظرية الفردية التي تؤمن بأن الإنسان ما هو إلا إرادة حرة وأن حرية نشاطات الأفراد الاجتماعية والاقتصادية إنما هو الإزدهار الحقيقي للمجتمع الذي يحقق في مجمله المصلحة العامة، وبين الأساس الديني والأخلاقي المتمثل في فكرة الوفاء والالتزام ومراعاة الحقوق والواجبات، وبين دور الدولة في وضع التنظيم القانوني والقضائي لمعاملات الأفراد ونشاطاتهم المختلفة ظهرت قواعد القانون المدني بأسس وخصائص تميزه عن غيره من قواعد القانون الأخرى وتعطيه طابعا خاصا يعكس صفات المجتمع ويصور مبادئه من خلال قواعده و نصوصه وهو ما نستعرضه من خلال هذا الفصل .

المبحث الأول: القانون المدني وذاتية المجتمع

يعد التقارب من أهم سمات القانون المدني التي تربطه بالمجتمعات القديمة والحديثة التي عرفت التنظيم والفكر القانونيين، فالقانون المدني في صورة القاعدة المكتوبة أو الأعراف المستقرة أو حتى النظريات الأولى واحد في نظرياته وأسسه العامة وأفكاره، فلا يوجد خلاف مثلا بين الدول المختلفة والنظم القانونية

المختلفة على نظرية القاعدة القانونية وتعريفها وكذلك نظرية وأركان العقد ومصادر الالتزام أو فكرة سلطان الإرادة فهي الأسس العامة للقانون المدني التي تتوحد بلون العديد من النظم والقواعد.

إلا أن الترتيب الفكري والموضوعي بل والإجرائي هو ما يميز قواعد القانون المدني في كل مجتمع ويفرد له ذاتيته التي ترتبط بخصائص هذا المجتمع وتعبر عنه، وقد يرجع ذلك إلى الأساس والمصدر الذي تستقى منه قواعد القانون المدني في هذا المجتمع فتظهر على صورة نصوص في القانون المدني، أما ما لا يؤمن به المجتمع أو يعتنقه من أفكار فيختفي من نطاق التنظيم القانوني لقواعد القانون المدني في كل نظام قانوني.

ومما يؤكد ما سبق من ارتباط بين المجتمع وصفاته ومبادئه وما يظهر في نصوص وقواعد القانون المدني هو سرعة تصور ومرونة القانون المدني لتواكب ما قد يظهر حديثا من معاملات بين الأفراد وما يستجد من علاقات قانونية بينهم، وليس أدل على ذلك من استحداث بعض الأفكار في القانون المدني فرضتها طبيعة المعاملات الحديثة مثل فكرة التشاور والمفاوضة التي قد تسبق العقود، فهي في الأصل مرحلة غير ملزمة للقيام بها أو فيما تسفر عنه من نتائج تسبق التعاقد وإجراءاته بشكل عام إلا أن هناك من المعاملات ما يتمسك بإجراء هذه المفاوضات حتى وإن لم ينته الأمر إلى إبرام العقد السليم وحتى مع ظهور أو اختفاء مرحلة المفاوضات تبقى مرحلة الاتفاق أو الايجاب والقبول هي المحور الأساسي للتعاقد وما مرحلة المفاوضات إلا تطور يتماشى بمنتهى المرونة مع ما يطرأ على نشاطات الأفراد وما يستحسنوه في معاملاتهم القانونية.

وفي ذات السياق تتبنى بعض المجتمعات فكرة التحكيم، خاصة في النظم القانونية التي تتأثر بالفكر الرأسمالي وسرعة النشاط الاقتصادي والتجاري والذي يرتبط ولا شك بأصول هذه المعاملات لدى الأفراد والتي ينظمها القانون المدني وما تفرع عنها من قواعد القانون التجاري الأكثر اتصالا بهذه النشاطات، ولا شك أن نظريات التحكيم وقرارات هيئات التحكيم في الدول المختلفة أصبحت تشكل حيزا خاصا من حسم معاملات الأفراد وما قد يثور بشأنها من منازعات تضاهي أحكام القضاء جنبا إلى جنب في بعض الأحيان إلا أن فكرة التحكيم بشكل عام توجد في بعض الأحيان منظمة وبقانون مختلف ومتفرد

وبصورة واضحة وجلية إلا أن تطبيقها قد يأتي على استحياء في بعض المجتمعات احتفاظا بفكرة الاختصاص القضائي لحل النزاعات وإيمانا من الأفراد بصحة اللجوء للقضاء لحل النزاعات عن اللجوء إلى طرق التحكيم، في حين أن بعض المجتمعات قد لا تضع نصوصا خاصة لتنظيم عمليات التحكيم وفي إطار النظريات العامة وقواعد القانون الطبيعي يوجد تطبيق كامل وشامل لعمليات التحكيم أكثر مما يلجأ الأفراد في هذه المجتمعات إلى التقاضي، ولا يخفى ما في ذلك من وضوح ذاتية المجتمع في الأخذ بهذه الأفكار من عدمه بصرف النظر عن تنظيم القانون المدني للمعاملات المدنية من عدمه .

وعلى جانب آخر فإن بعض النظم القانونية التي تتبنى الفكر الجماعي والتي نادت بأفكار الاشتراكية ومصلحة الدولة وقدرتها على تنظيم علاقات الأفراد وتحديد مبدإ سلطان الإرادة على أساس أنه ليس وحدة مصدر وأساس الالتزام والتكليف فبدأت بعض الأفكار الأخرى في الظهور في قواعد القانون المدني في بعض النظم القانونية ومنها فكرة عقود الاذعان وهي العقود التي تغل فيها إرادة الفرد في قبول أو رفض بنودها ووجوب التزامه بها حتى وإن لم يتعادل أو يتساوى فيها المركز القانوني لطرفي التعاقد على نحو عادل، فضلا عما تفرضه بعض قواعد القانون المدني في الدول التي تعتنق المذهب الجماعي من حق الدولة في التدخل في بعض الأنشطة وممارستها على نحو معين أو على سبيل الانفراد وحظر ممارسة بعض الأنشطة الاجتماعية والاقتصادية على الأفراد من خلال نصوص القانون المدني في هذه النظم القانونية .

المبحث الثاني: الأساليب التاريخية في القانون المدني

لم تظهر ذاتية المجتمع فقط من خلال قواعد القانون المدني في الدول الحديثة أو وفقا لما تعتنقه من مذاهب أو أفكار قانونية مثل المذهب الفردي أو المذهب الجماعي وانما انعكس ذلك في الطريقة أو الأيديولوجية التي وضعت الدول من خلالها قواعد قانونها المدني، بل وان أفكار المجتمعات القديمة كذلك ظهرت من خلال آلياتها في وضع نصوص القانون المدني حتى قبل ظهور مذاهب الفكر القانوني والاجتماعي الحديثة.

1- من أوائل المدارس الكلاسيكية في القانون المدني هي المدرسة الرومانية التي وضعت مجموعات قانونية تعد من أوائل قواعد التقنين المدني في التاريخ، حيث تم وضع قواعد القانون المدني أو قانون المدينة على سبيل تنظيم معاملات الأفراد داخل المجتمع بشكل خاص بالدولة الرومانية ومجتمعاتها فقط، وتجلت خصائص المجتمع الروماني ونظامه في هذه القواعد والمجموعات حيث أخذ بمبدإ الشكلية والإجرائية التي يتعين مراعاتها وأن تعتبر تلك الشكلية من أركان صحة التصرف أو العلاقة القانونية.

2- الأسلوب الفرنسي: يعدّ القانون المدني الفرنسي Le code civil الذي صدر عام 1804 وسمي بقانون نابليون حدثاً تاريخياً كبيراً في تاريخ التشريع الفرنسي، والذي لم يقتصر أثره على فرنسا وحدها بل امتد إلى كثير من دول العالم. وقد اعتمد القانون المدني الفرنسي أسلوباً واضحاً، سهلاً، قابلاً للتطبيق على الحالات العملية. وقد استُمِدّت نصوصه من القانون الروماني ومن الأعراف (القانون الفرنسي القديم). وقد تشبع هذا القانون بأفكار الثورة الفرنسية عبر تبنيه لمبدإ الفردية والعلمانية: فالقانون المدني قد انفصل عن الكنيسة في أمور مهمة كانت إلى عهد قريب محكومة من قبلها كمؤسسة الزواج على سبيل المثال. وأقر القانون المدني كذلك مبدأ المساواة والحرية الفردية (كحرية الطلاق)، وتبنى أيضاً مبدأ سلطان الإرادة في العقود والتصرفات القانونية والذي يعد أحد أسس القانون المدني.

3- الأسلوب الألماني: دخل القانون المدني الألماني B.G.B حيز التنفيذ في عام 1900، بعد فترة طويلة من العمل العلمي الشاق لفقهاء القرن التاسع عشر. ويعد هذا القانون نقطة انطلاق لقانون عصري يلبي حاجات القرن العشرين في وقته. حيث إن صياغته الفنية ذات المستوى الراقي قد منحته استقراراً و سمعة كبيرين. وقد اتبع الألمان أسلوباً متميزاً عن غيرهم حيث أفردوا قسماً عاماً يضم القواعد والمفاهيم والمصطلحات القابلة للتطبيق والاستخدام في الأقسام والأبواب الأخرى من القانون، وهذا أبرز ما ميز القانون المدني الألماني عن القانون المدني الفرنسي.

4- الأساليب الأخرى: اتبعت الدول -التي تنتمي في نظامها القانوني إلى المجموعة الرومانية الجرمانية - أحد الأسلوبين الفرنسي أو الألماني أو الأسلوبين معاً. وهي المدارس والأساليب التي أخذت عن المدارس الأخرى إلا أنها لم تتقيد بها وانما صبغت نصوص القانون المدني لديها بصبغتها المجتمعية أو الدينية أو التاريخية فكانت مدارس جديدة في وضع القانون المدني حتى وإن لم يتبعها أي من النظم

القانونية الأخرى في ذلك، ومن هذه الأساليب القانون المدني المصري الذي لم يتقيد بأسلوب أو مذهب معين. وكذلك القانونين السوري والعراقي حيث ظهر في هذه التشريعات التأثر الواضح بأحكام الشريعة الإسلامية وفي غيرها من النظم العربية والشرقية والتي استقت بعض قواعدها من قواعد مجلة الأحكام العدلية – وهي من أول محاولات التقنين في الدولة الإسلامية بجانب الأحكام العامة للشريعة - بجانب الأساليب الغربية في وضع نصوص القانون المدني .

المبحث الثالث: الشريعة الإسلامية ومصادر القانون المدني

ظهرت معاملات الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع قبل عمليات التشريع والفقه القانوني ومن ثم كان من لزوم تنظيم معاملات البشر وضع قواعد لهذه المعاملات استنادا لأي مصدر توفر في المجتمع عند وضع ذلك التنظيم حتى وإن كان مجرد النص على هذه المعاملات وتدوينها في صورة قواعد بناء على ما استقرت عليه من أعراف و تقاليد.

ومن الواضح من أساس فكرة وضع القانون المدني أنه قانون وضعي أو POSITIVE بالمعنى الحرفي للكلمة قانون يوضع ليتم التصرف به وتفعيله بشكل إيجابي فهو لا يحتوي فقط على بعض الأعراف القديمة التي سادت في أول المجتمعات التي وضعت نصوص القانون المدني وكذلك لا يقتصر على بعض القواعد المستقاة من أحكام الشرائع الدينية، وكذلك هو ليس من صنع الفقه ونظريات أو أحكام القضاء فهو بالقطع ليس قانونا إنشائيا، وانما هو تقنين متكامل في نصوص منذ البداية اجتهد الفقه والقضاء من بعده لوضع النظريات التي توضح كيفية فهم و تطبيق قواعده .

فالقانون المدني قدم للفكر القانوني دراسة مصادر القاعدة القانونية منها الرسمي وغير الرسمي وهو الموضوع الذي أضحى من حلقات الدراسة الأساسية في منهج المدخل لدراسة القانون في مناهج دراسات الحقوق والقانون، إلا أن القانون المدني قد تعددت مصادره و تأثر بكل مصدر من هذه المصادر.

فالتشريعات المكتوبة من الدساتير والقوانين من أهم مصادر القانون المدني الأولى والتي اكتسب منها صفة الشكلية والكتابة اللتين ارتبط بهما منذ وقت طويل، فلم يكن التقنين المكتوب مجرد مصدر لقاعدة القانون المدني وإنما مصدر

وافق احتياجاتها وخصائصها، وكذلك فإن الأعراف والتقاليد الخاصة بكل مجتمع على حدة تظهر بوضوح في قواعد القانون المدني كأهم مصادر قاعدة القانون المدني تتناسب مع تطوره ومرونته واقترابه من خصائص المجتمع ومعاملات أفراده .

أما بالنسبة لقواعد العدالة والقانون الطبيعي فلا شك في أن قواعد القانون المدني تأثر كثيرا بهما وذلك للصفة الغالبة على قواعد القانون المدني وهي العدد الكبير لتلك القواعد والتي تتميز بالشمولية لكل المعاملات والقابلية لتنظيم أي معاملات أو علاقات جديدة تظهر بين الأفراد في المجتمع فتكون مبادئ العدالة والقانون الطبيعي هي الأسرع والأقرب لسد الحاجة عند تنظيم مثل هذه العلاقات المتطورة والحديثة والتي ربما لم تتناولها التشريعات السابقة ولم تأخذ وقتها الكافي لتستقر كأعراف في المجتمع .

وتأتي الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون المدني في النظم القانونية الحديثة بخلاف ما ذاع من عدم تناسب أحكام الشريعة مع ما استقر في نظريات القانون المدني وخاصة القديم منها والذي ظهر في عهد الدولة الرومانية، بيد أن الشريعة الإسلامية وما جاءت به من تعدد وتجدد واختلاف وشمولية كانت بالقدر الكافي لتستوعب علاقات الأفراد ومجتمعهم وتنظيم هذه العلاقات من خلال قواعد عامة ومجردة يمكن تطبيقها في كل زمان ومكان .

وعلى صعيد آخر فإن الشريعة الإسلامية باختلاف مذاهب البحث والتفسير والفقه فيها قد تشابهت مع مدارس القانون المدني في الأخذ بالمذاهب والأفكار القانونية للمجتمعات المختلفة، ومن ثم كان من الطبيعي أن يرتبط كل منهما بالآخر وبدلا من أن يتعارضا تكاملا وقدما في بعض النظم القانونية مدرسة جديدة لوضع قواعد القانون المدني بجانب المدارس الغربية والكلاسيكية في الغرب وما حدث بالفعل في قواعد القانون المدني التي وضعتها الدول في المجتمعات العربية والشرقية مثل مصر والعراق وسوريا.

وربما الأصل الذي استندت إليه الشريعة وهو الإدراك والعقل والبلوغ لتحديد مناط تكليف الفرد قد اشترك مع ما تطلبته قواعد القانون الدني من حرية وصحة الإرادة والأهلية القائمة بالتصرف في علاقات ومعاملات القانون المدني فكانت بديلا طبيعيا وناجحا للفكر الروماني في القانون المدني بعد انهيار الدولة الرومانية لا يحد من فكر المذهب الفردي، وانما يعمل على تزكية حرية الفرد واختياراته

مع تنظيم هذه المعاملات بشكل يتفق مع حدود معاملات الأفراد وقدراتهم الاجتماعية والاقتصادية .

ولا شك في أن عبارة العقد شريعة المتعاقدين وما جاء في الشريعة الإسلامية من قواعد تنظيم العقود والاتفاقات وفقه البيوع وعقود العمل والإجارة كانت مصدرا خصبا للعديد من القواعد في القانون المدني هذا فضلا عما قام به الفقه الإسلامي من دور ملحوظ في تدعيم قواعد القانون المدني بالنظريات والآراء المختلفة، فكانت الشريعة الإسلامية في ذلك أسلوبا ومدرسة جديدة بفكر متطور وليست تكرارا لما سبقها من نظم قانونية مع أنها تعتبر حديثة نسبيا في توقيت الظهور بالنسبة للمجتمعات التي عرفت القانون المدني .

فعلى سبيل المثال جاءت المذاهب الفقهية الأربعة بآراء ونظريات خدمت قواعد القانون المدني مثلما ما انتهى اليه فقه الحنابلة من أن إرادة المتعاقد تفوق إرادة الشارع في النص القانوني وهي الإرادة المعول عليها، وها هو الفقه المالكي الذي أكد على ضرورة صحة إظهار الرضا في العقود وإبطال ما كان من تعاقد المخطئ أو الهازل فضلا عن تمسكه بقواعد شكلية العقود واشتراط القبض في بعض العقود، وكذلك ما قرره مذهب الأحناف من التفرقة الرائعة بيت الإرادة بمعناها الضيق في إحداث آثار العقد والإرادة بمعناها الواسع وهي إرادة التعاقد بحسب الأصل، فكانت الأولى شرطا لصحة التعاقد وجاءت الثانية كركن من أركان التعاقد في الأساس، في حين أن مذهب الشافعية توسط في نظرته ما بين دور الإرادة وبين سلطة الحكم في علاقات القانون المدني والعقود ولم يطلق دور الإرادة الفردية بشكل كامل وانما قدم لظهور المذهب الجماعي وأعلى الصالح العام الذي يقصده الشارع على مصالح العلاقات الفردية بين الأفراد .

لم يقتصر دور الشريعة الإسلامية على كونها مصدرا للقانون المدني وانما سمحت بذلك للقواعد الدينية بشكل عام أن تكون مصدرا للقاعدة القانونية من خلال ما تكرسه الأديان من فكرة الوفاء والصدق في التعامل والالتزام بالعقود والتعاون والخضوع لسلطة القانون والعدالة والنظام لتحقيق صالح الأفراد والمجتمع، ومع أن الفكر الكنسي في العصور القديمة قد أضاف إلى القانون المدني تحررا من فكرة الشكلية التي نشأت معه قديما في النظام الروماني وقررت قداسة العهد والالتزام وأن الالتزام بالعهد ضرورية لحفظ عهد الدين في

ربط متميز بين الدين وقواعد القانون المدني إلا أن الشريعة الإسلامية تميزت باستيعاب القانون المدني لتخرج قواعده من خلالها دون الحاجة إلى صدور قوانين أحدهما ديني والآخر مدني والتفرقة بين قواعد كل من القانونين ومحاولة ابتعاد كل منهما عن الآخر، ومن ناحية أخرى تجاوبت الشريعة الإسلامية مع جميع متطلبات معاملات الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع فتعدت تنظيم قواعد القانون المدني المستقرة في النظم القانونية المختلفة وقدمت تنظيما لموضوعات لم تسبقها إليها تشريعات أخرى مثل تنظيم حق الوقف والمواريث والأحوال الشخصية .

الفصل الثالث: اتجاهات التشريعات العربية وتفردها في القانون المدني

تتفق التشريعات العربية في التقنين المدني وفقا لفكرة الذاتية المجتمعية كما أسلفنا وكيف وظف كل نظام قانوني مصادره في وضع القانون المدني في صورة تلخيص لماضيه و تراثه و ما أثر في فكره القانوني بشكل واضح، إلا أن هذه التشريعات تتفق أيضا بصورة واضحة في ثوابت ومسلمات لا يمكن إنكارها بناء على ما اشتركت فيه هذه المجتمعات من عوامل الأصل المشترك والدين واللغة والأحداث التاريخية التي مرت بها على نحو متشابه إن لم يكن متطابق .

ولعل المتصفح لمواد القانون المدني في أكثر من دولة من الدول العربية سينتهي إلى العديد من نقاط الالتقاء وذلك لتقارب أو تشابه أسس ومبادئ وضع التقنين المدني في هذه البلاد إن لم يكن قد وضعها ذات الأشخاص أو تأثرت بهم هذه البلاد في وضع قانونها المدني، ولا يمكن في هذا المقام أن نغفل الفقيه القانوني المصري الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي شارك في وضع القانون المدني وغيره من التشريعات في العديد من الدول العربية وأن الدول التي لم تستفد من مشاركته المباشرة استهدت بفكره وخبرته في البلاد التي شارك في وضع تشريعاتها ، من خلال مشروع قانوني متوحد ومتميز اشتركت فيه البلاد العربية بصورة جلية.

وقد حمل الدكتور السنهوري فكرا و دراية من الدول الأوروبية التي درس بها علم التقنين وفلسفته محاولا تطبيق ذلك في الدول العربية من خلال مشروع تشريعي متكامل يراعي إدراج الشريعة الإسلامية في التقنيات المدنية العربية كأساس لتوحيد القوانين المدنية العربية وتأسيس فقه قانوني مدنى يماثل الفقه القانوني الأجنبي يراعي البعد الاجتماعي في الدول العربية الذي يختلف عن

المجتمعات الغربية والنهوض بدراسة الفقه الإسلامي، ووضع أسس صحيحة لحركة التقنين في المسائل المدنية تحمل ملامح فلسفة التقنين الأوروبية الحديثة في القواعد الموضوعية والشكلية ومن ثم الوصول إلى القانون المدني العربي الموحد المأخوذ من الشريعة الإسلامية بعد النهوض به وتطويره، وما يؤثر به ذلك في توحيد التشريعات المدنية في البلاد العربية لتدعيم الوحدة السياسية .

وقد ظل السنهوري يعمل على هذا المشروع الذي تأثرت به بالفعل كل البلاد العربية التي وضعت قانونا مدنيا لها مقدما إلى الفكر القانوني للبلاد العربية الكثير من النظريات والأساليب ومنها الاعتماد على الإجماع كمصدر من مصادر الفقه في الشريعة الإسلامية ومؤشرا إلى أحدث ما أخذت به المجتمعات في تناول الشريعة الإسلامية، وكذلك مراعاة سلامة اللغة وحسن الصياغة التشريعية المستخدمة في التقنين المدني في البلاد العربية وكذلك تفعيل علوم القانون المقارن للوصول لصيغ عملية للقانون المدني في البلاد العربية .

ونظرا لما احتله التقنين المدني في البلاد العربية من مكانة هامة تاريخية بين التشريعات المختلفة ويعتبر من أشد القوانين تأثرا بفكرة وحدة التشريعات العربية فإن ذلك ما يمكن عرضه بشيء من التفصيل في هذا الفصل.

المبحث الأول: القانون المدني المصري

اعتمدت مصر في بداية حركة التقنين لديها على قواعد القانون المدني المنقولة بصورة متطابقة عن القانون المدني الفرنسي ومدرسته في ذلك التقنين ولكن ما يحسن للنظام القانوني المصري هو اجتهاد الفقه القانوني المصري في تعريب هذا النص وانشاء مدرسة أخرى للتقنين المدني العربي من خلال حمل الثقافة الأوروبية القانونية العصرية وإدماجها مع أحكام الشريعة الإسلامية لتقديم صورة جديدة ومدرسة مبتكرة في وضع القانون المدني للبلاد العربية وقد كانت مصر – بفضل الله – الجسر الذي عبرت منه تلك الثقافات والأفكار إلى البلاد العربية مؤثرة في وضع قوانينها المدنية إلى حد كبير .

وعلى ما تقدم وبحلول عام 1948 حيث تم وضع القانون المدني المصري الجديد برقم 131 لسنة 1948 الذي ما زال ساريا حتى الآن مكونا مما يقترب من 1150 مادة و قد انقسم في ذلك إلى عدة فصول تبين من خلالها الموضوعات التي برع الفقه القانوني المصري في تقديمها كأفكار جديدة ظهر فيها دمج الفكر القانوني

الأوروبي مع الشريعة الإسلامية التي تصلح للتطبيق بمنتهى المرونة والتطور من خلال مواد القانون المدني .

وقدم القانون المدني المصري كذلك أفكارا تتعلق بتنظيم قواعد الإسناد للحالات التي ينطبق فيها القانون الدولي الخاص مثل المادة رقم (13) منه والتي نصت على أن يكون القانون الواجب سريانه في حالة الزواج مثلا هو قانون دولة الزوج عند انعقاد الزواج، وكذا قدم النصوص المتعلقة بحقوق الحمل المستكن كما ورد في المادة رقم (29)، وأحكام تعدد الموطن للفرد الواحد أو عدم وجود موطن له بحسب الأصل على النحو الوارد بالمادة رقم (40) وتحديد سن الرشد القانوني لاتخاذ التصرفات القانونية بإحدى و عشرين سنة في المادة رقم (44)، وما قرره من عدم جواز التنازل عن الحرية الشخصية للشخص مثلما ورد بالمادة رقم (49)، وكذا ما ورد في المادة رقم (52) من النص على كون الهيئات الدينية من الشخصيات الاعتبارية العامة، وقد أردفت النصوص العديد من التفصيلات بشأن التفرقة بين الشخص الاعتباري العام وشخص القانون الخاص .

نصت المادة رقم (74) كذلك على حق الدولة في رقابة المؤسسات الخاصة، وكان من أهم صور الأخذ بأفكار الشريعة الإسلامية بصورة حديثة و متطورة مع تعدد مصادر الفقه الإسلامي ما ورد بالمادة رقم (90) من جواز التعبير عن الإرادة باللفظ أو الاشارة أو الكتابة بما لا يدع مجالا للشك وضمنا بالاتفاق أو القانون، بالإضافة الى ما نصت عليه المادة رقم (132) من بطلان العقد لاستحالة تنفيذ محله، وما نصت عليه المادة رقم (135) من أن مخالفة النظام العام كذلك تبطل العقد، ثم اضطردت نصوص القانون في تناول نظرية العقد بالتعريف وذكر الظروف الاستثنائية في العقد وتنفيذه مثلما ورد بالمادة رقم (147)، ونصت المادة رقم (163) على حالات الخطإ ومن يرتكبه، وكذلك ما قررته المادة رقم (199) من أنه لا إجبار في تنفيذ الالتزامات الطبيعية، وكذا ما أوردته المادة رقم (210) من وجوب الالتزام بحكم القاضي في محل سند التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام، وما نصت عليه المادة رقم (220) من عدم ضرورة إنذار المدين عند التنفيذ بالتعويض إذا كان محل الالتزام ترتب على عمل غير مشروع، وما نصت على المادة رقم (392) من وجود ورقة رسمية للإثبات وأن ما دون ذلك من الصور الفوتوغرافية يكون حجة بقدر ما تطابق مع تلك الورقة الرسمية .

وتناول القانون المدني المصري كذلك النص على أمثلة العقود الواردة بنصوصه ومنها عقد الهبة والشركة والبيع والمقايضة والإيجار والعارية والمقاولة والوديعة والوكالة والتأمين، هذا فضلا عما نصت عليه مواد القانون المدني من دراسة جوانب الحق وأمثلته الواردة في نصوص القانون من حقوق الملكية والحيازة والانتفاع والاستعمال والسكن والحكر والارتفاق والرهن والوقف والامتياز ورخصة الشفعة، وأحوال تصفية الشركات، وكذلك ما ورد بشأن أحكام الفضالة .

وعلى النحو المتقدم فإن تاريخ وضع التقنين المدني المصري الذي سبق العديد من الدول العربية بجانب ما احتواه من فرضيات وجدليات قانونية تم حسمها بنصوص مواد متميزة الصياغة صحيحة البنيان كانت من أهم السمات التي ميزت هذا القانون بجانب ما تميز به الفقه القانوني الذي تناول هذا القانون بالشرح والتحليل مما ساعد على انتشار أفكاره في كل الدول العربية .

المبحث الثاني: القانون المدني الجزائري

يعتبر القانون المدني الجزائري كذلك من العلامات الفارقة في تشريعات القانون المدني للدول العربية وربما يتميز التشريع الجزائري عن نظيره المصري في حداثة التاريخ حيث تم وضعه بموجب الأمر رقم 75 – 58 لسنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم مما سمح للقانون الجزائري أن يطبق مجالا أوسع لتناول الشريعة الإسلامية من خلال مواده، هذا بجانب دمج ثقافة وأعراف دول المغرب العربي في ذلك القانون إضافة لما ورد من أسس ومبادئ بالقانون المدني المصري الذي تأثرت به نصوص القانون المدني الجزائري فيما حملته من أفكار التقنين المدني في المدرسة الفرنسية والتي عكست جانبا كبيرا من التطور والحداثة في فقه القانون المدني الجزائري .

جاء القانون المدني الجزائري في عدد مواد يقلل بصورة بسيطة عن مواد القانون المدني المصري حيث اقتربت مواده من المواد الخمس بعد الألف، إضافة إلى أنه ظهرت بصورة واضحة في القانون الجزائري فكرة عنونة المواد أو وضع العناوين للفصل بين كل مادة أو مجموعة مواد تتناول شقا معينا من نصوص القانون بشكل أكثر مما ورد من عناوين الفصول في القانون المدني المصري .

طرح القانون الجزائري أفكارا جديدة مثلما ورد في المادة رقم (5) منه على النص على احترام قوانين الشرطة والأمن وهو إدماج بين كيانات القانون العام وأنشطتها في القانون المدني الذي يعد صلب القانون الخاص في نص قانوني متميز، وكذلك ما ورد بالمادة رقم (12) من النص على أن القانون الذي يسري بشأن قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص لحالة الزواج هو قانون دولة الزوج عند انعقاد الزواج ويتفق القانون المدني الجزائري مع نظيره المصري في هذا الشأن، وأضاف القانون المدني الجزائري في المادة رقم (24) النص على أن يحل القانون الجزائري محل القانون الأجنبي إذا خالف النظام العام والآداب، واختلف كذلك القانون المدني الجزائري عن نظيره المصري في النص على حقوق الجنين في المادة رقم (25) بأن ذكر الجنين على أية حالة ولم يشترط الحمل المستكن كالقانون المصري، وكذا نصت المادة رقم (35) على وجوب أن يكون للشخص موطن واحد وهو ما يختلف كذلك عن ذات النص في القانون المدني المصري، وكذا ما ورد بالمادة رقم (40) من مفارقة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري حيث نصت المادة من القانون المدني الجزائري على أن سن الرشد للتصرفات القانونية هو التاسعة عشرة.

اتفق القانون المدني الجزائري في المادة رقم (46) مع نظيره المصري في عدم التنازل عن الحرية الشخصية، بيد أن القانون المدني الجزائري في المادة رقم (49) افترق عن نظيره المصري في النص على الشخص الاعتباري وأحال إلى القواعد الأخرى التي تمنح هذه الشخصية ولم يذكر من ضمنها المؤسسات الدينية، وفي نص المادة رقم (60) من القانون المدني الجزائري تطابقت طرق التعبير عن الإرادة مع القانون المدني المصري، واستمر ذلك التطابق في نص المادة رقم (93) عند النص على حالات بطلان العقد للاستحالة ومخالفة النظام العام والآداب وقد جمع القانون المدني الجزائري الحالتين في نص واحد، وكذلك شايع القانون المدني الجزائري في المادة رقم (107) نظيره المصري في الأخذ بنظرية الظروف الاستثنائية عند تنفيذ العقود، وأضاف القانون المدني الجزائري في المادة رقم (124) بصورة واضحة إلزام من كان سببا في إحداث هذه الظروف في العقد بالتعويض، واتفق كذلك القانون المدني الجزائري في المادة رقم (160) مع القانون المدني المصري في عدم الجبر في الالتزام الطبيعي .

أما بالنسبة لما أضافته المادة رقم (171) من القانون المدني الجزائري من النص على الالتزام بحكم القاضي كسند تنفيذي مع مراعاة المقتضيات القانونية والتنظيمية بجانب طبيعة الالتزام وهو ما يحمل أحوالا أكثر مما ورد بنص القانون المدني المصري، وكذلك ما ورد بالقانون المدني الجزائري في المادة رقم (181) من عدم إنذار المدين عند التنفيذ بالتعويض إذا كان محل الالتزام ترتب على عمل مضر حيث استخدم القانون المدني المصري في ذات النص عبارة (عمل غير مشروع) ومن ثم فان ما نص عليه القانون الجزائري يكون أوسع نطاقا من حالات عدم المشروعية التي وردت بنصوص القانون المدني المصري، نصت المادة رقم (323 مكرر أ) من القانون المدني الجزائري على جواز الإثبات بالعقد المكتوب إلكترونيا بجانب الكتابة على الورق مع تعريف العقد الرسمي، في حين أن القانون المدني المصري لم يكون قد توصل بعد إلى فكرة الكتابة الإلكترونية عند وضعه وانما تناول ذلك قانون مختلف في النظام المصري بجانب أن القانون المصري قد أخذ بتعريق الورقة الرسمية و ليس العقد الرسمي فقط .

وكذلك ورد بالقانون المدني الجزائري النص على أمثلة العقود ومنها البيع والمقايضة والشركة والإيجار والعارية والتسيير والوديعة والوكالة والتأمين، حيث جاء لفظ عقود التسيير بصورة أوسع وأشمل مما تم النص عليه في القانون المدني المصري بالنسبة لعقود المقاولة، ولم يحرص القانون المدني الجزائري على ذكر جميع أنواع العقود لعدم تحديد النصوص لأي نشاط يخضع للقانون المدني بين الأفراد، ولم تظهر ملامح عقد الهبة بصورة منفصلة في القانون المدني الجزائري مثل ما ورد بنصوص القانون المدني المصري بجانب التطابق التام بين القانون المدني المصري و القانون المدني الجزائري بشأن أحكام الفضالة، وبالإضافة إلى ما تقدم نص القانون المدني الجزائري على حقوق الملكية والحيازة والانتفاع والاستعمال والسكن والارتفاق والرهن والتقادم والتتبع والتخصيص والامتياز على نحو مفصل في بعض الحقوق خلاف ما نص عليه القانون المدني المصري الذي اشتمل بصورة واضحة على أحكام الحكر ورخصة الشفعة التي لم تظهر منفصلة بوضوح في نصوص القانون المدني الجزائري .

وبالبناء على ما سبق وإن كان القانون المدني الجزائري قد اتخذ القانون المدني المصري مرجعا له في بعض المواضع والنصوص إلا أن فكر التقنين المدني

الجزائري قد أسفر عن إضافة جديدة لفقه القانون المدني ومدرسة ومعالجة جديدة وحديثة اتفقت مع القانون المدني المصري في الأصول والثوابت وعكست صورة ذاتية للمجتمع الجزائري في دمج الثقافة القانونية الأوروبية مع أحكام الشريعة الإسلامية من خلال معاملات أفراده وعلاقات مجتمعه في نصوص القانون المدني.

المبحث الثالث: القانون المدني في التشريعات العربية

تفاعلت الدول العربية ونظمها القانونية بشكل واضح مع ما ظهر في المنطقة العربية من قواعد التقنين المدني بصورة تضافرت فيها قواعد المدرسة الفرنسية للقانون المدني مع أحكام الشريعة الإسلامية التي حرصت معظم تشريعات القانون المدني العربية على معالجتها والأخذ فيها بأحدث مصادر الفقه من القياس والإجماع للاستفادة من شمولية أحكام هذه الشريعة الغراء بما يخدم سلامة القانون المدني في النظم القانونية العربية، واتضح في سياق هذه المعالجة ما تميز به المجتمع الداخلي والنظام العام لكل دولة من الدول العربية وما استقر فيه من قواعد التاريخ والحضارة والنظام انعكس بصورة ملحوظة في نصوص القانون المدني في التشريعات العربية المختلفة.

فها هو التشريع المدني العراقي والذي ضاهى نظيره المصري وتماثل معه في الأخذ بنص القانون عند تطبيق الأحكام الخاصة بالقانون المدني فإذا خلا القانون فعلى القاضي الأخذ بالعرف ثم أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن ذاتية المجتمع العراقي تظهر في ثقته فيما لدى القضاء العراقي من العلم والخبرة حيث أجاز للقاضي بعد هذه المصادر الرجوع إلى أحكام القضاء المستقرة في النظام القانوني العراقي أو الأحكام المنسجمة مع روح القانون المدني العراقي ولو في نظم قانونية أخرى في حين أن القانون المدني العراقي لم يصدر قواعد العدالة والقانون الطبيعي كمصدر ضمن هذه الأحكام والقواعد، فضلا عن أنه لا يخفى على أحد أن النظام القانوني العراقي قديم ومؤثر حيث أثرت بلاد الرافدين الفكر القانوني بالعديد من الأبحاث منذ زمن بعيد فضلا عن أن تاريخ التشريعات البابلية يضرب في عمق التاريخ منذ ممالك حمورابي في عصور الإنسانية الأولى، وفي العصور الحديثة فإن بلاد العراق أضافت إلى الشريعة الإسلامية العديد من دراسات وعلوم الفقه الإسلامي ويكفينا في ذلك المذهب الحنفي الذي وضعه الإمام الأعظم أبو

حنيفة النعمان وكذلك مذهب الإمام محمد بن إدريس الشافعي في العراق اللذان حملا إلى الفقه الإسلامي فكرا جديدا ومعالجة شملت العديد من الأحكام والمصادر في الشريعة الإسلامية .

أما بالنسبة لتناول النظام القانوني السوري لقواعد القانون المدني فقد كان ذلك امتدادا لما كان ساريا في النظام القانون السوري من قواعد القانون المدني وفقا لقانون الأحكام العدلية وهو الاجتهاد الإسلامي المعمول به في قواعد القانون المدني منذ خضوع النظام السوري للدولة الإسلامية، ولا شك في أن التشريع المدني السوري قد تأثر بالقانون المدني المصري حيث تقاربت الدولتان في وضع القانون في تاريخ يسبق النظام العراقي على سبيل المثال فضلا عما تم من وحدة و تقارب بين شعبي الدولتين مما أحدث المزيد من التقارب والتماثل في نصوص التقنين المدني فيهما وبذلك اتفق القانون المدني السوري مع نظيره المصري في ترتيب مصادر أحكام القانون المدني في ذكر قواعد العدالة والقانون الطبيعي ضمن هذه المصادر، إلا أن النظام القانوني السوري ارتبط كذلك بأحكام النظم القانونية المجاورة له والتي اشترك معها في التاريخ مثل النظام اللبناني وافترق بناء على ذلك عن نظيره المصري في بعض الأحكام مثل محدودية حق الشفعة في القانون المدني السوري على الشريك فقط دون الجار بجانب تحديد سن الرشد بثماني عشرة سنة في القانون المدني السوري في حين أن نص القانون المدني المصري قد حدد بإحدى وعشرين سنة، فضلا عن القانون المدني السوري قد كشف عن التزامه ببعض الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية خاصة في طرق التعبير عن الإرادة وتطابق التقنين المدني السوري مع التقنين المدني المصـــري في إصدار قانون مستقل للإثبات و عدم وجود تعريف محدد للالتزام و ترك ذلك لاجتهاد الفقه القانوني .

وعلى جانب آخر يأتي التشريع الكويتي ليتناول جديد وحديث مدرسة الدمج المجتمعي في نصوص القانون المدني حيث أخذ القانون المدني الكويتي بأحكام الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر الأحكام والنصوص للقانون المدني بعد القانون ثم الأخذ بأحكام العرف تمسكا منه بأسبقية وأولوية الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ولم يحدد مذهبا معينا لاستقاء هذه الأحكام لتحقيق المرونة والملاءمة اللازمة لاستنباط هذه الأحكام بما يناسب روح المجتمع وتنوع احتياجاته، وكذلك حافظ النظام القانوني الكويتي في نظرته للتقنين المدني

وقواعده حيث مزج في نصوصه بين المدرسة الفرنسية التي اعتمدت على المذهب الفردي والاعتداد بطرق التعبير عن الإرادة حتى وإن كانت باطنة والنص كذلك على جواز وجود الاستثناء باشتراط التعبير الظاهر عن الإرادة وفقا للمدرسة الألمانية في القانون المدني ومن ثم فإن التقنين المدني الكويتي قدم نموذجا متفردا في نصوص القانون المدني اعتمدت على إبراز جوانب مجتمعه وسماته مع الحفاظ على مكتسبات نظريات الفقه القانوني الحديث وأولوية تفعيل قواعد الشريعة الإسلامية وفقا لما يتلاءم مع خصائص معاملات المجتمع .

أضاف التشريع المدني التونسي كذلك إلى منظومة التقنين المدني في البلاد العربية فكرا جديدا من خلال القانون المدني التونسي أو مجلة الالتزامات والعقود ارتبط فيه بتاريخ بلاد المغرب العربي واعتمد على أحد مصادر الفقه الإسلامي في نصوص القانون المدني وهو المذهب المالكي المعتمد في بلاد المغرب العربي منذ عصور مشتركا في ذلك مع المملكة المغربية، في حين أنه لم يلتزم بهذا المذهب فقط في تشريعات النظام القانوني التونسي الأخرى مثل مجلة الأحوال الشخصية أو قانون الأحوال الشخصية على سبيل المثال، ولا شك في أن تسمية القانون المدني التونسي بمجلة العقود والالتزامات قد أسفر عن ذاتية وتحديد تفرد بهما النظام القانوني التونسي في نصوص التقنين المدني، أما بالنسبة لتأثر القانون المدني التونسي بالفكر القانوني الأوروبي و مدارسه فقد أخذ القانون المدني التونسي عن المدرسة الفرنسية للقانون المدني متفقا في ذلك مع القانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري بل ان القانون المدني التونسي قام بوضعه ابتداء في بدايات القرن العشرين مجموعة من الفقهاء الفرنسيين والايطاليين وفقهاء الدين الإسلامي الذين حرصوا على إدماج الشريعة الإسلامية في هذا القانون وانتهوا إلى عدم وجود ما يمنع من تكامل نصوص القانون المدني الغربي والأوروبي مع نصوص الشريعة الإسلامية، فضلا عن أن القانون المدني التونسي يعتبر من أوائل محاولات التقنين المدني في البلاد العربية و ظل معمولا به لفترة طويلة تقترب من التسعين عاما إلى أن تم تعديله عام 2005 بما يؤكد مرونته وتطوره وملاءمته لتنظيم المجتمع التونسي وعلاقات أفراده .

ويعد القانون المدني القطري الصادر عام 2004 من أحدث مشاريع التقنين المدني في البلاد العربية والذي استقى من تجارب الدول العربية الأخرى العديد من

الأحكام، فبداية اتفق مع نظيره القانون المدني الكويتي في الأخذ بمصادر الأحكام والقواعد في القانون المدني بالقانون ثم أحكام الشريعة الإسلامية ثم العرف، واتفق مع القانونين المصري والسوري في الأخذ بقواعد العدالة والقانون الطبيعي، وكذلك تميز القانون المدني القطري ببعض ملامح المدارس الأوربية والغربية في القانون المدني ومن أهمها فكرة التقنين في حد ذاتها، في حين لم يغب عن التشريع المدني القطري ملامح الأخذ بموضوعات الشريعة الإسلامية مثل تنظيم أحكام الوصية والميراث والتي لم تظهر على ذلك النحو من التفصيل والوضوح في نصوص القانون المدني في بعض الدول العربية، وقد أضاف التقنين المدني القطري في هذا الشأن وجوب فتح باب الاجتهاد في مثل هذه العمليات لتقنين قواعد القانون المدني للوصول إلى أفضل الأحكام التي تتناسب مع تطور أنشطة ومعاملات الأفراد داخل المجتمع .

الخاتمة والخلاصة والتوصيات

استعرضنا في البحث المقدم بعض الموضوعات المتصلة بالقانون المدني من حيث تعريفه وتاريخه ومصادره وتأثيراته في الفكر القانوني بشكل عام ومدارس تطبيقه في الدول العربية بشكل خاص فضلا عن علاقته بأحكام الشريعة الإسلامية .

وقد تبين من البحث أهمية وجود قانون مدني في النظم القانونية المختلفة وإلى أي مدى يحقق القانون المدني تنظيما واستقرارا أفضل للمعاملات بل و هوية للمجتمع الذي تصدر في كنفه قواعد القانون المدني.

وأكد البحث على النحو المتقدم استنتاجا هاما وهو أن التقنين المدني بدأ أوروبيا إلا أن الدول العربية قد أحدثت في فقه القانون المدني ما أضاف إليه الكثير وأعلى من شأن أحكام الشريعة الإسلامية التي أثبتت تطورها وملاءمتها لكل العصور.

هذا فضلا عن أن القانون المدني ليس فقط نظريات حديثة ودمجا للأحكام والأفكار التي انتهى إليها الفقه وانما القانون المدني هو وسيلة للحفاظ على أعراف وتقاليد الدول وتثبيت تاريخها القانوني والمجتمعي وبيان اتجاهها الفكري والقانوني ومدارسها في التقنين والبحث واستقاء الأحكام والقواعد، ونظرا لما تبين من خطورة وأهمية البحث في مصادر ومدارس التقنين المدني يمكن الانتهاء إلى التوصيات التالية :

1- الحرص على زيادة الدراسات الفقهية بعد انتهاء مراحل التقنين لتشريعات القانون المدني في الدول العربية وإثبات ما تفردت به هذه الدول من مدارس متميزة في وضع قواعد القانون المدني.
2- رفع ما قد يلصق بأحكام الشريعة الإسلامية من أكاذيب من أنها شريعة جامدة و غير متطورة ولا تناسب ما تتميز به علاقات الأفراد من تطور مستمر يتعين معه أن تخضع للتنظيم القانوني في العصر الحديث.
3- استكمال رؤية ومشروع توحيد التشريعات العربية وبخاصة القانون المدني في الدول العربية استنادا إلى القدر البين من التماثل والتشابه والتعاون بين نصوص القانون المدني في كل البلاد العربية.
4- مشاركة السلطات التشريعية في البلاد العربية بإجراء المراجعات الدائمة والمستمرة لتحيين وتحديث قواعد القانون المدني ومواكبة تطورات علاقات الأفراد التي تنظمها هذه القواعد في العصر الحديث.
5- نقل ونشر الفكر والفقه الذي تنتهي إليه الدراسات بشأن القانون المدني والتدريب عليه والتوعية به لتحقيق ما يضمن تفعيل هذه الاجتهادات من خلال نصوص القانون و أحكام القضاء وإجراءات المحاكم.

وبعد عرض البحث سالف البيان أرجو من الله أن أكون قد قدمت بحثا قانونيا جديرا بالعرض دون إطناب ممل أو ايجاز مخل و إن كان فيه من التوفيق فمن الله عز و جل وإن كان فيه من التقصير فمن نفسي والشيطان، واسأل الله عز وجل أن أكون قد وفقت لتقديم إضافة بسيطة ومتواضعة إلى العلم القانوني على نحو يحقق النفع والفائدة وبما فيه الصلاح والرشاد.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

الحقوق في القانون المدني: مضمون تقليدي بمقاربة جديدة

د. نجاة ساسي: أستاذة محاضرة
كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

عندما يتم البحث عن الفائدة المعاصرة المرجوة من وراء مفهوم الحقوق، فهذا يستدعي التساؤل عن تطور مضامينها التي أفرزتها إنعكاسات هذا التطور إزاء مختلف طرق وكيفيات حمايتها. وفي عموم الأمر لاحظنا أن "حق الملكية" وسط قانون الأموال وبما يمثله من حق كامل ولكن ليس بالمطلق، فرض عليه مفهوما دائما حوله إلى أحسن أدوات التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستندة على حقوق فردية وجماعية سمحت بإرساء مؤسسات قانونية متنافسة أكثر منها معقدة. وفيما يخص قانون الأشخاص، فإن تعددية مضامينه في القانون المدني إستدعت تحويل الحقوق المعترف بها في ظله إلى حقوق فريدة من نوعها، وهو ما جعل حماية السلامة الجسدية والمعنوية في صلب تحديثاته. وأخيرا لاحظنا أن الإعتبار أكثر لما يُعرف بـ"الحق في البيئة" بات يفرض معه تساؤلا حول ما إذا لم يكن ذلك تطور للإقرار به كحق جديد بأصول مختلطة (منبثق عن كل من قانون الأموال والأشخاص).

الكلمات المفتاحية: الحقوق-الملكية-حق فردي-حق جماعي-حق مطلق-حق مقيد-الأموال-الأشخاص-السلامة الجسدية-السلامة المعنوية-البيئة.

Résumé

S'interroger sur l'utilité contemporaine du concept des droits subjectifs, nous ramène à nous interroger sur l'évolution de leur contenu et sur les répercussions de celle-ci sur les modalités de leur protection. On considère généralement le droit de propriété comme le droit le plus parfait mais non absolu. C'est l'instrument privilégié du développement économique et social aussi bien individuel que collectif. Il a permis de mettre en places des institutions concurrentes quoique plis complexes. En ce qui concerne le droit des personnes, c'est

sous l'angle de sa pluralité que le droit civil l' a évoqué comme un droit unique ramené à la protection de l'intégrité physique et morale ce qui constitue une innovation. Enfin, on constate une prise en considération de plus en plus importante du droit à l'environnement, d'où peut-être l'émergence d'un nouveau droit subjectif d'origine mixte (droit des biens et droit des personnes).

Mots clefs : les droits subjectifs - la propriété- droit individuel- droit collectif- droit absolu- droit limité- les biens- les personnes- l'intégrité physique- l'intégrité morale –l'environnement.

مقدمة

الحقوق هي صلاحيات مكفولة للأفراد بواسطة القانون[1]، و لأنها لم تحظ بالإجماع حول تعريفها، كان من اللازم أن تواجه تساؤلا هاما مفاده: هل كل صلاحية ممنوحة لهذا الشخص تمثل حقا؟

فقد سبق للبعض انتقادها من منطلق إنفتاحها على تصور ليبرالي وتركيز على الفردية في مواجهة ما يجب أن يتحمله نفس الفرد من واجبات ويقتضيه صالح الجماعة، وفي هذه الحالة ماذا سيكون المصير إذا فتحنا المجال نحو الدفاع عن "الفردية"؟. لقد كان هذا نقاشا قديما إلا عُصرن على كافة الأوقات، إلى درجة أن وصلت بنا القناعة بأن الفكر الإنساني هو وحده المسؤول عن ترجمة هذه الانفرادية (Individualisme).

الأكيد في الأمر أنه بدون الإعتراف بصلاحيات معينة للأفراد لا مجال للحديث عن الحريات، وهو ما يُولّد عن ذلك تصورين: الأول أن هناك سلطة للإرادة مكفولة بموجب القانون والثاني يرتبط بالدفاع عن مصلحة يحميها

[1]- عكس القانون الموضوعي الذي يُسند للأفراد مساحات من النشاطات حتى يتمكنوا من ممارسة هذه الحريات وتحت حماية الدولة. فهي حقوق فردية لشخص قانوني، والحق بصفة عامة هو ثبوت قيمة معينة لشخص ما بمقتضى القانون يخوله ممارسة سلطات معينة يكفلها له لتحقيق مصلحة جديرة بالرعاية.

- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دارا لنهضة العربية، لبنان، 1987، ص 03 وما يليها.

القانون، وفي كلتا الحالتين يفترض وجود مجموع من المصالح يتعلق مضمونها بالأموال والقيم المعترف بها بموجب القانون لصالح الفرد، فيها ما هو أصيل طبيعي ملازم للشخص، ومنها ما هو خارجي عن الشخص الذي يكتسبها.

وهذا لا يكفي لأن الحق يفترض صدوره من الإرادة الحرة التي تختار إستعماله،مما يجعل الحرية ذاتها محل حماية أيضا بموجب القانون[2]. وعلينا التأكيد منذ البداية على استحالة حصر الحقوق باستثناء ما يمكن أن يُشكل فئات متعارضة من المصالح بين الحقوق المالية والحقوق غير المالية[3]،أما الفئة الأولى فتميز بين ما هو عيني عما هو شخصي وآخر فكري، في حين أن الثانية لا حصر لها لأنها تمثل مجموعا من القيم التي ثبتت للشخص بصفته إنسانا.

ولعل إظهار أهمية التصنيف وسط هذا التعدد من الحقوق أبرز تصورين منبثقين عن نظرية تعريف الأموال، إذ يرتبط التصور الضيق بوجود أموال تقرر حقوقا موظفة على أشياء مادية، تحقق لها الجدوى والقيمة الاقتصادية[4]، في حين أن التصور الواسع للمال يدمج أصنافا أخرى من الحقوق غير المادية أو المجردة وتُعرف بالملكيات المعنوية الواردة على نشاط معين، مما يُنشئ لنا تعريفا جديدا للمال يستند إلى الوظيفة الأساسية التي يحققها هذا الأخير[5].

إن القانون المدني هو الشريعة العامة للأموال والأشخاص والمعاملات، فإذا أخذناه من منطلق منظوماتي، أمكننا التصريح بأثر تطور هذه العناصر على تجديد أحكامه، حتى أن أصالته وتقليديته فرعته إلى عدة مجالات (قانون عقاري-إجتماعي- تجاري- بحري- عمل- تأمينات وقانون أعمال وغيرها)، وهي الأخرى جاءت للتأثير والتأثر بالمعطيات الواقعية. وفي علاقة هذا القانون بنظرية الحقوق إستدرجتنا مجموع الظروف التي احتوت الإنسان وماله على نحو رتب

---

[2]- وحتى على هذا المستوى راح البعض يميز بين الحق عن الحرية التي لا ترد على موضوع محدد، وعن فكرة السلطة التي تسمح بالتصرف في ذمة الغير أو في شخص آخر، مثل السلطة الأبوية التي تسمح للأبوين سلطة التصرف على شخص أولادهم، وهو ما يسمى بحق وظيفي، كما أنه يختلف أيضا عن " المكنة " التي تعني إمكانية قانونية من أجل الخيار بين فعل الشيء من عدمه.

[3]- الأولى تمس الذمة المالية للشخص ويكون محلها نقود، أما الثانية فهي لصيقة بالذات الإنسانية.

[4]- الحقوق هي التي لها قيمة وهي التي تعد أموالا وليس الأشياء في حد ذاتها.

- Terré (F) et Simler (Ph) « Droit civil. Les biens » ,7 éd Dalloz, Paris, 2007, p. 33 et s.

[5]- لهذا كانت الملكية مثلا تعتبر المبدأ المكون للمال وليس المال ذاته، فهو الأداة التي تسمح بإدراج أشياء في الذمة المالية للشخص، مع أنه في رأينا يعد المال أشمل من الملكية.

- Voir dans sens Piedelevieure (A), le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion du bien. In. Aspects du droit privé à la fin du XXe siècle et de l'honneur de Juglart (M), 1986, p. 55 et Comp. Berlioz (P). La notion du bien.LGDJ. Paris 2007. p. 206.

الكثير من التغيرات سواء على مستوى المفاهيم المحيطة بها أو على مستوى تجديد أنظمتها أو حتى إستحداث أصناف جديدة لها، هو ما إستدعانا للتساؤل حول الطرح الحديث لتلك الحقوق في ظل منظومة القانون المدني؟ خاصة على ضوء ما فرضه تطور تداخلي وتركيبي بين مجموع حقوق الفرد والجماعة؟

لعل الإجابة عن هذا التساؤل فرضته مستلزمات الرجوع إلى أصول القانون المدني، متمثلة في قانون الأموال من جهة وقانون الأشخاص من جهة أخرى.

فعلى اعتبار أن قانون الأموال مرتبط بالذمة المالية للأشخاص، فهو ما يجعله منصبا على الحقوق العينية، وفي مقدمتها "حق الملكية"، إذ تمثل العصب المركزي لنظام الأموال (**أولا**) ووجدنا فيه ذلك التحول المتأثر بتطور مجتمع إستهلاكي في مختلف أبعاده وفتح المجال أمام أنظمة خاصة وحديثة لتسييره. كما أن قانون الأشخاص وهو يعالج ماهية الأفراد على نحو معاصر باعتبارهم وحدة موحدة، إستند على غاية مفادها حماية حقوق الشخصية، إذ يشكل القانون المدني المجال الأول لتكريسها، وتطور فروعه هو ما طور من مؤسسة الحقوق غير المالية إلى درجة أنه إندمج في مجال جديد وهو "البيئة"، كان من المستغرب الإعتراف بترابطهما، إلا أن الخصوصية التي تجسد بها رفعته إلى مركز وسط متلائم بين قانون الأموال وقانون الأشخاص، لما لهذين الأخيرين من إنعكاسات على طرح مفهوم "الحق" بمنهج ومحتوى جديد يضمن له الصلة لمنظومة القانون المدني(**ثانيا**).

أولا: تطور حق الملكية كمؤسسة قانونية وظيفية

حق الملكية هو حق وارد على حرية أساسية في القانون الوضعي، وهي حرية تتجاوز البعد القانوني الصرف، حيث تعد أساس فعل الإنسان المتأثر بالإعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها.

وبنظرة جد تقنية[6]، لا يمكن حصر الحديث في القانون المدني عن هذا الحق إلا ما اتصل بالأحكام القانونية الجزئية والتفصيلية القريبة فعلا من السلوك الفردي وهو يتوسط واقعه الاجتماعي، لذا فإن وظيفة تحديد الحقوق والحريات منبثقة من صميم أحكام القانون المدني، كونه الضامن الضروري لحمايتها والمحافظة عليها.

[6]- Voir Kanayama (N). Qu'est-ce que le civil ? de la révolution française au code civil libre, in libre propos sur les sources du droit. Mélange en l'honneur de Philippe Jestaz. Dalloz. 2006.

فالحرية أصل عام، وهي أول ما قُرر بمناسبة الإعتراف بالرضى كأساس للعقد والتصرفات القانونية ذات الصلة. وحق الملكية في أساسه "حرية" كما هو واضح من تعريفه في المادة (674 مدني) "حق التمتع والتصرف في الأشياء(...)" والمادة (677 مدني) "تمنع حرمان أي شخص من ملكيته"[7]، حيث يُعد الاعتراف القانوني به مجرد إقرار بما هو قائم في طبيعة الأشياء، وهي تُشكل مقابلا للقيمة التي يقدمها الفرد ويضيفها، كما أنها نتيجة مجهوده أو من غيره تؤدي إلى تحصيل الثروة و تمنحه الحرية في التصرف والاستئثار بها.

وحق الملكية هو حق عيني، يكفل لصاحبه السلطة القانونية المباشرة على شيء مادي[8] بما تضمنه من ممارسة حرة لتلك السلطة. والقول بالصفة المطلقة لم تكن لتُقبل في مرحلة ما، لولا أن احتُج بالصفة الكاملة والشاملة في هذا الحق، إذ تمنح لصاحبه كافة السلطات على ماله.

1- تكريس الأمن القانوني لحق الملكية وسط المستلزمات الاجتماعية والاقتصادية

عندما قام الفكر الليبرالي على اعتبار الملكية الفردية إمتدادا للحرية الشخصية على صيغة ما جسده القانون المدني الفرنسي للتأكيد على إطلاق ممارسة هذا الحق[9] فذلك على أساس ما حدد كمفهوم للحق العيني وجعله صفة ملحقة به، إذ يفترض هذا الأخير إمكانية حصول الشخص عليه دون تدخل شخص آخر[10]، ولحقه إطلاق النظام القانوني لخاصيات الشمول والديمومة، حق الاستئثار والمتعة لحق الملكية[11]،أفرز عنه في المضمون إقرار بحق التصرف والإستعمال والإستغلال[12] وعلاقة الإنسان بالأموال.

---

[7]- و حتى في الأحوال التي تكون فيها الملكية شائعة لا يمكن إجبار أحد على البقاء في الشيوع. (المواد 714-718 و722 مدني).

[8]- Voir Dabin (Jean). Une nouvelle définition du droit réel, RTD, Civ, 1962, p.20.

[9]- وهو مستمد من القانون الروماني حسب تكون الملكية تامة وتمنح صاحبها حق التصرف المطلب، ما فوق الأرض وما تحته.

- نصت عليها المادة (544) بالقول:

- «Le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements».

وقد سبقه إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789 في المادتين (2) و(17) منه جلالة على قدسيته وعدم قابليته للتقادم.

[10]- تعريفا له عن الحق الشخصي الذي يُعدها نسبيا، لا يستطيع الدائن وصاحب الحق لا بد تدخل شخص آخر هو المدين الملتزم بالفعل، والامتناع عن العمل بحيث لا يتوجه طلب الأداء في الأصل إلا إليه ولا تتحقق غايته إلا بواسطته وحده.

[11]-تدليلا على غريزة التملك لدى الإنسان (**Instinct de la propriete**)، وحبه لما يملك وعلاقته بغير المالك.

- Carbonnier (J). Droit civil. Les biens. T 3. PUF. Janvier 2000, p. 134-136.

[12] - Relavant sur l'abusus, usus-fructus.

إن القدسية التي شُمل بها حق الملكية وعلاقة الإنسان بالأموال أوقعت المجموعة الإنسانية في تصارع على استباحتها، فلم يعد الأمر يتعلق بالتنافس للإستئثار والإختصاص بالملكية الفردية المستمدة من القانون الخاص المتعلقة بالأشخاص المعنوية والطبيعية، وإنما أيضا تدخل أشخاص القانون العام للاستفادة من حقه في الملكية المستمدة من القانون العام أيضا وهو قائم على صلاحيات وحقوق خاضعة لمبدإ "التحكم" مما صعب تجسيد حق الملكية كحرية شخصية مطلقة، وبدلا عن ذلك أفرز عن هذا الوضع نوعا من التعايش بين عدة ملكيات: ملكية الدولة، ملكية الجماعة والملكية الخاصة، مما أدخل هذا الحق في مضمون اجتماعي، إنجر عنه تقييد تصرف الإنسان في ماله، ومنذئذ كرُست النظرية الوظيفية للملكية (**Théorie Fonctionnaliste de Propriété**)[13]، وجُعلت المعطيات الاقتصادية والاجتماعية وعاء لنظامها، إذ لم يعد هناك مجال للحديث عن " إطلاق " لحق الملكية، وأصبحت الأنظمة القانونية تتخذ لمؤسسة الملكية الصياغة التالية: "حق الملكية مضمون ويُمارس في حدود القانون"، وهو المنحى الذي تبنته مختلف التشريعات على اختلاف مناهجها. صحيح أنه لا يوجد قالب موحد للنماذج القانونية الخاصة بالملكية، إلاّ أن تطورها جاء ببعدين: الأول أن الملكية " قيمة قانونية محل حماية[14] والثاني جعلها أداة للتنمية الاقتصادية، وهو كذلك ما سار على منحاه النظام الجزائري في مجال الملكية.

بدءًا بالدستور الذي يقر الملكية الفردية بالقول:" الملكية الخاصة مضمونة، حق الإرث مضمون، الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات معترف بها ويحمي القانون تخصيصها " المادة 64 من الدستور المعدل لسنة 2016.

وفي تأكيد على حرمة الملكية أيضا جاء تقدير الدستور للواجب الذي يُلقى على عاتق كل مواطن في حماية الملكية العامة من أجل مصالح المجموعة الوطنية، واحترام ملكية الغير (المادة 80 من الدستور المعدل لسنة 2016) و هو ما يعبر عن الاتجاه الطبيعي للتملك الفردي والجماعي، لأنه يشكل في حد ذاته

---

[13] -Voir. Carbonnier (J), op.cit., p.139 et 140.

- وذلك تأثر بنظرية بون ديجي حول الوظيفة الإجتماعية-.

[14] -Emanant au caractère individuel du droit de la propriété et l'on déclare comme un droit inviolable et sacré.

شريعة عامة للملكية[15] باعتبارها حقا عينيا. وبالرجوع إلى المادة 674 من ق م ج عرف المشرع الملكية على أنها "...حق التمتع والتصرف بالأشياء بشرط ألا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة " حيث تشكل الملكية في عمومها مجموعا من الحقوق المحددة والمحمية في إطار نظام قانوني والذي يُعد جد متطور بالنظر لحجم المبادلات والنزاعات التي تتعلق بإستعمال وإستغلال ونقل الملكية[16]. ومجرد أن إعترف بالملكية الجماعية والملكية المشتركة خرجت الملكية من تصورها المدني المحض[17]، مثلما أكده المؤسس الدستوري في المادة 1/18 من الدستور المعدل(2016) "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية..."[18] والمادة 19 فقرة (ح) أيضا التي تنص: " (...) تحمي الدولة الأراضي الفلاحية "[19] في إطار التوجه للإهتمام بالملكية الفلاحية على نحو أكثر تحديد مما سبق، والقانون المدني من جهته سار على نفس المنوال في نصوص المواد (688- 689-743 و744).

2- حق الملكية كقيمة اقتصادية وأداة اجتماعية

لقد نشأت النظرية الاقتصادية عندما بات من الضروري التساؤل عن أثر تعدد الأشكال التي جاءت بها المؤسسة القانونية للملكية على النشاطات الاقتصادية والذي أظهر معه نوعا من التسابق بين أنظمة الملكية الخاصة والعامة، تارة ترتبط فيما بينها وتارة تنفصلان، وهذا ما بات يفرضه مجال الأعمال (**domaine des Affaires**) في مواجهة الشريعة العامة للملكية، وذلك بما يُوفره هذا التوجه من معرفة لمختلف الأنظمة والأصناف المنبثقة عن الملكية بوصفها منظّمة لسلوك الأشخاص القانونية بواسطة النظام الاقتصادي، وكذلك

---

[15]-Comp. Trodoux (Kevin), Le droit de propriété et ses limites .Rev. UNIS, sur (http://ww.unis-inmo.fr).

[16]- Selon Ayne Rand« la grève », (le droit de propriété figure en bonne place de même que l'homme ne peut exister sans corps ,aucun droit ne peut exister sans le droit de traduire ses droits dans la réalité : à penser, à travailler et à en conserver le produit, ce qui signifie le droit de la propriété ».

[17]- أي القائم على الفردية والحصرية والاستئثار.

-Voir dans sens Plançon (Caroline), Droit foncier et développement : les enjeux de la notion de propriété. Etude de cas au Sénégal sur (http://www. cairn.info / article -p.php ? ID Article=RTM -200-0837).

[18]- كانت تمثلها المادة (17) من الدستور المعدل لسنة 1996.

[19]- التي لم تكن موجودة في الدستور المعدل لسنة 1996.

ما يمكن أن تفرضه العلاقات التعاقدية الحرة بين هذه الأشخاص من مستلزمات لتجزئة حقوق الملكية.

وتقليديا- منذ سنوات الستينيات- كان لسمو النظام الخاص على بقية أشكال الملكية الجماعية أثره، بحيث فرض فكرة اعتبار كل المبادلات بين الأشخاص كحقوق للملكية واردة على مال معين[20]، وهو ما تفسره النظرية العامة للعلاقات الاجتماعية إلاّ أن التدابير التي باتت تغزو سوق نقل الملكية، ومبادئ الرقابة والتحكم عادت لتفرض معيار الفعالية، إلا أن ذلك لم يكن بمنأى عن فرض التعايش بين ما هو قانوني مع ما هو اقتصادي من جهة وبين ما هو اقتصادي مع ما هو اجتماعي من جهة أخرى، ثمّ بين ما هو قانوني مع ما هو اجتماعي من جهة ثالثة.

ففلسفة "**حق الملكية**" تقوم على ثلاثة معايير بالمفهوم المعاصر: (1) الفعالية الاقتصادية التي تبررها مجموع المنافع الفردية وهذا هو صلب ما نظمه القانون المدني، (2) المنفعة التي تعزز الغاية القانونية من المبادلات الواردة على الملكية، وإلا لم كان ثلاثي " التصرف- الاستعمال والاستغلال " أداوت لتجسيدها، (3) الإنصاف والعدالة التي تفترض جعل الملكية أداة تجانس اجتماعي، وإلا لم يفسر وقوف الدولة لحماية الملكية، أو المساعدة لخلق ثروات جديدة (العقارات الفلاحية- الصناعية – السكنية) أو لتدخل لإبطاء المبادلات التجارية لدواعي الأمن القانوني في الإقتصاد وفق الطرح الجديد لنظرية القانون في مجال حق الملكية[21].

وعندما يثور التساؤل في حكم القيام بغراس أو بناء أو منشآت على أرض الغير متى كانت ملاصقة لملكية القائم بهذه الأعمال ؟ تعين الإجابة عنه حسب ما هو وارد في مفهوم الملكية، خاصة عندما تتدخل فيها اعتبارات التعارض بين مصالح مالكين متجاورين ومقتضيات الإتيان بحل عادل ومنصف لتسيير هذه الأوضاع، وهنا تعتبر الوظيفة الاجتماعية معيارا لها. فالمنطق الذي جاء به القانون المدني يحقق مبدأ المنفعة العادلة بالنظر للحل الذي وضعه المشرع في حالة إلتصاق

---

[20]- Voir sur http://www.cours-de-droit.net

[21]-Comp. Archer (F), Le propriétaire a-t-il vraiment un droit absolu sur son bien ?. question- clés. Droit des collectivités dans les connaissances. Question clés ; sur http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr.

العقار عند ترتيب جزاء إزالة الغراس أو البناء أو المنشآت لصالح المالك صاحب الأرض (وعلى نفقة الشخص القائم بها) مع التعويض في حالة الضرورة[22] أو دونه أو اختيار الإبقاء عليها تحت طائلة عدم التضرر منها[23] أو جبره على الإبقاء عليها ي حالة حسن نية القائم بها[24]، وفي الحالتين الأوليتين إعمال مباشر لحق المالك في حماية أرضه، لولا أن الحل الأخير يعد خروجا عنه مع الاستنجاد بنظام التعويض[25]، مع العلم أن الإلتصاق بالعقار سبب من أسباب الملكية.

منذ أن أصبح حق الملكية " خاضعا لأهداف معينة[26]، بات من الضروري القول بوظيفية مؤسسته القانونية بعد أن كانت اقتصادية، وتطورت لاحقا لضرورات اجتماعية، ثم حسنتها الاعتبارات الأخلاقية، فتقدم بذلك السلوك الإنساني في الحياة العقدية أكثر مما سبق، لأنه أصبح يرد على حقوق ملكية متنوعة.

والقول الفصل لدينا أن حق الملكية قد شمل بالضمانات اللازمة سواء في مواجهة الأشخاص الخاصة، مثلما يُوفره نظام حق الشفعة (المواد 794 إلى 804 مدني). والحلول القضائية في حالات الملكية العقارية (المواد 808 وما يليها من القانون المدني) وأحكام التقادم (م 827 و828 مدني)، وسواء ما قرر من ضمانات في مواجهة السلطة العامة من خلال الضمانات القانونية الإجرائية مثل نزع الملكية

22- Le législateur dans l'article (784) du code civil a donné un sens au solution d'enlèvement « lorsque les ouvrages ont été fait en connaissance de cause par un tiers avec ses propres matériaux sans le consentement du propriétaire du sol, celui-ci peut dans un délai d'un an à partir du jour ou' il a eu connaissance de l'exécution de ces ombrages demander soit leur enlèvement aux frais du tiers avec réparation du préjudice, s'il ya lien soit leur maintien moyennant paiement ou de leur valeur en état de démolituon on d'une somme égale a la plus-value que ses ouvrages ont procurée au sol…. »

23- Article 783 du code civil.

- ويصبح في هذه الحالة مالكا لها.

24- المادتان 785 و780 مدني.

25- راجع القرارات القضائية في هذا الشأن :

- قرار رقم 52627 بتاريخ 20 نوفمبر 1989. المجلة القضائية 1990، ع 4، ص 150-152.
- قرار رقم 48167 بتاريخ 26 أكتوبر 1988، المجلة القضائية 1990، ع 3، ص 23-26.
- القرار رقم 56099 بتاريخ 13 ديسمبر 1989، المجلة القضائية 1990، ع 4.
- القرار رقم 207261 بتاريخ 28 فيفري 2001، المجلة القضائية 2002، ع (1).

26-« Il n ya points de propriété naturelle, elle est uniquement l'ouvrage des lois ». Elshakankiri .La philosophie juridique de Jérémy Bentham .1970. p.317 et ss, cité par Terré (F) et Simler (Ph). op.cit., note n°99.

للمنفعة العامة(المادة 677 ق م ج)[27]، وكلها تثبت فكرة أنه حق أساسي في القانون الوضعي، إلا أنه لا يمكن أن يكون عاما ومطلقا يبيح إنتهاك حقوق المجموعة.

وبمجرد أن يُؤطّر" **حق الملكية** " بنوعين من التحديد المقيد له، سواء فيما يمس نطاقه، أو يشكل قيودا على العناصر المكونة له، فإن ذلك ينفي الكلام عن " الإطلاق بالمفهوم التقليدي"، وهو ما يشكل تطورا في نظرية الحقوق، على اعتبار صيرورة حق الملكية حقا عينيا وظيفيا.

3- تقنية التقييد والتحديد في مواجهة حق للملكية

سبق لنا وقلنا أن "حق الملكية" بما يتضمنه من حقوق كاملة تتمثل في صلاحية التصرف، الاستغلال والاستعمال، فهو حق كامل **Droit Complet** ومن أجل هذه الغايات فهو يقوم على خاصية الإستئثار، الأبدية والإطلاق، أما الأولى والثانية فهي أكثر ظهورا وتجسيدا، بيد أن الأخيرة قد أدخلت عليها الكثير من النسبية التي جعلتها على درجات تتراوح من التضييق إلى الانعدام، وهو ما تحقق على ضوء مجموع القيود والحدود التي قررت في مواجهة " ممارسة حق الملكية " طبعا حتى لا نفرغ حق الملكية من فحواها ونتحدث عن مساس بالحق ذاته[28] والتي عرفت تطورا ملحوظا جدد في مفهوم حق الملكية ككل وعلى كافة أشكالها (العقارية، الفلاحية، الأملاك الوطنية وغيرها). صحيح أن "**حق الملكية**" حق أساسي، والمساس به مسألة غير مألوفة، إلا أنه يتعين التأكيد بأن البيئة التي تعرف أزمة إقتصادية وضغوطا على السوق العقارية ومستلزمات العدالة التوزيعية اجتماعيا حولت مالك المال إلى مسؤول إجتماعي يشارك في التخفيف من آثار تطور تلك العوامل، ويصبح التدخل خارج الحق الطبيعي للملكية أمر يفرضه الواقع(**De Facto**) بسبب مجموع القيود القانونية المنبثقة عن الإلتزام العام باحترام النصوص التشريعية والتنظيمية أو احترام إرادة الأطراف[29].

---

[27]- نص الدستور في المادة (64) على ضمان الملكية الخاصة.

[28]- لأن حق الملكية ذو قيمة قانونية ودستورية ولا تتنازل عنه، وإما يتعين إطلاق وصف القيد والتحديد على ممارسته وليس على عمله.

[29]- فعلى سبيل المثال تنص المادة 808 مدني على أن الحيازة " لا تقوم على عمل يأتيه الغير على أنه مجرد رخصة أو عمل يتحمله على سبيل التسامح ... "

« La possession ne peut être fondée sur des actes de pure faculté ou de simple tolérance .La possession exercée par violence, clandestinement ou d'une façon équivoque ne peut avoir

أ- فئة القيود والحدود المفروضة لدواعي المصلحة العامة

وهي تأتي في شكل إجراءات وتدابير تُفرض بموجب القوانين والتنظيمات المتعلقة بقواعد العمران وحماية البيئة وإعتبارات النظام العام، إذ تنص المادة (66) من قانون (90-25) المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري على إستغلال الأراضي العامرة والقابلة للتعمير إستغلالا راسخًا وكثيفا في إطار المحافظة على الأراضي الفلاحية وترقية وإستصلاح المساحات والمواقع المحمية وفق ما تحدده أدوات التهيئة والتعمير[30].

لقد تم تحديد مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بضبط حقوق البناء على الأرض بموجب المرسوم التنفيذي (91-176) المؤرخ في 28 ماي 1990 المتعلق بكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء، وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك[31] وذلك فيما يخص موقع البناء والطرق المؤدية إليه، وأخرى تتعلق بإنشاء وحجم البنايات، وثالثة حول كثافة البناءات في الأرض وأخيرا هناك ما يرتبط بمظهر البنايات، أين شملها المشرع بشروط خاصة إما بغرض حماية النظام العام وبالخصوص الصحة، السلامة والأمن العموميين، وإما لما لها من أهمية إقليمية وهي لحماية تهيئة الإقليم الحضري وإما لحماية الاقتصاد. وفي نفس السياق أوردت قيودا في إطار التنظيم العقاري الحضري، بموجب القانون (90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير[32] المعدل والمتمم بالقانون (04-05) المؤرخ في 14 أوت 2004[33] الذي ينص على "منع كل بناء على قطعة أرض تقع على شريط ساحلي عرضه 100 متر إبتداء من الشاطئ"[34].

---

d'effet à l'égard de la personne au préjudice de laquelle se manifeste la violence, la clandestinité ou l'équivoque qu' à partir de la cessation de services »

- لقد إعتبر الأستاذان (Terré et Simler) صياغة "تمتلك" التي جاءت بها المادة (544 مدني فرنسي) بأسلوب جد متحايل ومنافق فيه، فكيف لها ان تقيد شخصا فيمما سبق أن منحته له ؟

[30]- ويقصد بها تلك التوجيهات التي تطال تهيئة الأراضي وتضبط توقعات التعمير وقواعده مثل المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (PDAU)- تقييم الإقليم إلى قطاعات (المعمرة المبرمة للتعمير والمستقبلية وغير القابلة للتعمير – قواعد البيانية للتعمير- مخطط الأراضي (POS).. وغيرها

[31]- والمتعلقة بالمواد من (01-20) حول الصنف الأول، من المواد (21-25) حول الصنف الثاني، المادة (26) بشان الصنف الثالث، و من المواد (27 إلى 31) كانت حول الصنف الرابع بموجب ما ورد نصه في المرسوم (91-171).

[32]- ج ر، 1990، العدد52، مؤرخ في 02 ديسمبر 1990.

[33]- ج ر، 2004، العدد 71، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

[34]- المادة 45 من القانون المتعلق بالتهيئة والتعمير، و في نص آخر، " لا يجوز إقامة أية بناية على بعد يقل عن 6 أمتار من محور الطريق، بالنسبة للطرق التي ليس لها مخطط تصفية مصدق عليه...." المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم (91-175) المؤرخ في 28 ماي 1991 المحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء (ج ر، العدد 26، مؤرخ في 01 جوان 1991).

ويُخضع القانون أيضا العمارات الخطيرة وغير الصحية أو المزعجة لمراقبة السلطة الإدارية لما لها من أخطار وأضرار على الأمن وسلامة الجوار أو الصحة العمومية والبيئة[35]، كما أنه لا يرخص إنشاء مثل تلك المؤسسات – حسب أصنافها – في بلديات خاضعة لأحكام مخطط عمراني مصادق عليه[36].

ثمّ إنه بوصف الاستثمار العقاري أداة للتنظيم والتوجيه فقد شُمل بمنهج التحكم الذي يمس مختلف النشاطات الاقتصادية بمختلف أشكالها العمرانية، الصناعية والفلاحية، الأمر الذي جعل تدخل المشرع لضبط المنهج التوفيقي الذي تبناه بين الحق في النشاط العقاري وبين النظام العام العمراني ذا أثر واضح، وهو ما برز من خلال القانون (11-04) المؤرخ في 17 فيفري 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية[37] مقارنة مع أحكام المرسوم التشريعي (93-03) المتعلق بالنشاط العقاري محل التنافس بين القطاع العام والخاص وكيف تم فتح السوق العقارية للمتعاملين الخواص تحت طائلة عجز القطاع العام عن تلبية حاجيات السكان وما يحقق أكثر مستوى من التنمية الاقتصادية والإجتماعية.

كما نجد أن القانون (11-04) جاء لتجسيد الجانب الحمائي للطرف الضعيف في علاقات الترقية العقارية (أي المقتني) وإدخال تشييد البنايات على الملكية العقارية ضوابط من النظام العام، دون أن ننسى الاعتبارات الجديدة الذي أصبح يراعيها المشرع بالنسبة للنشاطات الصناعية ذات التأثير على المناطق العمرانية[38] وأيضا تدعيم النظام العمراني بأدوات لمكافحة ظاهرة البناء الفوضوي[39]. ولولا تطوّر مفهوم " النظام العمراني لما كان هناك فعالية في تقييد الملكية العقارية الخاصة وذلك أظهر فارقا واضحا بين سياسة تجميد التصرفات العقارية وحق البناء واحتكار البلدية للمعاملات العقارية وبين تحريرها تحت طائلة النظام العام والمصلحة العامة.

---

[35]- نصت عليه أحكام المرسوم (76-34) المؤرخ في 20 فيفري 1976 المتعلق بالعمارات المخطرة وغير الصحية أو المزعجة، ج ر، العدد 21، مؤرخ في 12 مارس 1976.

[36]- المادة الرابعة من المرسوم (76-34) المذكور أعلاه. كما نص في المرسوم (76-35) المؤرخ في 20 فيفري 1976 المتعلق بالنظام الأمن من أخطار الحريق والفزع في العمارات المرتفعة، ج ر، 1976، العدد 21، المؤرخ في 12 مارس 1976، على الشروط والقيود الواردة في بناء عمارات مرتفعة بذات الوصف (المادة 5 منه).

[37]- ج ر، العدد 14، المؤرخ في 06 مارس 2011.

[38]- نظمت بموجب المرسوم (07-145) المؤرخ في 19 ماي 2007المتعلق بدراسة تأثير النشاط الصناعي غير المدروس في المناطق العمراني.

[39]- المرسوم التنفيذي (85-212) المتعلق بتسوية البناءات الفوضوية وذلك التسوية البناءات المشيدة قبل 14 أوت 1985 بشكل مخالف للأمر(74-26) المتضمن الاحتياطات العقارية.

وفي نطاق آخر فإن قانون الأملاك الولائية رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والمعدل والمتمم بالقانون (08-14) المؤرخ في 20 جويلية 2008[40] جاء بالعديد من القيود التي تمس بالملكية، وذلك فيما يتعلق بانفراد الدولة لتحديد الحدود والتصنيف في إطار تكوين الأملاك الوطنية (المواد 27 و29 و30). أما في نص المادة (1/67) من القانون المذكور أعلاه فإن تقرير أعباء الجوار لصالح الأملاك الوطنية والعمومية، وإضافة إلى أعباء القانون العام والإرتفاقات الإدارية لفائدة الطرق العمومية (تصريف المياه، الرؤية... وغيرها) تدخل في نطاق حماية الأملاك الوطنية.

كما أن نزع الملكية للمنفعة العامة يعد من أهم القيود الوارد على حق الملكية وعلى نحو كلي، وقد جاء الإعتراف به بموجب المادة (677 ق م ج) في إطار إقرارها كمبدأ عام. وتولت النصوص التطبيقية تفصيله، حيث ورد ذلك في نصوص القانون 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية[41] والمتمم بالقوانين المالية لسنتي 2005 و2008[42]، وفي مجموعها تظهر هذه الأدوات القانونية كإجراءات إدارية لإكتساب أملاك أو حقوق عقارية تنفيذا لإجراءات نظامية للتعمير والتهيئة والتخطيط ذات منفعة عمومية بشرط تغطية طابعها الاستثنائي بتعويض عادل ومنصف، وتنويها لنفس السياق فقد أقر المشرع "حق نزع الملكية للمنفعة الإدارية، والتي تسمح للدولة والجماعات المحلية بحق التقدم في المعاملات الواردة على أراضي معينة (مثل الأرضي العامرة والقابلة للتعمير والأرضي الفلاحية) لتحقيق المصلحة والمنفعة العموميين ومن قبل هيئات يحددها القانون، منها الوكالة الولائية للتنظيم والتسيير العقاريين الحضريين، والديوان الوطني للأراضي الفلاحية حيث نص عليها في نظام خاص بها من قانون التوجيه العقاري (90-25) المعدل والمتمم[43].

---

[40]- ج ر ، العدد 44، المؤرخ في 03 أوت 2008.

[41]- ج ر، العدد21، المؤرخ في 08 ماي 1991. وهناك المادة 65 من قانون (04-21) المتضمن قانون المالية لسنة 2005 والمادة 59 المتممة من القانون (07-02) المتضمن قانون المالية لسنة 2008.كما أنه مشمول بخصوص المرسوم التنفيذي رقم (93-183) المؤرخ في 27 فيفري 1993 والمحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم (91-11) والمتمم بالمرسوم التنفيذي ((05-248) المؤرخ في 10 جويلية 2005- والمتمم بالمرسوم التنفيذي (08-202) المؤرخ في 07 جويلية 2008. أنظر: محمد الصغير بعلي. النظام القانوني لنزع الملكية العقارية للمنفعة العامة، الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري بين 25/ 26 ماي 2013، جامعة قالمة (نسخة إلكترونية).

[42]-المرجع نفسه.

[43]- المواد 52 إلى 71 من قانون التوجيه العقاري والقانون (87-19) الصادر في 08 ديسمبر 1987 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الراضي الفلاحية الأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم (م23، منه).

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع بموجب القانون الأملاك الوطنية لسنة 2008 إستحدث نظام الحق العيني الخاص بموجب القسم الثاني مكرر تحت عنوان " الشغل الخاص للأملاك الوطنية العمومية المنشئ لحقوق عينية[44] حيث يخول المشرع لصاحب رخصة الشغل الخاص على بنايات أو منشآت ثابتة أقامها على الملكية العمومية حقوقا وواجبات للمالك في الحدود المقررة له في النصوص، مستمدا من القانون الفرنسي[45]، ولقد عُبر عن الغاية من إقراره في تمكين صاحب عقد الشغل من إيجاد مصادر تمويل مثلما يستلزمه مشروعه، بحيث يُكفل له حق رهنه والحصول على قروض لتنميته وهو منهج نفعي جد واقعي يُقدر له إنفاذه في حدود الغاية التي ينشأ من أجلها[46].

كما أن مقتضيات النظام العام البيئي قد تفرض كأساس لتقييد الملكيات، مثلما يُفرض بشأن رخصة هدم الأبنية لمقتضيات تتعلق بطبيعة المناطق التي أقيمت فيها أو لمقتضيات الشروط التقنية والأمنية[47]، وإنشاء المؤسسات الصناعية أيضا يتوقف على توفير التدابير اللازمة في مجال معالجة الهواء والمحيط

---

[44]- المادة 69 مكرر تنص: " لصاحب رخصة الشغل الخاص للأملاك الوطنية .... حق عيني على المنشآت والبنيات والتجهيزات ذات الطابع العقاري ....".

« Le titulaire, par acte ou convention de toute nature, d'une autorisation d'occupation privative du domaine publique a sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de nature immobilière qu'il réalise l'exercice d'une activité autorisée par ce titre, ce droit confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les condition et limites précises dans la présente section, les prérogatives du propriétaire. Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et celle des ouvrages autorisés et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir exèdre 65 ans ».

- Voir pour plus de détails : Terneyre (Ph), Droits réels sur le domaine public de l'Etat. Classifications ou multiplications des interrogations._AJDA 1995, p 905-908. Fourmier (A) et Jacqnot (H), Un nouveau statut pour les occupants du domaine public,_AJDA 1994.p. 759 et ss. Fatome (E), et Terneyre (Ph), La lois du 25 juillet 1994 : Observations complémentaires, AJDA 1994, p. 780.

[45]- الذي عرف فيه ثلاث مراحل: الأولى نظمها بموجب القانون المتعلق بالإيجارة الطويل المدى لـ 05 جانفي 1988 لفائدة شخص خاص على أملاك جماعة محلية، والثانية تتعلق بقانون يرخص بإنشاء حقوق عينية لفائدة شاغل الملك العمومي على المنشآت والبنايات التي يقيمها والصادرة في 25 جويلية 1994، والثالثة بموجب قانون الأملاك العمومية لـ 21 أفريل 2006 والإعتراف بالحق العيني الخاص. وراحت بعض القوانين مثل تونس في 2008 والمغرب 2011 تقره هي الأخرى بنص خاص.

[46]- كان الإشكال حول طبيعته بين قائل على أنها حق عيني مدني، وآخر إداري، وهل هو حق ملكية أمر حق متفرع عنها مع أن النص جاء صريحات

[47]- المادة (66) من قانون (90-29) المتعلق بالتهيئة والتعمير، والمادة (5) من المرسوم التنفيذي (91-175) المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.

من المواد الضارة[48] وحتى وجود البناية أو توقيف إنشائها من عدمه قد يرتبط بتفضيل الأهمية البيئية على المصلحة الخاصة (المادة 30 من المرسوم التنفيذ عن (91-175) المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.

قد قرر المشرع أيضا بأن حالة عدم استثمار الأراضي الفلاحية يُعد فعلا تعسفيا في استعمال الحق بموجب المادة 48 من قانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري والمعدل والمتمم بموجب الأمر 95-26[49]، وهو بهذا الوصف يرتب تدخل الدولة لوضع الأراضي محل استغلال من المالك، والحائز الظاهر أو عرضها للتأجير أو بيعها (المادة 51 نفس القانون)، ونصت المادة 84 من نفس القانون والقانون (87-19) المتعلق بالمستثمرات الفلاحية على عدم جواز بيع حق الإنتفاع الممنوح للمنتجين الفلاحين إلا بعد مرور 10 سنوات من تأسيس المستثمرة الفلاحية .

وردت مجموع القيود الخاصة في مجال الهيئة والتعمير والتي بموجبها يوفر أصحاب الأبنية فرصة تمتع الغير بالعديد من الحقوق مثل: حق الإنتفاع بالمياه، في إطار حق الشرب، وصرف المياه وإنشاء المجاري (المواد 13 إلى 17) من المرسوم التنفيذي (91-175) المؤرخ في 28 ماي 1991، والحق في المطلات والمناور (المواد 21 إلى 25) من نفس المرسوم المذكور أعلاه[50].

ولعل المشرع الجزائري قد أسند المنهج التقييد أيضا في بعض عقود البيع العقارية (الريفية– الاجتماعية والتساهمية) وبموجبها يورد بند ينص على تقييد سلطة المالك في التصرف في حق الملكية خلال مدة معينة رغم انتقال الملكية إليه بصورة نهائية وبعقد مشهر مستوفي الأركان مثلما ورد في المادة (57) من قانون المالية لسنة 2008 المعدلة والمتممة بالمادة 58 من قانون المالية لعام 2012[51].

---

[48] - المادتان 17 و 18 من المرسوم (91-175).

[49] - المؤرخ في 25 سبتمبر 1995. ج ر، العدد 55، مؤرخ في 27 سبتمبر 1995.

[50] - سواء المباشرة أو غير المباشرة.

[51] - بالنسبة للسكنات الإجتماعية فهي غير قابلة للتنازل (لمدة (10) سنوات من تاريخ العقد الإداري المعد من طرف مصالح أملاك الدولة، وسكنات البيع بالإيجاز المنجزة من طرف الوكالة الوطنية لتحسين السكن (10 سنوات)، والسكنات الترقوية (التساهمية) لمدة (5) سنوات وبمثل المدة بالنسبة للسكنات الريفية.

- أنظر التعليمة الوزارية المشتركة رقم (2) المؤرخة في 24 فيفري 2013 المتعلقة بعدم قابلية التنازل عن السكنات الإجتماعية المنجزة بمساهمة نهائية للدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة.

ب- فئة القيود المفروضة على حق الملكية لدواعي المصلحة الخاصة

إن نصوص القانون المدني الجزائري بوصفها الشريعة العامة قد قررت قيودا واردة على الملكية لدواعي المصلحة الخاصة على نحو يختلف عن الأنظمة القانونية الأخرى والتي ترك مسألة تحديدها ببيد القضاء(كالقانون الفرنسي)،ومن تطبيقاتها القيود المقررة لمصلحة الجوار، حيث نص المشرع على مضار الجوار غير المألوفة على سبيل المسؤولية الموجبة للتعويض، وتقييد حرية المالك في إستعمال ملكه (المادة 691 ق م ج)،وحالة التعسف في استعمال الحق الذي ينجم عنه ضرر يصيب الجار[52]، وكلها فرضتها دواعي اجتماعية ،تم تقريره في إطار المسؤولية العامة عن الاستعمال التعسفي للحق (المادة 124 مكرر من القانون المدني[53].

كما أن هناك تقنيات "الإرتفاق " التي تُثقل على ملكية لفائدة ملكية أخرى، وهي تتخذ الطابع الإتفاقي، مثل حق المرور في حالة العقار المحصور التي لا مخرج له على الطريق العمومي (المواد 693 وما يليها من القانون المدني)[54] وتقرير واجبات على المالك في حالة تلاصق الجوار (إقامة الحائط المشترك أو الترميم أو التعلية) بموجب المواد 703 إلى 708 ق م ج، كذلك هناك حق المطل والمناور والهواء التي تحدد التزامات على عاتق المالك عن طريق احترام المسافة القانونية بين الملكيات (المواد709 إلى 712 ق م ج)[55]، وقد نص المشرع الجزائري على نظام خاص بـ " الإرتفاق " وفي كثير من أحكامه قرر القيود على الملكية المرتفقة لكن مع مراعاة عدم التعسف في استعمال الحق بالنسبة لها، وبالنسبة المرتفق بها (المواد 867 إلى 881 ق م ج)[56].

---

[52]- فالضرر يتعلق بالمساس بمصلحة مشروعة للشخص آخر وحق من حقوقه إما يتعلق بسلامته الجسدية أو ماله أو سلامته المعنوية.

[53]- مع العلم أنه في الكثير من الأحيان قد تتداخل المسؤولية المترتبة عن إخلال المالك بإلتزام فرضته عليه القوانين والتنظيمات (قواعد العمران مثلا) وبين التمسك بمضار الجوار غير المألوفة.

- أنظر قرار المحكمة العليا رقم 410719 المؤرخ في 12 سبتمبر 2007 والقرار رقم 506915 المؤرخ في 08 أفريل 2009.

غرفة عقارية – مجلة المحكمة العليا- عدد خاص- الإجتهاد القضائي للغرفة العقارية – ج 3- 2010، ص ص: 345-349.

[54]- و يتم إدراجها عند تطبيق عمليات البناء في شهادات التعمير.

[55]- فعلى سبيل المثال حدد القانون المدني المطلات المباشرة (2م) – وغير المباشرة بـ (60سم) والمناور على إرتفاع (2م).

[56]- أنظر على سبيل المثال إجتهاد القضاء بشأن حق الارتفاق: قرار رقم 24886 بتاريخ 1982- قرار 48589 المؤرخ في 21 ديسمبر 1988 قرار رقم 195764 المؤرخ في 26 أفريل 2000، وقرار رقم 228461 بتاريخ 28 جوان 2002.

وفي وضع آخر، قام المشرع بتنظيم وضعية "الملكية المشتركة "[57] في العقارات المبنية بموجب المواد (743 إلى 772 ق مج) وفُصل بموجب المرسوم (83-666) المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 المحدد لقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية المعدل والمتمم والمرسوم التنفيذي (99-14) المؤرخ في 04 مارس 2014 المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية، وفي عموم ما جاء في هذا النظام أنه تم التمييز بين ما يشكل أجزاء خاصة[58] التي تخول لمالكها استعمالها واستغلالها والتصرف لإنفاذها وكذلك القيود الواردة في مجال احترام حقوق الغير[59] أما الأجزاء المشتركة فهي مملوكة ملكية جماعية وعلى الشيوع فهي تخول الأفراد حق الاستعمال والاستغلال دون التصرف[60] ووفقا لما اعُد له ودون إدخال تغيير على تلك الأجزاء إلا بموافقة جميع الشركاء، وعموما أمكن القول بأن القيود القانونية تنطبق على كل الملكيات مهما تغير مالكها لأن العبرة بالملكية لا بصاحبها، حتى أنه لا يسري بشأنها التقادم المسقط من أجل المطالبة بها (مثل الحق في المطل). ولأنها قانونية فهي محددة في النصوص على سبيل الحصر (القانون المدني والتشريعات الخاصة المكملة له)، وكلها تفيد بعدم إطلاق حق الملكية ككل أو الحقوق المتفرعة عنه، خاصة عندما نجدها كتقنيات قانونية متنوعة المنهج، تارة تظهر أكثر عدائية في مواجهة هذا الحق (المحظورات والممنوعات، نزع الملكية، وحق التأميم) وتارة أخرى نجدها أكثر لطفا يتوقف تحقيقها على مجموع التراخيص والإمتيازات الممنوحة من السلطة العامة وهي مدمجة لتنظيم حق الملكية بثقل يشهد له بالأهمية مقارنة مع قيود أخرى.

كما أن القيود الإتفاقية التي يُراعى بها المصلحة الخاصة أضفت على " حق الملكية " الطابع التضامني والتعاوني بالنسبة لما يقرر عليها من استثناءات، ويُصبح من المفيد في عموم الأمر تأكيد المبدأ القائل " تنتهي حقوقي عندما تبدأ حقوق الغير"، كما أن تطوّر محل الملكية وتنوع كان له الأثر في تغيير مضمونها، فهي

---

[57]-لمزيد من التفصيل أنزر حمدي باشا عمر، " الملكية العقارية الخاصة "، دار هومة ، الجزائر، ط (1)، 2002، ص ص: 128 وما يليها.

[58]- المادة (744/1 مدني) و (المادة 2 من المرسوم (83-666) عرفتها أن أجزاء مملوكة لملكية خاصة ومفرز ويتأثر المالك بمفرده بها.

[59]- الضوضاء غير العادية ...المادة 11 من المرسوم (83-666).

[60]- المواد 12 و 13 من المرسوم (83-666).

تستند على نظام أصبحت فيه القيمة المادية للحق سببا في تطوره كأداة للتنمية الاقتصادية والثروات الجماعية، ثم إن المنهج التوفيقي بين الاعتبارات الإجتماعية ومستلزمات النظام العام وبين الحق في آداء النشاطات المتصلة بالملكية هو ما أسهم في تجديد حق الملكية كمؤسسة قانونية تطوّرت في ظلها نظرية الحقوق بشكل جد نفعي وواقعي. والمجموع القانوني الذي صاغ النظرة التشريعية لحق الملكية في النظام الجزائري أخذ حصة هامة سار بها على مسار ما ظهر في التشريعات الأخرى وهو أيضا يبرز القيم المنقولة المعنوية، كالمحل التجاري أو القيم المنقولة. كما أنها أصبحت ترتبط بالتكنولوجيات الحديثة وأدوات البرمجة المعلوماتية وأسرار الأعمال والتجارة والمؤسسات التي حولتها بيئة المعاملات المعاصرة إلى قيم اقتصادية وذلك ما طوّر النظرية العامة لحق الملكية، يُستدرج إلى هذا التصور الجديد إدخال الملكيات غير المادية والملكية الفكرية، بالنظر لنظامها الذي يكرس حقوقا على المصنفات الفنية والأدبية، كما يُقر أيضا ببراءات الإختراع وملكية العلامات وتسيير الأموال ذات المضمون المعلوماتي (برامج وأنظمة)[61].

ثانيا: تكريس الحقوق الجديدة وأثرها في تحديث منظومة القانون المدني

عندما يتعلق الأمر بالذات الإنسانية فإن القانون قد شملها بالحماية، وحمايتها منبثقة من خصوصيتها الذاتية على اعتبار أنها لصيقة بها، وأول ما يضمنها عدم اعتبارها محل معاملة أو قيمة مادية، مما يفسر أهمية إهتمام القانون المدني والنصوص المرتبطة به لمتابعة تنظيم حمايتها في مختلف أوجهها المتطورة مثلما تطور فيه قانون الأشخاص، كما أن علاقة الأشخاص بالمجال الذي ينتمون إليه ويتعاملون به أبرز جانبا جديدا إستحق من القانون الإلتفات إليه دونما أن يكون بمعزل عن هؤلاء الأشخاص، إذ إمتدت إلى ما يُعرف بـ(الحق في البيئة).

---

[61] - ينظم القانون الخاص بحقوق الملكية الفكرية وفي التشريع الجزائري في نطاق القوانين الخاصة بها:
هناك: الأمر (03-05) المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة مع المرسومين التنفيذي (05-358) و(05-0357) المتعلقة على التوالي بكيفيات ممارسة ... لمؤلف من صنف تشكيلي والثاني الخاص بكيفيات التصريح والمراقبة المتعلقتين بالإتاوة على النسخة الخاصة.
- الأمر (03-07) المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءة الاختراع.
- الأمر (03-06) المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات.
- الأمر (03-08) المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالتصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

1- الحق في السلامة الجسدية والمعنوية بين التأصيل والتحديث

على تعدد "حقوق الشخصية"[62] راح الفقه يؤسس مفهومها على أرضية تصنيفية تميز بين ما هو "جسدي" و"غير جسدي"، وهو الذي يقابله تأصيل في الحقوق عند الحديث عن احترام السلامة الجسدية والسلامة المعنوية ولقد ثار جدل في إطار نظرية قانون الأشخاص بشأن حقوق الشخصية على إعتبارها حقوق غير مالية غايتها "الشخص الإنسانية" في كافة أبعادها (جسد- صورة- صوت ومعلومات شخصية... وغيرها) مما يحصرها وبشكل رئيسي في مفهوم حماية السلامة المعنوية للإنسان وما يتفرع عنه[63]، فيدخل عناصر السلامة الجسدية ضمنها[64]. إذ عرف القانون المدني وكافة النصوص التشريعية الخاصة ذات الوحدة في التوجه و الإنسجام في المبادئ تأصيلا جديدا في مجال قانون الأشخاص ومنه الحقوق غير المادية، بعد أن ارتقى إلى مرتبة المبدأ الدستوري، إذ يتعلق الأمر بـ " مبدأ حرمة الإنسان، والحق في السلامة الجسدية والمعنوية[65] وكل ما يشملها من منع للعنف أو أي أفعال ماسة بها، سواء إراديا أو لا إراديا.

أ- تكريس حماية السلامة الجسدية والمعنوية كحقوق إجتماعية

منذ مصادقة الجزائر على إتفاقية حقوق الطفل[66]، شمل المشرع الجزائري الطفل بنظام حمائي في سلامته الجسدية والمعنوية وخاصة في قانون العقوبات والقوانين المكملة لها مثل: الأمر (75-26) المتعلق بحماية القصر من الكحول[67]،

---

[62]- Voir dans ce sens ce qui a été développé par Terré (F) et Fenouillet. Personne, la famille, les incapacités. Précis. Dalloz, 7 éd, 2005.

[63]- يتفرع عنها إحترام الحق في الصورة والحق في الحياة الخاصة، والكرامة.

[64]- Ibid.Comp. Nerson (R), les droits extra-patrimoniaux, LGDJ. 1939. p.173-176. Badinter (R), le respect de la vie privé, JCP, 1968, I, .N.2136. Et Kayser (P), les droits de la personnalité .Aspects théoriques et pratique. RTD .Civ. 1971. 445. n°35.

[65]- نصت عليها المادة 40 من الدستور المعدل في 2016 " تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان ، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.

أما المادة (41) فنصت أنه " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية.

كما أن المادة (3/43) نصت على تكفل الدولة بضبط السوق وأن القانون يحمي حقوق المستهلكين (طبعا المادية والمعنوية والمادة (46) هي ما نصت على حرمة الحياة الخاصة، و(المادة 66) ذات الطابع الشخصي بإعتبارها حقا أساسيا يضمنه القانون ويعاقب على إنتهاكه.

[66]- بموجب المرسوم الرئاسي (92-461) المؤرخ في 19 ديسمبر 1992.

[67]- الصادر في 19 أفريل 1975.

الأمر (75-65) المتعلق بحماية أخلاق الشباب، وقانون المستهلك (09-03) فيما يخص أحكام حماية فئة المستهلكين عندما يكونون من الأطفال .

كما أن الحق في الصحة من المبادئ الدستورية المشتقة[68] عن احترام السلامة الجسدية والمعنوية التي تضم في مفهومها الاضطلاع بالحماية والرعاية معًا، خاصة عندما يرتبط تحققها بالحفاظ على الحياة البشرية، ويفترض معه أيضا الاضطلاع بضمان الحق في الضمان الاجتماعي، حيث ورد ذلك في نصوص القانون (83-11)[69] المتعلق بالتأمينات الاجتماعية والقانون (04-11)[70] المتضمن قانون المالية، وهو في مجموعه حق يتمتع به كل فرد، فإذا إقترب من مجال الصحة العمومية كنا أمام حق جماعي، والذي نُضّم بموجب أحكام القانون الصحي الوارد في النص رقم (85-05) المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بالصحة العمومية المعدل بموجب القانون (08-13) المؤرخ في 20 جويلية 2008 من منطلق أنه يتضمن تدابير وقائية وعلاجية وكذلك تربوية واجتماعية في المجال الصحي تستهدف المحافظة على صحة الفرد والجماعة على حد سواء، فانبثق عنه نظام قانوني يمزج بين أحكام القانون العام والخاص[71]، كما نجد المرسوم التنفيذي (92-276) المتضمن مدونة أخلاقيات الطب أساسا للأرضية التي يُستلزم بها إنفاذ الحق في الصحة على ضوء تحديد علاقة الطبيب والمريض والحق في الإعلام والشفافية في العلاج، أما القانون 96-17 المعدل لقانون ترقية الصحة وحمايتها فقد عالج المسؤولية الطبية عن الأخطاء الطبية، وكل ذلك يمثل أوجها متعددة للحق في الصحة.

ويُشار أيضا إلى أن تفعيل هذا الحق يستند على ما يوجبه القانون من إجراءات وقائية أو ردعية والتي ترتب مساءلة مدنية و/ أو جزائية، وفي هذا السياق نجد القانون (03-10) المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة يفرض واجب الوقاية، كما أن القانون (01-20) المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة ركز على مبادئ " الحذر والعمل الوقائي" للحماية والوقاية من أخطار البيئة وتأثيرها على صحة الإنسان.

---

[68] - نصت عليها الاتفاقات الدولية: العهد الاجتماعي والاقتصادي والاجتماعي لسنة 1996، وصادقت عليه الجزائر في 1989.
ونص عليه الدستور الجزائري تحت إطار النص على الحق في الرعاية الصحية (المادة 66) الرعاية الصحية حق للمواطنين تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها. وتسهر الدولة على توفير شروط العلاج والأشخاص المعوزين.

[69] - المؤرخ في 1983/07/2 والمعدل بالقانون (08-01) المؤرخ في 2008/01/23.

[70] - المؤرخ في 24 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2003 حين يحدد كيفيات مساهمات هيئات الضمان الإجتماعي في ميزانية القطاعات الصحية.

[71] - لمزيد من التفاصيل أنظر، عمر شنتير، النظام القانوني للصحة العمومية ، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، الجزائر 2013.

وفي سياق آخر نجد أن منظومة الإنتاج، الاستيراد، والاستهلاك هي الأخرى قد عززت إجراءات وقائية وحمائية، فقد ورد في المادة (4) من قانون (09-03) المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أنه " يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك إحترام إلزامية سلامة هذه المواد، والسهر على ألا تضر بصحة المستهلك ..."[72]،أما المادة (9) من نفس القانون فقط ربطت أمن المنتوجات بعدم الإضرار بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه ، و ينص قانون (04-08) المؤرخ في (2004/08/14) المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية في مادته (8) على أنه " لا يمكن التسجيل في السجل التجاري أو ممارسة نشاط تجاري من قبل شخص محكوم عليه في جريمة المتاجرة بمواد وسلع تلحق أضرار جسيمة بصحة المستهلك، أما قانون العمل باعتباره قانون حقوق وواجبات للعمال، قد كرس مبدأ إحترام السلامة البدنية والمعنوية، وكرامتهم والحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب المؤهل له (المادتان5 و6)من قانون العمل(90-11).

كما أنه نص في المادة (11) على عدم فرض أشغال على النساء و العمال القصر والمعوقين أي مجهود عضلي يفوق طاقتهم، وذلك مراعاة بصفتهم تلك، وفي هذا السياق أيضا جُرّم التحرش الجنسي الذي يُمارس في أماكن العمل[73] والذي يُعد مساسا بحرمة الإنسان وسلامته.

بالنظر لتعرض العامل أثناء أو بسبب تأديته لوظيفته إلى مخاطر عديدة وهي في مجموعها تمس بدرجة كبيرة جسمه فتعطل لديه القدرة على الكسب وقد تمتد آثارها السلبية إلى حياته اليومية مما يجعل الحماية أمرا ضروريا والإهتمام بالعامل باعتباره كيانا إنسانيا جعل المشرع الجزائري يؤطر المخاطر التي تتخذ وصفا مهنيا، وصُنفها إلى حوادث عمل وأمراض مهنية، كل ذلك لإنفاذ حماية أساسية يوفرها نظام الضمان الاجتماعي وأخرى تكميلية بواسطة قواعد المسؤولية المدنية العامة،

---

[72] - والمادة (5) من نفس القانون تنص على أنه يُمنع وضع مواد غذائية للإستهلاك، تحتوي على ملوث بكمية غير مقبولة، بالنظر إلى الصحة البشرية والحيوانية...)

والمادة (6) التي تنص على ضرورة إحترام شروط النظافة والنظافة الصحية للمستخدمين.

كما أن المادة 19 تقرر بمنع بمساس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصالحه المادية وعدم التسبب له بأضرار معنوية.

- أنظر: كذلك المادة 140 مكرر مدني (1) بشأن إقرار فكرة ضرر جسماني يترتب عن مسؤولية المنتج بسبب عيب في منتوجه (المادة 140 مكرر مدني).

[73] - نُص عليه في المادة 341 مكرر من قانون العقوبات المعدل تحت رقم (04-15) المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 والمتمم للأمر66-156. ج ر، 2004، العدد71.

وهو بذلك قد أحاط "الحق في السلامة الجسدية والمعنوية" في المجال المهني بما يتلاءم وطبيعة هذا الأخير، منه ما جاء قانون (83-13) المؤرخ في (1983/07/02) المتضمن حوادث العمل والأمراض المهنية[74] بمناسبة تعريف حادث العمل في المادة (6) منه[75] ويقوم على تحقق ضرر يمس جسم الإنسان أو بعقله أو حياته، بيد أن المرض المهني فقد عرفته المادة (63) من القانون المذكور أعلاه بأنها " كل أعراض التسمم والتعفن والإعتلال التي يُعزى على مصدر أو سبب مهني خاص "، فهي تأثيرات ضارة على جسمه ونشاطه ناتجة عن ظروف طبيعية أو متصلة بها.

إن مثل هذه الأضرار والأخطار المهنية توجب توفير الحماية اللازمة للعامل سواء بوقايته أو علاجه منها، وذلك بمجموع من الإجراءات التي تمنع وقوع أي حادث وتحافظ على حياة العامل وسلامته البدنية والعقلية، وهو ما يفسر الطابع الإجباري الذي أضافه المشرع الجزائري على مادة أمن وحماية العمال[76]، والذي لا تتحقق إلا بواسطة أداء رب العامل (المؤسسة المستخدمة) واجب الوقاية في وسط العمل حفاظا على صحة وسلامة عماله المهنية، باعتبارها مسؤولية مادية[77] تلزمه بتأمينهم من أضرار حوادث العمل[78] وكذلك اتخاذ التدابير الوقائية لمواجهة المخاطر الطبيعية[79] والكيماوية[80] والبيولوجية[81]... وغيرها، مع توفير المرافق الصحية للحالات اللازمة[82] والتدابير الموجهة لحماية العمال وطب العمل داخل المؤسسات المستخدمة .

---

[74]- والمعدل والمتم بموجب الأمر (96-16) المؤرخ في 06 جويلية 1996 (ج ر42) المعدل بموجب قانون (11-08) المؤرخ في 05 جوان 2011 . ج ر، 1996، العدد 32.

[75]- " كل حادث إنجرت عنه إصابة بجنحة ناتجة عن سبب مفاجئ طرأ في نطاق علاقة العمل ..." تماشيا مع ما عرفه الفقه بأنه واقعة تسبب مساسا بجسم الإنسان وتكون ذات أصل خارجي تتميز بقدر من المفاجأة والمقصود بجسم الإنسان كل أذى يلحق به من جروح وفقدان القوى العقلية والوفاة ".

- أنظر: محمود يحي مراد، التأمينات الإجتماعية في البلاد العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1972، ص 52 – 53.

[76]- راشد راشد، شرح علاقات العمل الفردية والجماعية في ضوء التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1991، ص 129.

[77]- أنظر: العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج 2، 2001، ص: 383.

[78]-راجع المادة (76) من القانون (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

[79]-راجع المادتين 13 و14 من المرسوم التنفيذي 91-05 المؤرخ في 19 جانفي 1991 المتعلق بالقواعد العامة للحماية المطبقة على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل (ج ر 04).

[80]- المادة 7 من نفس المرسوم المذكور أعلاه.

[81]- أنظر المواد من 3 إلى 5 من نفس المرسوم.

[82]- أنظر المادة (18) من المرسوم التنفيذي (91-05).

ب- تكريس حماية السلامة الجسدية والمعنوية بواسطة نظام زجري

حيث تنصرف حماية واحترام السلامة الجسدية والمعنوية إلى مجموع النصوص ذات الطابع الردعي والزجري، بحيث يضمن القانون حرمة جسد الإنسان حيا أو ميتا، وهو ما يبرز عند تجريم الكثير من الأفعال الماسة به: إبتداء من جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة (المادة 303 مكرر 1 ق ع ج)- جريمة الإتجار بالأشخاص (م 303 مكرر 4) – جريمة الإتجار بالأعضاء (المادة 303 مكرر16) – جريمة الإجهاض (م304) – وجريمة الغش بمواد صالحة لتغذية الإنسان والحيوان أو مواد طبية أو مشروبات أو مواد فلاحية أو طبيعية مخصصة للمستهلك. وحتى قتل الشفقة عُد محظورا بموجب النصوص.

وبالرجوع للقانون (85-05) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها فإن المادة 13 منه أكدت على ضرورة الاحترام الكامل للمريض عند ممارسة الطبيب لأعماله الجراحية. وأن المادتين 6 و7 من المرسوم (92-276) المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب تلزمان الطبيب عند ممارسة مهامه إحترام حياة الفرد والمادة 17 من نفس المرسوم تمنع تعريض حياة المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية. في حين أن المادة 273 من قانون العقوبات فتمنع وتعاقب على مساعدة الطبيب للمريض على الإنتحار أو تسهيل ذلك.

فالقانون المدني هو أول ما أعتنى بـ "السلامة الجسدية والمعنوية"، إذ تنص المادة (25) منه على "أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، وأن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط ولادته حيا، فالشخصية القانونية تضمن وجود الحقوق والتحمل بالالتزامات، ولا يمكنها أن تتحقق في غياب السلامة الجسدية والمعنوية، لأن نقصهما تأثير على كيفية ممارستهما وانعدامهما تغييب لهما.

أما ما يخص نصوصا كالتي تتعلق بمنع الاعتداء غير المشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته[83]، وعدم جواز التنفيذ على "ما كان خاصا بشخصه[84]، فهي ما تُبرر فكرة الفصل بين الشخصية القانونية " عن حماية الذات الإنسانية

[83] - المادة 47 مدني.

[84] - المادة 189 مدني . ويعتبر من قبيل الضرر المعنوي المساس بالحرية أو الشرف أو السمعة (المادة 182 مكرر).

والتي تشكل الحقوق محلا لها، أما النصوص الخاصة فهي تعزيز لتلك الحماية، وتطوير لمضمونها، وإلا لما كُيفت مستلزمات " السلامة الجسدية والمعنوية، والكرامة والشرف وغيرهما ضمن مبادئ ما يُشكل اليوم نظاما عاما جسديا[85] يُعني "بالإنسانية "، حيث تكون الدولة الطرف الأكفأ لحماية هذا النظام مثلما أكدها أحدهم قائلا: "فلننتظر كيف تمت معالجة "الذات الإنسانية؟" لأنها كانت محل نظام قانوني جد معقد تدخلت فيه الكثير من العناصر: الجسد، الروح والحقوق المالية وغير المالية، والشخص العامل يدل على هذا التعقيد[86]، مع العلم أنها في مجموعها تمثل قيمة طبيعية ذات أولوية مطلقة يتكفل القانون المدني وما تبعه بنصوص لتحصينها، ولا اعتبار لتقييد في مجالها، ولا أدلّ على ذلك ما يُطبق في مجال الملكية الفكرية، حيث تجدر الإشارة إلى أنه من وراء الإعتراف بالحق المعنوي للمؤلف بموجب القانون المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة[87] تأكيد على مبدأ إحترام سلامة المصنف الأدبي، وذلك بالكشف عن اسمه الخاص أو لورثته دون ترخيص مسبق والإعتراض على أي تعديل يدخل عليه أو من شأنه المساس بسمعته أو بشرفه[88].

كما أنه إقرار من القانون بملكية المصنف من قبل مؤلفه على نموذج ما لهذا الأخير من حقوق على شخصيته[89] وشرط "الأصالة" في المصنف هو ما يضمن هذا الارتباط[90] و"الحق المعنوي" هو أداة لحماية شخصية المؤلف التي توجد في مصنفه.

2- إستحداث مفهوم" الحق في البيئة" في مجال الحقوق

بالنظر إلى حداثة "البيئة" في الفقه القانوني[91]، فإن ذلك لم يمنع من إيجاد مفهوم لها. حيث تمثل " مجموع العناصر الفيزيائية، الكيمائية، أو البيولوجية،

---

[85]- Comp. Picheral (Caroline) : L'ordre public européen.. Droit Communautaire et droit européen des droits de l'homme, Paris, La Documentation Française. Monde européen et international, 2001, p. 4 et ss.

[86]- Voir Justet (L). Le Corp des travailleurs dans le droit, Aux origines du contrat de travail. Ergologia, 2012.n° 8, p116 et ss .Comp. Luchaire (F), les Fondementss constitutionnels du droit civil .RTD.civ. 1982, p. 254 et ss.

[87]- الأمر رقم 03-05، المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، ج ر، 2007، العدد 44.

[88]- المادة (28) من الأمر (03-05) المذكور أعلاه.

[89]- Cf. Pollaud – Dulian (F), Droit moral et droits de la personnalité .JCP, 1994, I, 3780.

[90]- بمعنى أن الأصالة تقوم على ضم شخصية المؤلف لمصنفه، أو ما يعرف بـ" ديمومة الحق المعني.

-Ibid.

الطبيعية والاصطناعية المحيطة بالكائن البشري، أو الحيواني أو النباتي[92] ولم تكن لتحتل مركزا قانونيا لولا طابعها المستقل أي بمعنى أنها غريبة ونشأت بشكل منفرد بعيد عن القانون، ومقارنة مع حجم الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي إهتمت بحماية البيئة، فإن التشريعات الوطنية قد اختلفت فيما بينها في منهج وتقنيات الإلمام بها[93]، فالجزائر على غرارها عرفت تطورا هاما في هذا السياق.

(أ) - الإقرار القانوني بالحق في البيئة على أساس تكريس نظام قانوني بيئي

لم يرد في الدساتير الجزائرية الأولى ذكر لموضوع البيئة (1963-1976) إلا أنه إكتفى بالإشارة إليها في سنة 1976 من خلال الميثاق الوطني تحت عنوان الباب السابع " مكافحة " التلوث وحماية البيئة "[94]، أما دستور 1976 فقد ألحق موضوع البيئة بالإختصاص التشريعي للمجلس الشعبي الوطني[95]،وفي ميثاق 1986، فقد خصص نصوص الفصل الخامس للتهيئة العمرانية و تطوير المنشآت القاعدية[96].

ولم يتغير الأمر كثيرا في دستور 1989 الذي أسند صلاحيات تحديد القواعد العامة بالبيئة، وحماية الثروات الطبيعية (حيوانية أو نباتية والتراث الطبيعي والغابات والأراضي الرعوية والنظام العام للمياه للسلطة التشريعية[97]

---

[91] - حيث يرجع إلى مؤتمر ستوكهولم 1972 ثم لحقه مؤتمر نيروبي 1982 ومؤتمر قمة الأرض ريو 1992- ومؤمر القمة العالمية للتنمية المستدامة وهذا بتاريخ 2002.

[92] - وهو مفهوم أوسع من مصطلح الطبعة التي لا تضم إلا العناصر غير الإصطناعية.

كما أنها في مفهوم العلم تتخذ تسمية Ecology / Ecologie التي تهتم بدراسة العلاقات المتبادلة بين الإنسان والنبات والحيوان في سياق تكاملي.

أنظر: السيد سلامة الخميسي، التربية وقضايا البيئة المعاصرة ، دار الوفاء دونيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر 2000، ص: 19.

[93] - في القانون الفرنسي كانت البداية مع القانون (76-629) ، وتصنيف البيئة لسنة 2000 والمعدل في 2003، وإنتهاء بميثاق البيئة عام 2005 الملحق بقانوني (غرونال) Grenelle لعامي 2009 و 2010.

وتتلخص الاختلافات في فكرة البيئة ذاتها على أنها بيئة طبيعية وأخرى صناعية، كما أن مكوناتها (الوسط) تختلف بين الطبيعة التي تشمل (الهواء – الماء والتربة والبحار)، أما الصناعية فما يصنعه الإنسان من مواقع ومنشآت. والتشريعات التي أخذت بالمفهوم الواسع تمثلت في القانون المصري (1994) - المغرب (1980) التونسي (1983) والعمُاني (1982) والكويت (1980)، عكس القوانين المطبقة من مفهومها (البرازيل، بولندا واليونان ....إلخ).

[94] - الصادر بموجب الأمر رقم (76-57) المؤرخ في 05 جويلية 1976 المتضمن الميثاق الوطني، ج ر، 1976، العدد 61، المؤرخ في 30 جويلية 1976، ويظهر فيه فرض على الجماعات المحلية والمؤسسات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعب دور مركزي لوضع سياسة مقاومة التلوث وحماية البيئة حيز التنفيذ.

[95] - المادة 151 فقرة 2 إلى 25.

[96] - صدر بموجب المرسوم الرئاسي 86-22 المؤرخ في 09 فيفري 1986 المتضمن الميثاق الوطني، ج ر، 1986، العدد 7، المؤرخ في 16 فيفري 1986 وكان ذا طابع إشتراكي بحت تجاوز أهمية البيئة ذاتها

[97] - المادة 115 فقرة 20 إلى 24.

وحتى بالنسبة للدستور المعدل في 1996. والدليل على ذلك تنوع وتعدد المصادر القانونية المنظمة للبيئة على شاكلة نصوص خاصة مثلما نظم خلال سياسة الثورة الزراعية لسنة 1971[98] وإلغاؤه لاحقا بقانون (90-25) المتعلق بالتوجيه العقاري[99]، تمّ إعتماد المجلس الوطني للبيئة[100] يأتي القانون رقم 83-03 المتعلق بحماية البيئة كأول نص شامل في هذا المجال[101] ليترك المجال في تفصيله إلى التنظيم[102] ودعمه بتشريعات ذات الصلة[103].

وتماشيا مع التزامات الجزائر الدولية، صدر القانون المتضمن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة[104] يهدف في عمومه إلى تحديد قواعد حماية البيئة لكن هذه المرة في إطار التنمية المستدامة بها يضمن الحفاظ على مكوناتها وإصلاح الأوساط المتضررة، حيث جاءت القواعد المكرسة في مجموعها تجمع بين الإطار المؤسساتي والموضوعي، وبالخصوص عندما يرتبط الأمر بجوانب جديدة كحماية المستهلك وصحته و ضبط الممارسات الاقتصادية الماسة بالبيئة فذلك لأن

---

[98]- الأمر رقم 71-73، المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتضمن الثورة الزراعية، ج ر، 1971، العدد 97، المؤرخ في 30 نوفمبر 1971.

[99]- القانون المتضمن التوجيه العقاري فصدر في 18 نوفمبر 1990 (ج ر رقم 49 المؤرخة في 18 نوفمبر 1990).

[100]- بموجب المرسوم المتضمن إنشاء المجلس الوطني للبيئة (74-156) المؤرخ في 23 جويلية 1974، (ج ر رقم 59).

[101]- الصادر بموجب القانون الصادر بتاريخ 05 فيفري 1983.

[102]- نذكر على سبيل المثال:

- المرسوم 83-458 المؤرخ في 23 جويلية 1983 المحدد للقانون الأساسي النموذجي للحضائر الوطنية، ج ر، 1983، العدد 31، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-216 المؤرخ في 24جوان 1998.

- المرسوم (84-378) المؤرخ في 15 ديسمبر 1984 المحدد لشروط لتنظيف وجمع النفايات الصلبة الحضرية ومعالجتها، ج ر، 1984، العدد 35.

- المرسوم (85-13) المؤرخ في 26 جانفي 1985 المحدد لشروط إستعمال الشواطئ، ج ر، 1985، العدد 66.

- المرسوم التنفيذي رقم (93-68) المؤرخ في 01 مارس 1993 والمتعلق بكيفية تطبيق الرسم على النشاطات الملوثة أو الخطيرة على البيئة، ج ر، 1993، العدد 14.

- المرسوم التنفيذي رقم 03-452 المؤرخ في 01 ديسمبر 2003 المتضمن نقل المواد الخطرة، ج ر، 2003، العدد 75 وكذلك الشروط الخاصة بذلك.

- المرسوم التنفيذي رقم 95-429 المؤرخ في 16 ديسمبر 1995 المحدد لشروط وكيفيات تسليم إنتاج، وحيازة وتنازل وإستعمال ونقل واستيراد وتصحير الأنواع النباتية غير المزروعة وحيازتها والتنازل عنها وإستعمالها، ج ر، 1995، العدد 78.

[103]- مثل القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في 17 فيفري 1985 والمعدل والمتمم بالقانون 98-09 المؤرخ في 19 سبتمبر 1998 والمعدل المتمم مرة أخرى بالأمر (06-07) المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر، العدد 47.

- المرسوم رقم 87-03 المتعلق بالتهيئة العمرانية المؤرخة في 27 نوفمبر 1987 الملغى بقانون (01-20) المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، ج ر، العدد 17.

- القانون رقم (09-08) المتعلق بقانون البلدية، ج ر، 1990، العدد15 و(90-09) المتعلق بقانون الولاية المؤرخين في 11 أفريل 1990.

[104]- الصادر في 19 جويلية 2003 (ج ر 43) وعقبته تنظيمات مختلفة خاصة في سنة 2006، في غالبها معدلة للنصوص السابقة.

النظام القانوني المتكامل هو ما يوفر أكبر قدر ممكن من الضمانات وهي تشكل في العموم مجموعا قانونيا متنوعاً لا يتعلق بموضوع واحد، ولا بتصور متماثل، بسبب تركيزها تارة على مجال معين وهو البيئة وعناصرها أو على المشاكل أو الأضرار البيئية تارة أخرى.

ولعل التساؤل المبدئي هنا يثور حول علاقة البيئة بالقانون المدني؟ ومنه معرفة المسار المتطور الذي أفرز عنه الإعتراف بحق جديد يعرف بـ " الحق في البيئة " ؟

حيث يمثل في حد ذاته تساؤلات جديدا، ولكن نعلم أن البيئة أكثر وأول ما ارتبطت به مع القانون العام[105] لولا أن التحديات البيئية ذاتها هي ما أصبحت تتسع لاحتواء القانون الخاص، والالتزامات والاتفاقات البيئية تركز بثقلها على الأشخاص الخاصة، كما أن تطورها إمتد إلى كافة الفروع المشتقة عن الشريعة العامة[106].

فمثلا: لو تعلق الأمر بحجم الاتفاقات التي تتم بين المتعاملين الاقتصاديين، لصعب تعداد الأخطار البيئية المترتبة في عدة مجالات، وآثارها على الأشخاص والأشياء، وبات من المطلوب عندئذ أن تتم حماية البيئة بواسطة القانون المدني.

(ب)- البيئة و قانون الأموال

إن الطابع الجماعي لمفهوم البيئة تم ربطه بحق الملكية الذي يبقى محتفظا بطابعه الفردي وهذه الخصوصية لا يمكن فهمها بعيدا عن تكييف الأموال البيئية"، فقانون الأموال يهتم بالنظام القانوني للأشياء والحقوق التي يكفل القانون سلطة عليها، بحيث يمثل فرعا من فروع القانون المدني[107] ولا أمكننا القول بأن "البيئة" هي الأخرى أدمجت ضمن قانون الأموال مثلما أوردته نصوص القانون المدني، عندما يتعلق الأمر بـ (الأرض المادة 692-695 مدني) بـ(موارد المياه (المادة 692 (2) مدني) (المصانع – الآبار والآلات البخارية (مادة 712 مدني) بمياه البحر والبحيرات والبرك (م م 779-781) – (الغراس (المادة 783) وغيرها وعلى سياقها إعترف القانون المدني بضمانات لحفظ مصالح مالك الأرض، والتي تعد

105- Voir dans ce sens . Prieur (M), Droit de L'environnement .Dalloz.6 eme éd, 2011.

106- أي نخص بالذكر القانون التجاري، قانون العمل، وقانون التأمينات.
فالشريعة العامة اليوم على تعدد أطرها أصبحت سريعة التطور لكن كثيرة المرونة مما يسهل تعديلها وضبطها على نحو ينسجم وواقع الحال.

107- Malaurie (Ph), et Aynes (Laurent) , Droit Civil, Les Biens. Défrenois. Paris. 2 eme éd, 2005. p.1.

أحد العناصر الطبيعية للبيئة، كما أن الكثير من الأموال البيئية تجد محلا لها عند التمييز بين الأشياء غير المشتركة والأشياء المشتركة[108] (المادة 682 مدني) وكذلك العقارات والمنقولات (م 683).

أما فيما يخص المفهوم قانون البيئة فهناك كلام عن عناصر بيئية تشكل المنظومة البيئية (écologistes)، كما أن فكرة " إختراع الكائن غير الإنساني " تدخل ضمن ما تطور به مضمون العناصر البيئية، حيث يُميز بين " كائن طبيعي " غير مخترع ولكنه تم إكتشافه[109] وبين كائن إصطناعي ناتج عن نشاط إبتكاري من الإنسان مثل إنتاج نوعية نباتية معدلة جينيا والتي تكون محل ملكية غير مادية يكفل لها الحماية بموجب براءة الإختراع تحت لواء الملكية الصناعية[110].

ودخول البيئة مجال السوق أصبح له ثقله في القانون الخاص، وبالذات في مجال الطاقة لأن كافة أشكالها تمثل مالا منقولا، وصحيح أن قانونا مثل قانون البيئة عندما يفرض التزامات معينة في مجال استغلال الموارد البيولوجية فهي ذات بعدين الأول حمائي في مواجهة الأضرار البيئية لكن أيضا علاجي عندما يفرض التعويض على صاحب مشروع ما، كما أنه منذ تقدم مجال التنوع البيولوجي والدول تعرف ممارسات قيمة بالنسبة لفتح سوق خاصة في هذا السياق إما للتعويض عن الأضرار التي تصيب الأنواع البيئية وإما منح قروض لإستغلالها وإما إيجاد متعاملين اقتصاديين للاستثمار فيها.

ولعل تطبيق تكييف التصنيفات التقليدية الواردة على الأموال في المجال البيئي قد خلق حلولا مغايرة لهدف الحماية المنتظرة، مما يعني أن ضرورة تجديد المضامين يعد ضروريا ومبررا، لكن لو أخذنا بالتصور المطلق لحق الملكية وطبقناه على البيئة الطبيعية لوجدنا لكل شخص الفرصة في التصرف والاستغلال والاستعمال بكل حرية ولو على حساب الإضرار بالمال البيئي غير المشترك، مما

---

[108]- يمكن تعريف الشيء غير الخارج عن التعامل بطبيعته (غير المشترك) هو الذي لا يملكه أحد ويعد متاحا لكافة الناس كالماء والهواء، والمطر والشمس، وكذلك تلك غير المملوكة لكنها تقبل أن تكون كذلك وإن بقيت على أصلها مثل الحيوانات البرية في السماء والأسماك في البحر وتمتلك عن طريق الصيد فهي تبقى وحشية على أصلها وإن أصطيدت.
-Voir dans ce sens .Chardeaux(M-A).Les choses Communes.LGDJ.Paris.2006.

[109]- فقد نصّ عليها المادة (8) من الأمر 03-67 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق ببراءات الإختراع (ج ر 44) مؤرخة في 23 جويلية 2003)– فقرة (2) منها: " لا يمكن الحصول على براءة إختراع بموجب هذه الأمر بالنسبة لما يأتي: (...) الأنواع النباتية أو الأجناس الحيوانية، وكذلك الطرق البيولوجية المحضة للحصول على نباتات أو حيوانات....)

[110]- ينظمها القانون.

يتعين معه هنا التدقيق في تكييف هذا المال، بدليل أن العناصر الطبيعية التي يكيفها القانون المدني في مركز أشياء مشتركة أصبحت طبقا للملكية أموالا دون مالك، و يسهل إكتسابها بمجرد شغلها مما يصعب حمايتها.

كما أن عناصر بيئية حديثة كالطاقة يصعب إدماجها ضمن عملية التمييز بين المنقولات والعقارات، حيث يستذكرنا ما ورد في نص القانون (08-14) المؤرخ في (2008/07/2) المتضمن قانون الأملاك الوطنية المستمدة أرضيته من القانون (03-10) المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، عندما نذكر في هذا الشأن مجموع التصنيفات المختلفة للأملاك الوطنية العمومية وجعلها الأموال والأشياء البيئية (طبيعية كانت أو إصطناعية) جزء منها أي محل حماية بمناسبة منح رخص باستغلالها أو استعمالها، مما يفيد باتساع مفهوم المال عما كان عليه.

ولعل تنامي النصوص القانونية جاء ليطوّر مركز الأموال و الأشياء البيئية عن طريق آليات جديدة مثل " التخصيص الخاص للبيئة في مجال الملكية وجعل هذه الأخيرة حارسا لها، أو الإكتفاء بآلية الإمتياز طبقا لشروط محددة أو شملها بقواعد تحدد طبيعة شغلها واستعمالها بحسب طبيعتها بالذات، والتي تخضع لأنظمة خاصة، مثلما وصفها قانون التعمير رقم(90-29)[111]، و يُخص بالذكر "الساحل" الذي ربطه المشرع بعمليات شغل الأراضي المرتبطة مباشرة بوظائف الأنشطة الاقتصادية المرخص بها، الذي ورد ذكره في القانون (02-02) الصادر في (05-02-2002) المتعلق بحماية الساحل وتثمينه والقانون (03-02) المتعلق بالقواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحيين للشواطئ من خلال تنظيم السياحة الشاطئية في المناطق الساحلية باعتبارها أوساطا بيئية ذات قيمة اقتصادية ثمّنها القانون (03-03) المتعلق بمناطق التوسع والمواقع السياحية المؤرخ في (17-02-2003)[112]، ويضاف إليها صنف " الأقاليم ذات الميزة الطبيعية والثقافية البارزة"[113]

---

[111]- في الفصل الرابع منه، والصادر في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير والمعدل والمتمم بالقانون (04-05) المؤرخ في 14 أوت 2004.

[112]- مضاف إليه المرسوم التنفيذي (07-206) الصادر بتاريخ 30 جوان 2006 المتضمن تحديد شروط وكيفيات البناء، وشغل الأراضي على الشريط الساحلي وشغل الأجزاء الطبيعية المتاخمة للشواطئ وتوسيع المنطقة موضوع منع البناء عليها.

- وتجدر الإشارة إلى أن وزارة الداخلية قد تدخلت بإجراءات جديدة إبتداء من سنة 2015 لتلغي بها قانون (03-02) إستنادا على ما تضمنه قانون المالية التكميل لسنة 2015 من أحكام تتعلق بأملاك الدولة فيما يخص تشجيع الاستثمار (المادة 48 منه والمعدلة والمتممة للمادة 05 من الأمر (08-04) المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية.

التي تخضع إلى نظام خاص يحكمها، منه ما يتعلق الغابات المنظم بموجب القانون (84-12) الصادر في (23-06-1984)، والمواقع الأثرية واستصلاحها المنظمة بالمرسوم التنفيذي (03-323) الصادر في (05-10-2003)، والقطاعات المحفوظة المنظمة بالمرسوم التنفيذي(03-324) الصادر في(05-10-2003) والحضائر الثقافية المنظمة بموجب القانون (98-04) الصادر في (15-06-1998)، وكذلك إقليم الكتل الجبلية في إطار القانون(04-03) الصادر في (17-02-2003)، والقانون (08-16) المتعلق بالتوجيه الفلاحي يخضع الأراضي الفلاحية ذات المردود العالي أو الجيد لأدوات التوجيه الفلاحي وفي إطار مخطط شغل الأراضي بالنظر لطبيعتها الخاصة[114].

كما أنه يضاف إلى هذا المخطط مجموع الأراضي المعرضة للأخطار الكبرى الطبيعية والتكنولوجية مثلما نظمها المرسوم التنفيذي (91-178). وعلى نفس المنوال إتجه القانون (12-05) المؤرخ في (04-09-2005) والمتعلق بالمياه لتنظيم كيفيات منح إمتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه على أساس دفتر شروط أو بموجب إتفاقية[115]، ثم إن القانون (10-01) المتضمن قانون المناجم كرس هو الآخر مبدأ الترخيص بالتنقيب في مساحات ممنوحة لمتعامل معين بموجب القانون (13-01) الصادر في (24 فيفري 2013) المتعلق بالمحروقات، وعموما، إذا كانت مثل هذه القطاعات غير قابلة للبناء والتعمير على أساس طبيعتها ووظيفتها، فإن القانون قد رخص من جهة أخرى وفي حالات خاصة باستعمالها واستغلالها وفق حقوق محددة وبما يتناسب مع الاقتصاد العام لمناطقها.

إن الطرح المتجدد في قانون الأموال أصبح يفرض تعايشا مع خصوصية المال البيئي (**La Particularité du Bien Environnemental**)، وفئات جديدة أخرى، وخاصة بعد أن أقر بالبيئة في ظل الاتفاقيات[116] على أنها تراث مشترك للإنسانية وتراث مشترك للأمة حيث تعزز بها فكرة " حماية البيئة "، مما يسهل

- وألحق بالتعليمة الوزارية المشتركة رقم (01) المؤرخة في 16 أوت 2015 التي تبين إجراءات منح الإمتياز على الأملاك العقارية للدولة لإنجاز المشاريع الاستثمارية.

[113]- نصت عليها المادتين 46 و47 من قانون التهيئة والتعمير.

[114]- نصت على هذا المبدأ المادتان 48 و49 من قانون التهيئة والتعمير.

وقد صدر قانون التوجيه الفلاحي في 03 أوت 2008.

[115]- المادتان 100 و101 منه.

[116]- مثلما أكده إعلان النهائي في مؤتمر المناخ (بوليفيا في سنة 2010) وسبقته إتفاقية قانون البحار لسنة 1982.

معه القول بجعل القانون المدني والشريعة العامة ككل في خدمة البيئة على ضوء ما تطورت تحت لوائها لنصوص خاصة كتلك، مثل تقرير الإتفاق للمصلحة الخاصة في مادة المياه بموجب القانون (05-12) الصادر في (04-08-2005)[117] وتقرير عدم التعسف في استغلال الموارد المائية، وترشيدها.

(ج)- الحق في البيئة وقانون الأشخاص

إذا كان قانون الأشخاص يهتم بالإنسان ويعترف له بموجب القانون بشخصية قانونية[118]، فذلك يصعب تطبيقه مع فكرة "البيئة"، عندما يمتد مضمونها إلى كائنات حية غير إنسانية (أشجار- طيور- حيوانات... وغيرها) وعلى تنوع بيولوجي هام ومتسع[119] لا يمكن اعتبارهم أشخاص قانون.

وإذا كان الأمر كذلك، فإنه يكون من المقبول اعتبار أن قانون الأشخاص يهتم بحق جوهري نشأ وتطوّر ليتخذ صيغة " الحق في البيئة " (**droit à L'environement**) التي جعلت قانون البيئة يتراوح بين القانون العام بالنظر إلى تدخل الدولة بصفتها السيادية وخاصة في مجال المخالفات البيئية ومكافحتها وبين القانون الخاص الذي سمح بإدراج البيئة في منظومة الحقوق التي تكفلها أولا الدساتير ثم النصوص الخاصة[120].

وينصرف مفهوم " الحق في البيئة " إلى الإعتراف به أولا كحق جوهري لكل الأشخاص في بيئة تتلاءم مع صحتهم ورفاههم[121] مثلما أكدته النصوص الدولية المختلفة[122] وكرسته كحق دائم ومستمر لجميع الأجيال، ومركب من عدة

---

[117]-راجع المواد 94-95 و96 من نفس القانون المذكور أعلاه.

[118]- على الشخصية القانونية هي سلامة الشخص للتحمل بالالتزامات وإكتساب حقوق.

[119]- Hermite (M.A). L e Concept de Diversité Biologique et la création d'un statut de la nature. In. Edelman et Hermite, L'homme la Nature et le droit, Paris, 1988.

حيث عرف نقاشا حول مقبولية الاعتراف للطبيعة والعناصر البيئية بمركز معين، مع العلم أنه في مجال قانون البيئة تكون هذه العناصر إما محلا للحماية وإما صاحبة الحق في الحماية.

[120]- الفيل علي، المنهجية التشريعية في حماية البيئة: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012 ص 264-271.

[121]- جاء يتناسب مع المبدأ رقم 01 المنبثق عن وثيقة ريو 1992 حول الحق في التنمية، حيث ترافقان دوما في المفهوم.

« L'homme a un droit fondamental à la liberté, a l'égalité et à des conditions du vie satisfaite dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien être , il a le devoir solennel de protéger et valoriser l'environnement pour les générations pressentes et futurs ».

[122]- المبدأ رقم 01 في إعلان ستوكهولم 1972 والمبدأ رقم 03-30 إعلان ريو 1992، وسبقه المعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966 (المادة 12) والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981 (المادة 24).

حقوق (الحق في الحياة- السلامة الجسدية والمعنوية – في الصحة ..وغيرها). ويخص الإنسانية جمعاء فهو تراث مشترك لها.

صحيح أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يعن بالتصريح بالحق في البيئة ضمن الحقوق الدستورية تاركا إياها للمسائل التشريعية[123]، إلا أنه سرعان ما تدارك الأمر مع الدستور المعدل في سنة 2016، في مادته (68) بالنص على أن " للمواطن الحق في بيئة سليمة". تعمل الدولة على الحفاظ على البيئة، ويحدد القانون واجبات الأشخاص الطبيعيين والمعنويين لحماية البيئة، وجعله بذلك في فئة الحقوق ذات القيمة الدستورية، مما لا ينفي عنه حتمية شموله بالحماية ضمن ما يُعرف في النظام القانوني الدولي بحقوق التضامن ولكن شريطة النظر إليها في مجموع متكامل " الحق في البيئة السليمة والذي يتخذ تصورين: **أولهما**، مفهوم موضوعي خاص ومفاده "حق في وجود بيئة متوازنة باعتبارها قيمة في ذاتها، وما يقتضيه من وجوب صيانة وتحسين النظام والموارد الطبيعية ومن دفع التلوث عنها أو التدهور الجائر بمواردها بما فيها الكائنات غير الإنسانية التي تستفيد منه"، و**ثانيهما**: مفهوم ذاتي ينطوي على تأمين الوسط الإنساني الملائم ، وحد أدنى من نوعية البيئة التي يجب الدفاع عنها تكون خالية من التلوث وأسبابه[124].

أما من حيث أشخاصه، فيظهر " الحق في البيئة " متسع المضمون ،لكونه حقا ذات طابع فردي من جهة، يخاطب القانون من أجله " كل مواطن " أو " كل شخص " بما يتوجب تلبيته من حاجيات أساسية في الحصول على الموارد الطبيعية الخالية من التلوث، وهو من " الحقوق اللصيقة بالشخصية" أو ما يعرف بحقوق الشخصية ذات الطابع غير المادي، حيث لا يجوز التنازل عنه، وبالمقابل يحق لصاحبه الدفاع عنه وحمايته بالوسائل القانونية المتاحة (كالدعاوى القضائية). وهو كذلك حق جماعي لأنه حق لجميع الدول، والشعوب، والأجيال الحاضرة

---

[123]- وذلك لأن الدساتير السابقة 1963-1976-1989 وحتى 1996 من خلال ربطه بالحقوق والحريات العامة والخاصة ومواضيع أخرى فتارة ربط بالملكية العامة أو الخاصة والموارد الطبيعية التي تشكل عناصر للبيئة، وتارة أخرى شملها مع إحترام حرمة الإنسان وسلامته الجسدية والمعنوية.

[124]- راجع في هذا الشأن هياجنة عبد الناصر، الحق في التنمية، منشور على الموقع: http://www.ju.edu.jo/sites/acdemic/a.hauajneh/default.spx

السعود راتب، الإنسان والبيئة، دراسة في التربية البيئية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ح 21، ط 2. دون سنة .

والمستقبلية، التي تشكل الإنسانية في مجموعها[125] إلى درجة من اعتبرها من حقوق الملكية الخاصة بالمفهوم الجديد[126]، كما أن " سلامة البيئة " ترتبط بالرعاية الصحية، والسلامة الجسدية والمعنوية التي تبقى دوما حقوقا محمية بموجب القانون، ومجرد تقرير تدخل الدولة لحماية البيئة، فذلك يسمح بمطالبة الفرد من الدولة لتجسيدها.

ثمّ إن تقرير حرية الفرد باحترام حقه في البيئة في مواجهة فرد آخر لتفسير للطابع الذاتي للحق، بل إن الإقرار به يستتبع منطقية اللجوء إلى وسائل الحماية والدفاع عنه على نحو إما وقائي وإما علاجي، حيث تظهر المسؤولية المدنية وكذا الجزائية ذات الطابع التنظيمي والإداري ملمة بهذين البعدين.

(د) - الحق في البيئة والنظرية العامة للعقد

جاء تطور النصوص الخاصة لصالح حماية الطرف الضعيف في شخص المستهلك بتقنيات متعددة الوظائف، فإما لصالح تجديد قانون العقوبات وبمعية مفاهيم كمكافحة الشروط التعسفية، وآجال التفكير والحق في الإعلام، وإما تجاوزا له وإكتنافه على بعض من الاستقلالية التي تحافظ له على نظام حماية المستهلك، كما أن قانون المنافسة هو الآخر قد أسهم في إحياء الأحكام المنظمة للعلاقات التعاقدية والإندماج أكثر بالعقود وسط بيئة الأعمال وعوامل السوق (الإكراه الاقتصادي، ووضعية الهيمنة، شفافية المعاملات، وضبط الممارسات التجارية).

أما بالنسبة لحماية "الحق في البيئة" فهو يشبه مجال الإستهلاك في مسألة الطرف المعني بالحماية، وهو الطرف الضعيف في مواجهة من هو أكفأ منه اقتصاديا واجتماعيا وماليا "بيد أن الخصوصية بالنسبة للبيئة تتعلق بحماية مصالح بيئية (إيكولوجية) في مواجهة مصالح إقتصادية، وفي هذا المجال أمكن ذكر الصيغة التي تتقاطع فيه البيئة مع نظرية العقد، فإما أن تتخذ صورة عقود بيئية يكون هدفها بيئيا محضا، وإما يتعلق الأمر بإتفاقات منشئة للالتزامات تعاقدية

---

[125]- مثلما ذهب إليه الفقيه كانط إلى اعتبار سلامة البيئة من عناصر التراث المشترك للإنسانية مما يستلزم حمايتها من الاستنفاذ والموت. معمر رتب محمد عبد الحافظ، القانون الدولي للبيئة وظاهرة التلوث، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2008، ص ص: 28- و42.

[126] -Comp. Morand – Deviller (J), le Droit de l'environnement. P.U.F. Paris. 2009, 9 eme éd. Et Carpentier (M), La naissance de la politique de l'environnement, R.A.E, 1999, n °3-4-. p.283 et ss.

بين أشخاص عامة و/ أو خاصة ذات العناصر والبنود أو المشارطات البيئية مما أبرز مقبولية نشأة قانون خاص للبيئة "، بل صاغ خصائص هجينة بينها وبين دعائم قانون العقود، ونخص بالذكر الحرية العقدية التي تعرف أزمة في مواجهة المتعاملين الاقتصاديين العموميين أكثر من الخواص[127] بسبب صيرورة قانون الصفقات وقانون العقود طابع بيئي، ونتيجة حجم القيود البيئية الملقاة في مضمون الإتفاقات إلى درجة تهديد " حرية المنافسة " ثم تعزيز الإلتزام بالإعلام البيئي[128] الذي يعد لوحده ضمانا لأمن المبادلات الاقتصادية و تنميتها، كما أنه يُعد تفعيلا لمبدأ القوة الملزمة للعقود وضامنا للثقة المشروعة للمتعاقدين وأكثر تدعيما لعدم وقوع المتعاقدين ضحايا للعيوب الخفية[129]، وإلا لم تفعيل بطلان الاتفاقات تحت طائلة النظام العام البيئي؟ فالمادة (4) (معدلة) من قانون الاستثمار الصادر بموجب الأمر (06-08) المؤرخ في (15 جويلية 2006) نصت على أن "الاستثمارات تُنجز في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة، وتستفيد هذه الاستثمارات بقوة القانون من الحماية والضمانات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها ..."، حيث يمثل إشارة لمركز الإتفاقات من الحرية التعاقدية وسط الاعتبارات البيئية، ولكنه في المادة (10) أخضع الاتفاقيات الاقتصادية لفكرة المزايا الخاصة، وذلك بأن تستفيد منها: " (...) الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيات خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة، وتحمي الموارد الطبيعية، وتدّخر الطاقة، وتفضي إلى تنمية مستدامة ...." حيث يشكل ذلك تشجيعا للعقود البيئية وتخضع لمبدأ التفاوض وفق أحكام المادتين (12) و(12) مكرر من نفس الأمر[130].

---

[127]- بمناسبة الصفقات التي تبرم ولها صلة بالمادة البيئية.

- Gardiéres (N), Ecologie de l'achat public, Dossier in. RJSP, Décembre 2009, n ° 1.p. 19-21. Com. Terré (F) et Simler (Ph) et Lequette (Y), Droit civil. Les Obligations .Dalloz. 6 eme éd. p. 23 et ss.

[128]- راجع المرسوم التنفيذي رقم (06-356) المؤرخ في 09 أكتوبر 2006 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها.

[129]- Pour plus de détails, voir Bouthletet (M), le contrat et le droit de l'environnement » RTD, Civ, 2008.p 1-11 .et Mazeaud (D), droit des contrat : Reformes à l'horizon ! . D, 2014. p.291 et ss.

[130]- على أن الشباك الوحيد هو ما يتكفل بتلقي الدراسة التي تتم على الإقليم بشأن المخاطر والأخطار الكبرى كي يوفر للمستثمر للمعلومات الضرورية ويساعده للحصول على التراخيص المطلوبة فيما يخص حماية البيئة.

وتنص المادة (07) من القانون (03-10) المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على أنه: " لكل شخص طبيعي أو معنوي يطلب من الهيئات المعنية معلومات متعلقة بحالة البيئة، الحق في الحصول عليها ..." وذلك في سياق أدوات تسيير البيئة في الأنشطة التي تقوم بها الدولة وتفعيل نظام تقييم الآثار البيئية لمشاريع التنمية، والذي يفرض عدم قيام نشاطات تنموية إلا على أساس هذا النظام (المادة (15) من قانون (03-10).

كما أن نفس القانون قد تبنى أنظمة قانونية خاصة من شأنها تأطير عمليات الاستغلال التي تقوم بها فئة " المؤسسات المصنفة " التابعة للأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة ذات الأخطار على الصحة العمومية والنظافة والأمن والفلاحة والأنظمة البيئية والموارد الطبيعية أو قد تتسبب في المساس براحة الجوار طبقا للمواد من (18) إلى (28) من القانون (03-10)، وفي أحكامها تفعيل لفكرة النظام العام بالمنظور الإداري وكذا المدني في المجال البيئي، وحتى استعارة لما يُطبّق عادة في إطار القيود الواردة على حق الملكية بشأن فكرة " مضار الجوار " والتعسف في استعمال الحق (المادة 18 من نفس القانون).

(هـ)- "الحق في البيئة" من منظور النظام العام البيئي

وتجدر الإشارة إلى أن دخول " الظاهرة البيئية " وسط المساحات الاقتصادية والتجارية، باعتبارها محل تفاوض على المناخ، وفي مواجهة صعوبات تسيير التنوع البيولوجي، والنشاطات الصناعية والتكنولوجية محل الإتفاقات والعقود، والملكية الفكرية، غيّب فرصة الرقابة والإشراف عليها إلى درجة لم يعد فيها الإنسان يتحكم في نتائج سلوكاته المدمرة للطبيعة والمضرة على حياته وصحته[131] وعلى باقي العوامل البيئية الأخرى، فأصبحت الدعوة جادة إلى حماية المنظومة البيئية على مختلف مساراتها بما يحقق هدف التنمية المستدامة[132]، التي نصت عليها المادة (3) من القانون (03-10) المتعلق بالبيئة في إطار تكريس مجموع قانوني متكامل رغم تعدد مصادره المستمدة من وسط طبيعي، ولكن أيضا اجتماعي وثقافي يُضمن به الديمومة عبر كافة الأجيال (الحاضرة والمستقبلية)، وذلك ما يُعبر عنه في طرح

131- See in this context .Stern (N), the economics of climate change .The Stern Rev. Cambridge University Press, 2007.not avalaible in papers.

132- هياجنة عبد الناصر زياد، القانون البيئي – النظرية العامة للقانون البيئي مع شرح التشريعات البيئية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 53-58.

جديد بـ"النظام العام البيئي والإيكولوجي"[133]، إذ كان من اللازم وجوده في هذه المرحلة المتقدمة التي تعيشها المجتمعات، ولا ننسى أيضا أن مجرد الإتيان بفكرة "النظام العام" طبقا للقواعد العامة كان له الدور في تسوية النزاعات بين الأفراد على أساس قيم ومبادئ اجتماعية واقتصادية مشتركة ملزمة في مواجهة الكافة .

ولعل الفائدة من استحضار "فكرة النظام العام" من المؤسسة القانونية التقليدية إلى المجال البيئي يسمح بتحقيق بناء قانوني في جهد صالح لضمان وحماية " الحق في البيئة "إنطلاقا من إحترام مجموع القيم المشتركة الممتدة عبر الزمن[134] أخذا بعين الاعتبار الظروف الملموسة للتنمية المادية وعلاقات القوة في المجالات الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية. وإذا لن تخرج عن مجال ما كان يقصده المشرع في القانون المدني بشأن فكرة النظام العام وهو يستهدف حماية القيم المشتركة للمجتمع واعتبار العقد باطلا تحت طائلة عدم مشروعية السبب أو مخالفة هذا الأخير للنظام العام أو الآداب العامة (المادة 97 ق م ج)[135].

أما عن الخصوصية التي ظهرت بها فكرة " النظام البيئي " فتنطوي على نوع جديد من العدالة يعرف بـ " العدالة البيئية "[136] والتي تقوم على تكفل القانون بتراتيبية القيم والحقوق المستمدة من النظام العام البيئي، وذلك من خلال:- حق الفرد في اللجوء إلى السلطات الإدارية والقضائية دفاعا عن حقوقه المنتهكة- وحقه في الإستفادة من التوزيع العادل لفوائد إستغلال الموارد الطبيعية كبقية أفراد المجتمع وحقه في الإعلام البيئي، وأكثر ما يمثله هو تعزيز نظام العدالة البيئية بالطرق الإدارية بما توفره قواعد النظام العام الإداري من ضمانات في هذا الشأن وله صلة مباشرة بحمايته مع كافة العناصر البيئية الأخرى[137].

133- Voir dans ce sens . Kiss(A), L'ordre public écologique. In .L'ordre public écologique (sous la dir). Bouthlet (M) et Fritz (J-C). Bruylant. Bruxelles. 2005. p. 166et ss.

134- يعتبر مفهوم التنمية المستدامة من المفاهيم التي رشّدت صياغة السياسات الدولية والتشريعية حيال مشاكل البيئة وحمياتها ومجرد الاقتناع بإدخال الاعتبارات البيئية في كافة السياسات فهو إنجاح للفكرة ذاتها، نُص عليها ي المبدأ (3) و (4) من إعلان ريو 1992 وكذلك المبدأ (8) الذي جاء فيه " من أجل تحقيق التنمية المستدامة والارتقاء بنوعية الحياة لجميع الشعوب ينبغي على الدول الحد من أنماط الإنتاج والاستهلاك غير المستدامة ....."

135- وهو طرح لا يختلف عما يشكل نظاما عاما جنائيا، أما في مجال القانون الإداري فينص على إرتباطه بثلاثية (السكينة العامة والأمن العام والصحة العامة).

136- المؤمن مشكاة، العدالة البيئية على موقع htpp://www.greeline.com.kw/Journals/meshkat.doc
Voir aussi Kiss(A). op. cit., p.191- 193.

137- قرار المحكمة العليا رقم 22236 بتاريخ 11 جويلية 1981 مجلس الاجتهاد القضائي (قرارات المجلس الأعلى) 1986، ص ص: 196-199.

وهي مضامين لم تغفل عنها النصوص القانونية مستمدة من مبادئ العدالة الاجتماعية، وإعادة توزيع الثروة[138] المأخوذة من فلسفة قانون الإلتزامات ولكن جاء توظيفها لمكافحة اللامساواة المنبثقة عن التدهور البيئي[139].

(و)- "الحق في البيئة" في مجال المسؤولية المدنية

بالنظر لحجم الإنتهاكات التي تمس البيئة، فإن الأضرار البيئية ما تفتأ تتزايد في هذه المرحلة الصناعية والتكنولوجية المتقدمة، وذلك ما تسبب في انعكاسات معتبرة على المصالح الإنسانية، وباالتساؤل حول مقبولية إنقاذ القواعد الكلاسيكية للمسؤولية المدنية على أضرار توصف بالاستثنائية ؟ وهل يمكن ملاءمتها مع خصوصية الإنتهاكات البيئية ؟ مع العلم أنها في غالب الأحيان تكون ممتدة عبر الزمن، كما أنها ذات بعد جماعي أو أنها مجرد كوارث لا تمس بالضرورة بالأشخاص ولكنها ذات إنعكاسات أخرى.

لو كان الأمر يتعلق بضرر فردي لأمكن تطبيق دعوى المسؤولية بمجرد إثبات تحقق مصلحة شخصية مؤكدة وحالة في مواجهة المسؤول عن ذلك الضرر، والفرق واضح بين تلوث تسبب فيه مالك عقار معين وآخر صدر عن شاغل للمالك غير مالك له)، إلا أنه قد يكون غير عادي من منظور عددي عندما يمتد إلى مجموع من الأشخاص أو أنه يمس مجموعا من القيم إلى درجة المساس بمصلحة جماعية ظاهرة فتصبح " سببا كبيرا "[140] مما يحول المسؤولية إلى مضمون إجتماعوي (**Socialisé**) ،مع العلم أن القانون (03-10) المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة يطبق نظامي الدعاوى الفردية والجماعية في الحالات التي تتعلق بحماية البيئة سواء بصدد ضرر مباشر أو غير مباشر يمس شخصا بذاته أو بمصالح جماعية[141].

وقرار المحكمة العليا رقم 12371 بتاريخ 6 جويلية 1999، نشرة القضاة، ع 56-1999.

[138]- التقرير العالمي حول التنمية الإنسانية الصادر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي 1998- الفصل (4) منه على الموقع : (www.un.org).. Comp.Fraser (N), penser La justice social entre redistribution et revendications identitaires. Politique et Sociétés » Vol. 17, n° 3. 1998. p.11 et ss.

[139]- Cf. Delmas- Marty (V-M), Vers une responsabilité équitable dans une communauté de valeurs .Seuil, Paris. P.352 et 353.

[140] - Voir Viney et Jourdain, « Traité» de droit civil :les conditions de la responsabilité ». LGDJ. 3 eme éd, 2006, n° 303.

[141]- أنظر المواد (35 إلى 38) من نفس القانون.

وقد يبدو القانون المدني غير ملائم في مجال المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، بل يطرح عدة صعوبات بالنظر لكيفية تقدير الأفعال أو الوضعيات المنشئة للضرر، وتحقيق مستوى من العدالة بين المتضررين ضحايا تلك الأفعال، وماذا لو استغرق أجل نشأة الضرر واكتشافه للمدة التي قررها القانون لتقادم المسؤولية بموجب أحكام القانون المدني ؟ بل طبقا لنظرية الحق، كيف لعنصر بيئي غير إنساني (حيوان أو نبات) متضرر من فعل معين أن يستفيد من نظام المسؤولية المدنية؟

لذلك يعتبر مبدأ " الملوث يدفع " أو مسؤولية الملوث حجر الزاوية في القانون البيئي لأنه يقدر مسؤولية محدث التلوث عن تعويض الأضرار الناشئة عن نشاطه[142] وذلك مراعاة للمصلحة العامة ودون التأثير سلبا على التجارة والاستثمار. وقد جاء قانون (10-03) المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة من خلال نص المادة (03) منه يعرف هذا المبدأ بالقول أنه " المبدأ الذي يتحمل بمقتضاه كل شخص يتسبب نشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة، نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليص منه وإعادة الأماكن وبيئتها إلى حالتها الأصلية"، حيث يعتبر هذا المبدأ ذات طابع اقتصادي[143] يضمن له توزيع تكاليف حماية البيئة بشكل منصف، ويحقق " عدالة بيئية " لصالح ما يضمن توحيد قواعد المسؤولية عن أضرار من مثل هذا النوع، بل إنه يفعلها على تنوع وسائلها المالية والجزائية والمدنية، وهو ما يتوفر عندما يفرض القانون نظام الترخيص المسبق لتلك النشاطات الخاصة بكل ما تفرضه من تكاليف مالية وخبرات فنية عن الدراسات التي تتم بشأنها، وكذلك الضرائب والرسوم البيئية وإضفاء الطابع العقابي في مواجهة الانتهاكات البيئية المتسببة بأضرار عن طريق فرض العقوبات والجزاءات (مثل المادة 102) من قانون (03-10).

وكمنهج في قانون البيئة فقد كان وُصف تطبيق نظام المسؤولية البيئية بالقاصر لأنه ينقص حماية البيئة من مجالها التعويضي المخصص لجبر الأضرار لولا أنه استدرك بإنشاء صندوق حماية البيئة، ويُنتظر فقط تحقيق فرضية إدماج مبدأ "

---

[142]- أول ما طرح كان في 1972، بمناسبة مناقشة الأبعاد البيئية السياسية والاقتصادية.
أنظر المبدأ (10) من إعلان ريو 1992.

[143]-See Grossman, (M-R). Agriculture and Polluter pays principle. EJCL, V.11, December 2007.avalaible in http://www.ejel.org/113/article113--15.pdf .

الملوث الدافع" من خلال القانون المدني التي تعد ممكنة في مجال إنفاذ قواعد المسؤولية المدنية عن الفعل الضار الناشئ عن الأشياء. مثلما طبقها المشرع الجزائري بالنسبة لمسؤولية المنتج بموجب المادة 140 مكرر قانون مدني[144]. مع الملاحظة أن تفعيل مبدإ" الحيطة" في قانون المسؤولية شكّل التقنية القانونية الأكثر ملاءمة للفرد كي يتجنب خطرا مؤكدا وحالا[145]، و هي كذلك ما تسهل ظهور المدين كمسؤول لم ينفذ إلتزامه باتخاذ تدابير الحيطة الملقاة عليه، والتي كان من الممكن أن يتفادى بها وقوع الضرر، مما يشكل في حد ذاته إستمرارا للفلسفة التي تقوم عليها المسؤولية على أساس الخطأ ولكن على أساس قاعدة التناسب (**La proportion**)[146].

ولعل صورة من التقاطع في هذا المجال أظهرت الطرح المتجدد والمعدّل للمسؤولية المدنية على ضوء " مبدأ الحيطة "[147] الذي يحقق جمعًا متكاملا بين الوظيفة التعويضية (العلاجية والوقائية..)، بالخصوص عندما يُنظر إليه بدوره المعزز لنظرية الخطر في مواجهة مفهوم الخطأ وعلى حساب عبء إثبات العلاقة بين الفعل الضار والضرر العلمي، وبذلك أخذ القانون باعتبارات عدم اليقين العلمي.

وهذا الطرح الجديد يبرز مظاهر التأثر والتأثير بين حماية البيئة والقانون المدني، ليبقى النقاش مفتوحًا إزاء الشخص الذي ينطبق عليه؟ وعما إذا كان يخص الأشخاص الخاصة أم يمتد إلى الأشخاص العامة؟[148].

كما أن مجال الحديث عن بدائل " مبدأ الحيطة " في حالة عدم إمكانية تطبيق هذا الأخير وبواسطة نظرية التعسف في استعمال الحق و"مضار الجوار" يشكل من جهته تصورا مرنا للمسؤولية المدنية في المجال البيئي.

---

[144]-" يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، يعتبر منتوجا كل ما منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية.

[145]- Guegen(V-A). L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile. RJE, 2000-2, p.157.Et Prieur (M). Le Principe de précautions au service des générations futurs. In Mélanges Berzex, Litec, 2009. p.283 et ss. Booutonnnet. Le Principe de précaution et droit de la responsabilité civil. L.G.D.J Bibliothèque de droit Privée, T. 444. 2005.

[146] - Comp Calais Auloy (M-T), La libération de la responsabilité par l'abondon de la notion de faute. Doc .1998, n° 14. p. 1 et ss.

[147]-Ibid.

[148]- Mamsuy (V), Le Principe de précaution : un principes en quête méthodologir ?. . Envir .Rev.2004 . n°6, .Etude 11.Comp. Billet (Ph). Autorisation d'urbanisme et principe de précaution : Quand L'autonomie Contrarie Indépendance__» .la semaine juridique, n°13 ; du 28-03-2011.n° 2119.

(ي) - "الحق في البيئة" في مجال التأمينات

أما في مجال قانون التأمينات، فقد اعتبر نطاق الأخطار والأضرار البيئية مبرر لتفضيل مبدأ " الوقاية "[149] عن التعويض وجبر الضرر نظرا لما تسمح به " تقنية التأمين " لتحقيقهما معًا، وبذلك تضمن الحد الأدنى من الحماية لضحايا الإنتهاكات البيئية، التي تُمس في أشخاصها وفي أموالها، وبقدر تناميها فإن سوق التأمين يعرف تطورا ملحوظا في هذا المجال، ويكون أصحاب المؤسسات هم المعنيون الأوائل بالتأمينات البيئية بالرغم من الخيارات الممنوحة لهم لضمان مستلزمات الأمن والحماية، ويتعين تحقيقها في حدود عدم الوقوع في وضعية " الخطر المفضي للتعويض المزدوج " ناجم عن صعوبة الفصل بين أسس المسؤولية المدنية البيئية طبقا للقانون المدني تحت لواء ضمانها وبين الضمان الخاص للمسؤولية البيئية لضحية الغير (**tiers victime**)، فهل بالفعل يمكن تحقيق أهداف محددة على ضوء التأمينات البيئية ؟

يبدو أن تبني النهج الوقائي على أساس الحيطة المسبقة و استشراف الأخطار المحدقة بالبيئة لمنعها هو أكثر وجاهة وفاعلية في المحافظة عليها، خاصة عندما تظهر التكلفة الاقتصادية للوقاية من الضرر أو الخطر البيئي أقل من تكلفة معالجة آثاره، فهو ما يساعد على تحقيق الفعالية في التأمينات البيئية[150].

ويبدو أن المشرع الجزائري عندما نظم تأمين العقارات المبنية من أخطار الكوارث الطبيعية، فذلك لما لهذه الأخيرة من قيمة اقتصادية للأفراد و ثورة وطنية بالنسبة للمجتمع، وإضفاء الصفة الإجبارية عليه تعزيز لجبر الضرر والوقاية منه.

---

[149] - كمال رزيق ومحمد لمين مراكشي، خصوصية قطاع التأمين وأهميته لدى المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (حالة الجزائر)، منشورة ضمن أعمال الملتقى الدولي السابع حول " الصناعة التأمينية، الواقع العملي وآفاق التطوير – تجارب الدول- جامعة الشلف، حسيبة بن بوعلي، يومي 03-04 ديسمبر 2012.

[150] - يقوم المنهج الوقائي على العناصر التالية، 1- " وجود نشاط واسع النطاق أو مستمر الأثر 2- إحتمال وقوع إضرار نتيجة هذا النشاط 3- خطورة الأضرار المحتملة وعدم قابلية معالجتها 4- عدم توفر الدليل العلمي بشأن سلامة النشاط أو المنتج وأمنه 5- عدم إرجاء اتخاذ التدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر المحتمل أو التخفيف عنه 6- و أخيرا البحث عن البدائل لاتخاذ تكاليف معقولة بشأن مواجهة الأضرار المحتملة.

راجع مضمون المبدأ (15) من إعلان ريو 1992. وديباجة الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي 1992.

- Voir Aussi, Boisson de Chazournes (L). Le principe de précaution : Nature, continu et limite».In Leben(c) et Verhoven (J). Le principe de précaution : Aspects de droit international et communautaire. Actes Colloque Organisé par l'Institut des Hautes études internationales en coopération avec le Centre de droit européen de l'Université de Paris (II) le 05-03-2001, éd . Panthéon .- Assas .Paris, 2002. p. 65-75.

حيث نصت المادة (7) من الأمر (03-12) المؤرخ في (26-08-2003) المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا " يتعين على كل مالك لملك عقاري مبني يقع في الجزائر، شخصا طبيعيا كان أو معنويا ماعدا الدولة أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من آثار الكوارث الطبيعية ". يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار المنشآت الصناعية و/ أو التجارية ومحتواها من آثار الكوارث الطبيعية، يتعين على الدولة المعفاة من إلزامية التأمين المذكور أعلاه، أن تأخذ على عاتقها تجاه الأملاك التابعة لها أو التي تشرف على حراستها واجبات المؤمن "[151]، وقد استثني منها الأضرار التي تلحق المحاصيل الزراعية غير المخزونة والمزروعات والأراضي والقطيع لحي خارج المباني[152].

الخاتمة

بالرغم من الخصوصية التي اتسمت بها الحقوق في القانون المدني والتي جعلت منها حقوقا مرتبطة بالفرد بصفته إنسانا وذاتا لكنها أيضا تتعلق بالجماعة والمجتمع، إلا أنه لم يعد الأمر محصورا بالتدعيم التقليدي الذي شهدناه في القانون الخاص وإنما تطور الظروف المحيطة بها حولتها من مضمونها، فالملكية باتت حقا نسبيا بمجرد تطور وظيفتيه الاجتماعية والاقتصادية والتقدم بالغاية النفعية للمعاملات الواردة عليها، كما أن استحداث حقوق جديدة (البيئة والسلامة الجسدية والمعنوية) من منظور واقعي ذي صلة عميقة بالشريعة العامة شكّل إطارا هاما لتطوير نظرية قانون الأموال والأشخاص على ضوء ما يحقق التوازن بين العقلانية القانونية والمستلزمات الخارجية لواقع الجماعة والفرد.

---

[151] - مع العلم أن المادة (02) من نفس الأمر عرفت الكوارث الطبيعية بأنها " الأضرار المباشرة التي تلحق بالأملاك لإجراء وقوع حادث طبيعي ذي شدة غير عادية مثل الزلزال أو الفيضانات أو العواصف أوي كارثة أخرى.

- وقد فُصّل بالمرسوم التنفيذي رقم (268-04) المؤرخ في 28 أوت 2004 المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بإلزامية التأمين على آثارا للكوارث الطبيعية والمحدد لكيفيات إعلان حالة الكارثة الطبيعية (المادة 2).

[152] - لأنها تخضع لأحكام خاصة (المادة 10 من المرسوم المذكور أعلاه.

النظـــــرية العامـة للعقـــــد: تصـور جديـد

د.ذهبية حامق، أستاذة محاضرة
كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

تأثر المشرع بالقانون المدني الفرنسي في تنظيمه للنظرية العامة للعقد، فأقامها على مبدإ سلطان الإرادة. إلا أنه لم يجعل منه القاعدة الوحيدة التي تحكم العلاقات العقدية. فظهرت ضرورة تدخل المشرع لتنظيم العقد وتوجيهه من أجل التوفيق بين الارادة والمصلحـة الاجتمـاعية. ومـن أجـل توضيـح تعـارض القـواعد مع المبادئ التقليدية، يقتضي توسيع هذه الأخيرة، التي ستساهم في منح العقد حيوية جديدة.

الكلمات المفتاحية: العقد، النظرة الاجتماعية، التضامن، التوازن، المساواة، النظام العام، تدخل الدولة، المذهب الفردي.

Résumé

Le législateur, inspiré par le code Napoléon, consacre une théorie générale du contrat fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté. Toutefois ce dernier n'a pas été le seul paradigme de gestion des relations contractuelles. L'intervention du législateur dans la sphère contractuelle est justifiée par la nécessité de concilier entre la volonté et l'intérêt social. Afin d'expliquer les règles en contradiction avec les principes classiques, de nouveaux principes contribueront à redynamiser le contrat.

Mots-clefs : contrat, vision sociale, solidarité, équilibre, égalité, ordre public, intervention de l'Etat, individualisme.

المقدمة

استمر تطبيق التشريع الفرنسي غداة استقلال الجزائر وذلك بموجب القانون رقم 62-157 الصادر في 31 ديسمبر 1962[1]. وبموجب الأمر 73-29 المؤرخ في 5 جويلية 1973[2] قررت السلطات الجزائرية إلغاء التشريع الاستعماري ابتداء من 5 جويلية 1975.

وكان من المفروض على المشرع الجزائري أن يتبنى قانونا جزائريا يقطع الصلة بقانون نابليون، وما يلاحظ أنه استلهم منه المبادئ الأساسية للقانون، وأخذ ببعض الحلول الموجودة في الشريعة الإسلامية، مرورا بالقانون المدني المصري، بالرغم من أن السلطات العمومية آنذاك كانت تنادي بقانون يتأثر بالقيم العربية الإسلامية[3] وبتشييد مجتمع اشتراكي.[4] ويشير الأستاذ ماحيو إلى أن الجزائر رفضت إدخال التشريع الاستعماري في أسرتها القانونية، وإنما فضلت تكيفه مع القانون الوطني وإدماجه في هذا الأخير وتسمية القواعد التقليدية بقانون جزائري جديد.[5]

إلا أن المشرع لم يجعل المبادئ الموروثة عن القانون الفرنسي القاعدة الوحيدة لتنظيم العلاقات العقدية، فقد ورد عليها استثناءات مهمة. تتمثل في تكريس نظرية الظروف الطارئة التي تؤدي إلى إعادة النظر في القوة الإلزامية للعقد ونظرية الاستغلال التي أدخلت مفهوم التوازن العقدي وكذا نظام التعبير عن الإرادة الذي أضفى الطابع الموضوعي على العقد.[6]

إن العقد الذي ينظم علاقات الأفراد في المجتمع، والذي يعد سندا لأي عملية اقتصادية، لا يمكن أن يكون جامدا بما أنه يتطور مع الزمان ومع الظروف التي يتأثر بها. ولذا فإن تغيير أنماط المعيشة والمستوى المعيشي للمجتمعات تغييرا جذريا وتغيير وسائل الاتصال، داخل نفس الدولة أو على المستوى الدولي، يؤدي حتما إلى تحول العقد.

---

[1]- J. O.R.A, 1963, n°2 du 11 janvier 1963.

[2]- الذي يتضمن إلغاء القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 والرامي إلى التمديد، حتى اشعار آخر، لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر سنة 1962، ج.ر، 1973، العدد 62.

[3]-Exposé des motifs du projet d'ordonnance portant code civil.

[4]- الأمر 73-29 السابق الذكر.

[5] - A.MAHIOU, Rupture ou continuité du droit en Algérie, RASJEP, numéro spécial 20eme année, p.132.

[6]- المواد 107 و90 و59 مدني .

ومن بين الأسباب التي ساعدت على تحوله، ظهور عقود جديدة تتميز بتفوق أحد المتعاقدين. فأصبحت مصلحة الطرف القوي في العقد تهيمن مصلحة الطرف الضعيف. كما يعتبر ظهور قوانين جديدة، كقانون المنافسة وقانون الاستهلاك من جهة والتطور الاقتصادي من جهة ثانية، لاسيما التقنيات الحديثة للتسويق التي تسعى إلى التوزيع الجماعي للسلع، من الأسباب التي أدت إلى زعزعة القواعد التقليدية لنظرية العقد، كمبدأ الرضائية وذلك من خلال فرض شكليات جديدة كاشتراط البيانات الإجبارية بهدف إعلام المستهلك، ومبدأ الحرية التعاقدية من خلال تنظيم مضمون العقد. مما جعل الفقه يتساءل عن مصير النظرية العامة للعقد[7] كونها مريضة أو في أزمة.[8]

إذا كان العقد، في ظل النزعة الفردية صحيحا ما دامت توافرت فيه كل شروط صحته، ويحقق مساواة بين المتعاقدين، ويضمن الحرية العقدية، فإن المذهب الاجتماعي يرفض هذه المساواة الخيالية كونها مجردة، والتي لا تحمي الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مما أدى إلى بروز ظاهرة عيمة العقد[9]، فتدخل المشرع لتحديد مضمونه من جهة، وظاهرة جميعة العقد باعتبار وظيفته الاجتماعية من جهة أخرى. وعليه برزت مبادئ جديدة منها المساواة العقدية والتوازن العقدي والتضامن بين المتعاقدين من تعاون ومساعدة بين أطراف العقد للوصول إلى تحقيق المصلحة المشتركة ومنها المصلحة العامة.

فالمشرع الجزائري الذي تأثر أساسا بالقانون المدني الفرنسي، متبنيا مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات العقدية وكل ما يترتب عنها من آثار، كالقوة الإلزامية للعقد والحرية العقدية، قد اعتنق بعض آليات العدالة العقدية وأعطاها دورا لا يستهان به، وذلك من أجل أن يكرس أكثر عدالة عقدية، ومن بينها نظرية الظروف الطارئة التي تعتبر من أهم الاستثناءات التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة مراعاة التوازن العقدي. فهل يمكن القول أن المشرع اخذ بمفهوم جديد للعقد ؟ وهل النظرية العامة للعقد تحتاج إلى تجديد مبادئها تماشيا مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية في

---

[7] -F.TERRE, PH.SIMLER, Y.LEQUETTE, Droit des obligations, Précis Dalloz, ed. 1996, n°12.

[8] - H. BATTIFOL, La crise du contrat et sa portée, archives de philosophie du droit, t 13, p.13.

[9] -Publicisation. : J.FLOUR , Les influences réciproques, les influences du droit public sur le droit privé, 2012, n°5revue de droit HENRI CAPITANT,3w.henricapitantlawreview.org

المجتمع الحديث، بالنظر إلى تدخل المشرع لتنظيم العقد وتوجيهه (I) ومن ثم إعادة النظر في مبادئه الأساسية(II).

I - تدخل المشرع في المجال العقدي: توسيع وظيفة العقد

صحيح أن العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر بهدف إحداث آثار قانونية، فعلى أساس مبدأ سلطان الإرادة، لأطراف العقد كل الحرية في إبرام العقد من عدمه. كما لهما حريه اختيار المتعاقد معه وحرية تحديد مضمونه، مع مراعاة قواعد النظام العام. ويظهر على أساس هذا المفهوم التقليدي للعقد، أنه وسيلة للتحكم في المستقبل وتوقع كل تغيير يأتي من داخله أو من خارجه ولتحقيق الأمن التعاقدي.[10]

غير أن تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي حصلت في المجتمعات وتبني الدولة اقتصاد السوق الذي أدى إلى تكريس الحريات الاقتصادية، كحرية التجارة والصناعة والاستثمار، إضافة إلى انفتاح المرافق العمومية على المنافسة الحرة وحرية الأسعار، وظهور تشريعات خاصة أدى إلى ظهور اللامساواة بين أطراف العقد نظرا لوضعيتهم الاجتماعية كالعمال في مواجهة المستخدم والمستهلكين تجاه المتدخلين، لاسيما أن القواعد العامة تكرس المساواة بينهم بغض النظر عن مراكزهم الاقتصادية. فأصبح الطرف القوي في العقد هو الذي يملي شروطه، فظهر اختلال في التوازن العقدي، مما نتج عنه اعتبارات جديدة أدت إلى تجديد مبادئ العقد أثناء تكوينه - كمبدأ الشكلية الإعلامية، ومهلة التفكير، وحق التراجع، وفرض التزام بالإعلام- وأثناء تنفيذه كفرض التزامات جديدة على المتعاقدين منها الالتزام بالسلامة والمطابقة. فكان لا بد من تحول العقد من المفهوم الفردي إلى مفهوم اجتماعي يسعى إلى إرساء عدالة اجتماعية.[11]

ولتحقيق ذلك، فقد تم تدخل الدولة في العقد "كأنها طرف فيه"، بهدف توجيهه وتنظيمه تجنبا لكل تعسف تجاه أحد المتعاقدين، مما أدى إلى توسيع مجال النظام العام، ومن ثم توجيه الحرية التعاقدية (1)، وإخراجه من النزعة الفردية إلى النزعة الموضوعية (2).

---

[10]-travaux de l'association Henri Capitant, p.2 de G. JAUFFRET- SPINOSI, Le contrat, de synthèse, journées brésiliennes, T.LV, 20.

وقد وصل بعض الفقه إلى التصريح أن هناك عقدا عالميا صالحا لكل الشعوب ولكل زمان ومكان ولكل الظروف، لأن في نظره أنه يقوم على مبادئ أساسية للعدل واللاعدل المستخلصة عن علة طبيعية وهي غير قابلة للتغيير كما أنها أبدية.

[11]- نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، الجزائر، 2013، ص 34.

أ – توجيه حرية التعاقد: اتساع دائرة النظام العام الاجتماعي

إن تقييد الحرية العقدية بتدخل المشرع في المجال العقدي من أجل تحقيق هذا الهدف لم يكن وليد اليوم، فقد نجده، في أحكام المادة 59 مدني التي تشير إلى ما يلي:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" فيظهر من خلالها أن التعبير عن إرادة المتعاقدين هو العنصر الأساسي لتكوين العقد، غير أن كل متعاقد يلتزم بضرورة احترام النصوص القانونية، مفاده أن المشرع قد يتولى تنظيم العقود بحيث يلتزم أطراف العقد الخضوع له. وهذا التقييد يظهر في صور مختلفة، فقد يكون عن طريق الزامهم على التعاقد أو منعهم من ذلك، سواء من خلال نصوص خاصة أو من خلال نصوص القانون المدني.[12]

يظهر ذلك من خلال التعاقد الإجباري، والذي ينقص من دور الإرادة لإبرام العقد. وأحسن مثال لتبرير هذه الفكرة يتمثل في الزام الشخص بإبرام عقد معين تحت طائلة عقوبات مدنية أو جزائية كما هو الحال في التأمينات الإلزامية، كعقد التأمين على السيارات بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 74-15.[13] وكذا كل عقود التأمينات الإجبارية على المسؤولية[14]. فمن خلال تقييد الحرية العقدية في عقد التأمين، أراد المشرع أن يأخذ في الحسبان تعدد المخاطر من جهة، وتعويض الضحية عن كل الأضرار التي تلحق بها وخاصة حماية سلامتها الجسدية عن طريق تقنية التضامن من جهة أخرى، والتي أصبحت اليوم من الحقوق الأساسية التي تهدف التشريعات إلى حمايتها والمحافظة عليها[15]. ومنه نلاحظ أن الهدف الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه أعلى من احترام مبدأ حرية التعاقد. فالتضحية بجزء من الحرية العقدية في عقد التأمين، يكون قد قدم حماية حقيقية للضحية.

---

[12]-A.BENCHENEB, Le contrat en droit Algérien : entre textes et contexte(s), dans l'ouvrage sous la direction Walid LAGGOUNE : Algérie, cinquante ans après, la part du droit, AJED2013, p.283, n°13.

[13]- المؤرخ في 30 جانفي 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن الأضرار الناشئة عن حوادث المرور، ج. ر، العدد15.

[14]- المادتان 1/201 2/ و202 من الأمر الخاص بالتأمينات رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 13.

[15] - راجع المادة 9 من قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش. ج. ر، العدد 15، المؤرخ في 8 مارس 2009.

كما يتجلى تدخل الدولة في المجال العقدي من خلال القواعد الآمرة التي تمنع اللجوء إلى بعض البنود أو الشروط، طبقا للمادة 29 من القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[16]، التي تمنع العون الاقتصادي من الاشارة إلى بعض الشروط التي تكون فيها مزايا مفرطة لصالحه وذلك على حساب المستهلك ، أو طبقا لأحكام المادة 622 مدني فيما يتعلق بعقد التأمين، أو تلك التي تتولى حظر عقود الغرر[17] المتعلقة بالقمار والرهان بين الأفراد، وذلك بهدف حماية الآداب العامة.

فإذا كان النظام العام التقليدي يهدف إلى بطلان بعض العقود لعدم مشروعية محل الالتزام أو لعدم مشروعية السبب الذي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه، فقد يهدف حظر بعض العقود إلى ضمان النظام العام الاقتصادي، كالذي لجأت إليه الدولة في المجال الخاص بالقروض الاستهلاكية، فقد منعت على البنوك، من خلال قانون المالية، إبرام مثل هذه العقود مع الأفراد[18]. إلا أنه بعد تجميدها منذ 2009، قد رخصت الدولة لهذه المؤسسات المالية منح قروض استهلاكية موجهة حصريا لاقتناء السلع من طرف العائلات، والخاص بالمنتوجات الوطنية من أجل دعم الانتاج الوطني[19]، وذلك لمحاولة ازدهار الأنشطة الاقتصادية ومن ثم النمو الاقتصادي وإشباع حاجات الأفراد ومتطلباتهم.

كما يظهر تقييد الحرية العقدية كلما أرادت الدولة تلبية الحاجات الاجتماعية أو المنفعة العامة، وذلك عن طريق تدخل المشرع بتنظيم العقد مما يؤدي إلى إنقاص "سلطة" أشخاص القانون الخاص، كما هو الحال في علاقات العمل والعلاقات الاستهلاكية، وذلك من أجل مراقبة نشاط الأفراد في المجتمع. ففي ظل المذهب الفردي، كان يتولى كل متعاقد الدفاع عن مصلحته فحسب، فإنه يسعى اليوم إلى الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المتعاقد معه ومصلحة المجتمع، وهذا بفضل تدخل المشرع لتنظيمه. فيظهر أن العقد أخذ، في كثير من الدول، مكانة متفوقة في تنظيم المجتمع سواء في العلاقات الخاصة أو في العلاقات العامة[20].

---

[16]- رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، ج.ر عدد 41.

[17]- راجع المادة 2/1/612 مدني، دون أن يشمل هذا الحظر الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري.

[18]- المادة 75 من الأمر رقم 09-01 المتعلق بقانون المالية التكميلي لسنة 2009.

[19] - المادة 88 تعدل وتتمم المادة 75 من الأمر رقم 09-01 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بموجب القانون رقم 14-10 في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج. ر، العدد 78 في 31 ديسمبر 2014. راجع أيضا قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2015/12/31 يحدد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج. ر، العدد 1 في 6جانفي 2016.

[20]- C. JAUFFRET – SPINOSI, art., préc, p.3.

وقد نتساءل عن مفهوم هذه المصلحة العامة التي هي معيار النظام العام، مع العلم أن حرية التعاقد هي أصلا من النظام العام ؟

صحيح أن المصلحة العامة قوام النظام العام ويتضمن هذا الأخير علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وذلك لضمان تطور المجتمع في ظل قيم معينة[21]، غير أن اليوم، يرى الفقه أن هناك تزايد في تشريعات النظام العام. فبعد ما كان النظام العام يهدف أساسا إلى ضمان المصالح العامة، أصبح اليوم يهتم بترقية المصالح الخاصة[22].

وما يلاحظ أن مفهوم النظام العام اتسع ليشمل المصالح العامة والمصالح الخاصة. فإذا كان النظام العام التقليدي لا يهتم إلا بالمصالح العليا للمجتمع التي تتمثل في حريات الأفراد وتنظيم المصالح الإدارية...الخ، فإن الأمر لا يقتصر اليوم على ذلك، وإنما يتعداه ليضمن احترام المصلحة الخاصة. وفي الحقيقة -كما يرى الفقه-[23]، فإن المصلحة العامة تتعلق بمجموع بعض المصالح الخاصة. وتطور المجتمع في المجال الاقتصادي والاجتماعي أدى إلى ضرورة حماية بعض الفئات الخاصة. فقد تتولى الدولة مثلا تنظيم عقد العمل من أجل حماية العامل و ذلك من خلال تقييد حرية المستخدم الذي يكون في مرتبة هيمنة. فأبرز قانون رقم 90-11[24] المتعلق بعلاقات العمل، حقوق العامل كتحديد الحد الأدنى للأجر واحترام مدة العمل والعطل الأسبوعية والسنوية... إلخ، والتي لا يمكن المساس بها. كما تولت أيضا تنظيم علاقات الاستهلاك التي تهدف إلى حماية المستهلك ضد تعسف المتدخلين من بائعين ومقدمي الخدمات بالخصوص في مجال الضمان مثلا،[25] أو في مجال منع البنود التعسفية[26]. يظهر أن التدخل الواضح للدولة في

---

[21] - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، لطبعة الثالثة، موفم للنشر الجزائر2013، ص283.

[22] - M. MEKKI, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, DELTA, 2004, p.218, n° 351

راجع فاضل خديجة ، سابق الذكر، ص36.؛

A .FILALI, Adaptation du droit commun des contrats, colloque international : développement, spécificités et impact du droit de la consommation organisé par l'université d'Oran le 15et 16mai 2013, p.32.

[23] - G. FARJAT, L'ordre public économique, L.G.D.J, Paris 1963, p.110et s.

[24] - المؤرخ في 21أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل ج. ر، 1990، العدد 17.

[25] - بالخصوص في مجال الضمان، راجع المادة 13 من قانون 09-03 سابق الذكر.

[26] -المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10سبتمبر2006 يحدد بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر ، 2006، العدد 56.

العلاقة العقدية، أدى إلى توسيع مفهوم المصلحة العامة في المجال الخاص وإلى الإنقاص من إرادة الأشخاص وذلك بهدف توجيه العقد وفقا للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للدولة. كما يظهر أن العقد قد أخذ مكانة متفوقة في تنظيم المجتمع، سواء فيما يتعلق بالعلاقات الخاصة أو العامة[27]. فكان تدخل المشرع لتنظيمه من أجل التوفيق بين المصالح العامة والمصالح الفردية وخاصة حماية هذه الأخيرة، وهذا باستعمال وسيلة النظام العام الاقتصادي الحمائي.

هذه الوسيلة المتمثلة في النظام العام الاجتماعي التي سمحت للمشرع بالتدخل في العقود من أجل ايجاد حلول لتعسف أحد المتعاقدين المبالغ فيه[28]. إلا أن التقنية المستعملة من طرف المشرع في السنوات الأخيرة لم تقتصر على نصوص قانونية آمرة، والتي تحل محل مضمون العقد، وإنما تمثلت في اتخاذ تدابير تسعى إلى إقامة مساواة بين أطراف العقد من شأنها أن يكون رضا الطرف الضعيف حرا ويتخذ قرارا عن علم ومعرفة، وبعد تفكير وترو[29]. ولا يلعب الدور الحمائي إلا لمصلحة الطرف الذي تقرر من أجله[30]. فكان يهدف إلى تحقيق مساواة فعلية، ويتميز بمضمونه وبالجزاء المترتب عن مخالفته.

إن تدخل الدولة لتنظيم هذه العقود، باستعمال النظام العام الاقتصادي الحمائي، لم يكن إلا بهدف إضفاء نوع من الحماية على الطرف الضعيف، مما جعل الجزاء الواجب التطبيق على مخالفته يكتسي نوعا من الخصوصية[31]. فإذا كانت مخالفة قواعد النظام العام التقليدي تؤدي إلى بطلان العقد، لأن المشرع يهدف من وراء ذلك إلى حماية المجتمع من تصرفات الأفراد التي قد تمس بالمصلحة العامة، فإن مخالفة النظام العام الاقتصادي الحمائي، من المفروض يؤدي إلى البطلان النسبي للعقد، بما أن الأمر يتعلق بحماية مصلحة بعض الأشخاص، ويبقى حق طلب هذا الإبطال يقتصر على الطرف الذي تقرر لمصلحته. غير أن تطبيق هذا الإبطال يواجه بعض الصعوبات لأن البطلان النسبي للعقد لا يساهم أبدا في حماية الطرف

---

27 - C. JAUFFRET – SPINOSI, art. préc., p.3.

28 - J.FLOUR , J.L.AUBERT et E.SAVAUX, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, Vol 1, 10e ed., Armand Colin, 2002 p.210 et s n° 292 et 293.

29- J. GHESTIN, Traité de Droit civil, La formation du contrat, LGDJ, DELTA, 3e ed.1996, p. 116, n° 136.

30 - Idem.

31 -R.SAVATIER, La théorie des obligations en droit privé économique, Précis Dalloz, Dalloz 1979, 4°ed., n° 120,p.164

الضعيف لأن الحكم به يؤدي إلى زوال العقد. فقد نتساءل عن ملاءمة هذا الجزاء مع ضرورة حماية المستهلك في العقود التي اختل فيها التوازن الذي تقتضي الظروف الاقتصادية والاجتماعية بحمايته. إن الحماية الفعلية للمستهلك تتحقق، إذا كان الجزاء يؤدي إلى بقاء العقد واستمراره. فالبطلان الجزئي للعقد مثلا يلائم أكثر مصلحة الطرف الأكثر ضعفا[32]. والذي يتمثل في إزالة البند غير المشروع والاحتفاظ بالجزء الصحيح. فتقع مثلا باطلة كل الشروط التي ترد في وثيقة التأمين، كما تشير إليها المادة 622 مدني، ويبقى عقد التأمين قائما. كما أن تعديل العقد الذي يهدف إلى تغيير بعض عناصر العقد سواء بالإنقاص أو بإضافة بعض العناصر يسعى أيضا إلى استمرارية العلاقة العقدية. كالتعديل الذي يقوم به القاضي بموجب أحكام نظرية الظروف الطارئة[33]، تسمح للقاضي بالإبقاء على العقد، بالإضافة إلى الحفاظ على العدالة التعاقدية وتحقيق التوازن العقدي. إن تعديل الشرط الجزائي، في حالة ما إذا كان التقدير مفرطا، يسعى أيضا إلى ضمان تنفيذ العقد بدلا من بطلانه[34].

من خلال ما سبق، فإن المشرع يتدخل في العلاقة العقدية بواسطة مفهوم النظام العام الاقتصادي الحمائي لتعديل العقد، من أجل إقامة المساواة والتوازن العقدي وكذا لضمان استقرار المعاملات ومراقبتها. ويظهر أن تدخل الدولة في العقد، بعد انتشار عقود الاذعان، يهدف إلى حماية الطرف الضعيف من هيمنة المتعاقد المتفوق، مفاده أنه لم يعد يهدف إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين فحسب، وإنما يسعى بفضل النظام العام الاجتماعي إلى المحافظة على المصلحة العامة.

ب – التصور الاجتماعي للعقد

وبعد ما كان العقد هو تلبية رغبات أطرافه في النظرية الفردية، فإن التطور الذي حصل في كثير من المجالات، لاسيما في المجال الاقتصادي والاجتماعي، قد أدى بالمشرع إلى الانضمام أيضا إلى النظرية الاجتماعية التي ترى أن العقد ليس مسألة فردية وإنما يدخل في الدائرة الاجتماعية، مما أدى بالدولة إلى التدخل في التسيير الاقتصادي لمحاربة عدم المساواة الاجتماعية بين الطرف الضعيف والطرف المتفوق في العقد.

---

[32] - المادة 104 مدني.

[33] - راجع المادة 3/107 مدني ؛ راجع حميد بن شنتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه دولة، الجزائر 1996، ص 52 وما يليها.

[34] - المادتان 183 و184 مدني.

إن ظهور التصور الاجتماعي للعقد، لم يكن صدفة أو بسبب رغبة المشرع، وإنما كان وليد التحولات التي حصلت في الثلث الأخير من القرن 19 ،سواء على المستوى السياسي أو الاقتصادي (تطور نظام الرأسمالي، تطور الصناعة والعمران) التي أدت إلى بروز مشاكل اجتماعية جديدة أو تفاقم المشاكل القديمة للفئات ذات المستوى المعيشي الضعيف. ومن أجل الوصول إلى حلول، ودون زعزعة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، فقد قبل الفقه فكرة اجتماعية القانون[35]. وحسب رأيه، فإن الحلول القانونية لا تستنتج فقط من القواعد المجردة والقديمة التي يتضمنها القانون المدني، وإنما يمكن أن تُبنى أيضا على أسس مصدرها المجتمع.[36]

فإذا كان النظام الليبرالي الذي كان سائدا في ذلك القرن، لا يهتم بالضعفاء بصفة عامة، فإن الدولة اضطرت للتدخل في العقد سعيا إلى حماية بعض الفئات في مختلف المجالات الاجتماعية، كتدخلها في التشريع الخاص بالعمل في حالة فقد العامل لعمله أو وجوده في حالة إعاقة أو مرض... فتدخل الدولة في علاقات العمل مثلا، يظهر مهما جدا. فلقد أصبحت هذه الأخيرة التي كانت من القانون الخاص، أقرب من القانون العام[37] حتى وصل الفقه إلى القول إن العقد يتميز بأكثر تنظيم.[38]

فكان لابد للسلطات العمومية أن تتبع المذهب الاجتماعي الذي يقتضي أن يضع قيودا على مبدأ سلطان الإرادة من أجل توجيه القانون لمهمته الاجتماعية، لمحاولة إعادة التوازن المختل بين الحقوق والالتزامات المتقابلة. وذلك لا يمكن أن يتحقق إلا بتضامن أكثر داخل العقد إضافة إلى تنظيم هذا الأخير تنظيما جماعيا بهدف الوصول إلى العدالة الاجتماعية وتحقيق السلم في المجتمع.

---

[35] -J.CHARMONT, La socialisation du droit, (leçon d'introduction d'un cours de droit civil),revue de métaphysique et de morale, 1903,p.380 et s. cité par J.P.CHAZAL la protection de la partie faible chez JOSSERAND , ou la tentative de maintenir le compromis républicain, p.1, 3w.sciencespo.fr.

[36] -J.CHARMONT, idem, p.2.

[37] - فقد انتقد جانب من الفقه هذه الفكرة انتقدا شديدا بقولهم أن المتعاقدين لم يعودوا سادة في ديارهم. منهم جوسران. راجع J.P.CHAZAL préc., p.1.

[38]- F.TERRE, PH.SIMLER ,Y.LEQUETTE, Droit civil, les obligations, 6e ed, Delta, Dalloz, 1996,p.34.

إن تحقيق هذا السلم في المجتمع يقتضي فعلا أن يكون هناك تضامن بين أفراد المجتمع، وأن هذا التضامن يسمح لهم بمواجهة المخاطر الاجتماعية التي قد تصيبهم وهذا لا يتحقق إلا بالتضحية[39] أي بتضحية كل فرد بجزء من حقه. هذا ما تلجأ إليه المجتمعات الحديثة لاسيما مع تكاثر المخاطر الاجتماعية والتي تلزم كل فرد أن يكون مؤمنا ضدها، فيساهم في تمويل هذه الحماية حسب قدراته.[40]
فقد وصل الفقيه بلونجي[41] إلى القول إن المتعاقد يشارك بدفع مبلغ من المال في تعويض الغير، دون انتظار مقابل مؤكد، (ويتمنى أن لا يحصل عليه لأن ذلك يعد علامة على وقوع الحادث).

إن العقد أصبح وسيلة للتضامن الاجتماعي تستنتج من اعتبارين، ينطلق الأول من معاينة الواقع الاجتماعي مما جعله يكيف العقد بأنه واقعة اجتماعية، وحسب هذا الرأي فإن العقود تبرم دائما تحت سلطان الضرورات الاجتماعية، ويتعلق الثاني بالمنفعة الاجتماعية.[42] فأصبح مصدر التضامن هو تنظيم المجتمع وهذا التضامن يربط أطراف العقد فيما بينهم بهدف تحقيق حاجاتهم مما يؤدي إلى تكريس التضامن الاجتماعي. والتضامن الاجتماعي أساسه الانسجام الاجتماعي، بمعنى أنه يهدف إلى منع الإقصاء الاجتماعي. وهذا ما يظهر من خلال قانون العمل وقانون التأمينات الإلزامية.

دائما وبهدف حماية الطرف الضعيف في العقد، الذي كان الشغل الشاغل للدولة، في السنوات الأخيرة، فقد تم تدخل هذه الأخيرة في العقد وذلك عن طريق أشخاص القانون العام و التي ليست لها صفة المتعاقد. وقد ساعد المشرع والسلطات العمومية في ذلك اتفاقية العمل الجماعية التي تضمنت حماية خاصة لبعض الفئات كالعمال و ذلك بتحديد التزامات المستخدم. وتعد من الطرق الجديدة التي تقوم على فكرة التفاوض الجماعي المسبق في العلاقات العقدية التي ستأتي في مرحلة لاحقة. هذا ما لجأ إليه المشرع في قانون رقم 90-11 الذي يتعلق بعلاقات العمل

---

[39] -M.JEAN CEDRAS, Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la cour de cassation, 2003, courdecassation.fr, p.1.

[40] - A. BELANGER, théorisations sur le droit des contrats, Québec, les presses de l'université, Laval, 2014, érudit.org, p.957.

[41] -A. BELANGER, préc., idem.

[42] - R.DEMOGUE : Traité des obligations en général, t1 sources des obligations, Paris, A.Rousseau, 1923, n°10,p.19.

السالف الذكر الذي يعرفها[43] بأنها عقد تتطلب إرادات نقابات العمال من جهة، وإرادات أرباب العمل من جهة أخرى. مما يعطيه الطابع الجماعي الذي يميز اتفاقية العمل الجماعية من حيث أطرافها. مما يؤدي إلى القول إن الاتفاق يمثل عدة عمال، إلا أن آثارها تنصرف إلى كل العمال بما فيهم الذين لم يكونوا راضين بمضمونه. فتظهر الصيغة الجماعية في للاتفاقية الجماعية من حيث أن نقابات العمال أو أرباب الأعمال لا توقع على العقد باعتبارها وكيلة على كل عضو من أعضائها، وإنما باعتبارها ممثلة لمجموع المصالح المهنية، فهي تلتزم بما جاء في العقد الجماعي باعتبارها شخصا معنويا مستقلا يمثل جماعة الأعضاء. ولا تتأثر الاتفاقية بانضمام أعضاء جدد.[44] كما تصبح هذه الاتفاقية قواعد آمرة لأشخاص لم يرضوا بها من حيث الأثار مما يجعلها تعارض مبدأ نسبية أثار للعقد.[45] إن هذه الخاصية قد تؤدي إلى الشك في الطبيعة العقدية أو التنظيمية لاتفاقية العمل الجماعية وإن كان من المؤكد أنها في درجة أعلى من عقد العمل، بما أنها تمنح للعمال، على الأقل، امتيازات إضافية بالمقارنة مع هذا الأخير.[46] ومهما كان التكييف الذي يعطى لها، أنها عقد في إبرامها و لائحة في آثارها، فإنها تخرج عن الطابع العقدي و تخالف مبدأ الأثر النسبي للعقد المنصوص عليه في القانون المدني. ولحداثة ظهور مثل هذه العقود التي ارتبط بالتطور الاجتماعي[47]، لم ينظمها المشرع في التقنين المدني.

نلاحظ أن التعاقد الجماعي في علاقات العمل يساهم في انتقال الاتفاق من نطاق فردي إلى نطاق جماعي، سعيا إلى الانقاص من التفاوت في القوى، وتكريس احترام العقد من طرف كل من وقّع عليه و امتناع عن كل تصرف يؤدي إلى صعوبة في تنفيذ العقد الجماعي. فيقيم بين أطرافه التعاون والمشاورة طوال قيام هذه العلاقة بينهم. إنه يهدف إلى تحقيق المساواة بين العمال وأرباب العمل كما يسعى أيضا إلى حماية الطرف الذي يكون في مركز ضعف، وبالتالي، فاتفاقية

---

[43] - راجع المادة 114 منه.

[44] - J.GHESTIN, préc., p.26.

[45] - H.L. MAZEAUD, J.MAZEAUD et FR CHABAS, Leçons de Droit civil, Obligations, Montchrestien, Delta, ed.2000 T.2, 9e éd. p.85.

[46] - G.VINEY et P.JOURDAIN, Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, DELTA, LGDJ, 1998, 2e ed. n° 493, p.389.

[47] - H.L. MAZEAUD, J.MAZEAUD et FR CHABAS, préc., idem.

العمل الجماعي تهدف إلى تحقيق الانسجام الاجتماعي ومن ثم السلام الاجتماعي. وذلك لما يستعمل التفاوض الجماعي كوسيلة للوقاية من إنهاء المنازعات الجماعية كما تشير إليه أحكام المادة 4 من قانون رقم 90-02 [48] أو منع نشوء النزاع. أو كوسيلة علاجية حسب نص المادة 5 من نفس القانون. وأكثر من هذا، فقد يلجأ الطرفان أيضا إلى الطرق البديلة الأخرى كالوساطة أو التحكيم طبقا للمواد 10 و11 و13 من نفس القانون.

مما سبق، يتضح أن هناك تغييرا في ظاهرة العقد الذي تدخلت الدولة في مجاله عن طريق المشرع أو عن طريق القاضي. فلا يمكن لأحد أن ينكر أن العقد لم يعد يهم المتعاقدين بصفة حصرية و إنما يهم أيضا الدولة والغير. كما استعمل المشرع التعاقد الجماعي الذي يهدف إلى حلول المصلحة الجماعية في العقد محل المصلحة الفردية والذي يكون مصدرا لحماية أكبر للطرف الضعيف في العقد، بالرغم أنه يخالف المبدأ الأساسي له المتمثل في نسبية أثاره. فهل يمكن أن يبقى العقد يسيّر بنفس المبادئ؟ وهل يمكننا أن نضحي بمصلحة المتعاقدين وبالمصلحة الجماعية من أجل أن نبقى أوفياء لمبدأ سلطان الإرادة؟ فمن الضروري إعادة التوازن في العقد لتحقيق المساواة بين المتعاقدين من أجل حماية أكبر و تحقيق المصلحة الاجتماعية. مما يؤدي بنا إلى التأكيد على ضرورة تجديد المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد.

II- تجديد المبادئ الأساسية للنظرية العامة للعقد

إن ظهور عقود الاستهلاك والتصرفات التعسفية في ظل المنافسة، وظهور عقود نموذجية تنظم من طرف أحد المتعاقدين، كان السبب في اختلال التوازن في العقد، مما ساعد على تدخل الدولة في المجال الاقتصادي لتتمكن من التحكم في تسييره وتوجيهه للتكفل بالطرف الضعيف والمحافظة على المصلحة العامة. هذا ما أدى حتما إلى تقييد إرادة المتعاقدين. فمن الضروري أن تتبنى نظرية العقد قيما أخرى جديدة من أجل توسيع النظرية العامة للعقد ومن ثم تطوير قانون العقود. هذه المبادئ المستنتجة من القيم العليا المتعلقة بالعدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية والعدل.[49] وفي هذا الصدد، لم تعد تكفي نظرية عيوب الرضا لإقامة المساواة، بل

[48] – المؤرخ في 6 فبراير 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الاضراب، ج. ر، 1990، العدد 6.
[49] - J.GHESTIN, préc., p.203.

تطويرها أصبح من الأولويات، (أ) كما يظهر تدخل المشرع ضروري لإعادة التوازن في العقد(ب)، كما حان الوقت أن يسود في العقود مبدأ واجب التعاون بين أطرافه الذي يؤدي إلى التضامن بينهم (ج).

أ - تحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين

تسعى نظرية العقد، منذ نشأتها، إلى حماية الطرف الضعيف في كثير من المواضع، وذلك من أجل تحقيق مساواة بين أطراف العقد، غير أنها بقيت مساواة مجردة.

لقد كانت نظرية عيوب الرضا التي تؤدي إلى إبطال العقد، من النظريات الأكثر تقليدية التي تهدف إلى إقامة مبدأ المساواة العقدية. فإنها تسعى إلى التخفيف من حدة سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي كان يرفض كل حماية لأحد طرفي العقد لأن العقد هو العدل[50] حسب هذا المفهوم. مع أن كل التشريعات واعية أن المتعاقد عند إبرامه العقد قد يكون ضحية غلط أو تدليس، خاصة أن تطور المجتمعات الذي صاحبه تطور تكنولوجي واقتصادي، أدى إلى أن المتعاقد معه، عند إبرامه العقود سيستعمل كل الحيل الممكنة لكي تكون الصفقة لمصلحته. كما تعتبر من النظريات التي كان يريد المشرع من ورائها أن يمنح للعقود استقرارا أكثر للعقود. وإذا كان المشرع قد تبنى آخر تطور فيها، فإنها تبقى مفهوما ضيقا فإنها تحتاج إلى إعادة النظر في بعض الجوانب لاسيما أن القضاء عندنا لم يساهم في تطويرها.

بالرجوع إلى عيب الغلط، نلاحظ أن المشرع قد وسع من مفهومه. فيأخذ بالغلط إذا وقع في الصفات الجوهرية للشيء بدلا من الغلط في مادة الشيء كما كان يأخذ به القانون الفرنسي. كما أنه لم يكتف بالمعيار الذاتي في تقدير الصفة الجوهرية للشيء؛ بمعنى إرادة المتعاقد الذي وقع في الغلط، وإنما اعتنق أيضا المعيار الموضوعي المتمثل في تقدير الصفة الجوهرية التي يراها المتعاقدان معا، في ضوء العوامل الموضوعية؛ بمعنى الظروف المحيطة بالعقد والذي تم العقد في ظلها.[51] كما يمكن أن نلاحظ أن المشرع لم يكتف بالمفهوم الضيق

---

[50] - A. FOUILLEE : «qui dit contrat dit juste. »

[51] - علي فيلالي، سابق الذكر، ص179 وما يليها.

للتدليس[52]، كما كرسه المشرع الفرنسي، الذي لا يبطل العقد إذا كان التدليس عن طريق السكوت العمدي، وإنما فضل التأثر بالقضاء الفرنسي[53] وذلك برفضه فلسفة المذهب الفردي التي تلزم كل متعاقد بأن يتحمل مسؤولية الوصول إلى المعلومات الضرورية لإبرام العقد بما أنهما على قدم المساواة. إن تكريس الالتزام بإعلام المتعاقد الذي لا يعلم يكون المشرع قد رجح مفهوم المساواة الحقيقية دون المساواة المجردة.

دائما وبهدف الإنقاص من عدم المساواة بين المتعاقدين، لقد أدى انشغال المشرع بحماية الطرف الضعيف في العقد إلى تكريس الإكراه كعيب من عيوب الرضا الذي يسمح لمن يكون ضحية له أن يطلب إبطال العقد، الذي يتمثل في "الضغط الذي يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد"[54]. غير أن هذا التصور للإكراه كعيب للرضا، لا يشمل حالة الإكراه الاقتصادي الناتجة عن الهيمنة الاقتصادية، الذي يأخذ به القضاء الفرنسي[55]، والذي كرسه المشرع هناك أخيرا[56]. والذي يشترط أن يكون هناك وضعية عدم المساواة العقدية بين الطرفين، التي تنحدر من وضعية خطر اقتصادي التي يوجد فيها أحدهما، والتي تؤدي إلى أنه يصعب عليه المفاوضة في العقد، لأن الوضعية التي يوجد فيها تمنعه من ذلك؛ بمعنى أن يجد أحد المتعاقدين نفسه في حالة الضرورة أو التبعية الاقتصادية أو الاجتماعية لا تعطيه الخيار إلا أن يبرم العقد المفروض عليه. كما يجب أن يتوافر أيضا العنصر المعنوي، بحيث يقوم المتعاقد الذي له الهيمنة، باستغلال هذه الوضعية الصعبة من أجل الحصول على تعهد منه، بحيث لولاها لما تحصل عليه وذلك من أجل الوصول إلى تحقيق منفعة أو امتياز عقدي يكون مبالغا

---

[52] - راجع المادة 2/1/86 مدني؛ محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر 2004، ص 181 وما يليها؛ علي فيلالي، سابق الذكر، ص 189 وما يليها.

[53] -Cass.Civ.1ere, 15 mai 2002, bull. civ. n°132.

[54] - لأكثر تفصيلا، راجع محمد صبري السعدي، ، سابق الذكر، ص 191.

[55] - Cass.Civ. 1ere, 30 mai 2000, R.T.D.CIV, 2000, p.827. Obs : J. MESTRE et B. FAGES.

[56]- Art.1143 du code civil français, voir ordonnance n°2016-131 du 10fevr.2016, JORF n°0035 portant réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Art 1143 :« Il y a également violence lorsqu' une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne serait pas trouvée dans cette situation de faiblesse.»

فيه.[57] فبتوافر هذين الشرطين، يمكن للمتعاقد الذي كان ضحية اكراه اقتصادي صادر من طرف المتعاقد معه، أن يبطل العقد.

فعلى المشرع أن يهتم بمسألة التعسف في التبعية الاقتصادية، بالرغم من تكريسه في قانون المنافسة لظاهرة التعسف في التبعية الاقتصادية[58] ،لاسيما بعد التطور الذي عرفته العلاقات العقدية في المجال الاقتصادي مع ظهور قيم جديدة وأحكام خاصة في قانون الاستهلاك أو قانون المنافسة اللذان يهدفان إلى ضمان التسيير الحسن للسوق. فعيب الإكراه الاقتصادي، من العيوب التي ستحمي حتما المتعاقد الذي يكون في وضعية اقتصادية صعبة، فهي وسيلة في يده لإبطال عقد غير متوازن، وانعدمت فيه المساواة بين أطرافه. وإذا كان إثبات الإكراه الاقتصادي ليس بالأمر الهين على المتعاقد ضحية هذا الإكراه، فعليه أن يستعمل كل الوسائل التي تكون لديه للوصول إلى ذلك.

إن عدم المساواة بين المتعاقدين قد زادت في السنوات الأخيرة بسبب تطور الاجتماعي والاقتصادي وظهور طرق جديدة في العلاقات العقدية، مما يستوجب على المشرع أن يوسع أيضا من حالات عيب الاستغلال. فقد كرس فعلا المفهوم الموضوعي للغبن المتمثل في عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد و ما يحصل عليه[59]، إلى جانب التصور الذاتي الذي يطلق عليه الاستغلال الذي مفاده أن التفاوت القائم بين ما يعطيه أحد المتعاقدين والفائدة التي يحصل عليها ناتج عن ضعف المتعاقد الآخر، وهو نتيجة لاستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف.[60] ويعتد النص بالضعف النفسي في حالتين فقط هما الهوى الجامح والطيش البيّن. مع أن كثيرا من التشريعات استحدثت أحكاما أخرى لمعالجة عدم تعادل التزامات المتعاقدين، فتبطل العقد إذا استغل الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته، لاسيما أن التطور الذي حصل في عدة ميادين منها التكنولوجي والاقتصادي أدى إلى كثرة الآلات المعقدة والمنتوجات بمختلف أنواعها التي تتطلب تجربة معينة لا برام عقد عن علم ومعرفة

57- D. MAZEAUD, Régime de violence économique, Rec, Dalloz, 2002, p.2844.

58 - راجع الأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج. ر، 2003، العدد 43، المعدل والمتمم الذي يأخذ بالتعسف الناتج عن وضعيات الهيمنة (المادة 7) أو وضعية التبعية الاقتصادية (المادة 11) في العلاقات التعاقدية بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق سواء كانوا منافسين أو شركاء تجاريين.

59 - راجع المواد 358، 732، 415 مدني والمادة 66 من الأمر رقم 03/05 المؤرخ في 2003/07/10 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر، 2003، العدد 44.

60 - راجع المادة 90 مدني.

وعن دراية معينة. فعلى غرار ما ينص عليه القانون المدني الألماني[61]، على المشرع عندنا أن يوسع من الحالات التي تمنح المتعاقد حق إبطال العقد الذي لا يحقق له مصلحة والذي قد يضر به.

ولتحقيق المساواة بين أطراف العقد، فإن الحلول التي وصلنا إليها من خلال الالتزام بالإعلام قد كانت من الحلول التي أظهرت إلى الوجود مفهوما جعل المساواة بين المتعاقدين فعلية وليست مجردة. فبعدما كرس المشرع الالتزام بالإعلام في حالة استعمال المتعاقد المدلس حيلة كتمان لمعلومات خاصة بالعقد عن المتعاقد معه، إذا كان هذا الأخير لا يمكن الحصول عليها إلا من المدلس، حسب أحكام المادة 2/86 مدني، فقد استفاد المستهلك في السنوات الأخيرة بوضعية أحسن بحيث انقلب الأمر، وأصبح المتدخل في علاقة الاستهلاك ملزما بإعلام المستهلك بهذه المعلومات و أعفي هذا الأخير من الاستعلام عنها بمقتضى أحكام المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.[62]

إن تعميم هذا الالتزام لكل العقود- دون اشتراط شروط الكتمان التدليسي- قد يكون أكثر عدلا وحماية للمتعاقد الضعيف. إن إعلام المتعاقد بالمعلومات التي تخص محل التزامه من أجل تبصيره وتنويره، دون أن يلتزم بالبحث عنها، سيكون حتما من الأسباب التي ستقيم المساواة الفعلية بين المتعاقدين.[63]

وأكثر من هذا، فقد يتم تعزيز هذه المساواة، إذا مُنح المتعاقد الضعيف حق التفكير قبل إبرام العقد. هذا ما تكرسه أحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306[64] "بإعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة... ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه". هذا ما ينص عليه أيضا المشرع في قانون رقم 11-04[65] الخاص بالبيع على التصاميم وهذا من خلال ما سماه "بعقد حفظ الحق" الذي سيسمح لمقتني العقار أن ينهي العقد وأن يسترجع

---

[61] - راجع المادة 138 من القانون المدني الألماني، والمادة 21 من قانون التزامات السويسري.

[62] -الصادر في 17 فيفري 2009 ، والمرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر، 2013، العدد58.

[63] - هذا هو اقتراحنا منذ سنة 2010 ، راجع أطروحة دكتوراه دولة بعنوان: الالتزام بالإعلام في العقود، جامعة الجزائر 2009، والذي كرسه أخيرا المشرع الفرنسي في التعديل الأخير في المادة 1112-1، الفقرة الأولى بموجب الأمر رقم 2016-131 المتعلق بتعديل القانون المدني، سابق الذكر.

[64] - المؤرخ في 10سبتمبر2006، ج.ر، 2006، العدد56.

[65] - المؤرخ في 17 فيفري 2011 الذي ينظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر، 2011، العدد 14 .

المبلغ الذي دفعه. مما يفهم معه أن الفترة ما بين إبرام عقد حفظ الحق وإنهائه بمثابة مهلة تفكير تمنحه فرصة دراسة الصفقة قبل إبرام العقد النهائي.[66] غير أن مدة التفكير الممنوحة للمستهلك في كل هذه الحالات السالفة الذكر تبقى غير كافية وناقصة، لأن المشرع لم يذكر المدة التي تمنح للمستهلك للتفكير، واكتفى بـ "مدة كافية" التي يرجع تحديدها للقاضي. فتحديدها سيضمن حماية أكبر للطرف الضعيف.

كما يمنح الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد والقرض[67] للمتعاقد الضعيف حق التراجع من خلال نص المادة 119 مكرر1 عن عقد القرض الذي أبرمه في أجل 8 أيام من تاريخ التوقيع على العقد. وتمنح المادة 2/11، من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بعرض القرض الاستهلاكي، نفس الحق للمقترض.[68] إن أمام الصعوبات التي يجدها المقترض في تقدير الالتزامات التي يجب أن يتخذها بشأن اقتراضه من أجل اقتناء ما يحتاجه، ولتفادي أخطار التدين التي يمكن أن يواجهها، فإن المشرع منح له وقتا للتفكير من أجل قبوله لعقد القرض أو التراجع عنه وهذا سيقيم مساواة بدون شك بين المقرض والمقترض. وهكذا يكون تشريع الاستهلاك قد ساهم في توسيع المساواة بين المتعاقدين، مساواة حقيقية[69] بدلا من المساواة الوهمية التي ينادي بها القانون المدني.

إن انشغال المشرع بحماية الطرف الضعيف في العقد، وبهدف الإنقاص من اللامساواة بين المتعاقدين، قد استند إلى تفسير العقد[70]، لمصلحة الطرف الدوني في عقود الإذعان بموجب أحكام المادة 112 مدني، كما يقوم المشرع بإنقاص التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر..."[71] مما يؤدي إلى إعادة المساواة التي اختلت أثناء إبرام العقد.

---

[66] - إلا أن ذلك ممكنا في حالة قبول المرقي العقاري رجوع المقتني العقاري عن الشراء، وإلا يتولى الأول اقتطاع نسبة من المبلغ المدفوع كتسبيق، راجع المادتين 27 و32 من القانون 11-04 السالف الذكر.

[67] - الأمر 03- 11 لمعدل والتمم بالأمر 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر، 2010، العدد 50.

[68] - المؤرخ في 12 ماي 2015 ، ج.ر 2015، عدد24.

[69]–C. THIBIERGE -GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTDCiv, 1997, n°2, p.379.

[70] -A .FILALI, Adaptation du droit commun des contrats, colloque international : développement, spécificités et impact du droit de la consommation organisé par l'université d'Oran le 15et 16mai 2013.

[71] - A.BENCHENEB préc., p.333 et s.

يجب أن تتجدد النظرية العامة للعقد لكي تتمكن من إدخال التطورات الناتجة عن القانون الخاص للعقود. وإذا كان مبدأ المساواة يبحث عن المساواة بين المتعاقدين، فإن مبدأ التوازن يسعى إلى إقامة التوازن في العقد.

ب- تعزيز التوازن العقدي

إن التوازن العقدي، الذي يحاول المشرع تكريسه والذي يعني العقد نفسه، لا يعد مبدأ عاما، كما أن التوازن الموضوعي، وقت تكوين العقد، لا يعد أيضا جوهر العقد، لأن مضمونه يحدد من طرف المتعاقدين بكل حرية.[72] إلا أن العقد، على أساس مبدأ التوازن، يجب أن يحترم التوازن بين الحقوق والالتزامات وبين بنود العقد؛[73] وبمعنى آخر أن تكون هناك معادلة بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه، وأن لا يكون خاضعا لالتزامات غير متكافئة مع ما يقع على عاتق المتعاقد معه في إطار الاقتصاد الاجمالي للعقد.[74]

إن محاربة اختلال التوازن العقدي، غير كاف لحماية رضا المتعاقد المستهلك الذي يتعاقد مع الطرف القوي في العلاقة الاستهلاكية، تلك العلاقات الاجتماعية غير المتوازنة التي تعددت وكثرت بين الحقوق والالتزامات. إن قانون العقود يهدف اليوم إلى مكافحة كل اختلال في التوازن العقدي، وإن كان توازنا نسبيا.[75] فإذا وجد عدم تكافؤ بارز في العقد، فإن مبدأ التوازن العقدي قد يسمح للقاضي، وذلك بطلب من أحد المتعاقدين أو من كليهما، بإقامة التوازن العقدي، أو إعادة التوازن المختل. وذلك على أساس العدالة التبادلية المؤسسة على المساواة المفترضة بين المتعاقدين ومن ثم المساواة بين الالتزامات والحقوق.

إن عدم التوازن المعالج من طرف المشرع يظهر من خلال بعض حالات الغبن، سواء في عقد البيع[76] أو في عقد القسمة[77] أو في عقد المقايضة[78]. وأمام هذا الاختلال في التوازن الاقتصادي الإجمالي للعقد، فقد واجه ذلك بتعديل الثمن المبالغ فيه لإعادة التعادل بين أداءات المتعاقدين، إلا أن قبول الغبن في بعض الحالات المحددة، ولأحد

---

[72] -3w. Annales ENM 2007 – L'équilibre du contrat civil.

[73] - J. CALAIS-AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDCiv. 1994, p.245.

[74] - C.THIBIERGE- GUELFUCCI, préc., p.379.

[75] - C.THIBIERGE -GUELFUCCI préc., p.381.

[76] – راجع نص المادة 358 مدني.

[77] – راجع نص المادة 732 مدني.

[78] – راجع أحكام المادة 415 مدني.

المتعاقدين دون الآخر، يجعله قاصرا لإقامة العدالة العقدية. كما منح القاضي سلطة تقديرية لتعديل الشرط الجزائي. فقد يتولى خفض مبلغ التعويض "... إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر..."[79]

كما يظهر أن محاربة الشروط التعسفية يساهم أيضا في إعادة توازن العقد المختل، تلك الشروط التي من شأنها أن تؤدي إلى "الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[80]. وأمام هذا الاختلال في التوازن، منح المشرع للقاضي سلطة التعديل والاعفاء من هذه الشروط طبقا لأحكام المادة 110 مدني وإذا كان ذلك يعد مساسا بمبدأ سلطان الإرادة طبقا للمادة 106 مدني، فإن هذا التدخل يجد تبريره في تحقيق العدالة العقدية وذلك مهما كانت صفة المتعاقدين ونوع العقد. فإذا تحقق الاختلال الموضوعي في العقد وتوافرت الشروط المنصوص عليها في نص المادة 110 مدني السالفة الذكر، وبناء على طلب من الطرف المدعي، يمكن للقاضي إما تعديل الشرط بالانقاص، أي يعيد التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد[81] أو برفع التعسف أي بالتخفيف من الالتزام المقابل مثلا[82]، وإما إعفاء الطرف المدعى منه[83]. وهذا ما أكده المشرع في تشريع الاستهلاك من خلال القوائم المتعلقة بالشروط التعسفية،[84] ولا يبطل العقد إلا إذا كان غير قابل للانقسام. فاستمر المشرع في تفضيل إعادة التوازن في العقد بدلا من بطلانه.

وبالمقارنة مع قانون نابليون الذي رفض تكريس نظرية الظروف الطارئة، فقد كانت للمشرع أيضا الجرأة لإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب هذه الظروف، في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد، إذا طرأت ظروف سياسية، اقتصادية أو اجتماعية استثنائية وعامة بحيث يصبح بموجبها التزام المدين مرهقا يهدده بخسارة فادحة[85]. وإذا كان العقد آلية من آليات توقع مستقبل أطرافه، فلا يمكن أن يتوقع كل الظروف، وبالتالي، فعلى القاضي أن يهتم بمضمونه في حالة

---

[79] - راجع المادة 184 مدني.

[80] - راجع المادة 3-5 من قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23جوان 2004، يتعلق بالممارسات التجارية، ج. ر، 2004، العدد 41.

[81] - بن شنيتي حميد، سابق الذكر، ص46.

[82] - أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة ماجستير، الجزائر، 2011.

[83] - بن شنيتي حميد، سابق الذكر، ص47.

[84] - راجع المواد 4 و5 من المرسوم التنفيذي 06-306، سابق الذكر والمادة 30 من قانون 04-02 سابق الذكر. وهذه الحلول قد كرسها ووسع منها تشريع الاستهلاك، راجع أيضا المادة 29 من قانون 02/04 .

[85] - راجع أحكام المادة 3/107 مدني.

اختلال توازنه بحيث يصبح غير عادل[86]. إلا أن المشرع لم يستمر في هذه الجرأة، لما رفض توسيع مفهوم الظرف الطارئ، إذا كان خاصا بأحد المتعاقدين فقط، كما لم يوسع الجزاء المترتب على توافر شروط نظرية الظروف الطارئة إلى إمكانية فسخ العقد أو الزيادة في التزام المتعاقد الآخر من أجل إقامة عدالة عقدية ومن ثم توازن عقدي.

إن التطور الاجتماعي والاقتصادي للعقد الذي وصل إليه المجتمع، كان يجب أن يمنح للقاضي أكثر حرية لإعادة التوازن المختل في العقد. وإذا كانت التشريعات التي تبنت مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم العلاقات العقدية ترفض أن يتولى القاضي الرقابة الموضوعية لتعادل أداءات أطراف العقد، فيجب تجاوز مثل هذا المبدأ، فإن الاختلال الموضوعي الظاهر لأداءات أطراف العقد، أو لحقوقهم والتزاماتهم أو لاقتصاد الاجمالي للعقد، هو الذي يجب أن يقود القاضي لإعادة التوازن في العلاقة التعاقدية وهذا دون الأخذ بعين الاعتبار الصفات الذاتية للمتعاقدين،[87] وذلك من أجل عدالة عقدية في العقود. غير أن المساواة بين المتعاقدين والتوازن العقدي لا يمكن أن يتحقق إلا بالتعاون بين أطراف العقد الذي ظهر كرد فعل ضد الأثار السلبية للمذهب الفردي.

ج - مبدأ التعاون بين المتعاقدين : وسيلة تحسين العقد و تكيفه

لا يمكن لأحد أن ينكر أن العقد منذ نشأته، يهدف إلى تحقيق مصالح أطرافه، لكن مصالحهم المتعارضة ، دون أن يأخذ أحدهما مصلحة الآخر بعين الاعتبار. مع أن كل التشريعات اللاتينية، وتلك التي تأثرت بها، تشترط صراحة أن يكون تنفيذ العقد بحسن نية[88]. واليوم أكد المشرع الفرنسي، بعد التعديل، أن "العقود تفاوض و تبرم و تنفذ بحسن نية..."، بموجب أحكام المادة 1104مدني التي تقابلها نص المادة 1/107عندنا ، وبما أن الالتزام بالتعاون من أحد مكونات مبدأ حسن النية، فإن التعاون بين المتعاقدين يعتبر من الالتزامات الأساسية التي يجب أن تسود في العقود. وأصبح من المبادئ الضرورية لهذا الزمان الذي كثرت فيه الأنانية بين الناس.[89]

---

[86] - C. JAUFFRET- SPINOSI, Préc., p.4.

[87] - C. THIBIERGE- GUELFUCCI, art préc., p.382.

[88] - راجع المادة 106 مدني، المادة 1135مدني فرنسي، المادة 147 مدني مصري.

[89] - راجع اكثر تفصيلا ذهبية حامق، سابق الذكر، ص19 وما يليها.

وبفضل هذا الالتزام، يتولى كل متعاقد بالمساعدة والحوار والنصيحة والمعاملة بالمثل مع المتعاقد معه حتى ارتبط هذا الالتزام بمبدأ التضامن التعاقدي ارتباطا وثيقا[90] بحيث يجعل من العلاقة العقدية، علاقة إنسانية[91] فيوجه المتعاقدين إلى الحوار والمساعدة على العمل المشترك وروح المساعدة المتبادلة التي تعني قيام الشخص بمساعدة الغير دون أن يبحث عن تحقيق مصلحة لنفسه، وبالتالي ينشئ على عاتق الدائن التزام تسهيل تنفيذ العقد في الحدود التي يمليها العرف وحسن النية[92].

كما يضيف الفقه أنه إذا كان المدين يلتزم بتنفيذ التزامه بحيث يمنح المساعدة الكاملة للدائن لتنفيذ التزامه من أجل تحقيق منفعة كاملة، فإن الدائن بدوره أن يشارك في تحقيق العملية العقدية، وبمعنى آخر، أن يكون لهما دور إيجابي دون الموقف السلبي، وذلك بالرغم من اختلاف المصالح. إن الالتزام بالتعاون الذي يتمثل في التضامن العقدي، يفترض أن المتعاقد يضحي ببعض مصالحه الإنسانية، من أجل الوصول إلى المصلحة المشتركة بعدما كانت العلاقة العقدية في ظل المذهب الفردي، علاقة مخاصمة.[93] ولا يقتصر واجب التعاون على أنه مجرد قاعدة أخلاقية وقاعدة السلوك الحسن وإنما أصبح التزاما عقديا يقع على عاتق المتعاقدين بموجب مبدأ حسن النية.

إن الالتزام بالتعاون والتضامن العقدي، قد كرسه المشرع في عدة حالات. منها الالتزام الذي وضعه على عاتق المؤجر،[94] الذي يجب أن يعلم المستأجر بعيوب العين المؤجرة التي قد تحول دون استعمالها، وعلى المستأجر[95] إعلام المؤجر بكل ما تتعرض له العين المؤجرة. مما يظهر أن مثل هذه العلاقة العقدية تستوجب أن يتبادل أطرافها كل المعلومات من أجل تحقيق المصلحة المشتركة بينهما. وأكثر من هذا، فإن الالتزام بالاستعلام من أجل إعلام المستهلك بكل المعلومات، الذي

---

[90] - Y. PICOD, l'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP, ed.G.3318, n°3.

[91] - M. ELGHARBI, La justification de l'obligation d'information : contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2004, p.743.

[92] - idem, p.742.

[93] -M.MEKKI, préc., n°1159,p.714.

[94] - راجع نص المادة 488 مدني.

[95] - راجع نص المواد 497، 469 و505 مدني.

وضعه المشرع على عاتق كل متدخل في المادة 17 من قانون رقم 09-03، دليل على أنه ملزم بأن يتعاون معه و أن يكون له تصرف نزيه و أمين قبله.

كما يستوجب الالتزام بالتعاون أن يتفادى المتعاقد التصرفات المتناقضة أو التي قد تضر بالمتعاقد الآخر. إن الأخذ بعين الاعتبار مصلحة هذا الأخير يبرر فعلا الالتزام الذي يقع على عاتق الدائن، في المادة 182 مدني، الذي لا يستحق التعويض عن الضرر الذي لحقه إلا إذا لم يكن في استطاعته توقيه ببذل جهد معقول؛ بمعنى أنه لم يشترك في الزيادة فيه.[96]

وقد أشار الفقه إلى ذلك بتحسين العقد الذي في نظرهم يسعى إلى حماية المتعاقد الضعيف وإعادة التوازن للأداءات العقدية وأخلقته[97]. ويرى MESTRE أن العقد بعدما كان مجال تضارب المصالح المتناقضة لمدة طويلة، فقد أصبح بصفة تدريجية وسيلة قانونية للتعاون، وعلاقة فيها بالضرورة توازن عقدي، والذي ينبغي على المشرع والقاضي أن لا يترددا في إعادة إقامته في حالة اختلاله[98].

فنلاحظ فعلا أن القاضي له دور تصحيح العقد، وقد استند في أغلب الأحيان، إلى واجب التعاون لتصحيح النتائج المترتبة عن سلوك المتعاقدين سواء في مرحلة مفاوضات العقد أو في مرحلة تنفيذه. مثال لذلك حالة عدم وصول أطراف العقد إلى ابرام العقد، أو حالة ما إذا كان العقد مشوبا بعيب والذي قد يؤدي إلى إبطاله وكذا إذا كان العقد قد توافرت فيه كل الشروط، إلا أنه مهدد بالإبطال بسبب السلوك السيء لأحد أطراف العقد. ففي كل هذه الحالات، سيحاول القاضي، بدلا من تطبيق الجزاء وبطلان العقد، إذا كان الأمر لا يتعلق بالنظام العام، أن ينقذ العلاقة العقدية[99]. هذا ما يظهر من خلال أحكام المادة 85 مدني التي لا تسمح للمتعاقد الذي وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، فبدلا من إبطال العقد، بطلب من هذا الأخير، على القاضي أن يلزمه بأن يتعاون مع المتعاقد معه من أجل أن يبرم العقد، لاسيما إذا أظهر هذا الأخير رغبته في تنفيذه.

---

[96] - رجع أيضا المادة 177 مدني.

[97] - F. DIESSE, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Archives de philosophie du droit, 43,1999, p. 297.

[98]- J. MESTRE, De l'exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, R.T.D. Civ, 1986, p. 101.

[99]- J. MESTRE, De la pérennité Du lien contractuel, R.T.D. CIV, 1986, p.105.

كما أن واجب التعاون وسيلة لتكيف العلاقات العقدية لتغيرات الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تحيط بها[100]. يظهر ذلك من خلال نظرية الظروف الطارئة في العقود الزمنية، والتي كرسها المشرع في الفقرة الثالثة من نص المادة 107 مدني والتي منح من خلالها للقاضي سلطة تعديل ومراجعة العقد، إذا توافرت شروطها، وهي تهدف إلى إعادة التوازن المختل بين التزامات المتعاقدين في هذه الحالة، بينما التطبيق الصارم لمبدأ القوة الالزامية للعقد يؤدي حتما إلى انعدام العدالة العقدية. إن تدخل القاضي لمراجعة العقد وإعادة التوازن بين التزامات أطرافه سيؤدي إلى إقامة العدل في العلاقة العقدية وتجعل مصلحة المتعاقدين متقاربة دون إجحاف لأحدهما على حساب الآخر. وهذا يؤدي إلى تضامن بين المتعاقدين من أجل تحقيق الهدف المشترك المتفق عليه في العقد. غير أن استنتاج الالتزام بالتعاون من طرف القاضي من خلال الفقرة الأولى من أحكام المادة 107 مدني التي تؤكد "على تنفيذ العقد بحسن نية"، يبقى نادرا. فينبغي على المشرع الإشارة صراحة إلى أنه "يلتزم المتعاقدان على التعاون من أجل تحقيق الهدف الذي قام العقد من أجله".

نلاحظ مما سبق أن واجب التعاون لم يعد ذلك الواجب الذي يستنتجه القاضي من مبدأ حسن النية، والذي كان يعتبر كقاعدة سلوك حسن فقط، وإنما تحول إلى التزام قانوني. إضافة إلى أنه يضمن تكيف العقد مع الوقائع الاقتصادية، ويسعى إلى أخلقة تصرفات أطراف العلاقة العقدية فيضمن الضرورة القانونية الخاصة بالأمن القانوني والنزاهة وفعالية المعاملات.[101] مما سيؤدي إلى استقرارها وديمومتها. فإن التزام بالتعاون قد منح لنظرية العقد حيوية جديدة.

أخيرًا، يمكن أن القول أن محرري القانون المدني، لم يجعلوا الإرادة المصدر الوحيد للعلاقات العقدية. فإذا كان العقد، حسب النزعة الفردية، أساسه مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ حرية التعاقد، مفاده أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن التعديلات التي أدخلت عليه سواء عن طريق النصوص المكرسة في القانون المدني

---

[100] - D. TALLON : La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, in études à la mémoire d'Alain Sayag Paris, litec, 1997, p.403 et s, cité par F. DIESSE, préc., p.300.

[101] -F.DIESSE, art., préc., p.301.

أو في التشريع الخاص، قد خففت من المفهوم الفردي للعقد الذي كان يسعى إلى تحقيق مصالح المتعاقدين، ووجهته إلى مفهوم اجتماعي من شأنه أن يهدف إلى تحقيق مصلحة المجتمع. لقد أصبح العقد وسيلة حقيقية في يد الدولة لتلبية هذه الرغبات، مما أدى إلى تغلغله في كثير من المجالات كضبط النشاط الاقتصادي والاجتماعي. مع أن ذلك، لا يمكن أن يحقق العدالة العقدية والعدالة الاجتماعية على أساس المبادئ التقليدية لنظرية العقد. فلا يمكن للحرية العقدية المطلقة أن تحقق المساواة بين المتعاقدين، لأنها تؤدي بدون شك إلى لا مساواة مؤكدة، كما أن القوة الالزامية بدون حدود تؤدي إلى عدم التوازن الظاهر بين أداءات المتعاقدين لأنها لا تهتم بها بل تتجاهلها تماما. وبالتالي، يقتضي توسيع هذه المبادئ واقتراح مبادئ بتطور جديد التي ستحاول التوفيق بين الحرية والمساواة وبين القوة الالزامية للعقد لكن تلك التي ستحافظ على الأمن و استقرار العقد لكي يكون وسيلة في خدمة التطور الاقتصادي والاجتماعي، بحيث تمارس حرية التعاقد في حدود الوظيفة الاجتماعية للعقد. وفي نظرنا أن هذا التصور الجديد للعقد سيؤدي إلى تجديده وإلى نموه.

أي دور للقانون المدني في حماية البيئة ؟

د. محمد رحموني: أستاذ محاضر
كلية الحقوق- جـــامعة بشار، الطاهري محمد

ملخص

تهدف هذه المداخلة لدراسة دور قواعد القانون المدني في حماية البيئة ضمانا للأجيال حاضرًا ومستقبلاً، وهي على هذا النحو جاءت تأكيدًا لأهمية هذه القواعد في ضمان الحق في بيئة نظيفة وصحية، وقد أشارت بعض أحكام القانون المدني، على غرار تلك المتعلقة بمضار الجوار والتعسف في استعمال الحق، إلى هذا الموضوع.
غير أن القواعد الحالية للقانون المدني تبقى ذات قيمة محدودة في سبيل التعويض عن الأضرار البيئية لأنها لازلت تنظم في إطار القواعد العامة التي لا تراعي خصوصيات الأضرار الماسة بالبيئة.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية البيئية، الضرر البيئي، الحق في البيئة، التعويض، مبدأ الحيطة.

Résumé

Cette communication vise à examiner le rôle des règles du code civil à propos de la protection de l'environnement. Elle tend aussi à confirmer l'importance de ces règles quant à la garantie du droit de l'individu à un environnement propre et sain, tel le principe de bon voisinage et le principe de non abus de droit. Il reste, toutefois, que les règles du code civil sont insuffisantes pour le dédommagement des dommages corporels, dés lors qu'elles ne prennent pas en considération les spécificités du dommage écologique.

Mots clefs : responsabilité environnementale- dommages environnementaux – environnement – droit – compensation – principe de précaution.

مقدمة

يشكل الحق في البيئة النظيفة أحد حقوق الإنسان الحديثة التي جرى النص عليها في العديد من المواثيق الدولية والدساتير الوطنية، ومنها الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 الذي خصص مادة مستقلة كرس من خلالها حق كل مواطن في التمتع ببيئة سليمة (المادة 68)، إلا أن التفعيل الإجرائي لهذا الحق أخذ في الغالب طابع إداري منها الحق في المعلومة والحق في المشاركة والحق في التقاضي في المسائل البيئية، ومع ذلك فإن القول بهذا لا ينفي دور القانون المدني في حماية البيئة من خلال بعض المبادئ الهامة مثل مبدأ حسن الجوار ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، وتبقى قواعد المسؤولية والتعويض في القانون المدني تظل هي التقنية الأهم لضمان حق الإنسان في بيئة نظيفة.

والجدير بالذكر أن هذه المسؤولية لازلت إلى يومنا هذا تنظم في إطار القواعد العامة للقانون المدني الجزائري وهذا على خلاف القانون الفرنسي الذي نظم قواعد هذه المسؤولية مؤخرا من خلال القانون رقم 2008/757 بشأن المسؤولية البيئية الصادر تنفيذا لأحكام التوجيه الأوروبي 2004/35 المتعلق بمنع ومعالجة الضرر البيئي.

وبلا شك فإن القواعد العامة الحالية للقانون المدني الجزائري تبقى ذات قيمة محدودة في سبيل التعويض عن الأضرار البيئية، سواء من حيث أساس المسؤولية أو من حيث طرق التعويض، وهو ما سيتم توضيحه من خلال هذه الورقة مع توضيح التوجه الحديث للتشريع الأوروبي في هذا الجانب سواء تعلق بأسس هذه المسؤولية التي اتجهت لتأسيسها على مبدأ المسؤولية الموضوعية للملوث ومبدأ الحيطة، أو من حيث طرق التعويض، وذلك بقلب القاعدة المكرسة في إطار المادة 132 مدني لتصبح القاعدة المقررة في التعويض عن الأضرار البيئية في التشريعات المقارنة هي "الاستعادة قبل التعويض"، أي بأولوية التعويض العيني على التعويض النقدي.

وطالما أن عناصر البيئة التي أصابها ضرر التلوث ليست كغيرها من الأضرار التي تغطيها قواعد المسؤولية المدنية فسيتم توضيح الطرق الحديثة لعملية إعادة الحال إلى ماكنت عليه قبل حدوث الضرر وكذا طرق تقدير التعويض النقدي للضرر البيئي.

إذن ومن خلال ما تقدم تتضح إشكالية هذه الورقة وهي: أي دور للقواعد العامة للقانون المدني الجزائري في حماية البيئة ضمانا للأجيال حاضراً ومستقبلاً ؟

وفي محاولتنا الإجابة على هذه الإشكالية يمكن تقسيم الدراسة إلى مبحثين، الأول يوضح القيمة المحدودة لقواعد ومبادئ القانون المدني الجزائري في حماية البيئة، والثاني يتعلق بإصلاح القانون المدني للاستفادة من التجربة الحديثة في التشريع الأوروبي.

المبحث الأول

القيمة المحدودة لقواعد المسؤولية في القانون المدني الجزائري في حماية البيئة

يشكل الحفاظ على البيئة في الوقت الحالي مطلبا عالميا يستهدف حماية الإنسان من خلال حماية العناصر الطبيعية المكونة للبيئة، ومما لاشك فيه أن مثل هذا الهدف يستوجب تبني قواعد خاصة للمسؤولية عن الأضرار البيئية، والجدير بالذكر أن قانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جاء خاليا من أي نصوص تفصيلية خاصة بقواعد هذه المسؤولية[1]، وهذا على خلاف التشريع الفرنسي الذي تضمن نصوص تنظم هذه المسؤولية من خلال القانون رقم 2008/757 بشأن المسؤولية البيئية[2].

وفي ظل خلو القانون المشار إليه أعلاه من أي نصوص تبين كيفية التعويض أو إصلاح الأضرار البيئية، وعدم وجود إحالة لأحكام خاصة، فإن ذلك يوجب اللجوء لأحكام المسؤولية المدنية باعتبارها الشريعة العامة بهدف سد مثل هذه الثغرات[3]، غير أنه واستنادا إلى الظروف والعوامل التي تطورت فيها قواعد المسؤولية المدنية، بالإضافة إلى الطبيعة الخاصة للأضرار البيئية، تبدو مهمة

---

[1]- ماعدا العبارات الواردة في بعض المواد، منها الفقرة 4 من المادة 1 من قانون البيئة التي نصت أن "إصلاح الأوساط المتضررة" يعتبر من أهداف هذا القانون، وكذا المادة 25 من ذات القانون التي جاء فيها:" عندما تنجم عن استغلال منشأة غير واردة في قائمة المنشآت المصنفة،...يعذر الوالي المستغل ويحدد له أجلا لاتخاذ التدابير الضرورية لإزالة الأخطار والأضرار المثبتة". انظر: القانون 03/ 10 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر، العدد 43.

[2]- Loi n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, JORF n°0179 du 2 août 2008.

[3]- يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل أحكام القانون المدني والتشريعات البيئية، رسالة دكتورة، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011-2012، ص 229.

القضاء صعبة من حيث كيفية تطبيق القواعد العامة على هذه الأضرار، وهذا ما يـؤدي إلى وجـود عقبات في سبيل الحصـول على التعـويض حتى تظل البيئة في حالة مقبولة.

المطلب الأول

قصور الأسس التقليدية للمسؤولية المدنية التقصيرية في مواجهة الإضرار بالبيئية

تقوم المسؤولية المدنية التقصيرية في القانون الجزائري طبقا للقواعد العامة على أساس الخطأ الواجب الإثبات، وهي القاعدة التي كرسها المشرع في المادة 124 مدني[4]، وأورد المشرع استثناءات عليها، فاعتبر المسؤولية مفترضة بنص القانون كحالة المسؤولية الناشئة عن الأشياء بموجب المادة 138 مدني، ومن أجل توسيع دائرة المسؤولية المدنية نص المشرع في المادة 691 مدني على المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة.

وهذه الأسس على أهميتها فإنها لا تكفي لتقرير الحماية التعويضية للبيئة، وغير مؤهلة لاستيعاب كافة الأضرار البيئية[5]، وهو ما سيتم بيانه على النحو الآتي :

الفرع الأول: المسؤولية عن الخطأ الواجب الإثبات

قرر القانون المدني قاعدة عامة للمسؤولية عن العمل الشخصي، وهي القاعدة التي تتحقق في كل مرة يلحق فيها الشخص بخطئه ضررا بشخص آخر، وقد جعل المشرع هذه المسؤولية تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات، إذ أنه أوجب على المضرور إثباته وهذا طبقا لما ورد بنص المادة 124.

وتقوم هذه المسؤولية في النظام القانوني الكلاسيكي على ثلاثة أركان هي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما، وضمن هذا الإطار ستتم دراسة مدى توافق كل ركن من الأركان السابقة مع خصوصية الضرر البيئي.

---

[4]- المادة 124 مدني تنص:" كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". فليس معنى هذا أن المسؤولية التقصيرية في التقنين المدني الجزائري مسؤولية موضوعية فهذا غير صحيح، والدليل على ذلك أن النص الفرنسي للمادة أورد كلمة (بخطئه) وألزم صاحبه بالتعويض عن الضرر، هذا من جهة.
ومن جهة أخرى ذكر المشرع كلمة "بخطئه" في تعديل 2005 حيث جاء نص المادة 124 وفق هذا التعديل كالآتي:" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".
أنظر: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، مصادر الالتزام-الواقعة القانونية، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 25، 26.

[5]- عطا سعد محمد الحواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 24.

أولا: الصعوبات من حيث الخطأ: تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية، غير أن التعريف الذي استقر عليه الفقه والقضاء هو الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد مع إدراك الشخص لذلك، وبمعنى آخر هو الإخلال بالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير من شخص مميز، والالتزام هنا هو التزم ببذل عناية[6]، كما أن الخطأ هنا غير مفترض، بل هو خطأ واجب الإثبات يقع على عاتق المضرور أي المدعي، فلكي يحكم له بالتعويض يجب أن يعمل على إثبات خطأ محدث الضرر تطبيقا لقاعدة "**البينة على من ادعى**"[7].

غير أن إعمال هذه المسؤولية في مجال الأضرار البيئية قد يجعل المتضرر عاجزا عن تبرير ادعاءاته طالما أنه يقع عليه إثبات الخطأ، بل إنه لا يستطيع أحيانا حتى إعطاء تحديد دقيق لهوية المسؤول عن ذلك الضرر، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن تقرير أن كافة الأضرار البيئية ناتجة عن عمل غير مشروع أو انحرافا عن السلوك المعتاد، لأن مشغل المنشأة الصناعية أو الزراعية أو التجارية قد يتخذ كل ما تفرضه علية القوانين، بل وقد يستخدم احدث ما توصلت إليه التكنولوجيات بغرض تفادي الضرر أو التخفيف منه، ومع ذلك يترتب على استعماله لحقه في تسيير المنشأة المتسببة للتلوث[8].

فقيام المشغل لمشروع صناعي مثلا بتصريف ما يترتب على صناعته من مخلفات في مجرى مائي أو نهر وفقا للقوانين وبنسب وكميات مسموح بها يؤدي لإلحاق أضرار بالكائنات الحية أو تضرر الأراضي المجاورة لهذا النهر، فكيف يمكن نسبة الخطأ في هذه الحالة للفاعل ؟

وعموما فإن عجز المضرور، في معظم الأحوال، عن إثبات خطأ المسؤول يرجع إلى أسباب عديدة:

- أن المضرور يكون، في الغالب، بعيدا عن النشاط الملوث للبيئة ولا تربطه به أي صلة وبالتالي لا يمكنه أن يضع يده على مواطن الخطأ المنسوب للملوث ويتعذر عليه ما إذا كان اتخذ الوسائل والتدابير اللازمة لمنع الأضرار أو تخفيفها،

---

[6]- وقد عرفت محكمة النقض المصرية الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية التي نصت عليها المادة 163 تقابلها المادة 124 م ج بأنه: "الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر". أنظر: محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص27، 28.

[7]- هالة صلاح الحديثي، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة: دراسة تحليلية تطبيقية، دار جهينة، الأردن، 2003، ص 87.

[8]- نزيه محمد الصادق المهدي، نطاق المسؤولية المدنية عن تلويث البيئة، بحث مقدم لمؤتمر نحو دور فاعل للقانون في حماية البيئة وتنميتها في دولة الإمارات العربية المتحدة، من 02-04 مايو 1999، مدينة العين، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 19.

- طبيعة الأضرار ذاتها يمكن أن تكون عائقا لإثبات الخطأ، فهذه الأضرار لا تظهر مباشرة عقب حدوث واقعة التلوث وإنما يتراخى ظهورها فلا تكتشف إلا بعد مدة طويلة من وقوع أفعال التلوث، لاسيما إذا كانت المنشأة قد تغيرت في معالمها أو كانت قد أنهت أعمالها أو توقفت،

- أن الأضرار البيئية قد يعزى حدوثها إلى عدة مسئولين وقد يشيع الخطأ بينهم جميعا، فيتعذر تحديد الشخص المخطئ ، ويحدث ذلك كما لو كان الضرر حاصلا في منطقة بها العديد من المصانع، تشترك جميعا في إحداث الضرر، فيتعذر أي مصنع يمكن أن ينسب إليه الخطأ [9].

ثانيا: الصعوبات من حيث الضرر: الضرر هو الركن الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، بل هو الركن الذي تقوم المسؤولية من أجل تعويضه ولا قيام للمسؤولية بدونه، فنظم المسؤولية على اختلافها تدور في فلك واحد هو البحث عن أساس لتعويض الأضرار، هذا الأساس لم يتزحزح رغم ما أصاب نظام المسؤولية من تطور، حيث أنه إذا أمكن القول أن المسؤولية المدنية بدأت بالخطأ الواجب الإثبات وانتهت بالمسؤولية دون خطأ فإن القاسم المشترك لهذا التطور هو تعويض المضرور، فالضرر يشكل شرط المصلحة لقبول دعوى التعويض[10]، وحتى يكون الضرر قابلا للتعويض وفق القواعد العامة يشترط فيه أن يكون ضررا **شخصيا ومباشرا ومحققا** [11].

وعليه فإذا كان الفقه القانوني قد رتب هذه الشروط في الضرر حتى يمكن المطالبة بتعويضه، فإلى أي مدى يمكن التمسك بهذه الشروط للتعويض عن الضرر البيئي ؟

لما كانت القواعد العامة في التعويض تقضي بأنه يشترط في الضرر القابل للتعويض أن يكون ضررا شخصيا، وهو الضرر الذي ينال من المتضرر بذاته في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك بحقه في سلامة جسمه

---

[9]- عطا سعد محمد الحواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 53 ، 55.

[10]- عيسى مصطفى حمادين، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية دراسة مقارنة بين القانون الأردني والمصري، الطبعة الأولى، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 91.

[11]- عبد الله تركي حمد العيال الطائي، الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2013، ص 33.

أو ماله أو حريته وحقه في الانتفاع بشيء معين[12]، فإن الضرر البيئي، في أغلب الأحيان، يتسم بالعمومية أو الجماعية، فهو ضرر يصيب عناصر البيئة كالماء والهواء والغابات والكائنات الحية والاعتداءات التي تخل بالتوازن البيئي[13].

وفي هذه الحالة يظهر عدم التناسب للقواعد العامة وخصوصيات هذه الأضرار، حيث إن المدعي في دعوى المسؤولية المدنية بسبب الاعتداءات على مثل هذه الأشياء قد يبقى عاجزا عن إثبات أن الضرر بالنسبة له ضرر شخصيا، وهو ما يرتبط بمسألة الصفة والمصلحة في الدعوى[14].

كذلك فإن القواعد العامة في التعويض تقضي بأنه يشترط في الضرر أن يكون مباشرا حتى يتم التعويض عنه، أما الأضرار غير المباشرة فلا تعويض عنها لانقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر[15]، وهنا يتم التساؤل عن معيار التمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر؟

لقد تعرضت المادة 182 مدني والتي تقابلها المادة 221 مدني مصري للمعيار الذي يحدد الضرر المباشر إذ نصت: "**إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول**". وعليه فالضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل الضار الصادر عن المسؤول بغض النظر عن توقع الضرر من عدمه، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل عناية الرجل المعتاد[16]، ومع ذلك فقد تعرض هذا المعيار للنقد[17].

---

[12] - حميدة جملية، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 77.

[13] - عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 81.

[14] - يوسفي نور الدين، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي، مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006، ص 100.

[15] - عبد الله تركي حمد العيال الطائي، مرجع سابق، ص 40.

[16] - يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل أحكام القانون المدني والتشريعات، مرجع سابق، ص 294.

[17] - ولكن هذا المعيار تعرض للنقد من بعض الفقه، لأنه لا يثبت حتما وصف الضرر المباشر لكل ضرر لا يستطيع الدائن توقيه ببذل جهد معقول، ولذلك فإنه من الأفضل أن يصاغ النص صياغة على نحو يبين للقاضي المعنى المقصود، ومن ثم فإننا نرى أن العبرة في تحديد الضرر المباشر والضرر غير المباشر هي بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فالضرر المباشر هو نتيجة مؤكدة للخطأ ويرتبط بعلاقة سببية منتجة معه، أما الضرر غير المباشر فلا يرتبط مع الخطأ بعلاقة سببية فعالة. أنظر: محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 104، 105.

وإذا كان من الممكن إثبات أن الأضرار البيئية في بعض الأحيان مباشرة، حيث يكون من السهل ربط الضرر بالفعل الضار المولد له بشكل مباشر، إلا أن أغلب هذه الأضرار هي أضرار غير مباشرة يساهم في إحداثها العديد من المسببات المتداخلة من ماء وهواء، وفعل الإنسان، الغازات والأدخنة المنبعثة من المصانع، وقد لا تظهر آثارها فور حدوثها وتمتد لفترات متعاقبة قبل اكتشافها، بل وقد تمتد الإفرازات والتسممات من المناطق التي وقع فيها التلوث إلى مسافات بعيدة وتحدث أضرار يصعب معها تحديد المصدر المباشر للضرر[18].

ويشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع حتى يتم التعويض عنه، ويكون كذلك إذا وقع فعلا أو في حالة تأكد حدوثه في المستقبل ولو لم يكن قد وقع فعلا، لذلك يعتد في التعويض بالضرر المستقبلي دون المحتمل[19]، وعليه، فطالما كان ضرر التلوث مؤكد الوقوع أو حتما سيقع "**الضرر المستقبلي**" كان واجب التعويض، ولكن ما يشكل عقبة في سبيل إعمال هذا الشرط أن هناك بعض الأضرار التي يمكن وصفها بالاحتمالية[20]، ومثال ذلك أضرار التلوث البحري وكذا النهري التي لا تعرف حدودا سياسية أو طبيعية، حيث أنه من المحتمل أن تمتد آثاره لآلاف الكيلومترات محدثا أضرار للأماكن التي يعبرها، لأن انتشارها متوقف على قوة التيارات البحرية وحركة الأسماك التي تعد أداة نشطة لنقل التلوث.

كما أنه من خصوصيات الأضرار البيئية أنها لا تتحقق دفعة واحدة، بل قد تظهر في أغلب الأحيان بعد فترات زمنية، وخير دليل على ذلك أن التلوث بالإشعاع الذرى قد لا تظهر آثاره إلا بالنسبة للأجيال القادمة [21]، ونتيجة لعدم ظهور هذه الأضرار فور استخدام الأشياء المؤدية للتلوث تبقى هذه الأضرار متصفة بطابع الاحتمال، ولو افترضنا أن هذه الأضرار مؤكدة مما يستدعي المطالبة بالتعويض عنها لا يمنع ذلك من القول أن وطئها على المتضرر يكون جسيما جدا، لأن أثارها لا تظهر إلا بعد تركيز الجرعات أو المواد السامة [22].

---

[18]- عامر طراف وحياة حسنين، المسؤولية الدولية والمدنية في قضايا البيئة والتنمية المستدامة، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، 2012، ص 240، 241.

[19]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 78، 79.

[20]- يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 292.

[21]- أحمد محمود السعد، استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 225.

[22]- يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل أحكام القانون المدني والتشريعات، مرجع سابق، ص 292.

ثالثا: الصعوبات من حيث علاقة السببية: لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية الخطئية أن يتوافر ركن الخطأ والضرر فقط، وإنما يلزم أن يتوافر ركن ثالث هو رابطة السببية بين الخطأ والضرر. وقد عبر المشرع الجزائري عن ركن السببية في المادة 124 مدني بكلمة "**ويسبب**" إذ نصت:" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه **ويسبب** ضرر، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[23].

ومن المؤكد أن رابطة السببية بين نشاط معين والنتيجة المترتبة عليه لا تثير أي صعوبة إذا كان هذا النشاط هو المصدر الوحيد لها، إذ أن تحققها يكون حينئذ واضحا لا غموض فيه ولا صعوبة، وإنما قد تتراوح هذه الرابطة بين الوجود والعدم إذا تداخلت أسباب أخرى في إحداث تلك النتيجة [24]، وهذا هو الإشكال الذي يثار عند الحديث عن الأضرار البيئية، حيث إن صعوبة إقامة رابطة السببية عن هذه الأضرار يعود إلى أنها أضرار غير مباشرة قد يتسبب في إحداثها أكثر من مسبب، بل قد يتعذر في بعض الأحيان تحديد السبب المؤدي إلى النتيجة الضارة، كحالة الأضرار الناتجة عن الانبعاث الصادرة من المنشآت الصناعية [25].

هذه الصعوبات بصدد عنصر السببية تكون أكثر وضوحا لاسيما في إطار نظرية السبب المنتج أو الفعال، وهي ترتكز على السبب الرئيسي في إحداث الضرر[26]، فإذا نظرنا إلى الضرر فإننا نلاحظ صعوبة تطبيق هذه النظرية على الضرر البيئي إذ أن الأسباب تتداخل في مجال هذا الضرر، فهناك مواد غير ضارة بذاتها ولكن خطورتها تظهر عند الاتحاد بعناصر أخرى، فإذا قام المسئولون عن إدارة أحد المصانع بإلقاء مواد سامة من مخلفات المصنع في نهر مجاور، فإن هذه المادة تكون لها خطورة كبيرة، لأنها تختلط بالماء بسرعة وتذوب فيه، مما يؤدي إلى تلوث الماء وجعله خطرا يهدد كل من يستعمله.

---

[23]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 93.

[24]- واعلي جمال، الحماية القانونية للبيئة البحرية من أخطار التلوث_ دراسة مقارنة، رسالة دكتورة، جامعة أبي بكر بلقايد_تلمسان، 2009-2010، ص 249.

[25]- زليخة لحميم، المسؤولية المدنية الناجمة عن الأضرار البيئية – في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، دكتورة، الجزائر 1، 2013/2012، ص 118.

[26]- قال بها الفقيه (Von Kries) ومؤداها أنه إذا اشتركت عدة وقائع في إحداث الضرر، فإنه يجب استخلاص السبب المنتج فقط، وإهمال باقي الأسباب، فالسبب المنتج هو ذلك السبب الذي يؤدي بحسب المجرى العادي للأمور إلى وقوع مثل الضرر الذي وقع، وإلا فإنه يكون سببا عرضيا لا يهتم به القانون، ويمكن القول بأن المشرع الجزائري قد مال نحو نظرية السبب المنتج بعبارة المادة 182 ق م ج في نصها على أن التعويض يجب عن الضرر الذي يكون" نتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو التأخر فيه". أنظر: محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص98.

ولكن توجد صعوبة كبيرة في معرفة كيفية تقدير الضرر قبل إلقاء المادة السامة وبعد إلقائها فيه خاصة إذا عرفنا أن النهر الذي ألقيت فيه المادة السامة كان في البداية ملوثا بمواد أخرى، فكيف نحدد السبب الرئيسي في تلوث البيئة في هذه الحالة[27] ؟

لذلك ومحاولة للتخفيف من حدة تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية التقليدية، والتي تقوم على وجوب إثبات السببية بين الخطأ والضرر بما يؤدي إلى ضياع حقوق الكثير من المضرورين فقد اجتهد الفقه والقضاء في التخفيف من حدة هذه القواعد ودون الخروج عنها[28]، أهمها الأسلوب القائم على الاكتفاء في إثبات علاقة السببية **بالاحتمال الراجح** [29]، ومفاد هذا الأسلوب أن يكتفي القاضي، في بعض الأحوال، في شأن إثبات رابطة السببية بين فعل الملوث والضرر البيئي بالاحتمالات الراجحة، بدلا من استلزام الإثبات المطلق أو اليقيني لرابطة السببية، وهذا ما قضت المحكمة العليا بالسويد في 21 أبريل 1981، في دعوى تتعلق بموت الأسماك [30].

الفرع الثاني: المسؤولية الناشئة عن الأشياء

وردت المسؤولية الناشئة عن الأشياء في القانون المدني في أحكام المواد من 138 إلى غاية المادة 140 مكرر1، ويلاحظ أن هذه المسؤولية لها العديد من الصور، حيث نجدها تتجسد في المسؤولية عن الأشياء غير الحية، وتارة على قواعد المسؤولية لحارس الحيوان، وكذلك قواعد المسؤولية عن البناء، وأخيرا بمسؤولية المنتج، إلا أننا سنقتصر في هذه المسؤولية على الصورة الأولى لاتصالها أكثر بحالات الأضرار البيئية.

نصت المادة **138 مدني** على هذه الصورة : "**كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. ويعفى من المسؤولية، الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر**

---

[27]- عبد الرشيد مأمون، دور القانون المدني في حماية البيئة، ، بحث مقدم إلى للمؤتمر العلمي بعنوان: "نحو دور فاعل للقانون في حماية البيئة وتنميتها في دولة الإمارات العربية المتحدة المنعقد في الفترة ما بين 2_4 ماي عام 1999، ص 6.

[28]- عيسى مصطفى حمادين، مرجع سابق، ص 106.

[29]- أحمد محمود السعد، مرجع سابق، ص 232.

[30]- حيث استبان لها صعوبة الوقوف على السبب المؤدي لذلك، ومن ثم اقتنعت بالسبب الذي أوردة المدعي مادام احتمال صدقه أكبر الاحتمالات صدقا من الدفوع التي تقدم بها المدعى عليه لنفي دعوى المسؤولية. أشار إلى ذلك الدكتور أحمد محمود السعد، مرجع سابق، ص 232.

حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة"[31].

وواضح من النص أن هذه المسؤولية تنعقد بتوفر شرطين، الأول وجود شيء في حراسة شخص، والثاني تسبب هذا الشيء في حدوث ضرر، إلا أن التساؤل الجوهري في هذا الإطار هو مدى إمكانية اعتبار هذه المسؤولية كأساس يطبق على المسؤولية عن الأضرار البيئية ؟

وفي محاولة الإجابة على التساؤل حول مدى ملائمة المسؤولية عن الأشياء كأساس للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية اختلف الفقه إلى اتجاهين:

أولا: الاتجاه القائل بتطبيق المسؤولية عن فعل الأشياء: ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إمكانية اللجوء إلى المسؤولية عن فعل الأشياء كأساس للمسؤولية عن الأضرار البيئية، وذلك وفقا للمادة 01/1384، وفي القانون الجزائري يعتقد البعض بجواز تطبيق المادة 138 مدني الخاص بالمسؤولية عن حراسة الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة، على كثير من مصادر الأضرار البيئية، والتي تسبب تلوثا أو تدهورا للبيئة في عناصرها المختلفة[32].

حيث إن الأدخنة السوداء والضوضاء المفرطة والغازات السامة والإشعاعات وغيرها من الأشياء غير الملموسة المسببة لأضرار التلوث، والناتجة عن سير العمل في المنشآت الصناعية تعتبر من الأشياء الممكن حيازتها، وبالتالي تدخل في مضمون النص الخاص بحراسة الأشياء، ومن ثم لا يوجد خروج عن مضمون الحراسة[33].

ويبرر الفقه القائل بتطبيق هذه المسؤولية أنها تعتبر مجالا واسعا مقارنة بأسس أخرى، فعدد كبير من الأضرار الناجمة عن التلوث ناتجة عن الأشياء التي هي تحت حراسة مالكها، أو حائزها و مع ذلك فلتت منه السيطرة والإدارة، الشيء الذي سيجعله مسؤولا عن الأضرار التي وقعت.

---

[31]- يلاحظ في النص العربي ورد فيه لفظ له القدرة والأصح (عليه سلطة) وهذا خطأ في الترجمة مقارنة بالنص الفرنسي (Pouvoir)، كما أن عبارة (الحالة الطارئة) التي وردت في الفقرة الثانية من النص، أطلها النص على الحادث الفجائي (Le Cas Fortuit) وهذا قد يؤدي إلى اللبس، وقد يوحي إلى الاعتقاد أن حكم الحالة الطارئة والظروف الطارئة واحد، مع أن الفرق بينهما شاسع، إذ أن الحادث المفاجئ لا يمكن توقعه ويستحيل دفعة، بينها الظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا، خاصة وأن القانون المدني الجزائري قد أورد اصطلاح الحادث المفاجئ في المواد 127، 168، 178. أنظر: محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 217.

[32]- علي سعيدان، حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية والكيماوية في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 335.

[33]- عطا سعد محمد الحواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث، مرجع سابق، ص 97 ،98.

ومن أبرز الحالات تطبيقا لهذه الصور الإنفجارات المروعة أثناء نقل المواد الكيماوية الخطيرة، أو الحرائق التي تنشب بسبب تسرب هذه الغازات. وتفترض هذه النظرية وقوع خطأ من الحارس بفعل نشاطه الملوث، لذا يكفي لإعمالها أن يكون الشيء غازا، ضجيجا، رائحة أو دخان قد تدخل في إحداث الضرر، وبالتالي فتأسيس المسؤولية على حراسة الأشياء يمثل امتيازا للمضرور، يمكنه من بعض المزايا لاسيما إعفاءه من عبء الإثبات [34].

وقد لعب الاجتهاد القضائي الفرنسي دورا مهما في هذا المجال، حيث نجد من أشهر التطبيقات القضائية في هذا المجال ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، بمسألة المستثمر الذي عهد إليه بحمل الرمال، فقام بإلقائها في النهر مما نجم عنه ترسب هذه الرمال في أسفل النهر وتلويث المياه مما كان له أثر سيء على الحيوانات البحرية، و كذلك بمسؤولية مدير المصنع عن تصريفه للسوائل السامة في مجاري المياه، والتي لوثت المياه وأتلفت الأسماك، وربطت المسؤولية على أساس المسؤولية عن حراسة الشيء[35]، وفي نفس السياق ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية مصلحة السكة الحديدية عن الأدخنة المرسلة في القطارات أثناء سيرها، والتي أدت إلى تلويث البيئة وتكوين سحابة من الدخان الأسود مما تسبب في وقوع بعض الحوادث[36]. ومع ذلك يعترض جانب من الفقه على تطبيق هذه النظرية على الأضرار البيئية[37].

ثانيا: الاتجاه المعارض لتطبيق المسؤولية عن فعل الأشياء: ذهب اتجاه آخر من الفقه، معارض للاتجاه السابق، إلى أن قواعد المسؤولية عن فعل الشيء المقررة في المادة 01/1384 من القانون الفرنسي لا تصلح أساسا للمسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، حيث إن الأشياء غير الملموسة المسببة للتلوث، كالضوضاء المفرطة والروائح الكريهة والغازات السامة وغيرها لا يمكن للشخص حيازتها أو السيطرة عليها، فالحارس ليس له سلطة ذاتية ومستقلة في الرقابة والتوجيه والتصرف فيها والتي تعتبر قوام الحراسة[38]، وأن الحراسة هنا لا تقع على المخلفات وإنما على المصدر

---

[34] - وعلي جمال، المسؤولية المدنية الناتجة عن أضرار التلوث الصناعي في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2002-2003، ص 24.

[35]-Cass. Crim : 20.12.1977.J.C.P.1978.II.18932, (M.D) Marty.

[36]-ORLEANS : 25-2-1885, D-86-11-227.

[37] - انظر: أحمد محمود السعد، مرجع سابق، ص 273.

[38] عطا سعد محمد الحواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث، مرجع سابق، ص 97، 98.

الذي نتجت عنه هذه المخلفات، فالحارس كانت له الرقابة على هذه المخلفات قبل أي تسرب منها، فإذا ما تخلى عنها وأصبحت سائبة زالت حراسته لها وأصبحت تسبح في الطبيعة غير المملوكة لأحد ولم تعد تحت سيطرته، ومن ثم تكون الحراسة على المصدر أي المنشأة الصناعية لا على المخلفات[39]، وأن المادة 01/1384 مدني فرنسي لا تجد مجالا للتطبيق إلا إذا كان الضرر ناتج عن شيء مادي من العقار، وأنه يجب على العكس الالتجاء إلى نظرية مضار الجوار لتأسيس المسؤولية عن أضرار التلوث والتي تكون نتيجة لأشياء غير الملموسة[40].

ونحن من جانبنا نميل إلى الاتجاه الذي يرى أنه من الصعب تطبيق قواعد المسؤولية عن حراسة الشيء على الأضرار البيئية، كالغازات السامة والإشعاعات وغيرها من الأشياء غير الملموسة المسببة لأضرار التلوث، فالأساس في جعل مسؤولية حارس الأشياء غير الحية مسؤولية مفترضة، أن هذه الأشياء يمكن السيطرة عليها سيطرة تحول دون الإضرار بالغير، فإذا كان الشيء على العكس مما لا يقع بطبيعته تحت السيطرة، فلا يكون لفكرة السيطرة عليه قوام الحراسة من معنى.

والخلاصة أن المسؤولية عن حراسة الأشياء رغم أهميتها بالنسبة للمضرور إلا أنها تقتصر عن تغطية معظم الأضرار البيئية التي تتنوع مصادرها، ولا يقف الأمر عند تلك المترتبة على النفايات[41]، فإذا كان من الممكن أن تواجه بعض الأضرار البيئية، فإنها تقتصر عن مواجهة غالبية تلك الأضرار خاصة الحديثة منها والمحدثة لأضرار عامة جماعية كالأضرار النووية والإشعاعية [42].

الفرع الثالث: المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

إزاء عجز قواعد المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ سواء في صورته الواجبة الإثبات أو المفترضة عن مواجهة كافة منازعات مضار الجوار الحديثة التي اصطحبها التقدم التكنولوجي لاسيما الخاصة بالتلوث الصناعي، فإن القضاء

---

[39]- واعلي جمال، الحماية القانونية للبيئة البحرية من أخطار التلوث- دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 261.

[40]- عطا سعد محمد الحواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث، مرجع سابق، ص 101 ،104.

[41]- يرى البعض أنه يمكن تطبيق أحكام المسؤولية عن فعل الأشياء في مجال التلوث البيئي، بالنسبة للنفايات وذلك لسهولة إضفاء وصف الشيء على تلك النفايات. يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 273.

[42]- محمد سعيد عبد الله الحميدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة البحرية والطرق القانونية لحمايتها وفقا لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 330.

الفرنسي سنة 1844 ابتدع نظرية مضار الجوار غير المألوفة كأساس جديد لتقرير مسؤولية المالك عندما يتجاوز الضرر حد معين ويصيب الجوار، ومن هذا التاريخ عرفت نظرية مضار الجوار غير المألوفة تطورا وازدهارا إلى أن أصبحت نظاما قائما بذاته لجبر الأضرار الناتجة عن التلوث بفعل الأنشطة الصناعية [43].

ولما كانت مسؤولية المالك عن مضار الجوار لم يرد بشأنها نص في القانون الفرنسي باعتبارها ذات نشأة قضائية، فقد اختلفت الآراء حول أساس هذه المسؤولية، فذهب البعض إلى أن أساسها يكمن في خطأ شخصي من المالك يستند إلى المادة 1382 مدني فرنسي.

وذهب رأي آخر تأسيسها على المسؤولية عن فعل الأشياء اعتماداً على نص المادة 01/1384 مدني فرنسي والخاصة بالمسؤولية عن فعل الشيء، في حين ذهب رأي ثالث لإقامة هذه المسؤولية على أساس التعسف في استعمال الحق، إلا أن الرأي الراجح الذي يجمع عليه أغلب الفقه في هذا الصدد أن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة لا تدخل ضمن الخطأ سواء في صورته العادية أو صورة التعسف في استعمال الحق باعتباره خطأ تقصيريا، وإلا منح المشرع إمكانية دفع هذه المسؤولية عن طريق نفي الخطأ، فكيف يمكن اعتبار ممارسة الحق عادية ومشروعة وحينما يترتب عليها مضايقات للجيران تجاوز دائرته العادية تشكل خطأ [44]، ولكن يجب أن نقول أنها **مسؤولية موضوعية** تتحقق بتحقق الضرر غير المألوف، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية صراحة برفضها لفكرة الخطأ كأساس لهذه المسؤولية [45].

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في نص المادة 691 مدني التي نصت على أنه: "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 هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له" [46].

---

[43] - وعلي جمال، المسؤولية المدنية الناتجة عن أضرار التلوث الصناعي في الجزائر، مرجع سابق، ص 36 ،37.

[44] - يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل القانون المدني، مرجع سابق، ص 276.

[45] -Voir :Cass. Civ : 8.5.1979.G.P.1980.2.684

[46] - المادة 619 مدني.

بهذا النص يرى البعض أن المشرع الجزائري بخلاف المشرع الفرنسي، قد وضع نظاما خاصا بالمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، على أساس أنها التزام قانوني، فحسب نص المادة 01/691 مدني، يكون أساس المسؤولية عن الأضرار غير المألوفة الناتجة عن مضار الجوار هو **التعسف في استعمال الحق**، أما الفقرة الثانية **فتجعل الضرر غير المألوف معيار للتعسف في استعمال الحق**[47].

فإذا تحققت شروط مضار الجوار المتمثلة في صفة الجار وتجاوزت الأضرار الحدود المألوفة تنعقد مسؤولية الجار، غير أن إقامة دعوى المسؤولية والتعويض عن الضرر البيئي على أساس نظرية مضار الجوار، لم تسلم هي كذلك من النقد الذي يمكن أن نلخصه في نقطتين:

أولا: عدم شمولية نظرية مضار الجور غير المألوفة: فهذه النظرية عاجزة عن تغطية كافة الأضرار البيئية في ظل الثورة التكنولوجية والتطور العلمي الذي يشهده عصرنا الحالي وما ترتب عليها من آثار، ولا أدل على ذلك سوى الكوارث البيئية التي شهدها العالم، إذ أن هذه الكوارث قد طالت مناطق تبعد آلاف الكيلومترات من مكان حدوثها، فعلى سبيل المثال لا الحصر الأضرار البيئية الناتجة عن تسرب الأشعة من مفاعل تشرنوبيل لم تعد تفرق بين ما هو جار وما هو غير ذلك[48].

كما أن هذه النظرية تعطي لقاضي الموضوع حرية واسعة في تقدير الأضرار، الأمر الذي يجعل الأحكام من هذا النمط عرضة للطعن، وتؤدي ديمومة بعض الملوثات إلى حكم القاضي بأن هذه الأضرار من النوع المألوف، وبالتالي تظهر بمظهر غير ايجابي سواء بالنسبة للشخص المضرور أو البيئة، حيث تكرس حق الضرر بالبيئة بحجة مألوفية الضرر[49].

وبالنتيجة فإن هذه النظرية ملجأ الكثير من الملوثين للتهرب من إصلاح الأضرار باستنادهم إلى أن مثل هذه الأضرار هي مألوفة بين الجيران، وأنها من تبعات الحياة الاجتماعية، وأن ترجيح المصلحة الاقتصادية والاجتماعية التي يقدمونها تفوق بكثير مصالح المتضررين الخاصة[50].

---

[47] - دريسي يمينة، مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي بشار، 2008، ص 112.

[48] - عيسى مصطفى حمادين، مرجع سابق، ص 150.

[49] - نفس المرجع، ص 151.

[50] - واعلي جمال، الحماية القانونية للبيئة البحرية من أخطار التلوث_ دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 261.

ثانيا: الطابع الثانوي لمضار الجوار غير المألوفة: إن نظرية مضار الجوار انضمت إلى قواعد المسؤولية المدنية، وانحصرت تطبيقاتها في المضايقات الناتجة عن مضار الجوار غير المألوفة متى توفرت شروطها، ولكن ما يجب الإشارة إليه هو أن بإمكان الجار المتضرر عند المطالبة بالتعويض عن الأضرار غير المألوفة التي لحقت به، أن يستغني عن اللجوء إلى هذه المسؤولية، فعلى سبيل المثال إذا كان مصدر الأضرار البيئية التي يشكوا منها الجار الضجة الناتجة من جراء تشغيل المصانع أو الأدخنة السوداء المنبعثة منها بإمكان الجار المضرور أن يلجأ إلى دعواه على أساس المسؤولية عن الأشياء **(المادة 138 مدني)**، كما يمكن للجار المضرور أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي بشكل مباشر متى اجتمعت أركان هذه المسؤولية **(المادة 124 مدني)**، كأن يكون المصنع المجاور قد خالف المعايير المحددة لانبعاث الأدخنة كتلك التي تضع نسبا معينة لتقليل شدة الأصوات التي تصدر عن الآلة عند تشغيلها.

فالغاية من الحديث عن الطابع الثانوي هو إمكانية الجار المتضرر أن يسلك سبيل هذه النظرية أو إجراء مفاضلة بين هذه النظم لتحديد الوسيلة الأفضل قبل رفع الدعوى، وليس التقليل من هذه النظرية، أو تجريدها من طابعها الخاص والمستقل [51].

المطلب الثاني

تنظيم غير كاف وغير ملائم لقواعد التعويض عن الضرر البيئي في القانون المدني الجزائري

إذا كان التعويض العيني في شكل إعادة الحال إلى ما كان عليه فإنه العلاج البيئي الوحيد الأكثر ملائمة للأضرار البيئية وهو ما جعل العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية المدنية تعتبره من التدابير المفضلة لتعويض الضرر الذي يصيب البيئة ذاتها من خلال إزالة التلوث ومعالجة التدهور، لترجع الحالة إلى ما كانت عليه، بدلا من دفع مبالغ مالية قد لا توجه أصلا لإعادة تأهيل وإصلاح البيئة [52] فإن أمر اختيار طريقة التعويض في القانون المدني

[51] - عيسى مصطفى حمادين، مرجع سابق، ص 152، 153.

[52] - يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 318.

الجزائري لازال يخضع للقواعد العامة التي لا تراعي خصوصيات الضرر اللاحق بالبيئة وكيفية جبره [53].

الفرع الأول: غياب نظام قانوني ملائم للتعويض العيني للضرر البيئي في القانون المدني الجزائري

على الرغم من أن المادة 02/132 مدني قد نصت على إعادة الحال إلى ما كان عليه كشكل من أشكال التعويض العيني إلا أن هذا النص خلا تماما من أي تفاصيل تتعلق بخصوصية إعادة الحال في المسائل البيئية على عكس ما ورد تفصيلا في القوانين الأوروبية التي أوضحت المقصود بإجراءات عملية إعادة الحال إلى ما كان عليه ووسائل تحقيق الإعادة.

ومع ذلك يمكن الاستناد إلى نص المادة 691 مدني التي تمثل سندا قانونيا يمكن للقاضي اللجوء إليه لإيقاف الأضرار البيئية، بشرط أن تكون من قبيل مضار الجوار غير المألوفة، فهذه المادة تعطي صراحة لقاضي الموضوع سلطة إزالة الأضرار متى كانت غير مألوفة [54]، ورغم أن مصطلح **"إزالة"** جاء واسعا جدا ومرنا، فقد يبقى في بعض الأحيان السبيل الوحيد لإزالة الأضرار هو غلق المنشأة الصناعية، وعليه فلا يكون الترخيص مانعا للحكم بإزالة الأضرار مستقبلا، بالإضافة إلى إمكانية تعويض المضرور عن الأضرار التي لحقت به فعلا [55].

وفي بيان مدى سلطة القاضي في الحكم بغلق المنشأة مصدر التلوث وإنهاء نشاطها، في الحالة محل البحث، انقسم الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، فذهب جانب منهم إلى القول بأنه متى كانت مضار الجوار غير المألوفة ناتجة عن الاستخدام العادي والمشروع للحقوق، فإنه لا يجوز للقاضي أن يذهب إلى الحكم بقطع المضار كليا، وذلك عن طريق إزالة مصدر الضرر [56].

---

[53]- أنظر المادة 132 مدني.

[54]- نصت عليها المادة 691 كالآتي: "وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له".

[55]- وعلي جمال، الطبيعة الخاصة للأضرار الناجمة عن نشاط الملوث البيئي وتأثيرها على قواعد التعويض المدني- دراسة في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص256.

[56]- عطا سعد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي - ضمان أضرار التلوث في الفقه الإسلامي، التعويض العيني لأضرار التلوث البيئي، التعويض النقدي لأضرار التلوث البيئي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 104.

ويذهب جانب آخر إلى القول بأن القاضي المدني له سلطة تقديرية مطلقة بالغلق أو إنهاء النشاط إذا قدر ضرورة ذلك وملائمته بحسب ظروف كل حالة على حده، بعد إجراء موازنة بين مصلحة بيئة الجوار ومصلحة الجار محدث عمليات التلوث والقيمة الاقتصادية والاجتماعية للنشاط الملوث، فإذا اتضح له من ظروف الدعوى بأن التلوث المنبعث من المنشأة من الخطورة والاستمرارية بحيث يلحق أضرار بيئية جسيمة في نطاق الجوار، فإنه يرجح مصالح بيئة الجوار، ويؤكد ذلك نص المادة 02/807 مدني مصري[57] التي تقابلها المادة 691 مدني جزائري والتي ورد: **"وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف"** [58].

أما إذا اتضح له أن إزالة مضار التلوث عن طريق غلق المنشأة فيه إرهاق كبير للجار مرتكب عمليات التلوث ومن شأنه أن الإضرار به ضررا فادحا، وكان التلوث المنبعث منها يمكن تداركه باتخاذ التدابير والاحتياطات الأخرى، فإنه يفضل عدم غلق المنشأة مع إلزام المسؤول باتخاذ التدابير التي يرى ضرورتها لمنع أو تقليل التلوث إلى الحد المقبول، لاسيما إذا كانت هذه المنشأة لها منفعة اقتصادية واجتماعية بالنسبة للمجتمع [59]، ومع ذلك فإن وقف النشاط قد يصطدم ببعض العقبات وبعض التحفظ من قبل القضاة، فعندما يطبق القضاء الفرنسي مبدأ الفصل بين السلطات، لا يكون من حق القاضي المدني أن يأمر بشيء هو من اختصاص القضاء الإداري، حيث إن المنشآت سالفة الذكر تخضع خضوعا كاملا للقضاء الإداري فيما يتعلق بأحكام الفتح و الإغلاق، وكل هذا من الناحية الفعلية يكون من اختصاص المحافظ، ولكي لا يحدث تداخل بين السلطات فإن المستبعد من اختصاص القضاء المدني يكون الوقف النهائي للمشروع وليس الوقف المؤقت[60].

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فإن منازعات المنشآت المصنفة تخضع للقواعد العامة في الاختصاص نظرا لعدم وجود نصوص قانونية خاصة تحكم

---

[57]- عطا سعد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 105.

[58]- المادة 691/ 02 مدني.

[59]- عطا سعد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 106.

[60]- سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 18 ، 19 .

وتنظم منازعات المنشآت المصنفة [61]، ومن ثم وتطبيقا للمعيار العضوي فإن القاضي المدني يكون مختصا متى كانت المنشأة المصنفة تخضع لمسؤولية شخص خاضع للقانون الخاص.

الفرع الثاني: غياب معايير تقدير قيمة التعويض النقدي للضرر البيئي في القانون المدني الجزائري

يعتبر تقدير الضرر البيئي من المسائل الدقيقة للغاية التي يتوقف عليها فشل أو نجاح دعوى المسؤولية والتي تتأثر بهذا التقدير، فلكي يتم التعويض عن الضرر البيئي يلزم تقديره نقدا إلا أن قواعد القانون المدني لم تتضمن أي معايير يمكن من خلالها تقييم الضرر ومن ثم تحديد قيمة التعويض النقدي، فلو تم تلوث مياه النهر مثلا فكيف يتم تقييم الضرر، هل يتم بالاستناد إلى ما تم تدميره من ثروة سمكية في النهر؟ أم في قيمة الوسائل التي سيتم اتخاذها لتنظيف النهر من المواد الملوثة؟ أم في الخسارة التي لحقت بالصيادين الذين ينتفعون من الصيد في النهر؟ أم في حجم الربح الضائع الذي فقدته الدولة من عزوف السياح مثلا عن التنزه في شواطئها ؟

وإذا ما تم تدمير غابة، فهل يتم تقييم الشجر على أساس ما تتضمنه الغابة من قيمة جمالية، أم ما يمكن أن يعتبر القيمة السوقية للأشجار؟ أم الأخشاب التي يمكن أخذها من الأشجار؟ وما هو الحل بالنسبة للكائنات الحية التي تعيش في تلك الغابة وقيمتها الطبيعية[62] ؟

ومع ذلك يحسب لقواعد القانون المدني الجزائري في هذا السياق أمرين، الأول وقت تقدير القاضي للتعويض النقدي عن الضرر البيئي، والثاني مراعاة الظروف الملابسة لوقوع الضرر البيئي.

أولا: وقت تقدير القاضي للتعويض النقدي عن الضرر البيئي: قد يحدث أحيانا بعد الحكم بالتعويض أن تقع مضاعفات للمضرورين لم تكن في الحسبان وقت صدور الحكم، أو تطرأ ظروف قد تجعل التعويض لا يتناسب مع الضرر

---

[61]- مدين آمال، المنشآت المصنفة لحماية البيئة دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2013/2012، ص 239.

[62]- أنور جمعة علي الطويل، التعويض النقدي عن الأضرار البيئية المحضة دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مايو 2012، ص 23.

الحقيقي، فهل تسمح هذه الظروف وتلك المتغيرات بمراجعة القاضي للتعويض الذي صدر فيه حكما نهائيا ؟

إذا كانت القاعدة العامة هي تقدير التعويض وفقا لقيمة الأضرار وقت صدور الحكم النهائي، فيمكن لقاضي الموضوع استندا إلى نص المادة 131 من القانون المدني الجزائري أن يحكم للمصاب بالحق في المطالبة خلال مدة معقولة بإعادة النظر في المبلغ المحكوم به.

وقد ورد نص المادة أعلاه كما يلي: **"إذ لم يتيسر له (القاضي) وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"** [63].

يتضح من النص أنه إذا رأى القاضي في وقت إصدار حكمه بالتعويض أن هناك بعض عناصر الضرر لم تستقر بصفة نهائية، ويحتمل أن يتطور الضرر، فله الحكم بأحقية المضرور في المطالبة خلال فترة معينة لإعادة النظر في تقدير التعويض، ولكن بشرط أن يكون الضرر المستقبلي [64].

وبالتطبيق على الأضرار البيئية، فإننا نجد الكثير منها لا تظهر وقت رفع الدعوى بل قد يتأجل ظهورها إلى ما بعد صدور الحكم القضائي، كأضرار التلوث الناجم عن تسرب المواد البترولية أو أي مواد ضارة، حيث يمر هذا التسرب عبر مراحل انطلاقا من تسرب المواد مرورا بالتفاعل مع عناصر البيئة البحرية انتهاء إلى حدوث ضرر التلوث، وهذا هو شأن الضرر البيئي الذي يتسم غالبا بطابع التأجيل والقابلية للتطور، وبحسب البعض فإن نص المادة 131 مدني يتماشى مع طبيعة الضرر البيئي غير المستقر ما دام أنه يتأثر في تقديره بما يطرأ على الضرر من تطور وتغير في نسبته، لذلك فإذا لم يستطع القاضي الإحاطة بالضرر البيئي إحاطة كافية فله حينئذ أن يقضي بتعويض عما يراه من ضرر قائم فعلا مع بقاء حق التعديل للمضرور لإعادة المطالبة لاستكمال قيمة التعويض المحكوم به [65].

---

[63] - راجع المادة 131 مدني.

[64] - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 164.

[65] - حميدة جميلة، مرجع سابق، ص 356 ، 357.

ثانيا: مراعاة الظروف الملابسة لوقوع الضرر البيئي: نصت المادة **131 مدني** عل أنه: **"يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبق لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة ..."** [66].

والمقصود بالظروف الملابسة هي الظروف الخاصة بالمضرور، فيجب الاعتداد بها عند تقدير التعويض، ولا يعتد القاضي بالظروف الشخصية التي تتصل بالمسئول كما لو كان غنيا أو مؤمنا على مسؤوليته، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور يجب أن يدخلها القاضي في اعتباره عند تقدير التعويض الذي يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور، فيقدر التعويض على أساس موضوعي فيأخذ في الاعتبار حالته الصحية، ويقدر مدى تأثير الفعل الضار عليه ومدى ما سببه له من ضرر [67].

غير أن ما تتميز به الظروف الملابسة للتعويض عن الضرر البيئي مقارنة بالقواعد العامة هو ضرورة مراعاة ظروف المسؤول عن الضرر البيئي أيضا، وهذا نتيجة لخصوصية هذه الأضرار وتكاليفها الباهظة مما يجعل أمر تحملها ليس بالأمر السهل، لذلك سعت بعض التشريعات نحو تحديد لهذه المسؤولية، حيث يوضع حد أقصى للتعويض يحكم به عند حدوث التلوث ويبقى على المضرور أن يتحمل جزءا من هذه الأضرار والذي يبقى من غير تعويض [67]، إلا أن التفصيل السابق بيانه لنص المادة 131 يجعل مسألة التعويض النقدي غير محددة بسقف معين، وهو ما يعود إيجابا على البيئة وعناصرها محل الضرر.

المبحث الثاني
إصلاح القانون المدني الجزائري بالاستفادة من التجربة الحديثة في التشريع الأوروبي لحماية البيئة

إن تحليل الأسس السابقة للمسؤولية التقصيرية وأشكال تعويض الضرر البيئي في القانون المدني الجزائري كشف لنا الطابع القاصر لهذه القواعد في تغطية معظم الأضرار البيئية التي تتنوع مصادرها، لذا يتعين على المشرع ضرورة

---

[66]-المادة 131 مدني.

[67]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 161.

[67]- أحمد محمود السعد، مرجع سابق، ص 232.

إصلاح وإثراء هذه القواعد بما يتناسب مع الأضرار التي تصيب البيئة بالاستفادة من التجربة الحديثة في القوانين المقارنة خاصة الأوربية منها، وهو ما سيتم توضيحه تفصيلا من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول

إصلاح قواعد القانون المدني الجزائري المتعلقة بطرق تعويض الضرر البيئي

إذا كانت أغلب التشريعات تجعل التعويض النقدي هو الأصل، ثم التعويض العيني كما هو الحال بالنسبة للتشريع الجزائري، ففي مجال الأضرار البيئية نجد أن هذا الأصل قد تغير أو في طريقه للتغير، حيث يصبح التعويض العيني هو الأصل في صورة إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ثم يأتي التعويض النقدي، لتصبح القاعدة المقررة بشأن هذه الأضرار هي **"الاستعادة قبل التعويض"** [68].

الفرع الأول: إصلاح القواعد المتعلقة بالتعويض العيني للضرر البيئي

إن إعادة الحال إلى ما كان عليه كتعويض عيني يمثل العلاج البيئي الوحيد الأكثر ملاءمة للأضرار البيئية، وهو ما جعل العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية المدنية تعتبره من التدابير المفضلة لتعويض الضرر الذي يصيب البيئة ذاتها من خلال إزالة التلوث ومعالجة التدهور، لترجع الحالة إلى ما كانت عليه، بدلا من دفع مبالغ مالية قد لا توجه أصلا لإعادة تأهيل وإصلاح البيئة [69].

أولا: المقصود بإجراءات إعادة الحال إلى ما كان عليه: وفقا لاتفاقية لوجانو الخاصة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن الأنشطة الخطرة على البيئة، فإنه يقصد بوسائل إعادة الحال إلى ما كانت عليه كتعويض عيني بأنها:" كل إجراء معقول يهدف إلى إعادة تأهيل أو إصلاح العناصر البيئية أو تخفيف الأضرار البيئية أو منعها، إذا كان ذلك معقولا لتوازن هذه العناصر المكونة للبيئة" [70].

وهو ذات النهج الذي سار عليه الكتاب الأبيض بشأن المسؤولية البيئية، فقد قصد بها:" كل إجراء يهدف للإصلاح بقصد إنشاء حالة للمصادر الطبيعية،

---

[68] - يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل أحكام القانون المدني مرجع سابق، ص 310.

[69] - يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 318.

[70]- Article 02/08, Convention Lugano On Civil Liability For Damage RESULTING From Activities Dangerous To The Environment, Lugano, 21.VI.1993.

تكون مماثلة للحالة التي كانت عليها قبل وقوع الضرر"، وعلى ذلك يتضح أن الهدف من الحكم بإعادة الحال إلى ما كنت عليه كتعويض عيني، هو وضع المكان الذي أصابه الضرر في الحالة التي كان عليها قبل حدوث النشاطات الملوثة للبيئة، أو في حالة قريبة لها بقدر الإمكان [71].

وإعادة الحال إلى ما كانت عليه يمكن أن يتخذ أحد الشكلين: الأول هو إعادة إصلاح وترميم الوسط البيئي الذي أصابه الضرر، بتنظيفه من التلوث أو زراعة أشجار أخرى بدلا من تلك التي هلكت أو إيجاد نوع من الطيور أو الكائنات الحية التي هلكت بسبب التلوث، إلى غير ذلك من الإجراءات، والثاني هو إعادة إنشاء شروط معيشية مناسبة للأماكن التي يهددها الخطر [72].

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، فيمكنه أن يحكم بأي شكل من أشكال التعويض حسب وقائع الدعوى المعوضة أمامه، فيمكنه أن يلزم المسؤول إصلاح وترميم التنوع البيولوجي الذي أصابه الضرر، أو إعادة إنشاء شروط معيشية مناسبة للأماكن التي يهددها الخطر، فإذا قام شخص بإتلاف شجرة، فيمكن للقاضي أن يلزمه بزراعة شجرة من نفس النوع، أو بعدد من الأشجار يقدر بحسب عمر الشجرة التي أتلفت[73].

غير أن إعادة الشيء إلى حالته الأولى ليس دائما بالشيء الممكن ماديا، لذلك يثور التساؤل عن الحل، إذا استحال إعادة الحال إلى ما كانت عليه لنفس المكان المضرور؟

كحل لهذه المشكلة، فإن الكتاب الأبيض بشأن المسؤولية البيئية لسنة 2000 أوصي بأنه في الحالة التي يكون فيها إعادة الحال إلى ما كان عليه صعب، فلا يجب أن يكون الهدف هو إنشاء تطابق كامل بين الوسط قبل التلوث وبعده، ولكن يجب أن يكون الهدف هو إنشاء وسط يمكن مقارنته بالتقريب للوسط المتضرر قبل وقوع الفعل المنشئ للتلوث، ويمكن في هذه الحالة الاستعانة بالإحصائيات أو المعطيات التاريخية للمكان لوضع المقارنة المقبولة [74].

---

[71]- سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص 30 .

[72]- عطا سعد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 115.

[73]- سمير حامد الجمال، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيولوجية دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني والأربعون-ربيع الأول 1431-أبريل 2010، ، ص 395.

[74]- سعيد سيد قنديل، مرجع سابق، ص 31.

أما التوجه الأوروبي الحديث لسنة 2004، فقد تدخل ليضبط الأمور بصفة أكثر دقة، حيث حدد الإعادة في ثلاث صور ضمن الملحق الثاني، وهي "**الإعادة الأصلية**" وبموجبها يتم إرجاع المصدر الطبيعي والخدمات التي أصابها الضرر إلى حالتها الأصلية، و"**الإعادة المتممة**" ويتم اللجوء إليها في حالة تعذر إعادة المصدر الطبيعي و/أو الخدمات لحالتها الأولية، والغرض من هذا النوع من الإعادة، هو التزود بمصدر مشابه من المصدر الطبيعي و/أو الخدمات في موقع بديل، على شرط أن يكون مرتبط جغرافيا بالموقع المضرور، والنوع الثالث، فهو "**الإعادة التعويضية**" وتوجه لتعويض الخسائر المؤقتة التي تحدث من تاريخ وقوع الضرر إلى حين تحقق الإعادة الأصلية، مع إمكانية إدخال تحسينات إضافية سواء للموقع المضرور أو الموقع البديل، أما اختيار الشكل الملائم للإعادة فيبقى من اختصاص السلطة المختصة [75].

ثانيا: شرط معقولية إعادة الحال إلى ما كانت عليه: إذا كان الفقه يعطي الأولوية لإجراءات إعادة الحال إلى ما كان عليه كشكل من أشكال التعويض العيني للأضرار البيئية، فإنه يثور إشكال حول ضوابط الإعادة، خاصة إذا علمنا أنه يمكن أن تتجاوز التكلفة قيمة المصدر المتضرر في حد ذاته [76].

في هذه الأحوال يشترط في إجراءات إعادة الحال إلى ما كان عليه أن تكون معقولة ومتناسبة في سبيل إزالة التلوث الحاصل، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث التلوث، ولا يشترط أن تكون الوسائل المستخدمة لإعادة الحال إلى ما كانت عليه متناسبة مع ما حدث من نتائج، فالعبرة بمعقولية الوسيلة بغض النظر عن النتيجة المحققة من ورائها [77].

وقد طبق القضاء شرط معقولية الوسيلة أو الإجراء لإعادة الحال إلى ما كانت عليه والمطلوب التعويض عنه في قضية Colocotroni Zoe عام 1980، بخصوص تدمير إحدى الغابات على شاطئ Ricoporto بسب البترول المتسرب من إحدى ناقلات البترول، فقرر أن مبلغ التعويض المقضي به عن إجراءات إعادة الحال

---

[75]- Patrice Jourdain, Le Dommage Ecologique et sa Réparation, Rapport français, Université de Paris, p.118, article téléchargé le : 27/07/2016 sur le site: http://www.fdsf.rnu.tn/useruploads/files/jourdain.pdf.

[76] - يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 321.

[77] - سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص 30.

بالنسبة لأشجار الغابة المضرورة، يجب أن تتناسب مع الكلفة المعقولة لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث التلوث، دون المصروفات أو التكاليف المغالى فيها [78]، وتأكيدا لهذا التصور ألزمت اتفاقية لوجانو ضرورة أن تكون تكاليف إعادة الحال إلى ما كانت عليه معقولة، فنصت على أنه: " لا تعويض إلا عن قيمة الوسائل المعقولة التي تم اتخاذها بقصد إعادة الحال إلى ما كان عليه" [79].

ولكي يمكن وضع خاصية المعقولية موضع التنفيذ، فهناك بعض العناصر التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار منها: الإمكانية الفنية وصعوبة العملية، الحالة البيئية للوسط الملوث، الوسائل التي تتخذ وبدائلها، والنتائج المرجوة من التدخل.

وقد استقر التوجيه الأوروبي الحديث لسنة 2004 على أنه: "يتم تقييم وسائل الإعادة المعقولة باستخدام أفضل التكنولوجيات المتاحة المعتمدة على عدة معايير:

- الآثار المترتبة على كل خيار على الصحة والسلامة العامة،
- تكلفة تنفيذ أي خيار،
- احتمال نجاح كل خيار،
- مدى كفاءة كل خيار في منع الضرر المستقبلي، ومدى تجنب الأضرار الجانبية كنتيجة لتنفيذ لهذا الخيار،
- مدى ما يحققه كل خيار من فوائد لكل عنصر من عناصر الموارد الطبيعية أو خدمة،
- مدى ما يأخذه كل خيار يأخذ في الاعتبار بالنسبة للأهمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والعوامل الأخرى ذات الصلة محددة إلى مكان،
- الوقت المطلوب حتى تكون إعادة البيئة مؤثرة،
- مدى ما ينجزه كل خيار في استعادة موقع الضرر البيئي،
- الارتباط الجغرافي بالموقع المتضرر" [80].

---

[78]- عطا سعد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 118.

[79]- Article 02/08, Convention Lugano on Civil Liability for Damage RESULTING From Activities Dangerous to the Environment, op. cit.,.

[80]- Directive 2004/35/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, Journal officiel de l'Union européenne, L 143/56, 30.4.2004, p.13, 14.

ومع ذلك فهناك مبدأ هام يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار وهو أن تكلفة العملية يجب أن لا تزيد قيمتها عن القيمة الفعلية للوسط المطلوب إزالة التلوث عنه قبل حدوث هذا التلوث، وهذا المبدأ بغرض عدم إنفاق تكاليف عالية لإزالة التلوث عن مكان بسيط، وإنما يتعين اتخاذ الوسائل البسيطة المناسبة لمثل هذا التلوث البسيط، ونتيجة لذلك إذا تجاوزت تكاليف إزالة التلوث قيمة الأموال الملوثة قبل التلوث فإن القاضي يحكم بأقل القيمتين كتعويض[81] .

وعلى العكس من ذلك نجد أن قانون البيئة الألماني الصادر في 10 ديسمبر 1990 في المادة 16 منه يعطي المدعي الحق في المطالبة باسترداد كل ما أنفقه من تكاليف بقصد إزالة التلوث وإعادة الحال إلى ما كان عليه، ومعنى ذلك أن هذا الحق قائم ولو تجاوزت قيمة التكاليف قيمة المكان المطلوب إزالة التلوث عنه[82].

الفرع الثاني: إصلاح القواعد المتعلقة بطرق التقدير النقدي للضرر البيئي

يعتبر تقدير الضرر البيئي من المسائل الدقيقة للغاية التي يتوقف عليها فشل أو نجاح دعوى المسؤولية والتي تتأثر بهذا التقدير، فلكي يتم التعويض عن الضرر البيئي يلزم تقديره نقدا، وفي هذا السياق اقترح الفقه عدة طرق لتقدير الأضرار البيئية نعرضها على التوالي:

أولا: التقدير الموحد للضرر البيئي/*L'évaluation unitaire du dommage écologique*:

يقوم التقدير الموحد للضرر البيئي على أساس تكاليف الإحلال للثروة أو العناصر الطبيعية التي تلفت أو تلوثت وإعادة تأهيلها [83]، بمعنى أن هذه النظرية تقدر التعويض النقدي على أساس أن قيمة الضرر الحاصل للبيئة أو العنصر البيئي على أساس التكلفة المعقولة لإعادة الحال إلى ما كان عليه للبيئة أو للعنصر البيئي المصاب أو إلى حالة قريبة قدر الإمكان للحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر و لا يدخل في الحسبان تلك التكلفة المبالغ فيها .

ويقصد بتكاليف الإحلال هو القيمة النقدية اللازمة لإعادة العنصر الطبيعي إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، فلو أن غابة تعرضت لضرر بيئي أدى

---

[81]- سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص 34.

[82]- عطا سعد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 121.

[83]- مدين آمال، الجزاءات القانونية لتلويث البيئة، مجلة الفقه والقانون مجلة الكترونية تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية، العدد التاسع عشر، ماي 2014، ص 224 .

لهلاك عدد كبير من الأشجار فيها، فيلزم تهيئة أرض الغابة لزراعة الأشجار التي تلفت وتقدير تكاليف العناية بها إلى أن تصل إلى ما كانت عليه قبل الكارثة، والمبالغ التي تم صرفها من أجل هذا الغرض تسمى بتكاليف الإحلال.

غير أن الصعوبة التي تعترض هذا النوع من التقدير هو في اعتماد معيار التقدير لقيمة العنصر البيئي الذي تضرر، وهنا تتباين وتتعدد الوسائل والمعايير، لذلك يقر البعض أنه لا توجد طريقة موثوق بها من أجل تقدير تلك العناصر لتحديد تكاليف الإحلال [84].

ونظرا لصعوبة إعطاء قيمة تجارية نقدية للعناصر الطبيعية ومصادرها، يمكن وضع قيمة شبه فعلية من خلال معرفة أسعار السوق بالنسبة لبعض العناصر والحالات التي لها خصائص قريبة من الحالة المعروضة أمام القضاء والتي أصابها التلوث [85]، ومن أجل تقدير العناصر الطبيعية تقديرا نقديا ظهرت العديد من الطرق أهمها:

1.**الطريقة الأولى: القيمة السوقية للعنصر الطبيعي** (*Market value Analysais*): هي طريقة نقدية مباشرة تعتمد على القيمة السوقية للعنصر الطبيعي، وتتضمن أسلوبين: الأول يتم عن طريق تقييم العنصر الطبيعي على أساس قيمة الاستعمال الفعلي له، وتتضمن المنفعة التي تقدمها هذه العناصر للإنسان، وتعتمد على سعر المتعة المؤسس على القيم العقارية المؤدي إلى تقدير قيمة مادية للبيئة، فالأضرار البيئية التي تصيب الأسماك مثلا نتيجة التلوث فإنه يتم تحديد قيمتها من خلال القيمة السوقية للأسماك المشابهة لها [86].

أما الأسلوب الثاني لا يقوم على أساس الاستعمال الفعلي للأموال، ولكن على أساس إمكانية استعمال هذه العناصر الطبيعية في المستقبل، وقد عبر عنه البعض بقيمة الفرصة البديلة أي ما يمكن أن يكون عليه الحال عندما ندفع سعرا في شيء بديل عن الشيء الأصلي، وتعتبر تكلفة الفرصة البديلة في حالة

---

[84]- أنور جمعة علي الطويل، التعويض النقدي عن الأضرار البيئية المحضة دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مايو 2012، ص 29.

[85]- سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص 39.

[86]-Brian R. Dettman, Curd v. Mosaic: Establishing a Property Right in Fish and Legitimately Assessing Value for Their Destruction, Stetson University College of Law, Natural Resources Seminar, p.22.

الضرر البيئي عالية على أساس أن بعض العناصر الطبيعية قد تكون نادرة أو لا يمكن وجود بديل لها، وتمثل حالة التدهور البيئي [87].

2. **الطريقة الثانية: القيمة غير السوقية للعناصر الطبيعية** (*Non-Market Method*): لا تقوم هذه الطريقة على أساس الاستعمال الفعلي والحالي للأموال أو الاستعمال المستقبلي للمال المعني بالقيمة، فهناك بعض العناصر الطبيعية التي توجد مستقلة في تقدير قيمتها عن استعمالها وتستمد قيمتها الطبيعية العالية من مجرد وجودها فقط، ويمكن تقديرها نسبيا من خلال ما يمكن أن يدفعه الأفراد من مبالغ نقدية ليعرفوا فقط وجود هذه العناصر الطبيعية [88].

فطريقة القيمة غير السوقية إذن تقوم على أساس القيمة التي تعتمد على قياس الفرق بين الحد الأقصى للرغبة في الدفع مقارنة بالحد الأدنى للرغبة في القبول عند المجتمع للعنصر الطبيعي الذي فقد مقدرا بالنقود، ومن الممكن أن يتم ذلك من خلال استبيانات وعمليات إحصائية يقوم به الخبراء الاقتصاديون، وواضح أن هذا التقدير يدخل فيه العنصر الشخصي لفرد أو جماعة لكونه يعتمد على قيمة نسبية برغبة القبول، وقد يكون هناك اختلافات كبيرة بين الأفراد في الرغبات في مختلف العناصر الطبيعية، مثل قيمة السباحة في البحر، أو صيد الأسماك، أو الاستمتاع بالحياة البرية، أو بالمناظر الطبيعية وغيرها [89].

إن التقدير الموحد للضرر البيئي يقدم بعض المزايا حيث إنه يسمح بإعطاء تقدير نقدي للعناصر الطبيعية التي ليس لها من حيث الأصل قيم تجارية، وعلى ذلك فهذه الطريقة تعد وسيلة مؤثرة لإعطاء قيمة لهذه العناصر وتجنب فقدها.

وبالمقابل فقد تعرضت هذه النظرية للنقد حيث أنها لم تأخذ في اعتبارها أن الحالة المعروضة عليها بالنسبة للعناصر الطبيعية يجب أن تقدر في ضوء وظائفها البيئية وهي معطيات ذات طبيعة خاصة جدا يصعب تقديرها نقديا[90]، كما انتقد البعض فكرة تقييم كل عنصر من عناصر الطبيعة على حدة، نظرا لأن العنصر الطبيعي يتكامل مع باقي العناصر الأخرى، ولا يمكن فصله بقيمة موحدة عن

---

[87]- سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص 40.

[88]- ياسر فاروق محمد الميناوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلويث البيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

[89]-W. Douglass Shaw, Marta Wlodarz, Ecosystems, Ecological Restoration, and Economics, springer, Royal Swedish Academy of Sciences 2012 , p. 629.

[90]- ياسر فاروق الميناوي، مرجع سابق، ص414.

باقي المنظومة الايكولوجية المتكاملة، ولا يمكن اعتماد تقييم عالمي موحد لتقييم الأضرار البيئية، ونعتقد أن التقييم الذي يعتمد على القيمة السوقية أو التجارية للعناصر الطبيعية، وان اختلفت معايير التقدير التجاري، لكنها في النهاية تقدر القيمة النقدية بحسب ما تمثله هذه العناصر للإنسان بشكل مباشر، وما قد يحصل عليه من منفعة أو متعة، لكنها لا تأخذ بعين الاعتبار القيمة الطبيعية لهذا العنصر ومدى الضرر أو الأثر البيئي الذي يسببه بالنظر إلى التوازن الايكولوجي بالاشتراك مع باقي عناصر البيئة [91].

ثانيا: التقدير الجزافي للضرر البيئي/ *L'évaluation forfaitaire du dommage écologique*: تقوم هذه الطريقة في التقدير على أساس إعداد جداول قانونية تحدد قيمة مشتركة للعناصر الطبيعية، ويتم حسابها وفقا لمعطيات علمية يقوم بها متخصصون في المجال البيئي [92].

وهذا النظام يمكن وصفه بأنه نوع من نظام العقوبات على الانتهاك أو التعدي على البيئة، ولكن يعتمد على إحصائيات ودراسات بيئية مسبقة أفرغت في جداول محددة يسترشد بها القاضي لتقدير التعويض (أو العقوبة المناسبة) بحجم الضرر الحاصل [93].

وكمثال عن هذه المعايير الحسابية للتعويض والواردة في جداول التعويض الجزافي نذكر:

1. **عدد الهكتارات:** ويطبق هذا الحساب في تقدير التعويض النقدي عن ضرر التلوث الذي يصيب أشجار الغابات، عندما تك ن هذه الغابات محروقة أو مدمرة فيحسب قيمة الهكتار المحروق أو المدمر ب 100 دولار.
2. **المتر المكعب:** ويكون في حساب قيمة التعويض النقدي لضرر التلوث الذي يصيب مسطحات الأراضي والبحار، كتلوثها بزيت البترول، فيحسب المتر المكعب الملوث بوحدة معينة.

---

[91]- أنور جمعة علي الطويل، مرجع سابق، ص 39.

[92]- ابتهال زيد علي، التعويض عن الضرر البيئي، مجلة مركز دراسات الكوفة: الدراسات القانونية والإدارية، جامعة الكوفة، المجلد1، العدد 34، 2014، ص198، 199.

[93]- أنور علي جمعة الطويل، مرجع سابق، ص 41.

3. **المتر الطولي والمتر العرضي:** ويستخدم في تقدير التعويض عن التلوث الذي يصيب الأنهار طولا وعرضًا، إذ يحسب قيمة تلوث المجرى المائي طولا بفرنك واحد عن كل متر، وتحسب قيمة تلوث نفس المجرى عرضا بنصف فرنك على كل متر.
4. **كمية المادة الملوثة الملقاة:** يكون في تقدير قيمة التعويض النقدي عن التلوث الذي يصيب المياه وما بها من ثروات مائية وطبيعية، إذ يحسب قيمة تلوث البحار والأنهار بالزيوت البترولية السوداء، بحسب وزن الزيوت التي تسربت إلى المياه، بحيث يدفع 100 دولار عن كل طن من المواد الملوثة والسامة [94].

ومن التشريعات المقارنة التي أقرت هذه الطريقة لتقدير الضرر البيئي الولايات المتحدة الأمريكية حيث وضعت الدوائر الأمريكية للساحل والصيد منذ 1982، جداول لتقدير العناصر البيئية، كالنباتات والحيوانات وحتى كمية الرمال التي يتم رفعها من على الساحل الملوث، حتى يمكن تحديد التعويض المستحق على الشخص المتسبب في إتلافها أو تدميرها.

وفي ألاسكا نجد أن قانون حماية المياه من التلوث يقدر التعويض على أساس الجداول، ولكن التقدير يتم على أساس كمية الزيت التي يتم إلقائها في المياه مع الأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان هناك مادة سامة تؤثر على نقاء المياه وصلاحيتها وكذا الأحياء المائية والثروات الطبيعية الموجودة فيها [95].

المطلب الثاني

إصلاح قواعد القانون المدني الجزائري المتعلقة بأساس المسؤولية والتعويض عن الضرر البيئي

في إطار الحركة التشريعية المعاصرة وتحت تأثير جماعات البيئة وخاصة أنصار الخضر اتجهت التشريعات إلى تقنين مبدأ المسؤولية الموضوعية عن الأضرار البيئية، وذلك أمر طبيعي بعد أن صار الحق في بيئة سليمة وصحية من الحقوق الأساسية للإنسان.

---

[94] - يوسفي نور الدين، جبر ضرر التلوث البيئي دراسة تحليلية في ظل أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 332.

[95] - عطا سعد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، مرجع سابق، ص 210.

بل يرى الكثير من الفقهاء اليوم أن وظيفة المسؤولية المدنية يجب أن لا تقتصر على تغطية الأضرار السابقة وإنما تعمل أيضا على إلغاء الأخطار المستقبلية، أو بتعبير آخر أن تتطور وظيفة المسؤولية المدنية من الوظيفة التعويضية "Fonction Curative" إلى الوظيفة الوقائية أو الاحتياطية "Fonction Précaution"، ليتحول الهدف من محاولة إعادة الحال إلى ما كان عليه إلى اتخاذ تدابير الحيطة والآمان للإبقاء على الحالة كما هي عليه.

الفرع الأول: تبني مبدأ المسؤولية الموضوعية للملوث أسوة بالقوانين الأوروبية الداخلية

رغبة من المشرع الوطني في توفير أكبر قدر من الحماية التعويضية للمضرور من التلوث، فقد اعتمدت التشريعات الوطنية مبدأ المسؤولية الموضوعية للملوث عن الأضرار الناجمة عن التلوث، ومن أهم هذه التشريعات نذكر:

أولا: ألمانيا: أقامت المادة الأولى من القانون الألماني الصادر في 10 ديسمبر 1990 المتعلق بالمسؤولية المدنية عن أضرار التلوث مسؤولية موضوعية على عاتق مشغل المنشأة الخطرة، الملوثة للبيئة، بنصها على أنه: "عندما تحدث الوفاة أو الأضرار الجسدية أو تلحق بالأموال، أضرار بسبب التلوث الراجع إلى المنشآت المذكورة في الملحق رقم 1 من هذا القانون، فإن حائز المنشأة يكون ملزما بتعويض تلك الأضرار التي لحقت بالمضرور".

ووفقا لهذا النص لا يكون المضرور من التلوث ملزما بإثبات خطأ المستغل للمنشأة الخطرة الملوثة للبيئة وإنما يجب عليه أن يثبت الضرر الذي لحقه ورابطة السببية. ولاشك أن ذلك من شأنه تفادي الصعوبات التي كانت تتعرض طرق المضرور طبقا للقواعد العامة والتي تتمثل في تعذر إثبات الخطأ، مما من شأنه توفير حماية فعالة للمضرور، ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد بل إن القانون قد خفف من عبئ إثبات رابطة السببية إذا اثبت المضرور أن المنشأة بحسب طبيعتها يمكن أن تحدث الأضرار التي لحقت بالمضرور[96].

ثانيا: بلجيكا: في بلجيكا صدر قانون في 22 يوليو 1974، والخاص بالنفايات السامة، ونص على أن: "منتج النفايات السامة يكون مسؤولا بقوة القانون عن

[96]- عطا سعد محمد الحواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث، مرجع سابق، ص 322.

جميع الأضرار أيا كانت طبيعتها وأيا كان سببها"، أي أن هذا القانون لا يستلزم إثبات الخطأ من جانب منتج النفايات السامة.

ثالثا: هولندا: صدرت العديد من التشريعات الخاصة بحماية التربة، والتي قررت أن الذي يمارس بعض الأنشطة الخطرة يكون مسؤولا بقوة القانون عن الأضرار الناجمة عن التلوث المنبعث عنها بصرف النظر عن أي خطأ، وذلك بسبب الأخطار المتولدة عن هذه الأنشطة الخطرة.

رابعا: المملكة المتحدة: تصدت المملكة المتحدة، كفرنسا، للمشكلة الخاصة بالنفايات في بيئتها المحمية في عام 1990 والتي أصابتها الأضرار بسبب النفايات وقررت مسؤولية بدون خطأ على عاتق منتج النفايات.

خامسا: رومانيا: المعمول به قضاءً في رومانيا هو تأسيس المسؤولية عن أضرار التلوث على المادة 01/1000 من القانون المدني دون حاجة إلى إثبات وجود أو عدم وجود مخالفة للقواعد الخاصة بحماية البيئة، وقد استنبط القضاء من ذلك النص، ليس فقط المفهوم الشخصي للمسؤولية المؤسسة على الخطأ المفترض للمستغل الذي يجب أن يضمن تبعة نشاطه الملوث وإنما أيضا المفهوم الموضوعي للمسؤولية الذي يستبعد فكرة الخطأ والذي يجد أساس الالتزام بالتعويض في فكرة الضرر [97].

لذا من خلال ما سبق، فإننا ننادي بضرورة وجود تنظيم خاص للمسؤولية عن الأضرار البيئية في القانون المدني مؤسسا على مبدأ المسؤولية بدون خطأ، وبذلك يصبح الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية متعلقا بالحالات التي لم تتناولها الأحكام الخاصة بهذه المسؤولية، ويعد هذا الاقتراح - بضرورة وضع أحكام خاصة عن تعويض الأضرار البيئية في القانون المدني الجزائري- من جملة اقتراحات أخرى منها وضع أحكام للتعويض عن هذه الأضرار في إطار القانون البيئي، ففي فرنسا مثلا ذهب الفقه منذ فترة إلى محاولة إدراج نص خاص بالأضرار البيئية ضمن القانون المدني، إلا أن هذه الفكرة ظلت مجرد اقتراح حتى صدر القانون رقم 2008/757 بشأن المسؤولية البيئية، والذي يعتبر في الحقيقة تشريع مكمل لقانون البيئة الفرنسي.

---

[97]- نفس المرجع، ص 330، 331.

الفرع الثاني: الاتجاه نحو تأسيس المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية على مبدأ الحيطة

يرى كثير من الفقه أن وظيفة المسؤولية المدنية يجب أن لا تقتصر على تغطية الأضرار السابقة وإنما تعمل أيضا على إلغاء الأخطار المستقبلية، أو بتعبير آخر أن تتطور وظيفة المسؤولية المدنية من الوظيفة التعويضية "Fonction Curative" إلى الوظيفة الوقائية أو الاحتياطية "Fonction Précaution"، ليتحول الهدف من محاولة إعادة الحال إلى ما كان عليه إلى اتخاذ تدابير الحيطة والأمان للإبقاء على الحالة كما هي عليه.

فوفق هذا المفهوم الجديد فإن مبدأ الحيطة يلعب دورا مهما، ويمكن أن يشكل أساس هذه المسؤولية نظرا لكونه يرمي أصلا لتفادي أخطار احتمالية غير ثابتة في الحاضر، لا يتوقع حصولها مستقبلا[98]، لذلك سنحاول تحديد مدلول مبدأ الحيطة أو الاحتياط، ثم الإثراء الذي يضيفه هذا المبدأ للمسؤولية المدنية.

أولا: مضمون مبدأ الاحتياط لوقوع الأضرار البيئية: تم الإعلان الرسمي لمبدأ الحيطة من خلال إعلان ريو دي جانيرو 1992 المعروف بقمة الأرض ضمن المبدأ 15 من الإعلان[99]، ويقصد به في نطاق حماية البيئة، اتخاذ جميع التدابير والاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الأضرار البيئية الجسيمة، والتي يثور شك حول إمكان وقوعها إذا ما رخص بإقامة نشاط ما، على الرغم من عدم وجود يقين علمي يؤكد هذا الشك[100].

---

[98]- يوسف الجيلالي، آثار تطبيق مبدأ الحيطة، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة الصادرة عن المخبر الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد 1 جوان 2008، ص 130.

[99]-PRINCIPE 15: "Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement". Rapport de la conférence des nations unies sur l'environnement et le développement Rio de Janeiro 3-14 juin 1992, Volume 1. Résolutions adoptées par la conférence. Nations Unies. New York 1993. A/CONF.151/26 (Vol. I).

[100]- أنظر تفصيلا:

- B. Martin, le principe de précaution en droit international de l'environnement, R.G.I.P, 1993, p. 632.
- L. Lanoy, le principe de précaution : dernières évolutions et perspectives, BDEL, 2001, p.2.

محمد صافي يوسف، مبدأ الاحتياط لوقوع الأضرار البيئية – دراسة في إطار القانون الدولي للبيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 28 وما بعدها.

أما المشرع الجزائري من خلال قانون البيئة الجديد فقد حدد مفهوم مبدأ الحيطة على أنه: "ذلك المبدأ الذي يجب بمقتضاه، ألا يكون توفر التقنيات نظرا للمعارف العلمية والتقنية الحالية سببا في تأخير اتخاذ التدابير الفعلية والمتناسبة، للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرة بالبيئة، ويكون ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة" [101].

ووفقا لهذا التعريف تتحدد الشروط التي يجب أن تتوفر حتى يمكن إعمال مبدأ الحيطة، وهي:

1. **وجود خطر ينذر بوقوع أضرار جسيمة مضرة بالبيئة:** ويقصد بالأضرار الجسيمة تلك الأضرار الماسة بالبيئة على نحو يتعذر معه إصلاحه، لعدم القدرة على إعادة الوسط الطبيعي إلى حالته السابقة بسبب زوال العنصر الطبيعي، وبذلك فإن مبدأ الحيطة لا يشمل المضار البسيطة [102].
2. **غياب اليقين العلمي عن إمكانية وقوع الأضرار التي يمكن أن تنجم عن هذا الخطر**: بمعنى أن المعطيات العلمية غير متوفرة بشكل كاف تسمح بالتثبت منه، فالخطر غير ثابت لدى العلماء والخبراء بالنظر للمعارف العلمية التي هي بحوزتهم، فبالرغم من التقدم العلمي والتقني الهائل في أساليب الكشف عن المخاطر، إلا انه يتعذر معرفة جميع التأثيرات الضارة على الصحة والبيئة كالآثار الطويلة الأجل من النفايات الكيمائية في المحيطات وآثار الجرعات المنخفضة من الإشعاع، وآثار الكائنات المحورة وراثيا[103].

كما أن عدم اليقين العلمي لا يعني أبدا عدم إمكانية إثبات الخطر المشبوه بل يتطلب الأمر إجراء المزيد من الأبحاث والتحاليل حول التأثيرات السلبية على الصحة و البيئة، ويمكن تمييز مصطلح عدم اليقين عن بعض ما يتشابه معه من معاني كالآتي:

---

[101]- المادة 06/03 من القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

[102]- وناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة دكتورة، جامعة أبي بكر بلقايد_تلمسان، جويلة 2007، ص 303.

[103]- Michel Prieur, Le Principe De Précaution, article téléchargé le: 28/07/2016 sur le site : http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/2-Prieur.pdf

المصطلحات	المعنى
اليقين	توفر المعرفة المؤكدة بالاحتمالات والنتائج
المخاطرة	توفر معرفة غير مؤكدة بالاحتمالات والنتائج
عدم اليقين (الشك)	توافر معرفة بالنتائج ووجود جهل بشكل الاحتمالات
الجهل	الجهل بالنتائج والاحتمالات

جدول من إعداد: محمد عادل عسكر، القانون الدولي البيئي [104]

ومن خلال شروط إعمال هذا المبدأ، يظهر للوهلة الأولى التعارض بين هذا الأخير ونظام المسؤولية المدنية في إطار القواعد العامة، وذلك من خلال طبيعة الأضرار القابلة للتعويض في إطار هذه المسؤولية، حيث يكون هذا الضرر محقق ومباشر وشخصي، وكل هذه الشروط منتفية تماما بالنسبة لمبدأ الحيطة، حيث يتعلق الأمر بمجرد أخطار غير محددة وغالبا ذات طابع جماعي [105].

وبالنظر إلى هذه المفارقات، يتم التساؤل عن مضمون التحديث الذي يمكن أن يضيفه مبدأ الحيطة لنظام المسؤولية المدنية، بما يسمح باتقاء حدوث الأضرار البيئية الجسيمة ؟

ثانيا: إثراء المسؤولية المدنية بواسطة مبدأ الاحتياط: في إطار تبلور الاعتراف بالمسؤولية على أساس الخطر، ضمن فروع قانونية مختلفة كقانون حماية المستهلك وقانون العمل وغيرها، نتيجة لمطالب اجتماعية بسبب تفاقم انتهاك صحة المستهلك أو العامل، وما لذلك من تبعات اقتصادية واجتماعية، فإن المحطة التالية عند البعض "Christophe Radé" ينبغي أن تكون حتمية بسبب تنامي الوعي البيئي بالحجم الكارثي الذي يمكن أن تسببه الأضرار البيئية، وكذلك آثارها الاقتصادية الوخيمة، وتكلفتها الباهظة في حالة إعادة الحال إلى ما كان عليه، خاصة أن اتجاه قواعد المسؤولية المدنية إلى احتضان مبدأ الاحتياط عن أضرار التلوث يعد تحول مهم لاتقاء المخاطر، بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه الأضرار، إذ أن اعتبار التعويض عن عدم الاحتياط كالتعويض عن الضرر الموجب للمسؤولية

[104]- محمد عادل عسكر، القانون الدولي البيئي: غير المناخ- التحديات والمواجهة، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية وبرتوكول كيوتو، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 188.

[105]- يوسف الجيلالي، مرجع سابق، ص 122.

يعد تحولا هاما بما يعزز الأثر الوقائي للمسؤولية المدنية، وقد يفسح المجال إلى الاعتراف بوجود الضرر لارتباطه بعدم احترام الملوث لمبدأ الاحتياط [106].

وفي إطار اتجاه قواعد المسؤولية المدنية لاحتضان مبدأ الاحتياط يتساءل أحد الكتاب عن سبب منع المواد المعدلة وراثيا، ويجيب بأن الأمر يتعلق بالتخوف من إلحاق ضرر بالأجيال اللاحقة، فهذا التخوف هو الذي يبعث على الاحتياط نتيجة طابع الأضرار التي يمكن أن تقع، إذ أنها لا تتعلق بشخص بل تتعلق بأضرار جماعية، قد تصيب حتى الثروة الجينية، ومن ثم يمكن أن يشكل هذا التحول مسؤولية بمفهوم الحيطة، وليبرهن على الطابع القانوني لخرق مبدأ الاحتياط يضيف الأستاذ "C.Radé" بأنه إذا كان خرق الالتزام الناشئ عن القانون موجب للتعويض، فإن خرق مبدأ الاحتياط يشكل في حد ذاته ضررا موجبا للتعويض، لأن مبدأ الاحتياط مكرس قانونا لذلك فإن مخالفته تعادل مخالفة التزام قانوني.

أما على المستوى القضائي، وإن لم يتحقق اعتراف صريح بالمسؤولية عن خطأ عدم إعمال تدابير الاحتياط وفقا للمفهوم الحديث في إطار القانون المدني، فإن الحالة بالنسبة للقضاء الإداري على العكس، إذ أصبح مبدأ الاحتياط يندرج ضمن المشروعية مما يقتضي التزام السلطة التنظيمية احترامه وهو بذلك يندرج ضمن النظام القانوني [107].

ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي تعرض لمبدأ الاحتياط[108]، بمناسبة الطعن في قرار وزير الزراعة والصيد في 05 فبراير 1998 بالموافقة على تعديل القائمة (أ) من اللائحة المتعلقة بأماكن وأنواع الزراعات في فرنسا، والتي تم إضافة ثلاثة أنواع من الذرة المحورة جينيا، وقد أصدر قرار بإلغاء قرار الوزاري للترخيص باستعمال الذرة المعدلة وراثيا على أساس أن المعلومات لم تكن كافية.

---

[106]- Christophe Radé, le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité, in RJ.E n° spéciale "le principe de précaution". 2000, p.84.

[107] - IBID, p.84.

[108] - أنظر:

CE.22 novembre 2000.N°s194348, 195511, 195576, 195611,195612-ASSOCIATION GREENPEACE FRANCE et autres.

مقتبس بتاريخ 2016/07/28، متاح على الموقع: http://www.conseil-etat.fr

وتتلخص وقائع القضية في قيام بعض الجمعيات المعنية بالبيئة وهي جمعية Greenpeace France، وجمعية Ecoropa France برفع دعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي للطعن في هذا القرار الوزاري، استندا إلى مبدأ الحيطة الوارد في القانون رقم 654/92 الصادر في 13 يوليو 1992 والمتعلق بضوابط استخدام وإطلاق الكائنات الحية المحورة جينيا، على اعتبار أن القرار قد شابه عيب في الإجراءات، يتمثل في عدم عرض البيانات الكافية بخصوص أنواع كثيرة من الذرة المذكورة على اللجنة الأوروبية، وبخاصة البيان الذي يتطلب إيضاح عناصر تقييم الآثار الضارة المحتمل حدوثها على الصحة العامة من خلال السماح بزراعة وتداول هذه الأصناف.

وقد قدر مجلس الدولة الفرنسي بأن الطعن على القرار لعيب في الإجراءات يتعلق بغياب البيانات المتعلقة بعناصر تقييم الآثار المحتمل حدوثها للبيئة يمثل دفعا جديا في ضوء الإمكانات العلمية الراهنة مما يبرر وقف تنفيذ كافة آثاره المترتبة على القرار، وعليه صدر القرار في 1998/09/25 بوقف تنفيذ القرار الوزاري لحين الفصل في مشروعيته نهائيا [109]، ليصدر بعد ذلك قرار بإلغاء قرار الوزاري للترخيص باستعمال الذرة المعدلة وراثيا على أساس أن المعلومات لم تكن كافية [110].

فإذا كان القضاء الإداري قد أدرج مبدأ ضمن رقابة المشروعية بفعل الاعتراف التشريعي بالمبدأ، فإن ذلك يدفع إلى البحث عن أهم النقاط التي تؤدي إلى تطور المسؤولية المدنية نحو الوظيفة الاحتياطية، ويكون ذلك من خلال توسيع مفهوم الأضرار القابلة للتعويض، وكذا إضفاء مرونة بخصوص علاقة السببية [111].

1. **توسيع مفهوم الأضرار القابلة للتعويض:** إن الدور الوقائي للمسؤولية المدنية يتطلب قبل كل شيء توسيع مفهوم الأضرار القابلة للتعويض، غير أحكام القانون المدني تفرض ضرورة وجود ضرر ثابت حتى يمكن التعويض عنه، ورغم ذلك فإنه يمكن تصور تطبيق مبدأ الاحتياط، وذلك بأن يفرض على القاضي الاكتفاء بوجود تهديد بوقوع مخاطر، وحتى في حالة عدم تحقق هذا الفرض فإنه يلاحظ أن **(المادة**

---

[109]- لتفاصيل أكثر حول القضية أنظر: عيد محمد مناحي المنوخ العازمي، الحماية الإدارية للبيئة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 279.

[110]- وناس يحيى، مرجع سابق، ص 309.

[111]- نفس المرجع، نفس الصفحة.

183 ق.إ.م.إ) تخول القاضي اتخاذ التدابير التحفظية في حالة توافر حالة الاستعجال[112].

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ Anne Guégan أن إدراج مبدأ الاحتياط، يستدعي إعادة مراجعة سلطات القاضي الاستعجالي لإعطاء تقدير موسع للمفاهيم المتعلقة بحالة الاستعجال ومضمون المنازعة في الموضوع من خلال إعطاء مساحة أوسع للشكوك المعزولة أو حتى الشك البسيط وكذا مفهوم الضرر الوشيك من خلال إضفاء نوع من المرونة في تقدير اليقين[113].

فالقضاء الاستعجالي نجاحه ملحوظ في ميدان حماية البيئة مقارنة بالقضاء العادي الذي يتسم بطول الإجراءات التي قد تؤدي إلى تفاقم الضرر البيئي، وذلك لما للقاضي الاستعجالي من صلاحيات منحها له القانون تمكنه من استدعاء الخصوم اليوم نفسه أو الغد، ويقع تنفيذ الأحكام الاستعجالية بعد مرور 24 ساعة من الإعلام بها، وهذا ضمان لنجاعة التصدي للأضرار البيئة ومنع تفاقمها بما قد لا يسمح بإصلاحها مستقبلا[114].

وضمن هذا السياق كرس القضاء الجزائري اللجوء إلى التدابير الاستعجالية لمواجهة خطر وشيك يؤدي إلى ضرر لا يمكن إصلاحه، في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1992/12/20 الذي قضت فيه استعجالا بوقف البناء لغرض حماية المعالم التاريخية[115].

إن هذا التكريس القضائي للطابع الاستعجال للعناصر الثقافية التي تعد جزء من حماية البيئة تعد خطوة تحتاج إلى مزيد من التوضيح في تفعيل تدخل القضاء الاستعجالي لمبدأ الاحتياط في إطار قواعد المسؤولية المدنية.

---

[112]- يوسف الجيلالي، مرجع سابق، ص 122.

[113]- وناس يحيى، ص 312، 313.

[114]- نجيبة الزاير، الحماية القضائية والقانونية للبيئة، دورة دراسية بعنوان "القانون وحماية البيئة"، المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 11/03/ 2004 ، ص 23.

[115]- إذ قدرت المحكمة العليا "أن هناك حالة استعجاليه قصوى لحماية الآثار، وأن هذه المسألة تدخل ضمن صلاحيات القاضي الاستعجالي, فإنه يتعين إلغاء أمر المستأنف، الذي قضى بعدم الاختصاص، وبعد التصدي، الأمر يوقف الأشغال لأنه ينتج قانونا عن تصنيف المعالم التاريخية كآثار وضعها تحت حماية الدولة إلى جانب شعاع للرؤية يقدر ب 500 م، ولا يمكن إقامة أي بناء جديد قبالة المعلم المصنف، ولما تم مباشرة الأشغال ضمن هذا النطاق الحمائي استدعت المسألة النظر فيها استعجالا. أنظر: وناس يحيى، مرجع سابق، ص 313.

ويتجلى هذا التوضيح في أن مبدأ الاحتياط يجب بمقتضاه، ألا يكون توفر التقنيات نظرا للمعارف العلمية والتقنية الحالية سببا في تأخير اتخاذ التدابير الفعلية والمتناسبة، للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرة بالبيئة، يعتبر نص صريح يخول القضاء تقديرا واسعا لاتخاذ التدابير الاستعجالية، حتى في حال عدم التقنيات والمعارف العلمية الكافية، وبذلك يمتلك القاضي الاستعجالي سندا قانونيا صريحا للتدخل بفعالية لمنع وقوع الأضرار البيئية المحتملة الجسيمة والمضرة [116].

2. **تليين قواعد إثبات علاقة السببية:** القواعد العامة للمسؤولية تقضي بأنه يشترط في الضرر حتى يكون قابلا للتعويض أن يكون ضررا محققا أو على وشك الوقوع، أما الضرر الاحتمالي لا يصلح أساسا للمطالبة بالتعويض فهو ضرر افتراضي [117].

وهذا ما يثير صعوبة كبيرة بالنسبة لعلاقة السببية بين الفعل المنتج والضرر، ذلك أن مبدأ الاحتياط من خلال دعمه لقواعد المسؤولية المدنية يهدف إلى تحقيق مسؤولية احتياطية عن أضرار لم تحدث بعد، كما أنها ليست مخاطر مؤكدة وإنما محتملة الوقوع، لذا فإن إقامة علاقة السببية بين النشاط الملوث واحتمال وقوع أضرار خطيرة وجسيمة، وبغض النظر عن كونها صعبة ومعقدة وتحتاج إلى خبرات علمية كبيرة، فإنها غير ممكنة في إطار القواعد الحالية للمسؤولية المدنية، لذلك فإن الفقه يقترح تخفيف طرق تقدير علاقة السببية من خلال توسع القاضي في قبول المؤشرات والقرائن المادية، ويكتفي بإقامة احتمال كاف للسببية وبذلك يصبح اليقين المشترط في العلاقة السببية نسبيا [118].

ويبدو بأن اتفاقية لوجانو لسنة 1993، قد خصصت جزء لهذا الموضوع، ففي المادة العاشرة تدعو القاضي عند تقدير علاقة السببية أن يأخذ في اعتباره الخطر المتزايد للضرر المرتبط بالنشاط الخطر [119]، وهذا يحث القضاة على أن يكونوا

---

[116] -نفس المرجع، نفس الصفحة.

[117] - عيسى مصطفى حمادين، مرجع سابق، ص 92.

[118] - وقد سمحت هذه الطريقة بإدانة صاحب مصنع يشتغل في مجال الكيمياء، لتعويض الأضرار التي أصابت فلاح مربي النحل، إذ اعتبر القضاء أنه لا يوجد سبب آخر لوفاة النحل، وأنه لا يمكن تفسير ذلك إلا بتسمم ناتج عن استقرار مادة الفليور Fluor على الأزهار. أنظر: وناس يحيى، ص 314.

[119] - Article 10 :"Lorsqu'il apprécie la preuve du lien de causalité entre l'événement et le dommage ou, dans le cadre d'une activité dangereuse définie à l'article 2, paragraphe 1, alinéa d, entre cette activité et le dommage, le juge tient dûment compte du risque accru de provoquer le dommage inhérent à l'activité dangereuse".

أقل تشددا مع الأنشطة التي قد تكون خطيرة، ففي مثل هذه الحالات قد يجب على القاضي أن يكتفي بلا أدنى شك بالاحتمالات وليس باليقين الذي يصعب غالبا على المضرور إثباته [120].

الخاتمة

قامت هذه المداخلة بدراسة دور قواعد القانون المدني الجزائري في حماية البيئة ضماناً للأجيال الحالية والمقبلة، وهي على هذا النحو توصلت للنتائج الأساسية التالية:

1. إن إقامة المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في إطار التشريع الجزائري تخضع لمجموعة من الصعوبات التي تحد حاليا من دورها في حماية البيئة، فلاحظنا أن مختلف الأسس التي تبنى عليها المسؤولية التقصيرية تبقى قاصرة عن الإلمام بكافة الجوانب والظروف المحيطة بالضرر البيئي، سواء في إطار المسؤولية الخطئية في صورتها الواجبة الإثبات (المادة 124 مدني)، أو في صورتها المفترضة (المادة 138 مدني)، أو في إطار المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة المرتبطة بالملكية في القانون الجزائري (المادة 691 مدني).

2. فيما يخص طرق تعويض الأضرار البيئية رأينا أن التعويض العيني بإعادة الحال إلى ما كان عليه يمثل العلاج البيئي الوحيد الأكثر ملائمة لهذه الأضرار، وعلى الرغم من أن المادة 02/132 مدني قد نصت على إعادة الحال إلى ما كان عليه كشكل من أشكال التعويض العيني إلا أن هذا النص خلا تماما من أي تفاصيل تتعلق بخصوصية إعادة الحال في المسائل البيئية على عكس ما ورد تفصيلا في القوانين الأوروبية التي أوضحت المقصود بإجراءات عملية إعادة الحال إلى ما كان عليه ووسائل تحقيق الإعادة.

3. غياب لمعايير تقدير قيمة التعويض النقدي للضرر البيئي في القانون المدني الجزائري، إذا يصادف القاضي العديد من الصعوبات التي تعترضه بخصوص تقييم هذا النوع من الأضرار في ظل نقص إن لم نقل غياب المعايير التي يستند إليها

Voir: Convention Lugano On Civil Liability For Damage RESULTING From Activities Dangerous To The Environment, op. cit.,.

[120] نبيلة إسماعيل رسلان، المسؤولية المدنية عن الإضرار بالبيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 108.

القاضي المدني لتقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب الموارد الحيوية للبيئة أو المواقع الطبيعية أو الفصائل الحيوانية والنباتية.

وهكذا يمكن أن نتوصل إلى أن مساهمة قواعد المسؤولية في القانون المدني يبقى محدود جدا في سبيل التعويض عن الأضرار البيئية الأمر الذي يستوجب إصلاحها وتدعيمها بآليات حديثة تتناسب مع هذه الخصوصيات من خلال ما يلي:

1. ضرورة تطوير وتحديث قواعد المسؤولية والتعويض في القانون المدني لتتلاءم مع الطبيعة الخاصة للأضرار البيئية سواء تعلق الأمر بشروط الفعل المسبب للضرر أو بالنسبة للضرر ومفهوم علاقة السببية بينهما، ويتحقق هذا التحديث في الحقيقية من خلال وضع تشريع خاص بأحكام المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

وبذلك يصبح الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية متعلقا بالحالات التي لم تتناولها الأحكام الخاصة بهذه المسؤولية، ويعد هذا الاقتراح - بضرورة وضع أحكام خاصة عن تعويض الأضرار البيئية في القانون المدني - من جملة اقتراحات أخرى منها وضع أحكام للتعويض عن هذه الأضرار في إطار القانون البيئي، ففي فرنسا مثلا ذهب الفقه منذ فترة إلى محاولة إدراج نص خاص بالأضرار البيئية ضمن القانون المدني، إلا أن هذه الفكرة ظلت مجرد اقتراح حتى صدر القانون رقم 2008/757 بشأن المسؤولية البيئية، والذي يعتبر في الحقيقة تشريع مكمل لقانون البيئة الفرنسي.

2. ندعو المشرع إلى صياغة قواعد للتأمين الإجباري من المسؤولية عن الأضرار البيئية لاسيما على المنشآت المصنفة، نظرا لما يحققه هذا النوع من التأمين من مزايا عديدة، ويجب على المشرع، عند تدخله أن يحدد على وجه الدقة، الأضرار التي يغطيها التأمين الإجباري والوقائع التي من الممكن تترتب عليها تلك الأضرار وكذلك مدة التغطية التأمينية، والأساس الذي يحدد على ضوءه قيمة قسط التأمين ومبلغ الضمان الذي تلتزم شركة التأمين بدفعه للمضرورين، وكذا قيمة المبالغ التي تدفع للمؤمن له نظير ما أنفقه من مصروفات منع وإزالة التلوث.

تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري الالتزامات أنموذجا

د.شوقي بنّاسي: أستاذ محاضر
كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

لقد طُرح، بعد الاستقلال مباشرة، مشكل القانون الواجب التطبيق، وقد رأت السلطات الجزائرية، آنذاك، أنه من الحكمة تمديد العمل بالقوانين الفرنسية مؤقتا، ما لم تتعارض مع السيادة الوطنية، في انتظار إصدار قوانين تعبّر عن هوية المجتمع الجزائري، غير أن هذه المهمة لم تكن سهلة باعتبار أن معظم رجال القانون كانوا من خرّيجي المدرسة الفرنسية، من جهة أولى، وأن الشريعة الإسلامية لم تكن مدوّنة في شكل تقنينات على الطريقة الغربية من جهة ثانية، وأن مراعاة الأعراف المحلية يتنافى مع السعي لإقامة وحدة وطنية من جهة ثالثة، وأن السلطة قد اختارت التوجّه الاشتراكي من جهة رابعة. إن مشكل القانون الواجب التطبيق طُرح بشدة، بخصوص القانون المدني، على أساس أن قانون نابليون قد بقى ساري المفعول إلى غاية صدور القانون المدني سنة 1975، وطيلة هذه الفترة كانت السلطات تمجّد الاشتراكية، وتدعو إلى احترام القيم العربية – الإسلامية. ويبدو في نهاية المطاف أن المشرع قد بقي وفيا لتصوّرات قانون نابليون ومبادئه وقواعده، على أن صياغة مواده قد جاءت نقلا شبه حرفي للقانون المدني المصري باعتباره كان رائدا للقوانين العربية في تلك الفترة.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني – الالتزامات – قانون نابليون– التصوّر الليبرالي – النزعة الذاتية – القانون المصري – الشريعة الإسلامية – الأعراف المحلية – الأصالة – النزعة الموضوعية.

Résumé

Juste après l'indépendance l'Algérie s'est trouvée devant un vide juridique. Les autorités algériennes ont alors estimé qu'il serait sage de reconduire temporairement l'application de la législation française à l'exception de celle portant atteinte à la souveraineté nationale en attendant la promulgation de lois algériennes. Cette tâche n'était pas aisée du fait que la plupart des juristes étaient de formation française ceci d'une part, et que d'autre part, la loi islamique était incompatible avec les lois occidentales, sans oublier les difficultés pour la prise en considération des coutumes. Par ailleurs, la reconduction de la législation française jusqu'en 1975 était en contradiction non seulement avec l'option socialiste , mais également avec les valeurs arabo-islamiques. Le législateur, est resté malgré tout fidèle aux principes et aux règles du code napoléonien, alors que la rédaction des articles est en fait une reproduction presque identique du code civil égyptien ; celui-ci étant considéré à l'époque comme le modèle type des législations arabes.

Mots clefs : code civil- obligations- code napoléonien –conception libérale- conception subjective- droit égyptien – Chari'a islamique- les coutumes locales – authenticité- conception objective.

مقدمة

يُعرّف القانون – عند عامة الفقهاء – على أنه مجموعة القواعد التي تنظّم المجتمع على وجه ملزم[1]. ويظهر من هذا التعريف البسيط أن القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي، ولكن يجب ألا نتوقّف عند هذا الحدّ، بل لابدّ من

[1]-محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج 1 الوجيز في نظرية القانون، ط 18 ، دار هومة، 2011، ص 17. عبد الحميد بن شنيتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج 1 القاعدة القانونية، مطبعة حسناوي، 2008، ص 20. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون. النظرية العامة للقانون، دار هومة، 2006، ص 6.

الذهاب إلى أبعد من ذلك، ونعترف أن القاعدة القانونية، في الحقيقة، تتفاعل مع المجتمع، إذ تأتي لتنظيمه فعلا، ولكن في نفس الوقت يعمل المجتمع على بلورتها في شكل معين، ومن ثم فهي وليدة البيئة الاجتماعية التي نشأت فيها، بل هي مرآة المجتمع التي تعبّر عن أوضاعه السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية. إن القانون مشروع حضاري، في حد ذاته، يجسّد ذاتية الأمة بين الأمم الأخرى، ويترجم هُويّتها، ويبرز شخصيتها، ويربط بين ماضيها وحاضرها، وبعبارة موجزة يحقّق أصالتها بين الحضارات والأمم والشعوب[2]. وهذا ما يبرّر اختلاف القوانين من مكان إلى آخر، ومن زمان إلى آخر، فما قد يصلح في بلد معين قد لا يصلح في بلد آخر، وما صلُح في زمان معين قد لا يصلح في زمان آخر. وصدق الفقيه الإيطالي باسكال مانشيني (1817- 1888) عندما قال: "القوانين ثياب فُصّلت لأمة معينة، فلا تصلح لأمة أخرى"[3].

لقد كانت الجزائر، قبل الاستعمار الفرنسي، خاضعة للحكم العثماني، وكان العثمانيون، آنذاك، يمثلون الخلافة الإسلامية، ومن ثم كانت الشريعة الإسلامية أساس التشريع على كل المستويات، ويبدو أنه كان هناك تعايش سلمي بين ثلاثة مذاهب إسلامية: المذهب المالكي الذي كان السائد، من قبل، في الجزائر، والمذهب الحنفي الذي تتبناه رسميا الخلافة العثمانية، إلى جانب المذهب الإباضي المعروف عند الميزابيين في منطقة غرداية منذ عهد بعيد ، دون أن ننسى الأعراف المحلية التي كانت منتشرة بقوة في ربوع الوطن، سواء كانت موافقة للشريعة الإسلامية أو مخالفة لها. وبعد ضعف الخلافة العثمانية وقعت الجزائر ضحية الاحتلال الفرنسي، سنة 1830م، الذي حاول، منذ الوهلة الأولى، طمس الهُويّة الجزائرية بمختلف الوسائل القمعية غير المشروعة، فاستبعد الشريعة الإسلامية من مجال التطبيق – والتي كانت تحكم كل مناحي الحياة - وجلب قوانينه الغريبة عن تقاليد المجتمع الجزائري العريقة، ودينه الإسلامي الحنيف، وأعرافه المحلية، وعاداته

---

[2]- " إن القانون وليد البيئة الاجتماعية، يترجم حضارة المجتمع، ويجسّد المشروع السياسي المرغوب فيه... يعتبر القانون واقعا حضاريا لأن القواعد القانونية المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع تحدّد على أساس الظاهرة الدينية، والاجتماعية، والثقافية، والعلمية، والأخلاقية، والتقنية، والأدبية، والفنية التي يتميّز ويختص بها كل المجتمع. ومجموع هذه الميزات التي تختلف من مجتمع إلى آخر، ومن عصر إلى آخر هي التي تكوّن الحضارة". علي فيلالي، مقدمة في القانون، ط 2 ، موفم للنشر، 2010، ص 14.

[3]- لهذا طالب بعض الفقه أن يكون للجزائر قانون مدني يعبّر عن شخصيتها. "ولذا فقد كان من المحتوم أن يكون للجزائريين قانون يترجم عن تاريخهم ومقوماتهم وتقاليدهم وعروبتهم ودينهم الإسلامي". علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 5.

الأصيلة، وحارب، بكل شراسة، اللغة العربية – لغة الشريعة الإسلامية – وأحلّ محلّها لغته الفرنسية المجهولة عند عامة الشعب الجزائري آنذاك[4]، مع أنه قد جاء في المعاهدة المبرمة بين الداي حسين باشا والكونت دي بورمون بتاريخ 5 جويلية 1830 أنه: "تبقى **الديانة المحمدية حرة**، ولن ينال من حرية السكان من جميع الطبقات ولا من **دياناتهم** وممتلكاتهم وتجارتهم وصناعتهم"[5].

لقد كان لزاما على السلطات الجزائرية، غداة الاستقلال، إحداث ثورة تشريعية تتمثل في إصدار قوانين تعبّر عن مشروعها السياسي، وتوجّهاتها الاقتصادية، ومعتقداتها الدينية، وفلسفتها الأخلاقية، ومكاسبها الثقافية، وأوضاعها الاجتماعية، من أجل إعادة الاعتبار لمكونات الهوية الجزائرية، من أجل تجسيد أصالة القوانين الجزائرية، لاسيما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واحترام الأعراف المحلية التي كانت سائدة في ربوع الوطن قبل دخول الاستعمار، وهو ما كانت تؤكّده السلطات لاسيما بالنسبة للشريعة الإسلامية[6].

إن هذه المهمة الخطيرة لم تكن بالأمر البسيط، الذي يتحقّق بجرة قلم، بين عشية وضحاها، في ظل عدم توافر الأدوات العلمية والعملية التي تساهم فعلا في تجسيد هذه الأمنية واقعيا، على الأقل من نواح ثلاث:

من **ناحية أولى** عدم توافر العنصر البشري الذي يحقّق أصالة القوانين، إذ أن أغلب رجال القانون – من قضاة ومحامين وأساتذة - كانوا من خرّيجي المدرسة الفرنسية المتأثرين بمبادئ القانون المدني الفرنسي، وأسسه النظرية، وحلوله العملية، وتصوّراته الفلسفية، واصطلاحاته الفنية، وتكييفاته القانونية.

ومن **ناحية ثانية** كانت السلطات تسعى إلى تحقيق الوحدة الوطنية، في حين أن العودة إلى احترام الأعراف المحلية المنتشرة عبر الوطن لم تكن تتماشى مع هذا

4- « *Les autorités coloniales françaises avaient nié pratiquement tous les aspects de la culture algérienne,* ***en s'attaquant non seulement à la langue arabe…mais aussi à la religion musulmane*** ». A. Filali, *Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit Algérien*, in Annales de l'Université d'Alger, numéro spécial, 2012, p.93.

5 -جمال قنان، نصوص سياسية جزائرية في القرن التاسع عشر (1830 - 1914)، ج 3، منشورات وزارة المجاهدين، 2009، ص 368.

6- « *La législation de chaque nation…est l'émanation de son présent et de son passé…****ce qui s'entend pour l'Algérie, d'un retour aux sources du droit musulman*** *et une adaptation aux besoins et aux objectifs de notre législation socialiste* ». Cité par Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, RASJEP, 2013, n°1, p.25.

الهدف، ذلك أن هذه الأعراف كانت تختلف من منطقة إلى أخرى، وهي بطبيعتها غير مدوّنة مما قد يؤدي إلى عدم الاستقرار في وطن خرج من حرب طويلة.

ومن **ناحية ثالثة** لم يكن عامل الزمن في صالح السلطات، إذ كانت البلاد في حاجة ماسة إلى قوانين تضبط المجتمع، في حين أن الشريعة الإسلامية لم تكن مدوّنة في شكل تقنينات على الطريقة الأوروبية يسهل تطبيقها فورا، خاصة وأنه قد طرأت على المجتمع متغيرات كثيرة منذ العهد العثماني، مرورا بالاحتلال الفرنسي، إلى غاية الاستقلال.

يبدو أن المشرع قد راعى هذه الظروف جميعا، غداة الاستقلال، ومن ثم لم يجد مفرا من تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول ما لم تمس بالسيادة الوطنية، وهو ما جسّده، فعلا، القانون رقم 62- 157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962[7]، وقد اعتبره بعض الفقه الجزائري جزأرة للقانون الفرنسي[8]. ومع ذلك، والحق يقال، فإن المشرع لم يبق مكتوف الأيدي، بل عمل على إصدار جملة من القوانين الجزائرية، في فترة الستينات، منها: قانون التنظيم القضائي، قانون الإجراءات المدنية، قانون الإجراءات الجزائية، قانون العقوبات، إلى غير ذلك من القوانين، ولكن هذه القوانين كانت - هي الأخرى - متأثرة أشد التأثر بالنموذج القانوني الفرنسي، ومن ثم فإن القطيعة مع القانون الفرنسي لم تقع، بل تأكّدت الصلة أكثر فأكثر. وبالنسبة للقانون المدني – وهو محور القانون الخاص – فقد تأخّر صدوره إلى غاية 1975، ومن ثم بقي القانون المدني الفرنسي هو الساري المفعول.

إن انتشار الأفكار الإشتراكية، في تلك الفترة، ومناداتها بالعدالة الاجتماعية، وحماية الفئات الضعيفة، ومنع استغلال الإنسان لأخيه الإنسان،

---

[7] - وقد جاء في عرض أسباب هذا القانون:

« ***Les circonstances n'ont pas encore permis de doter le pays d'une législation conforme à ses besoins et à ses aspirations****. Mais il n'est pas possible de laisser le pays sans loi…C'est pourquoi, il y a lieu de reconduire la législation en vigueur au 31 décembre 1962, sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale algérienne jusqu'à ce que l'assemblée nationale puisse donner au pays une législation nouvelle* ». JORA, n°2 du 11-01-1963.

[8]- « *Au lendemain de l'indépendance, la question du droit applicable s'est inévitablement et rapidement posée. Elle a été réglée par une loi du 31 décembre 1962* ***qui a algérianisé le droit français en vigueur en Algérie****…* ». A. Bencheneb, *Le droit algérien des contrats*, AJED, 2011, p.23.

ومحاربة الإمبريالية، كانت ذات تأثير كبير على ذهنية المشرع جعلته يعتقد أن السبيل الوحيد لإقامة مجتمع جزائري عصري يعيش في رفاهية وازدهار لن يتحقق إلا من خلال السير على المنهج الاشتراكي اعتقادا وسلوكا، ولاشك أن القانون هو الوسيلة المثلى التي تحدث هذا التغيير الجذري في المجتمع، ويبدو أن مثل هذا الاختيار يقتضي التضحية بالأعراف المحلية لكونها لا تتماشى مع الوحدة الوطنية، والإعراض عن أحكام الشريعة الإسلامية لكونها تتعارض والعصرنة، وكل هذا أدى إلى الابتعاد عن عنصر الأصالة في صياغة القوانين التي تحكم المجتمع الجزائري، وهو ما جعل بعض كبار العلماء ينددون بالابتعاد عن الشريعة الإسلامية والجري وراء المذاهب الأجنبية[9].

إن ما يمكن أن يُسجّل في تلك الفترة (1962- 1975) هو تلك المفارقة العجيبة بين الخطاب السياسي والقانون المدني الفرنسي الساري المفعول وأحكام الشريعة الإسلامية، فالأول كان مشبعا بالتوجّه الاشتراكي القائم على تقديس الجماعة على حساب الفرد، أما الثاني فكان مجسّدا للتوجّه الليبرالي القائم - على النقيض من ذلك - على تقديس الفرد على حساب الجماعة، في حين أن الشريعة الإسلامية تقيم توازنا محكما بين الأمرين. وهكذا ضاعت أصالة التشريع الجزائري بين توجّه اشتراكي يجسّد أفكار الدول الشيوعية ولا صلة له بالهوية العربية الإسلامية، وتوجه ليبرالي يجسّد أفكار المستعمر ولا صلة له بالواقع الجزائري.

بل إن السلطات الجزائرية قد أصدرت في تلك الفترة بعض القوانين التي أوجدت عدم انسجام بين القانون المدني الفرنسي الساري المفعول والتشريعات الخاصة، فكانت هذه الأخيرة بحق إعادة نظر حقيقية في أحكام القانون المدني، من ذلك الأمر رقم 70-91 المتضمن مهنة التوثيق[10] إذ ألزمت المادة 12 منه إضفاء

---

[9]- انظر في التنديد بالإشتراكية: بيان 16 أفريل 1964 للشيخ العلامة البشير الإبراهيمي جاء فيه: "... ولكن المسؤولين – في ما يبدو – لا يدركون أن شعبنا يطمح قبل كل شيء إلى الوحدة والسلام والرفاهية، **وأن الأسس النظرية التي يقيمون عليها أعمالهم، يجب أن تنبعث من صميم جذورنا العربية الإسلامية، لا من مذاهب أجنبية...**". آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي، ج 5، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1997، ص 317. انظر كذلك: عبد اللطيف بن علي السلطاني، المزدكية هي أصل الإشتراكية، 1974.

[10]- أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن تنظيم التوثيق. ج ر 1970، العدد 107.

الطابع الرسمي على جملة من العقود[11]، مما يعدّ إعادة نظر في مبدإ الرضائية. ومن ذلك الأمر رقم 74-15 المتعلق بإلزامية تأمين السيارات[12]، إذ ألزمت المادة الأولى منه كل مالك مركبة بالاكتتاب في عقد التأمين[13]، مما يمس بمبدإ الحرية التعاقدية[14]. بل إن السلطات الجزائرية قد سعت، في هذه الفترة، إلى إصدار قوانين تعمل على تشييد المجتمع الاشتراكي، مما جعلها لا تتماشى مع القانون المدني الفرنسي الساري المفعول آنذاك. من ذلك، الأمر رقم 71-73 المتضمن قانون الثورة الزراعية[15]، والأمر رقم 71-74 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات[16].

لقد كانت الذكرى العاشرة للاستقلال مناسبة كبيرة للمناداة بضرورة جزأرة القانون، وفاء للمنهج الاشتراكي الذي اختارته السلطة آنذاك، من أجل إحداث القطيعة مع القانون الفرنسي، وكانت نتيجة ذلك صدور الأمر رقم 73-29 المؤرخ 5 جويلية 1973[17] الذي يلغى قانون 31 ديسمبر 1962 ابتداءً من 5 جويلية 1975[18]. وفي ظل هذه الظروف جرى التحضير لإصدار القانون المدني، وقد تكفّلت بذلك مجموعة من قضاة وزارة العدل المتأثرين بالثقافة القانونية الفرنسية، وقد وضعوا نصب أعينهم، حسب ما جاء في وثيقة عرض الأسباب،

---

[11]- **تنص المادة 12**: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، **يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق**".

[12]- أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 يناير 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار. ج ر 1974، العدد 15، مؤرخة في 19 فبراير 1974.

[13]- نصت **المادة الأولى**: "كل مالك مركبة **ملزم بالاكتتاب في عقد تأمين** يغطي تلك الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير وذلك قبل إطلاقها للسير".

[14]-Gh. Lahlou-Khiar, *Le droit civil algérien, cinquante ans après l'indépendance : un droit qui reste à construire*, in Algérie cinquante ans après. La part du droit, Ouvrage collectif sous la direction de W. Laggoune, éd AJED, 2013, p.235.

[15]- أمر رقم 71-73 مؤرخ في 08 نوفمبر 1971 يتضمن بالثورة الزراعية. ج ر 1971، العدد 97، مؤرخة في 30 نوفمبر 1971.

[16]- أمر رقم 71-74 مؤرخ في 16 نوفمبر 1971 يتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات. ج ر 1971، العدد 101، مؤرخة في 13 ديسمبر 1971.

[17]- وقد جاء في عرض أسباب هذا القانون ما يلي: "- ونظرا إلى أن الاستمرار في تطبيق تشريع مفروض على بلدنا يتنافى مع **الاختيار الاشتراكي**، وبما أن هذا التشريع يحمل أيضا العلامة الثابتة من الإيحاء والروح الاستعماريين وكذلك الميز العنصري والاجتماعي. – ونظرا إلى أن استمرار العمل بهذا القانون يقف عثرة في سبيل السير الحسن والسريع إلى تشييد **مجتمع اشتراكي**... –ونظرا إلى إلغاء القانون رقم 62- 157 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1962 يشكل، بناء على ما تقدّم، ضرورة مطلقة وواجبا حتميا ومقدّسا للسلطة الثورية التي عمدت إلى **ثورة اشتراكية** للشعب وإلى أجل الشعب...". ج ر 1962، العدد 62، مؤرخة في 3 غشت سنة 1973.

[18]- نصت المادة 4: "يدخل هذا الأمر في حيز التنفيذ اعتبارا من 5 يوليو سنة 1975...".

تحقيق هدف مزدوج: الاستلهام من القيم العربية الإسلامية من جهة، والاستفادة من الإسهامات الإيجابية للعالم المعاصر من جهة أخرى[19]. وبعبارة أخرى أرادوا تحقيق الأصالة والمعاصرة للقانون المدني، وهو هدف لن يتحقق إلا من خلال الاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية والأعراف المحلية (الأصالة)، ومسايرة التشريعات المدنية الحديثة (المعاصرة)[20]. ولاشك أن مثل هذا الأمر يتطلّب ثورة تشريعية تحدث القطيعة النهائية مع القانون المدني الفرنسي، ولكن يبدو أن رغبة واضعي القانون المدني لم تكن تصبّ في هذا الاتجاه، إذ جاء صراحة في وثيقة عرض الأسباب أن الأمر لا يتعلق بوضع قانون مؤسّس على قواعد جديدة، وإنما يتعلّق أكثر بقانون سهل التطبيق[21].

إن قراءة نصوص القانون المدني تكشف لنا الفارق الشاسع، بل التناقض الواضح بين وثيقة عرض الأسباب ونصوص القانون المدني، فلم تكن الشريعة الإسلامية المصدر المادي الذي استمد منه المشرع أفكاره، ولم تُراع إطلاقا الأعراف المحلية، بل كان رائده قانون نابليون بمبادئه وتصوّراته واصطلاحاته وفلسفته، وكانت صياغة مواده – عموما - نقلا حرفيا من القانون المدني المصري باعتباره كان النموذج الأمثل الذي اقتدت به القوانين العربية آنذاك، بل الأكثر من هذا قد جاءت روحه مخالفة لتصوّرات الفقه الإسلامي، بل ومعارضة، في بعض الجزئيات، لاختيارات المذهب المالكي السائد في الجزائر.

ويظهر لنا أن واضعي القانون المدني قد اعتمدوا، أساسا، النسخة الفرنسية للقانون المدني المصري، ثم قاموا بتعديلها من خلال حذف بعض الأحكام وفي نفس الوقت إضافة أحكام مهمة من قانون نابيلون وبعض قرارات الاجتهاد

---

[19] - جاء في وثيقة عرض أسباب القانون المدني:

« *Il restait cependant à compléter cet important édifice par l'adoption d'un Code civil dont* ***l'inspiration devait être rechercher dans nos valeurs arabo-islamiques ainsi que dans les apports positifs du monde-moderne dans lequel évolue notre société*** ».

[20] - من بين الأهداف التي دوّنها بيان أول نوفمبر 1954 : "إقامة الدولة الجزائرية الديمقراطية الاجتماعية ذات السيادة **ضمن إطار المبادئ الإسلامية**".

[21] -: « *…il importe de rappeler que le but recherché par le législateur n'a pas été d'établir une codification classique…****ni de concevoir un Code fondé sur des bases nouvelles à découvrir et à formuler. Il s'agit beaucoup plus…d'élaborer un texte de grande portée pratique…*** ».

القضائي الفرنسي، ثم استعانوا في الترجمة إلى اللغة العربية بالنسخة العربية للقانون المدني المصري، فجاء القانون المدني وفيا للتصوّرات الكبرى لقانون نابليون – بحكم أن القانون المصري هو الآخر متأثر بقانون نابليون -، ونقلا شبه حرفي للقانون المدني المصري[22].

إن مما لاشك، في اعتقادنا، أن النص الأصلي للقانون المدني هو النص الفرنسي بدليل: من **ناحية أولى** أن واضعيه كانوا من ذوي الثقافة القانونية الفرنسية. ومن **ناحية ثانية** أن أغلب الأخطاء موجودة في النص العربي وليس في النص الفرنسي. ومن **ناحية ثالثة** أن بعض الفقرات سقطت من النص العربي وهي موجودة في النص الفرنسي. ومن **ناحية رابعة** أن تعديل 2005 حرص على تصحيح النص العربي من خلال الرجوع إلى النص الفرنسي[23].

وهكذا ضاعت أصالة القانون المدني الجزائري بين تقليدٍ لقانون نابليون، نتيجة التأثر الكبير بقانون المستعمر الفرنسي **(I)**، ونقلٍ شبه حرفي من القانون المدني المصري - المتأثر هو الآخر بقانون نابليون – نتيجة اعتبار القانون المصري، آنذاك، - بحكم الانتماء للعالم العربي - رائدا في هذا المجال **(II)**[24].

I- القانون المدني: تقليدٌ لقانون نابليون

وُضع قانون نابليون سنة 1804 وقد جاء متأثرا بالقانون الروماني إلى حدّ معين من حيث المصطلحات المستعملة، والمفاهيم المقرّرة، والتصوّرات المتبعة، والميكانيزمات المعمول بها، لهذا يصنّف ضمن النظام القانوني الرومانو-

---

[22] -انظر تقريبا في نفس المعنى: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 205.

[23] -انظر تقريبا في نفس الاتجاه:

D. Zennaki, *La fiabilité de la traduction des textes juridiques en Algérie*, in Annales de l'Université d'Alger, numéro spécial, 2012, p.170.

[24] - ومع ذلك هناك بعض الفقه الجزائري من يرى عكس هذا تماما، إذ كتب الأستاذ بلحاج العربي يقول: "**جاء القانون المدني الجزائري خطوة أصيلة**، متضمنا أحكاما جديدة، كرد فعل وطني للاستقلال عن القانون المدني الفرنسي، متأثرا بعوامل التطور وظروف البلاد ومقتضياتها. **ومن هنا فإنه من الخطإ العلمي الاعتقاد، بأن التقنين المدني الجزائري منقول حرفيا عن القانون المدني الفرنسي أو القانون المدني المصري**...". بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1 المصادر الإرادية. العقد والإرادة المنفردة. دار هومة، الجزائر، 2014، ص 71. ويبدو أن الكاتب قد تراجع عن حكمه السابق، إذ يقول في موضع آخر من كتابه: "ونلاحظ في هذا الشأن أن القانون المدني الجزائري **اعتمد على الكثير** من القواعد الواردة في القوانين المقارنة المعاصرة، **وخصوصا ما جاء في القانون المدني الفرنسي من جهة، وعلى تجربة القانون المدني المصري شديد التأثر بالقانون المدني الفرنسي**...". المرجع السابق، ص 76.

الجرماني[25]. وقد كُتب لقانون نابليون الانتشار الواسع في العالم الغربي والعربي والإفريقي على حد سواء. ويبدو أن تخلي السلطات الجزائرية، بعد الاستقلال، عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتمديدها العمل بالقوانين الفرنسية، بموجب قانون 31 ديسمبر 1962، كان له أثره البالغ على التشريع الجزائري عموما، والقانون المدني (لاسيما قانون الالتزامات) خصوصا[26]، فلم يجد قضاة وزارة العدل المكلّفون بوضع القانون المدني سوى النموذج الفرنسي ممثلا في قانون نابليون بحكم تأثرهم بالثقافة القانونية الفرنسية[27]، - وكذا النسخة الفرنسية للقانون المدني المصري المتأثر هو الآخر بقانون نابليون - ومن ثم كان القانون المدني تقليدا لتصوّرات قانون نابليون مما أبعده عن أحكام الفقه الإسلامي **(1)**، بل وكان تقليدا لجوهر قانون نابليون، الأمر الذي منعه من كل إبداع **(2)**.

1- تقليد تصوّرات قانون نابليون: ابتعادٌ عن تصوّرات الفقه الإسلامي

لاشك أن لكل قانون تصوّرات ينطلق منها من أجل تجسيدها في شكل نصوص عامة ومجردة تنظّم المجتمع المتواجد في مكان معين وفي زمان معين، وكلما كانت هذه التصوّرات نابعة من الأفكار التي يؤمن بها ذلك المجتمع كان القانون فعّالا محققا للنتائج التي وضع من أجلها. لقد جاء قانون نابليون مرتبطا بجذوره الأوروبية ممثلة في القانون الروماني، ومتصلا بأصوله الدينية ممثلة في القانون الكنسي[28]، ومعبّرا عن روح الثورة الفرنسية القائمة على أفكار المساواة والإخاء والحرية[29]. وقد جسّد قانون نابليون، لاسيما في الالتزامات، تصورين

---

[25]-Ph. Malaurie, *Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui*, JCP. G, 2000.I.246.

[26] - يقول الأستاذ علي بن شنب عن قانون 31 ديسمبر 1962:

« *Cette loi de sagesse dans des circonstances délicates,* ***n'es pas restée sans impact sur le droit des obligations*** ». A. Bencheneb, op. cit., p.24.

[27] - يقول الأستاذ علي فيلالي في تقرير هذه الحقيقة:

« *Faut-il préciser d'ailleurs, que les juristes algériens qui avaient en charge l'élaboration des nouveaux textes dans le cadre de l'algérianisation du droit algérien* ***avaient été formés pour la plupart dans la culture juridique française*** ». A. Filali, *Bilinguisme et bi juridisme, l'exemple du droit Algérien*, op. cit., p.100-101.

[28]-F. Terré, Y. Lequette et Ph. Simler, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd, Dalloz, 2013, p.38.

[29] - انظر، برنار غروتويزن، فلسفة الثورة الفرنسية، ترجمة عيسى عصفور، منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت – باريس، 1982.

مهمين هما على التوالي: التصوّر الليبرالي والتصوّر الذاتي، وقد جاءت نصوص القانون المدني الجزائري – تقليدا لقانون نابليون –، على الرغم من اختلاف المعطيات على عدة مستويات، مجسدة لهذين التصوّرين، فتبنى المشرع الجزائري التصوّر الليبرالي (أ)، والتصوّر الذاتي (ب)، وأعرض عن أحكام الفقه الإسلامي التي تغلب عليها النزعتان الاجتماعية والموضوعية.

أ- تجسيد التصوّر الليبرالي لقانون نابليون

ينطلق التصوّر الليبرالي من فكرة فلسفية وهي أن للفرد حقوقا طبيعية تولد معه، فالقانون لا يقرّر هذه الحقوق وإنما يعمل على المحافظة عليها. وعلى هذا الأساس فإن الأفراد أحرار في تنظيم المبادلات الاقتصادية دون تدخل الدولة في ذلك، وحتما ستكون هذه المبادلات عادلة لأنها تمت بإرادة هؤلاء الأفراد، فمن قال عقدا قال عدلا، ومن ثم فإن تدخل الدولة لا يكون إلا في حالات استثنائية تتعلق أساسا بالنظام العام. وهذا ما يبرر أن كثيرا من قواعد القانون المدني تكون في صيغة قواعد مكملة وتفسيرية، ونادرا ما توجد قواعد آمرة[30].

يرى الفقه الفرنسي أن قانون نابليون كان مجسّدا لهذا التصوّر الليبرالي يظهر ذلك بقوة في قانون العقود، من خلال تبني هذا القانون – ولو جزئيا - لمبدإ سلطان الإرادة مع ما نتج عن هذا المبدإ من نتائج قانونية في غاية الأهمية سواء فيما يتعلّق بتكوين العقد أو تنفيذه[31].

إن القراءة البسيطة لنصوص القانون المدني الجزائري - لاسيما فيما يخص المواد المتعلقة بقانون العقود - تكشف لنا بكل وضوح مدى تأثره الكبير بالتصوّر الليبرالي الموروث عن قانون نابليون[32]، فقد أعطى دورا كبيرا للإرادة في تكوين العقد وتحديد آثاره[33].

---

[30]-F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p.33.

[31]-« *Ces deux idées philosophiques de l'autonomie de la volonté et économique du libéralisme vont inspirer directement une conception du contrat dominé par le rôle de la volonté individuelle et par le principe de liberté en même temps que par le respect de la parole donnée, ce qui se traduit sur le plan juridique par un certain nombre de principes directeurs* ». Y. Buffellan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 14e éd, Sirey, 2014, p.237.

[32] -يرى الأستاذ علي فيلالي أن "الأحكام المستمدة من المذهب الاشتراكي تتمثل في مادة وحيدة هي المادة (692) وهي غير قابلة للتطبيق". الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 3، موفم للنشر، 2013، ص 21، هامش رقم 3. وفي اعتقادنا توجد، إلى غاية اليوم، مواد أخرى مستمدة من المذهب الاشتراكي وهي المواد من 677 إلى 681 مدني، وهي تتحدث عن حق الإدارة في استخدام الثروة العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع لأصحابها، وعلى حقها في التأميم بقوة القانون، وعلى حقها في الاستيلاء على الخدمات وعلى الأموال لضمان سير المرافق العمومية مقابل تعويض اتفاقي أو قضائي. وجدير بالذكر أن المواد 679- 681

إن هذه الإرادة كفيلة بإنشاء العقد دون حاجة إلى اتباع شكليات معينة، وهو ما يعبّر عنه بمبدإ الرضائية، وفي هذا المعنى نصت المادة 59 مدني: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما[34] المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". وهو ذات المبدأ الذي يأخذ به الفقه الإسلامي، فكل ارتباط بين الإيجاب والقبول ينشئ العقد دون حاجة إلى شكليات معينة، ولكن في مقابل ذلك قيّد الفقه الإسلامي هذا المبدأ بجملة من النظريات أبرزها على الإطلاق: نظرية اللفظية، ونظرية مجلس العقد، ونظرية الباعث، ونظرية وحدة الصفقة، ونظرية التعادل[35].

كما أن هذه الإرادة حرة في تحديد مضمون العقد، وهو ما يعبّر عنه بمبدإ الحرية التعاقدية، وفي هذا المعنى نصت المادة 106 مدني: "العقد شريعة المتعاقدين...". وهي تكاد تكون طبق الأصل للمادة 1/1134 مدني فرنسي: "إن الاتفاقات المبرمة على الوجه القانوني تقوم مقام القانون بالنسبة لمن أبرمها..."[36].

إن التأثر الكبير بالتصوّر الليبرالي – فيما يتعلّق بالحرية التعاقدية - جعل المشرع الجزائري كثير الالتجاء إلى القواعد المكملة[37]، وهذا ما يفسّر تكاثر هذا النوع من القواعد القانونية في العقود المسماة التي نظّمها المشرع في المواد من

مدني قد عدلّت، كما أنها تممت بالمواد 681 مكرر1- 681 مكرر3 مدني، بموجب القانون رقم 88-14 مؤرخ في 3 مايو 1988.ج ر 1988، العدد 18، مؤرخة في 4 مايو 1988.

[33]-« *Alors qu'au moment de sa promulgation, l'idéologie dominante se voulait socialiste,* ***le code civil de 1975 se présente comme un texte de facture libérale*** ». A. Bencheneb, op. cit., p.26. « *…****la conception libérale du contrat telle qu'adoptée par le code Napoléon, transparaît dans plusieurs texte de notre code****…* ». Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p.30.

[34]- الصواب: إرادتيهما.

[35]- "الواقع أن نصيب الشكل في الفقه الإسلامي ليس معدوما، ولئن اختفى فيه الشكل بالمعنى المفهوم في القانون الروماني باعتباره رسوما وأوضاعا ساذجة، فقد لبس فيه الشكل مظاهر مهذبة تختلف عن تلك التي ظهر فيها في القانون الروماني. إن نظرية وحدة الصفقة، ونظرية اللفظية، ونظرية مجلس العقد، ونظرية الباعث الدافع إلى التعاقد في بعض مذاهب الفقه الإسلامي، هي بمثابة قيود حلّت على مبدإ الرضائية الذي قرّره الفقه الإسلامي طفرة واحدة". وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط 2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1979، ص 484.

[36]-**Art. 1134/1-2**. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

وهي تمثل المادة 1103 بعد تعديل 2016 بموجب الأمر رقم 2016-131 المؤرخ في 10 فبراير 2016 في الجريدة الرسمية رقم 35 المؤرخة في 11 فبراير 2016، نص رقم 26.

[37]- وهي القواعد القانونية التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، لأنها لا تتصل بالمصلحة العامة للمجتمع، بل تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد. محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 111.

351 إلى 673 مدني. إن غرض المشرع من وضع هذه القواعد هو مساعدة الأطراف على تنظيم علاقاتهم العقدية تنظيما كاملا حسما لمادة النزاع مستقبلا، ولذلك جاز مخالفة هذه القواعد لعدم تعلّقها – غالبا – بالنظام العام والآداب العامة[38].

ولاشك أن هذا التصوّر التقليدي هو الذي منع المشرع من توسيع دائرة الاهتمام، في القانون المدني، بالفئات الضعيفة في المجتمع عن طريق تنظيم مضمون العقد، وهو المسلك الذي اتبعه المشرع خارج القانون المدني، في إطار التشريعات الخاصة، لاسيما قانون علاقات العمل[39]، وقانون حماية المستهلك وقمع الغش[40]. وقد جاءت قواعد هذه التشريعات آمرة ومن النظام العام. ولاشك أن هذا التوجّه الأخير – المهتم بتنظيم مضمون العقد - يوافق تماما أحكام الفقه الإسلامي، الذي يقرر أن آثار العقد هي من عمل الشارع الحكيم وليس من عمل المتعاقدين، والغرض من ذلك هو الحرص على الإشراف مباشرة على تحقيق التوازن العقدي[41]، ومن ثم جاءت دائرة النظام العام في الفقه الإسلامي واسعة، يؤكد ذلك تحريم العقود الربوية، وتحريم عقود الغرر، والتوسع في نظرية الشروط الفاسدة[42]. وعلى العكس من هذا نجد القانون المدني في المادة 454 مدني يجيز التعامل بفائدة ربوية لمؤسسات القرض، ويقر صحة عقود الغرر في الباب العاشر في المواد من 612 إلى 625 مدني، ويشير بصورة محتشمة للشروط التعسفية في المادة 110 مدني في عقود الإذعان.

وطالما كانت الإرادة حرة فهي التي تكسب العقد قوته الملزمة، ذلك أن المتعاقدين قد التزما بإرادتيهما الحرة، ومن ثم لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقهما أو لأسباب يقررها القانون. وفي هذا المعنى نصت المادة 106 مدني: "...فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". وهو نفس المعنى الذي نصت عليه المادة 2/1134 مدني فرنسي: "...إنها غير قابلة للنقض

---

[38] - وهو ما يؤكّده شرّاح القانون المدني. في بيان أغراض تنظيم العقود المسماة: "الرغبة في تسهيل تنظيم العلاقات التعاقدية بين الأفراد، إذ العقود المسماة شاع تداولها في الحياة العملية، والإرادة التشريعية وضعت أحكاما نموذجية لتكل العقود...على أن ذلك لا يؤثر على حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يؤثرانه ... طالما أن ما وضعاه من حلول لا يخالف النظام العام". محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني. ج 5، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، 2008، ص 11.

[39] - قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل. المعدل والمتمم. ج ر 1990، العدد 17، مؤرخة 25 أبريل 1990.

[40] - قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج ر 2009، العدد 15، مؤرخة في 8 أوت 2009.

[41] - وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 582.

[42] - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1 مقدمة- صيغة العقد، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 77 .

إلا بالرضاء المشترك أو للأسباب التي يأذن بها القانون"[43]. ويبدو أن هذه القوة الملزمة للعقد هي التي جعلت المشرع، للأسف الشديد، يُعرض - عموما - عن فكرة الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، ظنا منه أنها تهدّد استقرار المعاملات، في حين قد أخذت بها القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الإسلامي، كالقانون المدني الأردني في المواد من 177 إلى 198.

إن الفقه الإسلامي يعترف، هو الآخر، بالقوة الملزمة للعقد، ويجعلها هي الأصل، مصداقا لقوله تعالى: "**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**"[44]، إلا أنه قد أقرّ ما يُعرف بفكرة الخيارات، أي التخيير بين إمضاء العقد أو فسخه، وهي على نوعين: خيارات عقدية، أي تنشأ بإرادة المتعاقدين، كخيار الشرط، وخيار التعيين، وخيارات شرعية، أي مفروضة بحكم الشرع، كخيار العيب وخيار التدليس وخيار الرؤية[45]. والغرض من كل هذا هو حماية رضاء المتعاقدين، وهو الانشغال الذي توليه التشريعات الحديثة - لاسيما تشريعات الاستهلاك - أهمية كبيرة، إذ بادرت إلى تقنين ما يُعرف بمهلة التفكير (*Délai de réflexion*) وحق الرجوع (*Droit de rétractation*)[46]، وهما في حقيقة الأمر تقنين لفكرة الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي[47].

ولما كانت الإرادة، في التصوّر الليبرالي، هي أساس العقد، كان الأفراد لا يلتزمون إلا بإرادتهم الحرة، ومن ثم كان العقد شأنا خاصا بالمتعاقدين لا يرتب حقوقا والتزامات إلا بالنسبة إليهم، ومن ثم فهو لا يعني الغير الأجنبي عن العقد، وهو ما يُعرف بمبدإ نسبية أثر العقد، وفي هذا المعنى نصت المادة 108 مدني: "ينصرف (أثر)[48]

---

[43]- **Art. 1134/2 :**«*Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise*».

وهي تمثل المادة 1193 مدني فرنسي بعد تعديل 2016.

[44] - سورة المائدة. الآية: 1.

[45] -انظر في موضوع الخيارات في الفقه الإسلامي: عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، ط 2، مطبعة مقهوي، الكويت، ، 1985. محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة، 1998.

[46] - وقد بادر المشرع الفرنسي مؤخرا بموجب تعديل 2016 إلى تقنين مهلة التفكير وحق الرجوع في المادة 1122:

Art. 1122 : «*La loi ou le contrat peuvent prévoir **un délai de réflexion**, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou **un délai de rétractation**, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement*».

[47] -شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016، ص 555.

[48] -سقطت من النص العربي.

العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..."، ونصت المادة 113 مدني: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا". ولاشك أن هذه النصوص مجرد ترديد للمادة 1165 مدني فرنسي التي تنص: "إن الاتفاقيات ليس لها أثر إلا بين الأطراف المتعاقدة، وهي لا تضر الغير، ولا تنفعه إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121"[49].

ويظهر أن هذا التصوّر التقليدي هو الذي جعل المشرع يغفل عن تنظيم مسألة في غاية الأهمية، وهي مسألة نفاذ العقد، فلم يخصها إلا ببعض المواد المتفرقة منها المادة 793 مدني و904 مدني. إن العقد في التصوّر الحديث شأن يهم المجتمع، فهو بالنسبة للغير واقعة مادية يتعيّن على الجميع احترامها[50]. وهو ما تداركه تعديل القانون المدني الفرنسي مؤخرا، إذ بعد النص على مبدإ نسبية العقد في المادة 1199 مدني فرنسي، نص على مبدإ نفاذ العقد في المادة 1/1200 مدني فرنسي، والتي قضت أنه يتعيّن على الغير احترام الوضعية القانونية التي أنشأ العقد[51]. إن تقليد القانون المدني لقانون نابليون يتأكّد أيضا من خلال انحيازه للتصوّر الذاتي المعروف في قانون نابليون.

ب- الانحياز للتصوّر الذاتي لقانون نابليون

ينطلق قانون نابليون من تصوّر ذاتي في نظرته للنصوص التي تحكم الالتزامات، وقد ورث هذا التصوّر من القانون الروماني الذي يغلّب العنصر الشخصي في الالتزام باعتباره علاقة بين الدائن والمدين، مع ما يترتب على هذا التصوّر من نتائج في غاية الأهمية سواء على أحكام الالتزام في حد ذاته أم على مصادره لاسيما العقد والمسؤولية المدنية[52].

---

[49]-**Art. 1165 :** «*Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121*».

لقد أعاد المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، صياغة هذه المادة بشكل أوضح في المادة 1199 على النحو الآتي:

Art. 1199 : «*Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties…*

Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV».

[50]- "لم يتعرّض المشرع في القسم المخصص والمعنون بـ "آثار العقد" من القانون المدني لمسألة نفاذ العقد، وإنما أشارت إليها بعض النصوص المتفرقة، منها المواد 191 و197 و418 و793 مدني. **ولعل السبب في إغفال المشرع لهذه المسألة الهامة هو التصوّر التقليدي للعقد (فهو شأن المتعاقدين لا يعني الغير)**". علي فيلالي، المرجع السابق، ص 436.

[51]-**Art. 1200/1** : «*Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat*».

[52]-« *Le droit civil français est resté assez fidèle à la théorie classique et l'obligation demeure bien un droit personnel et subjectif…* ». Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, op. cit., p. 12.

لقد جاء القانون المدني مجسّدا – كأصل عام – للتصوّر الذاتي المأخوذ من قانون نابليون، خاصة عند تناوله مصادر الالتزام، إذ من ناحية أولى أظهرت وثيقة عرض الأسباب أن المشرع قد اعتمد على المشروع الفرنسي – الإيطالي[53]، وهو مشروع لاتيني قريب من تصوّرات قانون نابليون، ومن ناحية ثانية عدم نصه على الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام[54]، مثلما هو معروف في التشريعات الجرمانية كالقانون الألماني، ومثلما هو معروف في الفقه الإسلامي[55].

أما بالنسبة لأحكام العقد فيظهر أن النزعة الذاتية هي الأصل العام الذي يديره، فقد عرّف العقد في المادة 54 مدني على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وهو تعريف منقول بصورة حرفية من المادة 1101 مدني فرنسي[56]. وواضح من هذا التعريف أن المشرع قد انحاز للتصور الذاتي، إذ صوّر العقد على أنه اتفاق يرتب التزامات[57]، في حين أن الشريعة الإسلامية – وهي من التشريعات التي تنحاز للتصوّر الموضوعي - تعرّف العقد على أنه: "ارتباط إيجاب بقبول يحدث

---

[53]- جاء في وثيقة عرض الأسباب:

« *En ce qui a trait aux sources de l'obligation* ***la commission s'est référée à un projet de textes franco-italien*** *que n'ayant pas été consacré par les deux parties concernées a néanmoins inspiré la législation de nombreux pays* ».

يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: "فالمشروع الفرنسي الإيطالي أكسب التقنيات اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها، ونفخ فيها روح العصر، وجمع بين البساطة والوضوح، مع شيء كثير من الدقة والتجديد، على أن المشروع يكاد يكون محافظا إذا قيس إلى التقنينات العالمية الأخرى". عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1 نظرية الالتزام بوجه عام. مصادر الالتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 62، هامش رقم 1.

[54]- يُلاحظ أن المشروع الفرنسي الإيطالي قد جعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام في المادة 60، ولاشك أن مخالفة المشرع لهذا المشروع – مع أنه قد جعله مصدرا ماديا له حسب وثيقة عرض الأسباب – مرجعه إلى تأثر المشرع بالتصور التقليدي للالتزام المروث عن قانون نابليون. وللإشارة فإن المشرع قد تدارك هذا الأمر بعد تعديل 2005، إذ جعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام في الفصل الثاني مكرر.

[55]- انظر: محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، دار الأمة، الجزائر، 1995.

[56]-**Art. 1101 :** «*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*».

وقد أعاد المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، تعريف العقد في المادة 1101 مدني فرنسي على النحو الآتي:

Art. 1101 : «*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*».

[57]- "فمقتضى النزعة الذاتية...أن يكون الاهتمام في تعريف العقد هو بأنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين". عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، ج1 مصادر الالتزام. المصادر الإرادية، مج 1 نظرية الالتزام- تحليل العقد، اعتناء محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 254.

أثره في المعقود عليه"[58]. إن هذا التعريف لا يركّز على اتجاه الإرادتين على إحداث أثر قانوني، وإنما يركّز على تحوّل المعقود عليه (المحل) من حال إلى حال، فمثلا في عقد البيع يتحوّل المبيع من ملك البائع ليصبح ملكا للمشتري[59]. وتترتب على هذا التعريف نتائج في غاية الأهمية على رأسها الاعتداد بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة[60].

إن هذا التصوّر الذاتي هو الذي جعل المشرع – اقتداء بقانون نابليون – لا يهتم بتوازن الأداءات العقدية، بل يهتم فقط بضمان رضاء سليم عند المتعاقدين خاليا من عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه[61]. وفي هذا المعنى نصت المادة 1109 مدني فرنسي: "لا يكون هناك رضاء صحيح إذ لم يبد الرضاء إلا عن طريق الغلط أو الإكراه أو التدليس"[62]. وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع لم يجعل الغبن شرطا عاما لصحة العقد، بل حصره في حالات معينة كبيع العقار في المادة 358 مدني أو عقد القسمة في المادة 732 مدني، وهو نفس النهج الذي سلكه قانون نابليون في المادة 1118 مدني فرنسي، إذ نصت: "الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في عقود معينة وتجاه أشخاص معينين"[63]. وعلى خلاف قانون نابليون نجد الفقه الإسلامي – مذهب الجمهور – شديد الاهتمام بموضوع الغبن، نتيجة نزعته الموضوعية، تحقيقا للتوازن العقدي، فهو من جهة يربط بين الغبن الفاحش

---

[58]- راجع مثلا المادة 103 من مجلة الأحكام العدلية، والمادة 262 من مرشد الحيران، والمادة 73 مدني عراقي، والمادة 145 مدني عربي موحّد.

[59]- وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 12.

[60]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، المرجع السابق، ص 81. انظر في بيان تفوق الفقه الإسلامي على الفقه اللاتيني في تعريف العقد: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 2، دار القلم، دمشق، 2004، ص 384.

[61]- « *D'autres textes, tels ceux relatifs à la théorie des vices du consentement…On ne cherche pas à équilibrer les prestations contractuelles, ni à réaliser l'équité. Il s'agit de s'assurer que le consentement émanant de chaque contractant est sain et éclairé.* ***Cette idée est exprimée à travers les vices de l'erreur, du dol et de la violence dont les règles sont celles du droit français*** ». Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p. 30.

[62] -**Art. 1109 :** «*Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol*».

[63]-**Art. 1118 :** «*La lésion ne vice les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section*».

وقد أعاد المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، صياغة موضوع الغبن، مع المحافظة على نفس الفكرة، في المادة 1168 مدني فرنسي على النحو الآتي:

Art. 1168 : «*Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement*».

والتغرير (التدليس)، فكلما وقع المتعاقد ضحية تغرير وترتب على ذلك غبن فاحش جاز له المطالبة بالفسخ، ومن جهة أخرى يعتد بالغبن الفاحش ولو لم يتصل بالتغرير وذلك في جملة من الحالات واردة على سبيل الحصر تتعلق عموما بالبيع والإجارة والقسمة[64].

إن التصوّر الذاتي هو الذي يفسّر لنا اعتداد المشرع بالإرادة الباطنة في كثير من مواد القانون المدني تماما مثلما فعل قانون نابليون، من ذلك اعتداده بالغلط في المادة 81 مدني كأول عيب من عيوب الرضاء باعتباره وهما يقع في ذهن المتعاقد فيصوّر له الأمور على غير حقيقتها. وهو نفس مسلك قانون نابليون إذ قدّمه في المادة 1110 مدني فرنسي على بقية العيوب. وفي اتجاه معاكس نجد الفقه الإسلامي، نتيجة نزعته الموضوعية، يعتد بالإرادة الظاهرة، ومن ثم يولي أهمية كبيرة للإكراه، إذ هو أقرب العيوب للموضوعية وأبعدها عن الذاتية، لأن مصدر الرهبة يكون عادة شيئا ماديا، ثم يليه التغرير (التدليس)، لأن هناك طرقا احتيالية خارجية تصاحبه، ومن ثم فهو يتدرج من الذاتية إلى الموضوعية، وأخيرا يأتي الغلط، إذ هو أشد العيوب ذاتية[65].

وكذلك أيضا يبرز التصوّر الذاتي عند المشرع في الاعتداد بمشروعية السبب حسب المادة 97 مدني، مثلما فعل قانون نابليون في المادة 1133 مدني فرنسي[66]. ومن ذلك أيضا اهتمامه بالنية المشتركة للمتعاقدين عند تأويل العقد في المادة 111 مدني. ونفس التوجه نجده في المادة 1156 مدني فرنسي[67]. في حين أن الفقه الإسلامي يعتد باللفظ على معناه الواضح ولا ينحرف عنه بحجة تفسير نية المتعاقدين، وإذا اقتضى الأمر تفسير هذه النية رجع إلى التعبير الرئيسي في العقد.

---

[64] -انظر في تفاصيل ذلك: محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 118 وما بعدها. وانظر المواد من 143 إلى 150 مدني أردني.

[65] - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 2، المرجع السابق، ص 105.

[66]- **Art. 1133** : «*La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*».

ويُلاحظ أن المشرع الفرنسي بعد تعديل 2016 استغنى عن فكرة السبب، إذ لم يرد لها ذكرا في المادة 1128 مدني فرنسي، ومع ذلك فإن هذه المادة الأخيرة تشير إلى أن العقد يجب أن يكون له مضمون مشروع وأكيد.

[67] -**Art. 1156** : «*On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes*».

وفي نفس المعنى نصت المادة 1188/1 مدني فرنسي بعد تعديل 2016 على ما يلي:

Art. 1188/1 : «*Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes*».

وقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد في هذا الشأن أبرزها: الأصل في الكلام الحقيقة ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة. ولا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح. وإذا خفي الأمر حكم بالظاهر فهو دليله في الأمور الباطنة ويقوم مقامه[68].

أما في مجال المسؤولية المدنية فيُلاحظ، بكل وضوح، اعتماد المشرع التصوّر الذاتي كأصل عام[69]، إذ كانت العبرة بالنسبة له بسلوك الفاعل، وهو ما يبرر جعله الخطأ أساسا للمسؤولية[70]، إذ نصت المادة 124 مدني: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبّب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[71]. وقد أخذ المشرع هذا التصوّر من قانون نابليون، ذلك أن المادة 124 مدني منقولة حرفيا من المادة 1382 مدني فرنسي[72]. ولاشك أن هذا التصوّر لا يتماشى إطلاقا مع أحكام الأمر رقم 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، إذ أن هذا الأمر يجسّد لدى فريق من الفقه الجزائري مثالا حيّا للمسؤولية الموضوعية، أي المسؤولية المؤسسة على فكرة الضرر[73]، في حين أنه يجسّد لدى فريق آخر من الفقه الجزائري – وهو الصواب - نظاما مستقلا للتعويض عن الأضرار الجسمانية[74].

---

[68]- وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص555.

[69]- قلنا كأصل عام، لأنه استثناء قد أخذ بالتصوّر الموضوعي كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية المتبوع عن أفعال التابع (المادة 136 مدني)، والمسؤولية عن الأشياء غير الحية (المادة 138 مدني)، والحيوان (المادة 139 مدني).

[70]- وهي الحقيقة التي أكدّ عليها بعض الفقه الجزائري. يقول الأستاذ علي فيلالي:

« *…dans sa conception générale,* ***notre système de responsabilité civile est identique à celui du droit civil français****…Cela étant,* ***le système de la responsabilité civile est basé sur une conception subjective individualiste*** *privilégiant les intérêts de l'auteur du dommage sur ceux de la victime…* ». A. Filali, *Introduction générale*, in L'émergence d'un droit d'indemnisation systématique des dommages corporels, in annales de l'université d'Alger 1, numéro spécial, 2012, p.10.

[71]- كانت المادة 124 مدني عند صدور القانون المدني سنة 1975 لا تشير إلى "الخطأ" في النص العربي، وهو ما جرى تداركه في تعديل 2005 بموجب القانون رقم 05-10 وأصبح نصها كالآتي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص **بخطئه** ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[72] -**Art. 1382 :** «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*».

يُلاحظ أن تعديل 2016 قد حافظ على نفس صياغة المادة 1382 مدني فرنسي، وأصبحت تحمل رقم 1240.

[73]- N. Terki, *Les obligations. Responsabilité civile et régime général*, OPU, 1982, p 48.

[74]-Gh. Lahlou- Khiar, *Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et automaticité*, ENAG, 2013, p.279 et s.

وجدير بالذكر أن التصوّر الذاتي في المسؤولية المدنية – تقليدا لقانون نابليون – هو الذي كان وراء الجدل القائم، في الفقه الجزائري، حول التأسيس القانوني للمادة 2/125 مدني، إذ أن هذه المادة كانت تجيز للقاضي – وفق شروط معينة – أن يحكم على الشخص غير المميز الذي وقع منه الضرر بدفع تعويض عادل للضحية. لقد رأى جانب من الفقه أن المشرع قد اعتنق، استثناءً، المسؤولية الموضوعية، إذ أنه أجاز مساءلة الشخص غير المميز، ومن ثم يكون قد بنى المسؤولية على فكرة تحمل التبعة، وقد تأثر في هذا المجال بالفقه الإسلامي[75]، في حين رأى جانب آخر من الفقه أن الأمر لا يتعلق بالمسؤولية إطلاقا، وإنما يتعلق بتعويض مؤسّس على فكرة العدالة[76]. ويبدو أن هذا الجدل الفقهي هو الذي دفع المشرع إلى إلغاء المادة 2/125 مدني بموجب القانون رقم 05-10، إذ جرى الاكتفاء بالفقرة الأولى – بعد إدخال تعديلات عليها – التي تقرر الأصل وهو عدم مساءلة الشخص إلا إذا كان مميزا.

إن الذي يهمنا، في هذا المقام، هو أن نشير إلى أن تقليد قانون نابليون منع المشرع من مسايرة تطوّرات القانون، إذ في الفترة التي صدر فيها القانون المدني كانت فكرة الخطإ، واجب الإثبات كان أم مفترضا، قد تراجعت كثيرا فاسحة المجال لفكرة تحمل التبعة، بل ولأنظمة خاصة للتعويض، فكان بإمكان المشرع الإبداع على هذا المستوى، ولكنه بقي أسير الأفكار التقليدية الواردة في قانون نابليون.

ولاشك أن ما اختاره القانون المدني مخالف للفقه الإسلامي في جميع مذاهبه، إذ أن هذا الأخير يقوم على تصوّر موضوعي، فيجعل "الإضرار" أساسا للمسؤولية المدنية، ولا يستند إلى أي عنصر شخصي، ومن ثم فلا يشترط توافر قصد الإضرار لدى الفاعل، كما لا يشترط فيه أن يكون مميزا ومدركا لأفعاله ونتائجها[77]، ولعل هذا هو السر في تسمية المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي بـ

---

[75]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2 الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص 79. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج 2 الواقعة القانونية، دار الهدى، 1992، ص 39.

[76]- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط 2، موفم للنشر، 2007، ص 77. وانظر أيضا:
Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexion sur l'alinéa 2 de l'article 125 du code civil*, Lettre juridique, n°46, p.9.

[77]- انظر على سبيل المثال: المادة 256 وما يليها مدني أردني. والمادة 261 وما يليها مدني عربي موحّد.

(الضمان)[78]. وهذا فعلا ما أخذت به بعض التشريعات العربية المتأثرة بالفقه الإسلامي، كالقانون المدني الأردني والقانون المدني العربي الموحّد وغيرهما من التشريعات العربية[79]. وهو فعلا ما يتجه إليه التشريع الجزائري في وقتنا الحاضر[80]. إن تقليد القانون المدني لقانون نابليون لم يقتصر على التصوّرات، بل امتد أيضا إلى جوهر قانون نابليون.

2- تقليد جوهر قانون نابليون: مانع من الإبداع

لاشك أن لكل نظام قانوني روحا تعبّر عنه، وجوهرا يمثّله، وهو ما يفسّر اختلاف الأنظمة القانونية الكبرى، إذ لكل نظام قانوني فلسفته ومنطلقاته، ومادته التي تجسّده على أرض الواقع. إن القانون المدني الجزائري لم يكتف بتقليد قانون نابليون من حيث التصوّرات التي تحرّكه، بل الأكثر من ذلك قلّده في جوهره، إذ أخذ عنه مصطلحاته الفنية **(أ)**، وتقسيماته العملية **(ب)**،الأمر الذي منعه من كل إبداع في هذا المجال.

أ- استعمال مصطلحات قانون نابليون

إن القانون علم كبقية العلوم الأخرى، له مصطلحاته الفنية التي تضبط مفاهيمه، وتعبّر عن معانيه، والتي يخاطب بها المشرع أفراد المجتمع، ويتعامل بها رجال القانون من قضاة ومحامين وأساتذة وغيرهم من المعنيين بالقانون. إن هذه المصطلحات هي وليدة البيئة التي نشأت فيها، والمعبّرة عن نظام قانوني معين في زمان معين ومكان معين، ومن ثم كان لكل نظام قانوني مصطلحاته الخاصة به.

إن جذور قانون نابليون ترجع إلى القانون الروماني، بحكم انتمائه إلى النظام الرومانو- جرماني، لهذا جاء شديد التأثر بمصطلحات القانون الروماني، وهو ما يفسّر رجوع الفقه الفرنسي إلى أصل المصطلحات القانونية في اللغة

---

[78]- انظر تفاصيل أكثر: مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار العلم، دمشق، سوريا، 1988؛ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 2003.

[79]- تنص المادة 256 مدني أردني: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر". وتنص المادة 261 مدني عربي موحّد: "كل من أضر بغيره إضرارا مباشرا أو بالتسبّب ولو غير متعمد أو غير مميز مسؤول تجاه الغير بالتعويض...".

[80]- تقول الأستاذة غنيمة خيار لحلو في ذلك:

« *…le droit de l'indemnisation algérien tel qu'il se dessine aujourd'hui,* ***se rapproche du droit musulman classique qui est d'essence objective*** ». Gh. Lahlou- Khiar, *Le droit de l'indemnisation entre responsabilité et automaticité*, op. cit., p. 21.

اللاتينية، من ذلك: التزام (Obligation)[81]، عقد (Contrat)[82]، مسؤولية (Responsabilité)[83]، وكلّها مصطلحات استعملها القانون المدني في عدة مناسبات.

إن استبعاد المشرع للشريعة الإسلامية من مجال التطبيق جعل قانون نابليون هو البديل المنظّم للمعاملات المدنية، ومن ثم وجد المشرع نفسه مجبرا على استعمال مصطلحات قانون نابليون من خلال ترجمتها ترجمة لغوية، أي نقلها من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية، متجاوزا بذلك الجذور اللاتينية لهذه المصطلحات، والبيئة الفرنسية التي تكوّنت فيها، أي متجاوزا الثقافة التي نشأت في ظلها هذه المصطلحات.

إن أبرز مثال على ما تقدّم ذكره هو "الالتزام بمنح" الوارد ذكره في المادة 54 مدني، وهو ترجمة لغوية لـ (Obligation de donner) الوارد ذكره في المادة 1101 مدني فرنسي. إن هذا المصطلح مأخوذ من الكلمة اللاتينية (Dare) والمقصود بها "نقل الملكية". وقد ظن المشرع أن (Donner) مأخوذة من (Donnation) فترجمها إلى "منح"[84]. ثم عاد وترجمها ترجمة لغوية واستعمل مصطلح "إعطاء" في المادة 58 مدني. وتعود جذور هذا الالتزام (أي الالتزام بمنح) إلى تقاليد القانون الروماني، في حين أن الفقه الإسلامي لا يعترف به، إذ يميّز - ببراعة - بين الحكم الأصلي للعقد والالتزامات العقدية، فالأول هو الأثر الشرعي للعقد ويظهر فور انعقاده ويتقرّر بحكم الشرع كنقل الملكية من البائع إلى المشتري، أما الثاني فهو الأثر الفرعي للعقد كتسليم المبيع وضمان العيوب الخفية[85]. ويظهر أن المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، قد استجاب للفقه المعاصر المنادي بإلغاء الالتزام بمنح باعتباره خيالا لا وجود له من الناحية القانونية، فلم يشر إليه

---

[81]- **Etymologie** : « du latin obligo, are= obliger, lier lui-même dérivé de ligo, are= lier + ob = en vue de ». Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2 éd. 2005, p.1.

[82]- **Etymologie** : « du latin contraho, ere= tirer ensemble, puis réunir, resserrer ; lui-même dérivé de cum= avec + traho, ere= tirer ». Ibid, p.207.

[83]- **Etymologie** : « du latin respondeo, ere= se porter garant ». Ibid, p.11.

[84]- يُلاحظ أن الفقه الفرنسي نفسه قد أخذ ينادي بضرورة الاستغناء عن هذا النوع من الالتزام، إذ هو خيال لا وجود له قانونا. انظر:

M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p.85.

[85]- مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 516.

إطلاقا لا في المادة 1101 مدني فرنسي التي تعرّف العقد ولا في المواد من 1196 إلى 1198 مدني فرنسي المنظّمة للأثر الناقل للعقد.

كما يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى اصطلاح "العقد التبادلي" الواردة في المادة 57 مدني، والذي نقله المشرع من المادة 1104 من قانون نابليون الذي استعمل اصطلاح "commutatif"، وقام بترجمته ترجمة لغوية، مع أن المقصود هو "العقد المحدّد"، أي العقد الذي يعلم فيه كل متعاقد، وقت إبرام العقد، مقدار ما يعطي وما يأخذ، وهو يقابل العقد الاحتمالي[86].

بل إن القانون المدني تجاوز كل الحدود من خلال استعماله مصطلحات قانون نابليون التي طالما انتقدها الفقه الفرنسي، من ذلك مصطلح "شبه العقود" الوارد في الفصل الرابع من الباب الأول: مصادر الالتزام، من الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود. وهو ترجمة لمصطلح (Quasi contrats). وقد أخذه عن قانون نابليون من المادة 4/1370 مدني فرنسي[87]، وهو عنوان الفصل الأول: شبه العقود[88]. كما استعمل مصطلح "العمل الإجرامي" في المادة 3/178 مدني ترجمة لمصطلح (Responsabilité délictuelle). وقد أخذه أيضا عن قانون نابليون من المادة 4/1370 مدني فرنسي، ومن عنوان الفصل الثاني: الجرائم وشبه الجرائم (Des délits et des quasi-délits)[89]. لقد امتد تأثير قانون نابليون أيضا إلى التقسيمات التي اعتمدها القانون المدني.

---

[86]- "ويخلط هذا التعريف الذي نقله المشرع حرفيا عن نص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي بين العقد المحدد والعقد التبادلي أو الملزم للجانبين". علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 71.

[87]-**Art. 1370/4** : «*Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou* ***des quasi-contrats****, ou des délits ou quasi-délits ; ils font la matière du présent titre*».

[88]-راجع في انتقاد اصطلاح "شبه العقود" في الفقه الفرنسي:

J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Armond Colin- Delta, 10 éd, 2002, p.33.

ومع ذلك يُلاحظ أن تعديل 2016 للقانون الفرنسي قد احتفظ باصطلاح "شبه العقود"، ووضع تعريفا له في المادة 1/1300:

Art. 1300/1 : «*Les quasi- contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui*».

[89]-راجع في انتقاد اصطلاح "الجرائم" في الفقه الفرنسي:

Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11éd, 2010, p.13.

يظهر أن هذه الانتقادات هي التي جعلت المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، يستغني عن اصطلاح "الجرائم وشبه الجرائم" ويستعمل الاصطلاح المعروف "المسؤولية غير التعاقدية" في المادة 1240 مدني فرنسي وما يليها.

ب- اتباع تقسيمات قانون نابليون

يظهر، من استقراء نصوص قانون نابليون، أنه قانون عملي، إذ أورد عدة تقسيمات عملية في كثير من مواده تسهيلا للاطلاع عليه، فهو موجّه بالدرجة الأولى لأفراد الشعب خلافا للقانون الألماني الذي تضمن كثيرا من نظريات الفقهاء الألمان، فلا يمكن الإطلاع على مواده إلا بالنسبة للمتخصصين، لعل هذا ما جعل قانون نابليون سريع الانتشار على خلاف القانون الألماني.

إن التقسيمات التي أوردها قانون نابليون، لاسميا في مجال الالتزامات، كانت تناسب ذلك العصر، وتعبّر عن الاتجاهات الفقهية السائدة آنذاك، بل وعن واقع المجتمع الفرنسي في تلك الفترة، ولكن القانون المدني قلّده في ذلك رغم الفارق الزمني الكبير بين القانونين واختلاف المعطيات.

لقد بادر قانون نابليون إلى تعريف العقد في المادة 1101 مدني، ثم أورد عدة تقسيمات للعقود في المواد من 1102 إلى 1107 مدني فرنسي، فخصّص المادة 1102 مدني فرنسي للعقود الملزمة للجانبين، والمادة 1103 مدني فرنسي للعقود الملزمة لجانب واحد. ثم تناول في المادة 1104 مدني فرنسي العقود المحدّدة والعقود الاحتمالية. ثم أشار في المادة 1105 مدني فرنسي لعقود التبرع، وفي المادة 1106 مدني فرنسي أشار لعقود المعاوضة. وأخيرا نص في المادة 1107 مدني فرنسي على العقود المسماة والعقود غير المسماة[90].

لقد اتبع المشرع نفس التقسيم المذكور أعلاه، فبدأ بتعريف العقد في المادة 54 مدني، ثم أورد عدة تقسيمات للعقود جاءت مطابقة لما أورده قانون نابليون، فخصّص المادة 55 مدني للعقود الملزمة للجانبين والمادة 56 مدني للعقود الملزمة لجانب واحد. ثم تناول العقود التبادلية (العقود المحددة) والعقود الاحتمالية (عقود الغرر) في المادة 57 مدني. وأخيرا في المادة 58 مدني أشار إلى عقود المعاوضة ولم يشر إلى عقود التبرع[91].

إن تقليد قانون نابليون، في مجال العقود، وقف حاجزا في وجه المشرع منعه من كل إبداع على هذا المستوى، فقد كان بإمكان المشرع أن يعتمد فكرة

---

[90] -Y. Buffellan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, op. cit., p.248 et s.

ولازال القانون المدني الفرنسي، رغم تعديل 2016، محافظا على تصنيف العقود في المواد من 1105 إلى 1111-1 مدني فرنسي مع إدخال بعد التعديلات الشكلية والموضوعية.

[91] - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 11. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 67.

التصرف القانوني – مثلما هو معروف في القانون الألماني – بدل الاقتصار على العقد، أو على الأقل إذا نظّم أحكام العقد، على الطريقة اللاتينية، أن يسرد تقسيمات حديثة للعقد أفرزتها الممارسات التعاقدية كالتمييز بين العقود الفردية والعقود الجماعية، والعقود البسيطة والعقود المركبة، والعقود الوطنية والعقود الدولية، والعقود المتعادلة وعقود الاستهلاك. بل كان بإمكان المشرع أن يخطو خطوة جريئة بأن يجعل تنظيم العقد يقوم على قسمة ثنائية محورها التمييز بين عقود المساومة وعقود الإذعان.

أما في مجال المسؤولية المدنية فيبدو ظاهريا أن المشرع أراد مخالفة اتجاه قانون نابليون فجعل عنوان الفصل الثالث: العمل المستحق للتعويض، على خلاف صنيع قانون نابليون الذي جعل العنوان: في الجرائم وفي شبه الجرائم. ويوحي العنوان الذي اختاره المشرع باهتمام هذا الأخير بتعويض الضحية أكثر من اهتمامه بسلوك الفاعل، وكأن المشرع أراد الأخذ بالتصوّر الموضوعي للمسؤولية القائم على فكرة الضرر[92]، ولكن سرعان ما يزول هذا الإعجاب بصنيع المشرع عندما نعلم أنه قد أخذ – عموما - بنفس تقسيمات قانون نابليون، فقد أشار هذا الأخير إلى المسؤولية عن الأفعال الشخصية في المادتين 1382 و1383 مدني فرنسي، ثم أشار إلى المسؤولية عن الأشياء غير الحية ومسؤولية المتبوع عن أفعال التابع ومسؤولية الآباء والمسؤولية عن الحريق في المادة 1384 مدني فرنسي، ومسؤولية مالك الحيوان في المادة 1385 مدني فرنسي، ومسؤولية مالك البناء في المادة 1386 مدني فرنسي[93]. ونفس التقسيم أخذ به المشرع الجزائري فأشار إلى المسؤولية عن

---

[92]- يرى الأستاذ علي فيلالي أن التوجّه الجديد للمسؤولية المدنية يرجح حماية الضحية على حماية المسؤول، حيث أصبح تعويض الضحية هو الانشغال الأول للمجتمع بعدما كان يهتم بسلوك الفاعل، وهذه الاعتبارات الجديدة هي التي جعلت المشرع يستعمل مصطلح "العمل المستحق للتعويض" بدل مصطلح "المسؤولية التقصيرية". علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، ط 2، 2007، ص 6. وترى الأستاذة لحلو خيار غنيمة أن مصطلح "العمل المستحق للتعويض" الذي استعمله المشرع يوحي بمقاربة موضوعية للمسؤولية قريبة من تصوّر الفقه الإسلامي.

Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p. 39.

وفي اعتقادنا إن الأمر يتعلق بمجرد سوء ترجمة لمصطلح (acte dommageable)، فقد ظن المترجم أنه يتعلق بالتعويض، فقام بترجمته إلى (العمل المستحق للتعويض)، والصواب هو ترجمتها إلى (الفعل الضار). والدليل على صحة ما نراه هو أن المشرع ذاته قد استعمل نفس المصطلح الفرنسي في كثير من المواد، من ذلك مثلا المواد 1/125، 126، 134، وفي جميع هذه الحالات كان النص العربي يستعمل مصطلح (الفعل الضار).

[93]- Y. Buffellan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, op. cit., p. 697 et s.

ولازال القانون المدني الفرنسي، رغم تعديل 2016، محافظا على نفس التقسيم في المواد من 1240 إلى 1244 مدني فرنسي.

الأعمال الشخصية في المادة 124 مدني، ثم تناول المسؤولية عن عمل الغير، وتناول فيها مسؤولية متولي الرقابة في المادتين 134 و135 مدني، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في المادتين 136 و137 مدني. ثم عالج المسؤولية الناشئة عن الأشياء وتناول فيها مسؤولية حارس الأشياء غير الحية في المادة 138 مدني، ومسؤولية حارس الحيوان في المادة 139 مدني، والمسؤولية عن الحريق في المادة 140/1 مدني، ومسؤولية مالك البناء في المادة 140/2-3 مدني[94].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد خالف القانون المصري، والتشريعات العربية التي حذت حذوه، في نصه عن المسؤولية عن الحريق، مقلدّا بذلك قانون نابليون، ذلك أنه طبقا للقانون المصري يخضع الحريق الذي يمتد من أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو آلات ميكانيكية للمادة 178 مدني مصري المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء غير الحية (الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي)، أما الحريق الذي يمتد من غير هذه الأشياء فيخضع للمادة 163 مدني (الخطأ الواجب الإثبات)[95]، في حين أن المشرع فضّل إخضاعها للخطإ الواجب الإثبات، أي للقواعد العامة (المادة 124 مدني) تقليدا منه لقانون نابليون المعدّل بموجب قانون 7 نوفمبر 1922[96].

إن تقليد قانون نابليون، في مجال المسؤولية المدنية، منع المشرع من كل إبداع شكلا وموضوعا، فقد كان بإمكان المشرع أن يعتمد تقسيما آخر يتماشى مع المعطيات الجديدة كأن يعتمد نظاما خاصا بالأضرار الجسمانية إلى جانب نظام المسؤولية، أو أن يعتمد نظاما حديثا يقوم على التمييز بين الأضرار الفردية والأضرار الجماعية، أو نظاما يجري فيه التمييز بين القواعد العامة والأنظمة الخاصة، أو بين الأنشطة الخطرة والأنشطة غير الخطرة.

لم يكتف المشرع بتقليد قانون نابليون في تصوّراته وجوهره، بل عمد إلى القانون المدني المصري ونقل عنه صياغة المواد نقلا شبه حرفي.

---

[94] - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 138. علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 48.

[95] - محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص 296.

[96] - يرى الأستاذ علي علي سليمان أنه: "لم يكن المشرع الجزائري بحاجة إلى هذا الإستثناء لأنه لم يتعرض لما تعرّض له المشرع الفرنسي من ضغط من شركات التأمين وملاك الغابات في فرنسا، وكان ينبغي أن تترك المسؤولية عن الأضرار التي يحدثها الحريق لحكم المادة 138، إذ لا معنى مطلقا لاستثناء المسؤولية عن الحريق هنا، لاسيما وقد تعرّض قانون 1922/11/7 لنقد مرير من الفقه الفرنسي". دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 190.

II- القانون المدني: نقلٌ شبه حرفي للقانون المدني المصري

صدر القانون المدني المصري سنة 1948 بعد عمل دام عشرين عاما[97]، وقد جاء متأثرا – هو الآخر – في كثير من الأحيان بقانون نابليون في مبادئه وتكييفاته القانونية ومصطلحاته الفنية وقواعده الأساسية[98]. ومع ذلك - والحق يقال - إنه ليس نقلا حرفيا عن قانون نابليون كما يرى بعض الفقه الجزائري[99]، إذ أنه تفادى عيوبه الشكلية والموضوعية، وتبنى أنظمة ونظريات قانونية لا يعرفها أصلا قانون نابليون (التعسف في استعمال الحق[100]، حق الاختصاص[101])، واستفاد من التقنينات الجرمانية (الاستغلال، الحوادث الطارئة، حوالة الدين)، وأخذ بعض أحكامه من الفقه الإسلامي (مجلس العقد[102]، مرض الموت[103]، الشفعة). لقد

---

[97] - انظر تفاصيل إعداد القانون المدني المصري: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص12 وما بعدها.

[98] - « *Dans leur ensemble,* ***ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français…*** ». P. Arminjon, B. Boris Nolde et M. Wolff, *Traité de droit comparé*, Paris, 1950, T2, p.618.

لقد نقل الأستاذ عبد الرزاق السنهوري هذا الكلام ولم يعقّب عليه، مما يدل على موافقته عليه. انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 89، هامش رقم 3.

[99] - ترى الأستاذة لحلو خيار غنيمة أن القانون المدني المصري، في جزء كبير منه، إعادة للقانون المدني الفرنسي أو تكريس لتطور الاجتهاد القضائي الفرنسي. انظر:

Gh. Lahlou- Khiar, *Quelques remarques à propos de l'ouvrage de M. Hassanine*, RAJEP, 1988, n°2, p.111.

[100] - ترى الأستاذة لحلو خيار غنيمة أن المادة 41 مدني (ملغاة) مستمدة من الاجتهاد القضائي الفرنسي. انظر:

Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p.31.

وفي اعتقادنا أن هذا القول محل نظر، لأن المادة 41 مدني المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق مستمدة من المادة 5 من القانون المدني المصري، وهذا الأخير استمدها بدوره من الفقه الإسلامي كما هو مصرح به في الأعمال التحضيرية لهذا القانون (ج 1، ص 32 وما بعدها)، وهو أمر مستقر عليه في الفقه. يقول عبد الرزاق السنهوري: "..بل إن القانون المدني الجديد قد حرص على أن ينتفع في صياغة النص الذي أورده في هذه النظرية **بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي، واستمد من هذا الفقه الضوابط التي اشتمل عليها النص**". عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 949.

[101] - لقد تفادى القانون المدني المصري النص على الرهن القضائي، المعروف في قانون نابليون، نتيجة لكثرة عيوبه، ونص عوضا عنه على حق الاختصاص. أما القانون المدني الجزائري فقد أشار إلى الرهن القضائي – تقليدا لقانون نابليون – في المادة 1/883 مدني، وفي نفس الوقت نص على حق الاختصاص – تقليدا للقانون المصري – وأطلق عليه اصطلاح "حق التخصيص" في المواد من 937 إلى 947 مدني. وهكذا يكون المشرع الجزائري قد نص على الرهن القضائي وبديله حق الاختصاص.

[102] - يلاحظ أن القانون المدني المصري قد اختار تنظيم مجلس العقد، في المادة 94 مدني مصري، على طريقة المذهب الحنفي، إذ جعل الإيجاب غير ملزم، فقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية (ج 2، ص 42): "وقد آخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفي قاعدة حكيمة، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول". وقد نقل القانون المدني الجزائري نص المادة 94 مدني مصري حرفيا، ونظم مجلس العقد في المادة 63 مدني مخالفا المذهب المالكي السائد في الجزائر الذي يقضي بإلزامية الإيجاب، أي بقاء الموجب على إيجاب حتى يُعرض الطرف الآخر أو ينتهي المجلس، والسبب في ذلك أن الإمام مالك كان يرى أن الإرادة المنفردة تلزم صاحبها. انظر في أحكام مجلس العقد: محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، دار الكتب القانونية، مصر، 2009. وانظر في انتقاد المادة 63 مدني: علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 124.

[103] - نظم القانون المدني المصري أحكام مرض الموت – عموما - على طريقة المذهب الحنفي، إذ جعل، حسب المادة 1/916 مدني مصري، كل تصرف صادر من المريض مرض الموت بقصد التبرع خاضعا لأحكام الوصية. وقد نقل القانون المدني

كان القانون المصري – في تلك الفترة - رائدا للقوانين العربية، كالقانون المدني السوري والليبي وغيرهما. ولاشك أن القانون المدني الجزائري قد أخذ كثيرا من نصوص القانون المصري، مما يصح معه أن يقال أنه نقل شبه حرفي لمواده[104]، ويظهر ذلك من خلال الاستفادة من بعض اتجاهاته التي تندرج تحتها نصوص كثيرة **(1)**، ولكنه نقل عنه أيضا عيوبه **(2)**.

1- نقل بعض اتجاهات القانون المصري: نقل جامد

قدمنا أن القانون المدني هو نقل شبه حرفي للقانون المصري، ومن ثم فلا حاجة لتتبع النصوص التي أخذها المشرع عن هذا القانون، وإنما المفيد هو بيان الاتجاهات العامة التي تندرج تحتها كل هذه النصوص التي نقلها المشرع عن القانون المصري. ويمكن إرجاع هذه الاتجاهات – مع الاقتصار على تلك المكمّلة للتصوّرات التي أخذها المشرع عن نابليون - إلى تأثر المشرع ببعض النصوص ذات النزعة الاجتماعية المقيّدة لمبدإ سلطان الإرادة **(أ)** واعتماد التصوّر الموضوعي المدعّم للتصوّر الذاتي لقانون نابليون **(ب)**. ومع ذلك فقد جاء هذا النقل جامدا لا يفي بالغرض المقصود.

أ- نقل نصوص القانون المصري ذات النزعة الاجتماعية

إذا كان قانون نابليون يغالي – نوعا ما – في تقديس مبدإ سلطان الإرادة، فإن القانون المصري حاول التخفيف من ذلك عن طريق تقييده – اقتداء بالتشريعات الجرمانية والتشريعات اللاتينية الحديثة - سواء على مستوى تكوين العقد أو

الجزائري حرفيا هذا الحكم في المادة 1/776 مدني، مخالفا بذلك المذهب المالكي السائد في الجزائر الذي لا يفرّق بين تصرفات المريض والصحيح إلا في حالات استثنائية كالإقرار للصديق الملاطف، والإقرار لوارث أو لغير وارث عند فقد الولد الوارث. انظر في التكييف الشرعي لمرض الموت: حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارن بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 161 وما بعدها.

[104] يقول الأستاذ علي بن شنب في بيان هذه الحقيقة:

«*Préparé par les fonctionnaires du ministère de la justice dans le secret de leurs bureaux,* ***le code civil est le plus souvent une reproduction servile du code civil égyptien de 1948,*** *dont l'architecte principal a été le grand égyptien Essanhouri, formé à l'école du droit comparé de Lyon* ». A. Bencheneb, op. cit., p.25.

قارن: الأستاذة لحلو خيار غنيمة إذ تقول:

« *Le droit français constitue la plus importante source d'inspiration* ***en quantité d'articles qui sont repris textuellement du code Napoléon*** ». Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p.30.

تنفيذه، وقد سار القانون المدني على نفس المنوال من خلال التأثر بالنزعة الاجتماعية التي جاء بها القانون المصري[105]، ولكن النقل شبه الحرفي للنصوص منعه من الإبداع والتفوّق على القانون المصري.

أضاف المشرع، على مستوى تكوين العقد، عيبا رابعا للرضاء لا يعرفه قانون نابليون، وهو عيب الاستغلال، وهو في الحقيقة تحوير بارع للنظرية المادية للغبن[106]، فبدل الاكتفاء بالغبن في مجالات ضيقة[107]، اتسع إلى جميع العقود بفضل تحويل الغبن إلى نظرية ذاتية تمنع استغلال الطيش البين والهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر. وقد جاءت المادة 90 مدني مطابقة للمادة 129 مدني مصري ماعدا بعض الاختلافات اللفظية التي لا تغيّر المعنى. وقد كان بالإمكان التوسّع في العنصر النفسي للاستغلال – كأن يُعتد بعدم الخبرة وضعف الإدراك والحاجة الملجئة - بدل حصره في الطيّش البيّن والهوى الجامح[108].

كما أن المشرع أشار إلى عقود الإذعان في المادة 70 مدني المطابقة للمادة 100 مدني، وعمل على حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي قد تتضمنها عقود الإذعان، إذ أجاز للقاضي، حسب المادة 110 مدني المطابقة للمادة

---

[105]- يقول الأستاذ علي بن شنب بعد إشارته للتوجه الليبرالي للقانون المدني:

« ***Ce n'est pas dire qu'il n'y ait pas trace d'une certaine socialisation du droit*** *ou, si l'on préfère, d'une certaine moralisation du droit* ». A. Bencheneb, op. cit., p.26.

وبعبارة أوضح تقول الأستاذة لحلو خيار غنيمة عن الهدف من إيراد المشرع للمواد 90 و3/107 و110 مدني:

« *…dans le but de modérer la conception libérale du contrat héritée du droit français ;* ***la faisant ainsi coexister avec une conception plus sociale*** ». Gh. Lahlou-Khiar, *Réflexions sur le droit des obligations*, op. cit., p.33.

[106]- يُلاحظ أن القانون المدني قد قلّد القانون المدني المصري في تقدير الغبن بالخمس بـ (5/1) في بيع العقار (المادة 358 مدني)، وعقد القسمة الودية (المادة 732 مدني)، وقد أخذ القانون المصري هذا التقدير من الفقه الحنفي، وهو المذهب السائد في مصر، لذا كان الأولى بالقانون المدني اعتماد الثلث (3/1) وهو التقدير المعروف في الفقه المالكي وهو المذهب السائد في الجزائر.

[107]- يرى الأستاذ علي فيلالي أنه: "كان من الأفضل تعميم فكرة الغبن على جميع العقود". الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 230. وفي اعتقادنا أن مثل هذا التعميم قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات من جهة، وقد يتنافى مع تعميم المشرع لفكرة الاستغلال من جهة أخرى. والحل الأمثل في نظرنا هو توسيع العنصر النفسي في الاستغلال، من جهة، ومدّ فكرة الغبن إلى بعض الحالات الأخرى بنصوص قانونية من جهة أخرى. انظر في أحكام الغبن: فايزة دكار، الغبن في العقود المدنية، ماجستير، جامعة الجزائر، 2008.

[108]- وقد حاول المشرع الفرنسي في تعديل 2016 الاقتراب من هذا المعنى من خلال التوسع في مفهوم الإكراه، إذ نصت المادة 1143:

« *Il ya également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif* ».

149 مدني مصري، أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة[109]. وقد كان في الوسع إعطاء أكثر فعالية لمكافحة الشروط التعسفية، كأن يحدّد المشرع المقصود بالشرط التعسفي، ويبيّن معايير تقديره، ويعطي أمثلة على ذلك، ويربطه بالنظام العام بدل جعله مسألة جوازية للقاضي لا تثار إلا بناء على طلب الطرف المذعن[110].

أما على مستوى تنفيذ العقد فقد تبنى المشرع نظرية الحوادث الطارئة في المادة 3/107 مدني، من أجل إصلاح اختلال التوازن العقدي على مستوى التنفيذ، ووضع تطبيقا لها في المقاولة في المادة 3/561 مدني. وهو نفس المنهج الذي سبق أن أخذ به القانون المصري، إذ نص على هذه النظرية في المادة 2/147 مدني مصري، وقد أخذها عن القانون البولوني (المادة 269) والقانون الإيطالي الجديد (المادة 1467)، وأورد تطبيقات لها في عقدي الإيجار (المادة 608 مدني مصري)، والمقاولة (4/658 مدني). وقد كان بالإمكان عدم التقيّد بالشروط الصارمة الواجب توافرها في الحادث الطارئ (عام واستثنائي وغير ممكن التوقع)، والاقتداء بأحكام الفقه الإسلامي[111]، في هذا الشأن، لاسيما نظرية العذر[112].

---

[109]- انظر: محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990. فطيمة نساخ، مفهوم الإذعان، ماجستير، الجزائر، 1996.

[110]- وقد بادر المشرع الفرنسي في تعديل 2016 إلى تبني فكرة مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، إذ نصت المادة 1171:

« *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

[111]- تقول الأستاذة ذهبية حامق: "فإذا كان المشرع عندنا يقبل إعادة النظر في العقد إذا طرأت ظروف استثنائية، **فنتمنى أن يقبل في المستقبل أن يعتنق المفهوم الواسع للنظرية كما تشير إليه أحكام الشريعة الإسلامية سواء من حيث شروط قيامها أو من حيث آثارها**، الذي سيؤدي بدون شك إلى تكريس أكثر عدالة عقدية...". ذهبية حامق، المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية. أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، حوليات جامعة الجزائر1، ضمن أعمال الملتقى الدولي: "تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، ع 4، 2015، ص105.

[112]- وقد تبنى المشرع الفرنسي في تعديل 2016 نظرية الحوادث الطارئة، إذ نصت المادة 1195:

« *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

كما أن المشرع قد نص على إمكانية تخفيض الشرط الجزائي من طرف القاضي، في المادة 2/184 مدني، في حالتين: إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. وهو منصوص عليه في المادة 224 مدني مصري. ومنع، حسب المادة 185 مدني، على القاضي الزيادة في الشرط الجزائي إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وهو منصوص عليه في المادة 225 مدني مصري. وقد كان حريا بالمشرع تجاوز هذه الحلول التقليدية، ومن ثم يجيز للقاضي الزيادة في قيمة الشرط الجزائي وفق سلطته التقديرية، وأن يربط الموضوع بأكمله بالنظام العام، والإحالة على التنظيم لوضع تحديد قانوني لقيمة الشرط الجزائي في حالات معينة. لقد نقل القانون المدني أيضا، بصورة شبه حرفية، من القانون المصري النصوص ذات التصوّر الموضوعي.

ب- نقل نصوص القانون المصري ذات التصوّر الموضوعي

إذا كان قانون نابليون يقوم على التصوّر الذاتي الموروث عن القانون الروماني، فإن القانون المصري استفاد من النزعة الموضوعية الموجودة في التشريعات الجرمانية، التي تعطي أهمية كبيرة لاستقرار المعاملات، وتدعّم الآليات التي تساهم في التطوّر الاقتصادي. وهو ذات المنهج الذي سار عليه القانون المدني من خلال اعتداده في بعض الفرضيات بالإرادة الظاهرة، واعتماده على بعض الحلول العملية المعروفة في التشريعات الجرمانية.

لقد أخذ القانون المدني، في بعض الفرضيات، بالإرادة الظاهرة حفاظا على استقرار المعاملات، نذكر من ذلك ما يلي: المواد من 59 إلى 61 مدني - وهي مطابقة للمواد 89- 91 مدني مصري- التي تشير إلى التعبير عن الإرادة. والمادة 62 مدني – المطابقة للمادة 92 مدني مصري- التي ترتب للتعبير عن الإرادة أثرا ولو توفي صاحبه أو فقد أهليته. والمادتان 87 مدني – المطابقة للمادة 126 مدني مصري- و89 مدني – المطابقة للمادة 128 مدني مصري- المتعلقتان على التوالي بالتدليس والإكراه الصادر من غير المتعاقدين، إذ تشترطان العلم الحقيقي أو الحكمي للمتعاقد المستفيد من التدليس أو الإكراه. والمادة 1/111 مدني – المطابقة للمادة 1/150 مدني مصري- التي تمنع الانحراف عن عبارات العقد الواضحة.

كما أن القانون المدني قد أخذ – نقلا عن القانون المصري - بالحلول المعروفة في التشريعات الجرمانية فيما يخص تصوير الالتزام. فإذا كان قانون نابليون متمسكا بالتصوير الشخصي، فإن القانون المدني حافظ على هذا التصوير ولكن مع تدعيمه بحلول مقتبسة من التشريعات الجرمانية. نذكر من ذلك تقنين المشرع لأحكام الوعد بجائزة الموجّه للجمهور في المادة 115 مدني[113]، وهي مطابقة للمادة 162 مدني مصري. واعتداده بالاشتراط لمصلحة الغير في المواد من 116 إلى 118 مدني وهي مطابقة للمواد 154- 156 مدني مصري. وأخذه – إلى جانب حوالة الحق التي يعرفها قانون نابليون[114] – بحوالة الدين في المواد من 251 إلى 257 مدني، وهي مطابقة للمواد 315- 322 مدني.

2- نقل بعض نصوص القانون المصري: نقلٌ للعيوب

رغم تفادي القانون المصري لكثير من عيوب قانون نابليون إلا أنه، هو الآخر، قد وقع في بعض العيوب. ولما كان القانون المدني نقلا شبه حرفي للقانون المصري فإنه، بطبيعة الحال، قد وقع في نفس العيوب، منها ما هو شكلي **(أ)**، ومنها ما هو موضوعي **(ب)**.

أ- نقل العيوب الشكلية للقانون المصري

تناول القانون المصري النظرية العامة للالتزامات في القسم الأول: الالتزامات أو الحقوق الشخصية، وقد ضم كتابين: الأول: الالتزامات بوجه عام، والثاني: العقود المسماة. إن الذي يعنينا، في هذا المقام، هو الكتاب الأول، وقد ضم ستة أبواب هي على التوالي: مصادر الالتزام، آثار الالتزام، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام، وإثبات الالتزام. وبهذا الصنيع يكون القانون المصري قد تفادى عيوب قانون نابليون[115]، ذلك أن هذا الأخير نظّم النظرية

---

[113]- كانت المادة 115 مدني، عند صدور القانون المدني سنة 1975، محشورة بين المادة 114 مدني المتعلقة بالتعهد عن الغير، والمادة 116 وما يليها المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير. وعند تعديل القانون المدني سنة 2005 نقلها المشرع إلى المادة 123 مكرر 1 مدني في الفصل الثاني مكرر: الالتزام بالإرادة المنفردة.

[114]- نظم المشرع الفرنسي حوالة الحق في المواد من 1689 إلى 1701 مدني فرنسي ضمن **أحكام عقد البيع**، في حين أن المشرع الجزائري – اقتداءً بالمشرع المصري – نظمها في المواد من 239 إلى 250 مدني في **الباب الرابع: انتقال الالتزام**. ويُلاحظ أنه بموجب تعديل 2016 أعاد المشرع الفرنسي تنظيم حوالة الحق، إذ خصّها بالمواد من 1321 إلى 1326، وقد جاء تنظيمها تحت عنوان: **Les opérations sur obligations** وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد وضع حوالة الحق في مكانها المناسب.

[115]-انظر في التقسيم الرئيسي للقانون المدني المصري، وتبويبه التفصيلي: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

العامة للالتزامات بمناسبة تنظيمه للعقد[116]. ومع ذلك فقد وقع القانون المصري في بعض العيوب الشكلية وقد اتبعه القانون المدني في ذلك، نذكر من بين هذه العيوب ما يلي:

من **ناحية أولى** يُلاحظ أن القانون المصري قد خصّص للالتزامات بوجه عام ستة أبواب، وفي نفس الاتجاه خصّص القانون المدني ستة أبواب للالتزام تحمل نفس عناوين القانون المصري. وفي اعتقادنا أن هذا التقسيم منتقد إذ كان من الممكن تخصيص بابين للالتزام، أولهما: مصادر الالتزام، وثانيهما: أحكام الالتزام، على أن يضم هذا الأخير: آثار الالتزام، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، انتقال الالتزام، انقضاء الالتزام. وبهذا تحدث المقابلة بين المصادر والأحكام، وهو النهج الذي درجت عليه الكتابات الفقهية[117]. وهو ما تبناه المشرع الفرنسي في تعديل 2016، إذ خصّص الفصل الثالث لمصادر الالتزامات، وهو يضم المواد من 1100 إلى 1303-4، والفصل الرابع للأحكام العامة للالتزامات، وهو يضم المواد من 1304 إلى 1352-9.

ومن **ناحية ثانية** خصّص القانون المصري بابا أخيرا في الالتزامات بوجه عام يحمل عنوان: إثبات الالتزام، وهو ذات العنوان الذي استعمله القانون المدني في الباب السادس. ولاشك أن هذا الاتجاه معيب، ذلك أن الإثبات لا يتعلق بالالتزام فحسب، بل يشمل أيضا الحقوق العينية من جهة، كما أن تناول قواعد الإثبات في القانون المدني فصلها عن إجراءات الإثبات التي عالجها قانون الإجراءات المدنية من جهة أخرى. وعلى ذلك كان الأولى عدم تنظيم الإثبات لا في القانون المدني ولا في قانون الإجراءات المدنية، وإنما يفرد بقانون مستقل، وهو ما تفطن له القانون المصري إذ قام بحذف المواد من 389 إلى 417 مدني مصري، وأصدر قانونا خاصا بالإثبات[118]. وهو ما لم يقم به المشرع الجزائري مع أن الفرصة كانت مواتية بعد

---

[116]- يقول الأستاذ عبد الحي حجازي – بمناسبة كلامه عن المذهب الفردي : "وهذا ما يفسّر لنا لماذا وضع القانون المدني الفرنسي، وهو قانون فردي النزعة، نظرية الالتزامات في الباب المخصّص للعقد وهو باب طويل تبدأ مواده من المادة 1139، في حين أنه لم يخصّص للالتزامات غير التعاقدية إلا بضع مواد قصيرة (من المادة 1370 إلى 1386)". عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 31، هامش رقم 41.

[117]- انظر مثلا: بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، 2014. ولنفس المؤلف، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، 2013.

[118]- يقول الأستاذ سمير تناغو: "...**ولعل أفضل منهج في هذا الشأن هو ما اتبعه القانون الإنجليزي من وضع قانون مستقل للإثبات يجمع بين أحكامها الموضوعية وقواعدها الإجرائية**، ويكون بذلك صالحا للتطبيق، ليس فقط على الالتزامات بل على سائر الوقائع والتصرفات التي تنشأ عنها الحقوق والمراكز القانونية من أي نوع كان..**وقد صدر هذا القانون بالفعل وهو القانون رقم**

تعديل 2005 وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. وقد وقع القانون المدني الفرنسي في نفس العيب الشكلي، إذ خصّص في تعديل 2016 الفصل الرابع لإثبات الالتزامات، وقد ضم المواد من 1353 إلى 1386-1.

ومن **ناحية ثالثة** نظّم القانون المصري مصادر الالتزام في خمسة فصول وجعل من بينها القانون، وهو ذات المسلك الذي اتبعه القانون المدني إذ جعل القانون مصدرا للالتزام في المادة 53 مدني. ويبدو أن جعل القانون مصدرا للالتزام محل نظر، لأن القانون مصدر غير مباشر للالتزام في جميع الأحوال، ولا يكون أبدا مصدرا مباشرا. وعلى ذلك يكون المشرع قد خلط بين المصدر المسبّب والمصدر المرتّب، فالأول يتمثل في الواقعة المسبّبة للالتزام، وهو بهذا المعنى يشمل، في القانون المدني آنذاك، العقد والعمل المستحق للتعويض وشبه العقد، أما الثاني فيتمثل في القانون، إذ هو الذي يرتّب الالتزامات التي تنشأ عن المصدر المسبّب، فالقانون ينشئ الالتزامات استنادا إلى واقعة معينة، ومن ثم تكون هذه الواقعة هي المصدر المسبّب أي المباشر للالتزام، ويكون القانون مصدرا مرتبا لها، أي مصدرا غير مباشر لها[119].

ومن **ناحية رابعة** نظّم القانون المصري العقد في المواد من 89 إلى 161 مدني مصري، وقد جاءت المواد من 157 إلى 161 مدني تحت عنوان: انحلال العقد، وقد ضمّت أحكام الفسخ (157- 160)، والدفع بعدم التنفيذ (161). وفي نفس الاتجاه نظم القانون المدني الفسخ والدفع بعدم التنفيذ في المواد من 119 إلى 123 مدني تحت عنوان: انحلال العقد. ويرى الفقهاء أن المقصود بانحلال العقد هو زوال العقد، بعد نشأته صحيحا، بأثر جعي أو دون أثر رجعي[120]. وهو بهذا المعنى يشمل الانحلال باتفاق الطرفين، وهو ما يسمى التقايل، والانحلال بالإرادة المنفردة، وهو

---

25 لسنة 1968 بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية". سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 13.

[119] - وهو ما اعترف به بعض الفقه المصري. يقول الأستاذ مصطفى الجمال: "...درجت التقنينات المدنية، كما درج الفقه على عدم التمييز بين القانون كمصدر مرتب لاكتساب الحقوق وبين مصادر مسببة لاكتسابها، فالقانون المدني المصري مثلا يتناول مصادر الالتزام في الكتاب الأول منه في خمس فصول متتابعة، يخصص أولها للعقد، والثاني للإرادة المنفردة، والثالث للعمل غير المشروع، والرابع للإثراء بلا سبب، والخامس للقانون..**وهذا المسلك يتضمن خلطا بين فكرة المصدر المسبب أو المباشر وبين فكرة المصدر المرتب أو غير المباشر...**". مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجمعية، لبنان، 1987، ص 22-23. انظر في نفس المعنى: جلال العدوي، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، لبنان، 1994، ص 10 وما بعدها. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، لبنان، 2000، ص 24 وما بعدها.

[120] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 776.

ما يسمى الإنهاء أو الإلغاء، وأخيرا الانحلال عن طريق الفسخ[121]. وعلى ذلك يظهر أن العنوان الذي استعمله القانون المدني – تقليدا للقانون المصري – معيب من زوايتين: من جهة اقتصر على تنظيم الفسخ، فكان العنوان أكبر من المضمون، ومن جهة أخرى نظم الدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان انحلال العقد[122]، مع أنه ليس انحلالا للعقد، وإنما هو وقف مؤقت لتنفيذ الالتزامات[123]. فقد كان بإمكان المشرع أن ينظم تحت عنوان انحلال العقد: التقايل، والإلغاء (الإنهاء)، والفسخ[124].

ب- نقل العيوب الموضوعية للقانون المصري

حرص القانون المدني، كثيرا، على ضبط النصوص المتعلقة بالالتزامات، إذ تكشف أعماله التحضيرية أن كل مادة من مواده جرى حولها نقاش كبير شارك فيه رجال القانون المختصّون[125]، ومع ذلك فإنه لم يسلم من العيوب الموضوعية – كما هو حال كل عمل بشري -، وقد جاء القانون المدني ناقلا كل هذه العيوب، ونكتفي، في هذا المقام، بذكر بعض من هذه العيوب لاسيما تلك الواردة في المواد المنظمة للعقد:

من **ناحية أولى** لم ينظم القانون المصري المرحلة السابقة على التعاقد، إذ اهتمت النصوص مباشرة بأركان العقد من تراض ومحل وسبب، ثم ببيان آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع، وأخيرا انحلال العقد. وسار القانون المدني على نفس المنهج باستثناء تخصيصه المواد من 54 إلى 58 لتعريف العقد وبيان أنواعه في القسم الأول: أحكام تمهيدية. وهكذا أهمل القانون المدني التطرّق لأحكام المرحلة السابقة على التعاقد، والمراكز القانونية الناشئة عنها وتحديد

---

[121]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 456.

[122]- وهو ما نبّه عليه بعض الفقه الجزائري. يقول الأستاذ عبد الكريم بلعيور: "...هذا العنوان لا يتفق مع مفهوم نظرية الفسخ الدقيق **لأن هناك أنظمة أخرى تؤدي إلى انحلال العقد ومع ذلك لا تعتبر فسخا**...". عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 305.

[123]- شوقي بناسي، الدفع بعدم تنفيذ العقد، ماجستير، جامعة الجزائر، 2002. وقد رأينا، في هذه الرسالة، أن الدفع بعدم التنفيذ هو في الحقيقة دفع من أجل تنفيذ العقد، ومن ثم يكون مكانه المناسب ضمن المواد التي تنظيم مسألة تنفيذ العقد، أي في القسم الثالث: آثار العقد، وليس في القسم الرابع: انحلال العقد.

[124]- يُلاحظ أن بعض التشريعات العربية قد خرجت عن تقليد القانون المدني المصري، ونظمت تحت عنوان انحلال العقد: الإقالة (التقايل) إلى جانب الفسخ. من ذلك القانون الأردني (المواد 242- 244)، والقانون الكويتي (المادتان 217- 218). ونفس المنهج سلكه القانون العربي الموحّد (المواد 250-252).

[125]- انظر تفاصيل وضع المشروع التمهيدي للقانون المصري وعرضه للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات على رجال القضاء وأساتذة القانون، ثم انتقاله إلى مشروع نهائي، وعرضه على مجلس النواب، ثم على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، ثم مجلس الشيوخ: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

المبادئ التي تحكمها[126]. وهو ما تفطن له المشرع الفرنسي في تعديل 2016، إذ خصّص ثلاث مواد لهذا الموضوع من 1112 إلى 112-2 جاءت تحت عنوان: المفاوضات.

ومن **ناحية ثانية** يظهر أن القانون المصري يأخذ بعدم إلزامية الإيجاب، كأصل عام، وهو لا يكون ملزما، حسب الفقه المصري، إلا إذا عين ميعاد للقبول حسب المادة 93 مدني[127]. وعلى الرغم من أن القانون المدني قد أورد المادة 63 مدني المطابقة للمادة 93 مدني مصري إلا أن هذا لم يمنع من وجود اختلاف في الفقه الجزائري حول ما إذا كان الإيجاب ملزما أم لا كأصل عام؟ رأى جانب من الفقه أن الإيجاب غير ملزم كأصل عام استنادا لمفهوم المخالفة للمادة 63 مدني[128]، في حين رأى جانب آخر من الفقه أن الإيجاب ملزم استنادا إلى المادة 61 مدني[129] – المطابقة للمادة 91 مدني مصري-. ويبدو أن حدة الخلاف قد زالت بعد تبني المشرع للإرادة المنفردة في تعديل 2005. وفي اعتقادنا أنه كان يتعيّن على المشرع أن يأتي بنص واضح لتقرير إلزامية الإيجاب حفاظا على استقرار المعاملات، وهو ما كان ينص عليه المشروع التمهيدي للقانون المصري، ولكن للأسف حذف في نهاية المطاف[130].

ومن **ناحية ثالثة** نص القانون المصري على عيب رابع للرضاء، في المادة 129 مدني مصري وهو الاستغلال، تأثرا بالقوانين الجرمانية، ولكنه حصر الضعف النفسي للمتعاقد في الطيش البيّن والهوى الجامح. ونفس الشيء فعله القانون المدني في المادة 90 مدني، وكان الأولى في نظرنا عدم متابعة القانون المصري في هذا التضييق[131]، ومن ثم التوسّع في حالات الضعف

---

[126]- وهو ما اشتكى منه بعض الفقه الجزائري. يقول الأستاذ بلحاج العربي: "...إن القانون المدني الجزائري رغم تعديلاته الحديثة لم ينظم المرحلة السابقة على إبرام العقد بنصوص قانونية صريحة وواضحة، **بل تركها في الضمنية والغموض والفراغ التشريعي**..."بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، 2014، ص 11.

[127]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 223.

[128]- علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 37.

[129]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 123، هامش رقم 2. وانظر في نفس الاتجاه:
Gh. Lahlou- Khiar, *Quelques remarques à propos de l'ouvrage de M. Hassanine, Op. cit.,* p.113.

[130]- كانت المادة 129 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تنص على ما يلي: "كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه".

[131]- وقد انتقد بعض الفقه المصري تضييق القانون المدني المصري للعنصر النفسي في الاستغلال. يقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي: "وإذا تمشينا مع منطق الأمور ذاته، وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنساني، أيا ما كان نوعه أو طبيعته، من شأنه أن يقيم الاستغلال، طالما أنه قد استغل بالفعل في صاحبه، ومع ذلك فقد قصرت المادة 129 مظاهر الضعف الإنساني، التي يمكن أن تكون محلا للاستغلال، على الطيش البين والهوى الجامح". عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984، ص 391.

النفسي[132]، وهو ما نصت عليه بعض التشريعات العربية فمثلا ينص القانون العراقي، في المادة 125، على الحاجة والطيش والهوى وعدم الخبرة وضعف الإدراك، وينص القانون الكويتي، في المادة 159، على الحاجة الملجئة والطيش البيّن والضعف الظاهر والهوى الجامح والقوة الأدبية. ومن الغريب حقا أن يُحصر الضعف النفسي في الطيش البيّن والهوى الجامح مع أن أصل نظام الاستغلال هو القانون الألماني (المادة 138)، وهذا الأخير يشير إلى الحاجة والخفة وعدم الخبرة[133].

ومن **ناحية رابعة** تناولت المادة 133 مدني مصري مسألة تعيين المحل فيما يخص الأشياء المادية، وأشارت إلى أن تعيين الأشياء المثلية يكون بتعيين نوعها ومقدارها تحت طائلة البطلان، ونفس الحكم تضمّنه القانون المدني إذ جاءت المادة 94 مدني مطابقة للمادة 133 مدني مصري. ولاشك أن هذه النصوص معيبة لأن تعيين الأشياء المثلية يكون بتعيين جنسها ونوعها ومقدارها. فمثلا السكر جنس، والصيني نوع، ومن ثم لا يمكن التعيين بالنوع دون الجنس وهكذا أسقطت المادة 94 مدني – تبعا للمادة 133 مدني مصري – كلمة "بجنسها"[134].

ومن **ناحية خامسة** جعلت المادة 2/139 مدني مصري للإجازة أثرا رجعيا، أي تستند إلى التاريخ الذي أبرم فيه العقد، وسار القانون المدني على نفس الحكم في المادة 100 مدني، ولاشك أن ما قرّره هذا النص غير صائب، ذلك أن الإجازة تؤدي إلى تثبيت العقد القابل للإبطال وتأييد الآثار المترتبة عليه قبل الإجازة، علما أن العقد القابل للإبطال عقد صحيح مرتب لجميع آثاره ما لم يحكم بإبطاله[135].

---

[132]- وقد اشتكى بعض الفقه الجزائري من هذا التضييق غير المبرر من المشرع، وقد اقترحت الأستاذة عرعارة عسالي أن يكون مطلع المادة 90 مدني كالآتي: "إذا استغل أحد المتعاقدين في الآخر طيشه أو عدم خبرته أو ضعفه الظاهر...". عرعارة عسالي، نظرية الاستغلال، ماجستير، الجزائر، 1997، ص119.

[133]- وللإشارة فإن القانون الألماني، في المادة 138، يرى أن الاستغلال يمس بالآداب العامة، ومن ثم رتب عليه البطلان المطلق. انظر، توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المصري، دكتوراه، الإسكندرية، 1957، ص411.

[134]- يقول الأستاذ علي علي سليمان: "ومن الغريب أن القانون الجزائري قد وقع في نفس الخطإ الذي وقع فيه القانون المصري فأسقط كلمة (بجنسه) كما أسقطتها المادة 133 م م". علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص72. وفي نفس الاتجاه يقول الأستاذ علي فيلالي: "لقد أشار النص الفرنسي في المادة 94 مدني إلى تعيين الجنس (espèce)، بينما ذكر النص العربي تعيين النوع (genre)، والمقصود في رأينا هو تعيين الجنس، لأنه من المكوّنات الرئيسية للشيء، وإغفاله يمنع قيام العقد، في حين يعتبر النوع مسألة تفصيلية لا تنال من تعيين الشيء في حد ذاته، ومن ثم فإن العقد ينعقد ولو لم يعين المتعاقدان نوع الشيء محل العقد". علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص249.

[135]- يقول الأستاذ محمد سعيد جعفور: "... نص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري الذي يقرّر أن للإجازة أثرا رجعيا غير صائب، ذلك أن الإجازة لا تجعل العقد ينتج أثرا لم يكن له من قبل، وإنما يقتصر على تأييد هذه الآثار ومنع احتمال زوالها مستقبلا". محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، 2000، ص232.

خاتمة

إن عدم أصالة القانون المدني الجزائري ترجع، في نظرنا، بالدرجة الأولى، إلى عاملين أساسيين: **أولهما** الاستعمار الفرنسي الذي مكث في الجزائر 132 سنة، عمل في أثنائها على القضاء على الهوية الجزائرية من خلال استبعاد الشريعة الإسلامية من مناحي الحياة ومحاربة اللغة العربية، فكانت نتيجة ذلك أن نشأ معظم رجال القانون لا يعرفون إلا قانون نابليون. و**ثانيهما** صدور القانون المدني المصري سنة 1948، وقد جاء ذا نزعة لاتينية واضحة، متأثرا إلى حدّ بعيد بقانون نابليون في تكييفاته القانونية، واصطلاحاته الفنية، ومبادئه الكبرى، وقد انتقل – بحكم الانتماء للعالم العربي - إلى كثير من البلاد العربية منها سوريا وليبيا والجزائر. ومن عجائب الأمور أن واضع القانون المدني المصري – الأستاذ عبد الرزاق السنهوري – كان في سنوات الثلاثينات من القرن الماضي ينادي بإحياء الفقه الإسلامي وتطبيق الشريعة الإسلامية، ولكن لما أسندت له مهمة وضع القانون المصري، صاغه على الطريقة الغربية وجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف ضمن مصادر القانون !!. وهكذا دخل قانون نابليون البلاد العربية إما بصورة مباشرة عن طريق الاستعمار الفرنسي، وإما بصورة غير مباشرة عن طريق القانون المدني المصري. ومن مساوئ الصدف أن الطريقتين معا اجتمعتا في القانون المدني الجزائري، فقد بقي قانون نابليون ساريا في الجزائر – بعد الاستقلال - إلى غاية 1975 من جهة، وتأثر واضعوه بالقانون المدني المصري من جهة أخرى.

إن أصالة القانون في البلاد العربية – ومنها الجزائر – لن تتحقق إلا من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فهي التي تعبّر عن ديننا وأخلاقنا وثقافتنا، وهو ما حاولت بعض البلاد العربية القيام به، وكانت أول محاولة في ذلك هي محاولة القانون المدني العراقي (1952)، ولكنه جاء خليطا من قانون نابليون وأحكام الشريعة الإسلامية، وتلته محاولة القانون المدني الأردني (1976)، وقد أدخل كثيرا من التفاصيل المعروفة في الفقه الإسلامي، ومع ذلك بقيت روحه لاتينية، مثله مثل القانون المدني العربي الموحّد (1996). إن صياغة قانون مدني مستمد من الشريعة الإسلامية لن تكون من خلال تبني تفاصيل الفقه الإسلامي فحسب، بل لابد من أن تكون روحه إسلامية، بمعنى أن تكون مبادؤه

الكبرى، وتكييفاته القانونية، واصطلاحاته الفنية، وقواعده الأساسية مستمدة هي الأخرى من الفقه الإسلامي. ولا يعني هذا أبدا الانغلاق على الذات، ورفض كل ما هو أجنبي، بل لابد من مسايرة مقتضيات العصر، فلا شك أنه أينما وُجدت مصلحة العباد فثم شرع الله تعالى ودينه. ومما يؤكد هذه الحقيقة أن أغلب ما يبحث عنه الفقه القانوني الغربي اليوم، لاسيما في مجال الالتزامات، موجود في الفقه الإسلامي ذي النزعة الموضوعية - الجماعية، وما اتجاه التشريعات الغربية، في عصرنا، من الذاتية نحو الموضوعية، ومن الفردية نحو الجماعية إلا خير دليل على صحة ما نقول.

ولا تشكّل ظاهرة عولمة القانون – في نظرنا – عائقا في وجه تقنين الشريعة الإسلامية، لاسيما في مجال المعاملات المالية، ذلك أن الشريعة الإسلامية، بطبعها، شريعة عالمية، تضمّنت أصولا عامة وقواعد كلية تعتبر بمثابة المبادئ الموجّهة للمعاملات المالية، وتركت كثيرا من المسائل التفصيلية للاجتهاد الفقهي والقضائي، مما يجعلها صالحة للتطبيق على كل البيئات وفي جميع الظروف، خاصة أن أحكامها جاءت مربوطة بعللها وأسبابها، مما يفسح المجال لإعمال القياس، في شتى الميادين، في ضوء المحافظة على الفكرة الجوهرية فيها وهي جلب المصالح ودرء المفاسد تحقيقا للعدل والإنصاف. ولعل مبادرة بعض الدول العربية، كالأردن والكويت والسودان والإمارات واليمن، إلى صياغة قوانينها المدنية من خلال الفقه الإسلامي – بدرجات متفاوتة – خطوة أولى في سبيل إحياء الفقه الإسلامي تنتظرها خطوة ثانية من أجل توحيد التشريعات العربية، في انتظار الخطوة الكبرى لتحقيق عالمية الشريعة الإسلامية.

علاقة القانون المدني بقانون الأسرة: قواعد الأهلية نموذجا

د. حمزة فتال: أستاذ محاضر & د. سمير شيهاني: أستاذ محاضر
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة

ملخص

لا أحد يجادل في أن القانون المدني هو الشريعة العامة، يرجع إليه كلما لم يكن هناك نص على مسألة معينة في باقي القوانين ذات العلاقة، ومن بين هذه القوانين قانون الأسرة؛ فعندما صدر القانون المدني الجزائري، أورد بعض النصوص التي تشير إلى الأحوال الشخصية محيلا إليها عند التطبيق، وفي المقابل، عندما صدر قانون الأسرة تضمن في طياته عدة نصوص مرتبطة بالقانون المدني، لما لها من علاقة بالمعاملات المدنية؛ مما أظهر وجود علاقة فعلية بينهما. غير أن هذه العلاقة لم تبرز بشكل واضح لعدة أمور منها: أن القانون المدني ينظم المعاملات المالية في حين أن قانون الأسرة ينظم الأحوال الشخصية، كما أنهما مختلفان من حيث المصدر المادي، إضافة إلى وجود تناقض في بعض نصوص قانون الأسرة التي تنظم المسائل المالية، وأخيرا وجود خلاف فقهي بشأن علاقة القانونين ببعضهما، تراوح بين التقريب والاستقلالية. فكانت هذه الدراسة من أجل توضيح تلك العلاقة بين القانونين، والخروج بالحلول التي نراها مناسبة لسد الثغرات، ورفع التناقض الموجود.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني – قانون الأسرة – قواعد الأهلية.

Résumé

Nul ne pourrait nier que le code civil est considéré comme le droit commun auquel il sera fait appel en l'absence de disposition régissant une question particulière. Toutefois certaines dispositions du code civil renvoient au code de la famille alors que celui-ci fait également références aux dispositions du code civil, d'où l'existence de véritables liens entre eux ces deux textes.

Cependant cette relation est équivoque pour plusieurs raisons, entre autres : le code civil s'intéresse au statut réel alors que le code de la famille régit le statut personnel. Ils diffèrent

également en termes de sources matérielles, en plus des contradictions de certaines dispositions du code de la famille avec ceux du code civil. La doctrine est partagée quant à la nature de la relation entre ces deux codes. Cette communication tend à clarifier la relation entre les deux codes.

Mots clés: Droit civil - Droit de la famille - Règles de capacité

مقدمة

بعد خروج المستعمر الفرنسي استمر العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية[1]. لتبدأ بعد ذلك سلسلة سن القوانين ذات الأهمية الكبرى، وعلى رأسها قانونا العقوبات والإجراءات الجزائية سنة 1966 باعتبارهما ينتميان إلى القانون العام، ثم بدأت مرحلة جزأرة[2] باقي التشريعات التي تنتمي إلى فروع القانون الخاص، فصدر القانون المدني بموجب الأمر 75- 58[3]، والقانون التجاري بموجب الأمر 75-59[4].

وحيث إن هذين الأخيرين لم تعترضهما إشكالات كبيرة بخصوص صدورهما، كونهما يتعلقان بالمعاملات المدنية والتجارية بالدرجة الأولى، وليس للانتماء الديني أو الثقافي أو التوجه السياسي أثر كبير بشأنهما، لكنه بخلاف ذلك، تأخر صدور قانون الأسرة بشكل كبير، حيث لم يصدر إلا سنة 1984 بموجب القانون 84-11[5]، وهذا بعد أربع محاولات سابقة فاشلة[6]؛ نظرا للصراع الذي كان سائدا بين الاتجاه التقليدي، حيث يعتبر الأحوال الشخصية قانون الأسلاف، لا سيما وأن الجزائريين لم يخضعوا في هذا الإطار إلا لأحكام الشريعة

---

[1]- قانون رقم 62-157 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962، ج ر 1962. عدد 02.

[2]- حيث بدأت هذه العملية سنة 1973 وانتهت في الخامس جويلية من سنة 1975. راجع علي فيلالي، تقنين شؤون الأسرة: مواءمة عشوائية للنظام القانوني الجزائري، ترجمة: شوقي بناسي، مداخلة قدمت في الملتقى الدولي الموسوم بـ: تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، بتاريخ 24، 25، 26 نوفمبر 2015، بجامعة الجزائر 1، ص2.

[3]- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر 1975، عدد 78.

[4]- أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر 1975، عدد 101.

[5]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر 1984، عدد 24.

[6]- راجع: جمعية المرأة في الاتصال، قانون الأسرة تمييز في نصه وفي روحه، دار الصحافة، الجزائر، جانفي 2008، ص7-8.

الإسلامية والأعراف السائدة[7]. حيث إن معظم ما جاء فيه مأخوذ من الفقه الإسلامي بتعدد مذاهبه[8].

فلما صدر القانون المدني أورد بعض النصوص التي تشير إلى الأحوال الشخصية محيلا إليها عند التطبيق، وفعلا عندما صدر قانون الأسرة – بعد تسع سنوات من صدور القانون المدني- ، تضمن في طياته عدة نصوص مرتبطة بالقانون المدني، لما لها من علاقة بالمعاملات المدنية؛ مما أظهر وجود علاقة فعلا، غير أن هذه العلاقة لم تبرز بشكل واضح لعدة أمور منها :

- إن القانون المدني هو قانون خاص بالمعاملات المالية بالدرجة الأولى في حين أن قانون الأسرة هو قانون خاص بالأحوال الشخصية.

- اختلاف مشارب واضعي القانونين؛ حيث إن واضعي القانون المدني متأثرون بالقوانين الغربية وفي مقدمتها القانون المدني الفرنسي، في حين يبدو جليا أن واضعي قانون الأسرة متأثرون بالفقه الإسلامي والقوانين التي حذت حذوه.

- إن بعض الأحكام الواردة في قانون الأسرة والتي يفترض أن لها علاقة بالأحكام التي تضمنها القانون المدني، تخللتها عدة ثغرات، بل شابتها عدة تناقضات، سواء مع بعضها البعض أو مع أحكام القانون المدني.

- إن بعض التشريعات الخاصة التي جاءت بعد القانونين ساهمت في عدم توضيح تلك العلاقة وليس توضيحها.

- إن اتجاهات بعض الفقهاء نحت نحوا متعارضا بشأن تلك العلاقة، تراوحت بين التقريب والاستقلالية.

لهذه الأسباب، أردنا أن نقدم هذه المداخلة لنبيّن العلاقة بين القانون المدني وقانون الأسرة، من خلال المناظير السابقة، متسائلين حول ما إذا بقيت للقانون المدني مكانته باعتباره الشريعة العامة أمام قانون الأسرة الذي صدر بعده، لا سيما

---

[7] - راجع: علي فيلالي، تقنين شؤون الأسرة: مواءمة عشوائية للنظام القانوني الجزائري، ص3.

[8] - حيث جاء في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة سنة 1981 : «اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، والسنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث، والإجماع والقياس والاجتهاد. وكذا اعتماد الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل». راجع في ذلك: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص47- 48؛ فيصل بلحاج، التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الإسلامي دراسة مقارنة، من المادة 1 إلى 31 نموذجا، ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر 1، 2013، الصفحة ح - ط.

وأنه هو من أحالنا على قانون الأسرة لتطبيق بعض أحكامه، وأنه هو من بدأ بتنظيم هذه القواعد. وهذا بإيراد الحجج ومناقشتها، مركزين بالخصوص على قواعد الأهلية التي تضمنها القانونان؛ للخروج بما يكون أقرب إلى الصواب في هذا الشأن.

وكان تركيزنا على قواعد الأهلية راجعا إلى أهميتها الكبرى في القانون عموما، وفي القانون المدني خصوصا، لما لها من دور في الحكم على التصرفات القانونية صحة وبطلانا، وبالتالي تقرير وجودها أو عدمها. غير أن تفصيل ما يتعلق بمسائل الأهلية في قانون الأسرة دون القانون المدني جعل نصوصه غير متلائمة مع ما ورد في القانون المدني، بل وبين نصوصه ذاتها، إلى درجة التناقض في مرات عديدة كما أشرنا.

وقد اخترنا معالجة الموضوع من خلال مبحثين: ببحث تلك العلاقة من خلال الوصف القانوني لكل منهما، حيث نجد أن هناك من يعتبر القانونين في مصاف واحد بالنظر إلى مبدإ تدرج القوانين، وهناك من يعتبر قانون الأسرة تشريعا خاصا بالنظر إلى الشريعة العامة المتمثلة في القانون المدني (المبحث الأول). ثم بحث تلك العلاقة من خلال معادلة التكامل والاستقلالية؛ إذ هناك من يصف العلاقة بينهما بأنها تكاملية، فقانون الأسرة يكمل القانون المدني في بعض الأحكام التي أحال عليها هذا الأخير، في حين يرى آخرون بأن القانونين مستقلان عن بعضهما استقلالا تاما ولا يمكن المزج أو الجمع بينهما (المبحث الثاني).

المبحث الأول: علاقة القانون المدني بقانون الأسرة انطلاقا من الوصف القانوني

إن الوصف القانوني الذي نقصده هنا بخصوص علاقة القانون المدني بقانون الأسرة، يتمثل في اعتبار القانونين نصين تشريعيين في نفس الدرجة (مطلب أول)، مما يزيل المفاضلة أو التفرقة بينهما بخصوص الأحكام الواردة فيهما، أو في اعتبار أحدهما شريعة عامة - وهو القانون المدني- تضمنت مختلف القواعد العامة التي تحكم الأحوال العينية، إضافة إلى بعض الأحوال الشخصية، واعتبار الآخر شريعة خاصة - وهو قانون الأسرة- نعمله في المسائل الخاصة الواردة فيه دون المساس بالنصوص العامة الواردة في القانون المدني (مطلب ثانٍ).

وفي باب الأهلية نجد أن القانونين قد تضمنا عدة نصوص تتعلق بها، ونتج

عن ذلك ازدواجية في الرؤية لدى بعض الفقهاء في الجزائر[9]، حيث منهم من يرى تطبيق أحكام القانون المدني باعتباره الأصل والشريعة العامة، وبعضهم يرى تطبيق أحكام النص الأحدث سواء كان القانون المدني أو قانون الأسرة.

المطلب الأول - القانون المدني وقانون الأسرة متساويان في الوصف والدرجة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القانون المدني وقانون الأسرة متساويان في الوصف والدرجة، فلا يمكن اعتبار أحدهما تشريعا عاما والآخر خاصا، بل كلاهما تشريع عام ضمن القانون الخاص، أحدهما ينظم الأحوال العينية، والآخر ينظم الأحوال الشخصية، وبما أن كليهما نظم بعض المسائل القانونية المشتركة لاسيما قواعد الأهلية، فإنه لا بد من تطبيق مبدإ التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة، متى كان بينهما تعارض[10].

الفرع الأول: قواعد الأهلية يحكمها قانون الأسرة

لأن أحكام قانون الأسرة هي الحديثة مقارنة بأحكام القانون المدني فإن نصوص قانون الأسرة بخصوص قواعد الأهلية هي التي تطبق وليس نصوص القانون المدني باعتبار الأول صدر سنة 1984، أما الثاني فصدر سنة 1975.

إضافة إلى ذلك أن القانون المدني ذاته قد أحال على قانون الأسرة بموجب نص المادة 79 منه بخصوص قواعد الأهلية، وهذا له مدلول مفاده أن المشرع قد أقر بأن القانون المدني غير مختص بقواعد الأهلية بل قانون الأسرة هو المختص بها[11]. وإذا كان الأمر كذلك، فإن هذا يعني أن القواعد المنصوص عليها في قانون الأسرة، إذا تعارضت مع نظيرتها في القانون المدني، فإنها تلغيها.

وينتج عن ذلك بخصوص الأحكام المتعلقة بالأهلية، بشأن الصبي المميز تطبق بشأنه المادة 83 أسرة وليس المادة 101 مدني؛ فتكون تصرفاته إما:

1- باطلة بطلانا مطلقا، إذا كانت ضارة ضررا محضا.

2- صحيحة ونافذة، إذا كانت نافعة نفعا محضا.

3- موقوفة على الإجازة، إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

---

[9] - على رأسهم الدكتور علي فيلالي، والدكتور محمد سعيد جعفور.

[10] - راجع في ذلك: محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011، ص557.

[11] - وهذا غير سليم كما سنبينه لاحقا.

وهذه الأحكام مأخوذة مما سار عليه جمهور الفقهاء المسلمين من حنفية ومالكية وحنابلة في رأي لهم[12].

أما بالنسبة للصبي المرشد فإن له التصرف في أمواله، جميعها أو بعضها، حتى ولو كان التصرف ضارا ضررا محضا، طبقا لنص المادة 84 أسرة[13].

وبخصوص تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه، تكون تصرفاتهم غير نافذة طبقا لنص المادة 85 أسرة، وباطلة إذا تمت بعد الحجر، أو كانت حالة الجنون أو العته أو السفه ظاهرة وفاشية[14]، طبقا لنص المادة 107 أسرة.

الفرع الثاني: مناقشة الرأي

لا يسلم هذا الرأي من النقد؛ فالقانون المدني هو الشريعة العامة ولا أحد يجادل في ذلك، والشريعة العامة لا يفترض إلغاؤها بل يفترض تقييدها في مسائل معينة تناولتها نصوص خاصة في بعض القوانين، مثل مسألة الإثبات، فالقانون المدني وضع مبدأ عاما في الإثبات في المواد 324 وما بعدها بخصوص المعاملات المدنية، لكن جاء القانون التجاري وجعل مسألة الإثبات مختلفة وفي شكل أيسر

---

[12] - حيث يرى هؤلاء أن التصرفات النافعة التي لا تحتمل الضرر صحيحة ونافذة ولا تحتاج إلى إذن، بخلاف الشافعية الذين يرون أن الصبي المميز محجور عليه، ولا يصح منه أي تصرف حتى لو أذن له وليه بذلك. أما التصرفات الضارة التي لا تحتمل النفع فلا تصح من الصبي المميز ولو أذن له وليه باتفاق العلماء. أما في المعاوضات، فتكون تصرفاته صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة وليه؛ لأن عبارة الصبي المميز صحيحة ولا معنى لإلغائها، وتصحيح عبارته من طرف الولي إنما هو تعويد له على التجارة واختبار له لما وصل إليه من إدراك حتى يسهل الحكم عليه برشده من عدمه بعد البلوغ. راجع في تفصيل ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1417هـ -1996م، ج36، ص9-11. وقد أخذ بهذا الحكم المشرع الأردني في نص المادة 2/118 مدني، والمشرع العراقي في نص المادة 1/97 مدني.

[13] - ما يلاحظ على هذا النص هو خطورته وعدم معقوليته؛ فهو أولا يجعل الصبي المميز راشدا حتى ولو كان عمره 13 سنة، بعد أن كان قبلها بيوم عديم التمييز. راجع في هذا المعنى: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، الجزائر، 2003، ص51؛ محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، les éditions internationales، 1997، ص78؛ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1: التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، دار الهدى، ط2، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص161.

[14] - استقى المشرع الجزائري هذا الحكم من القانون المدني الفرنسي المذكور في نص المادة 503.

– **Article 503:** «Les actes antérieurs pourront être annulés si la cause qui a déterminé l'ouverture de la tutelle existait notoirement à l'époque où ils ont été faits».

هذا النص أضيف بموجب القانون رقم 68-5، مؤرخ في 03 جانفي 1968، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 4 جانفي 1968، وبقي ساريا إلى غاية 31 ديسمبر 2008، حيث عدل بشكل جذري بحيث لم يعد لهذا الحكم وجود، وذلك بموجب القانون رقم 2007-308 المؤرخ في 5 مارس 2007، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 7 مارس 2007، لكنه دخل حيز التنفيذ بتاريخ 01 جانفي 2009.

مما جاء به القانون المدني، لكن هذا لا يعني إلغاء نص المادة 324 وما بعده، بل تبقى مطبقة في المجال المدني.

كما أن القول بأن القانونين متساويان في القوة، وبالتالي التشريع اللاحق يلغي السابق قول غير دقيق، فالقانون التجاري أيضا مساوٍ للقانون المدني في القوة، وكذلك قانون العقوبات...الخ، ولكن لا أحد يقول بأن أحدها يلغي القانون المدني ولكن يقيده.

يضاف إلى ذلك أن القول بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق هنا، جعل أصحاب هذا الاتجاه يقعون في اضطراب في الأحكام كلما عدّل نص في أحد القانونين؛ فلما صدر قانون الأسرة سنة 1984 قيل إنه هو من يطبق وتلغى نصوص القانون المدني، ولما عدل القانون المدني سنة 2005، قيل بأنه هو من يطبق وتلغى أحكام قانون الأسرة، مع العلم أن القانون المدني أحال على قانون الأسرة بموجب تعديل 2005[15].

مع العلم أن نص المادة 101 مدني الذي يجعل تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال، لم يتغير من حيث الحكم العام إلا بخصوص المدة، فلم يكن يرى البطلان قبل 2005 ثم تحول إلى الإبطال أو ما شابهه. كل ما في الأمر أن مدة تقادم سقوط الحق كانت طويلة فقصّرها المشرع بغية تحقيق نوع من الاستقرار للمعاملات.

ناهيك عن التناقضات التي وردت في قانون الأسرة ذاته، حيث أعطى لتصرفات المجنون والمعتوه والسفيه عدة أحكام: **أولها** أن قانون الأسرة سوى بين الثلاثة، مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بينهم من حيث إن العته قد يعدم التمييز وقد لا يعدمه، بخلاف الجنون الذي يعدم التمييز باتفاقهم[16]، بل إن القانون المدني نفسه فرق بين المجنون والمعتوه وبين السفيه عندما اعتبره في حكم الصبي المميز.

مع الإشارة إلى أن قانون الأسرة لم يذكر ذا الغفلة في أحكامه مع أنه يقرن

---

[15] - يقول الدكتور محمد سعيد جعفور بأن نص المادة 83 أسرة يلغي نص المادة 101 مدني تأسيسا على أنه أحدث منه ومساوٍ له في القوة، غير أنه رجع عن هذا القول لنفس العلة وقال بأن نص المادة 101 مدني يلغي نص المادة 83 أسرة، لأنه عدل سنة 2005، في حين أن نص المادة 83 أسرة لم يعدل منذ 1984. راجع: نظرية الحق، ص557.

[16] - راجع في ذلك: محمد سعيد جعفور، نظرية الحق، ص531- 532.

دائما مع السفيه لاشتراكهما في الحكم، لاسيما عند فقهاء الشريعة الإسلامية. في حين أن القانون المدني ذكره وبين أن تصرفاته تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز طبقا لنص المادة 43. بمعنى أنه تطبق قواعد الشريعة العامة المتمثلة في القانون المدني وليس قانون الأسرة.

والثاني أنه لما جعل تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة وفق الصياغة العربية لنص المادة 85 أسرة، فإنه قد جعلها باطلة وفق الصيغة الفرنسية[17] لنفس المادة، وشتان بين الحكمين.

أما **الحكم الثالث** فيتمثل في أن نص المادة 85 بعمومه يقتضي تطبيقه قبل وبعد الحجر على السواء، في حين أن نص المادة 107 أسرة يجعل تصرفات هؤلاء باطلة بعد الحجر، أو إذا كانت حالة الجنون أو العته أو السفه ظاهرة وفاشية.

هذه التناقضات، والازدواجية أو تعدد الأحكام بالنسبة للمسألة الواحدة تجعل من القول بأن قانون الأسرة يلغي أحكام قانون المدني قول غير سليم، وكذلك القول بأنه جدير بتنظيم المسائل المتعلقة بالمعاملات المالية أو أهلية الأشخاص.

وأقصى ما يمكن قوله عليه أنه تشريع خاص يمكن أن يقيد التشريع العام في بعض المسائل وفق الرأي الذي نورده أدناه.

المطلب الثاني: القانون المدني شريعة عامة وقانون الأسرة تشريع خاص

يرى بعض الفقهاء أن القانون المدني تشريع عام وقانون الأسرة تشريع خاص[18]؛ فلا أحد ينكر أن القانون المدني هو الشريعة العامة في القانون الخاص، حيث تطبق أحكامه عند غياب نص ينظم مسألة معينة في النصوص الخاصة. وبما أن قانون الأسرة فرع من فروع القانون الخاص[19]، وجاء بعد القانون المدني، وأنه ليس شريعة عامة، فهو يعتبر تشريعا خاصا.

---

[17] -*Article 85* : « Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbécilité, ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états, sont nuls».

وراجع في التعليق على ذلك: محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص110.

[18] - راجع: علي فيلالي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011 ، ص213-214، هامش رقم 6.

[19] - راجع: فيلالي، تقنين شؤون الأسرة: مواءمة عشوائية للنظام القانوني الجزائري، ص14.

الفرع الأول: تطبيق قاعدة الخاص يقيد العام

بما أن القانون المدني تشريع عام وقانون الأسرة تشريع خاص، فإن هذا يقتضي تطبيق القاعدة الفقهية "الخاص يقيد العام"، ولا يلغيه[20]. والتقييد معناه أن النص الخاص يطبق في الحالة التي نص عليها دون أن يتجاوزها إلى باقي الحالات، أي إنه لا يعمم حكمه إلى كل الحالات، ليبقى النص العام يطبق في كل حالة لم ينص عليها ذلك النص الخاص. ومثالا على ذلك أن نص المادة 776 مدني يطبق على جميع التصرفات التي تُجرى في مرض الموت، فتعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، وتسري عليها أحكام الوصية، في حين أن نص المادة 204 أسرة يتعلق فقط بالهبة التي تكون في مرض الموت أو خلال الأمراض والحالات المخيفة، فهنا نص المادة 204 تكلم عن حالة خاصة وهي الهبة في مرض الموت – وهي موجودة بمفهوم العموم في نص المادة 776 مدني – ولكنه أضاف إليها الأمراض والحالات المخيفة[21]، وهذه الأخيرة لا يمكن أن تطبق على جميع التصرفات بل على الهبة فقط.

وإذا أسقطنا قاعدة "الخاص يقيد العام"، على قواعد الأهلية الموجودة في القانونين المدني والأسرة، فإنه يترتب عنه، إذا وجد تعارض بين تلك الأحكام واستحال التوفيق بينهما، فإننا لا نقول بإلغاء قواعد الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني، لا سيما نص المادة 101، بل نطبق نصوص قانون الأسرة في مجالها فقط، ونطبق نصوص المواد من 40 إلى 43 و101 من القانون المدني على باقي الحالات.

الفرع الثاني: مناقشة الرأي

- إن القول بأن القانون المدني تشريع عام وقانون الأسرة تشريع خاص محل نظر؛ إذا لا بد من توافر بعض الشروط حتى يعتبر أحد القانونين تشريعا عاما والآخر خاصا. وأهم هذه الشروط أن يكونا نابعين من فلسفة واحدة، وهذا الشرط غير متوفر، وبالتالي لا يمكن اعتبار قانون الأسرة تشريعا خاصا بالنظر

---

[20]- راجع: فيلالي، نظرية الحق، ص213-214، هامش رقم 6؛ تقنين شؤون الأسرة، ص18. مع الإشارة إلى أنه في هذا الأخير قد ورد خطأ في الترجمة، حيث أورد المترجم عبارة "الخاص يلغي العام" بدل "الخاص يقيد العام".

[21]- ذكر المشرع للأمراض والحالات المخيفة يعد خروجا عن المألوف، ولا بد فيه من توضيح المقصود بالأمراض والحالات المخيفة، مع أن النص الفرنسي ورد فيه مصطلحا الأمراض والحالات أو الوضعيات الخطيرة.

Article 204 : «La donation faite par une personne au cours d'une maladie ayant entraîné sa mort **ou atteinte de maladie grave ou se trouvant en situation dangereuse**, est tenue pour legs».

إلى القانون المدني؛ لأن القانون المدني له فسلفة معينة، فهو ينتمي إلى الفلسفة الغربية (قانون نابليون)، بل إن جله مأخوذ عن القانون المدني الفرنسي[22]. ومما يدل على ذلك في باب الأهلية أن المشرع الجزائري جعل سن التمييز 13 سنة، حيث أخذه من نظيره التونسي الذي أخذه بدوره من القانون المدني الفرنسي[23].

في حين أن قانون الأسرة فلسفته إسلامية، فهو مستوحى من الشريعة الإسلامية، حيث إن معظم ما جاء فيه مأخوذ من الفقه الإسلامي بتعدد مذاهبه. ودليل ذلك ما ورد في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة سنة 1981 مِنْ أنه: «اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم، والسنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث، والإجماع والقياس والاجتهاد. وكذا اعتماد الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل»[24]. وبما أن الفلسفتين مختلفتان فلا يمكن تطبيق تلك القاعدة الفقهية[25].

- إن قاعدة **"الخاص يقيد العام"** في حد ذاتها محل نظر؛ فإما أنها غير سليمة[26]، أو أن المشرع لم يتبنّ هذه القاعدة[27]، أو أنها قاعدة غير مطّردة[28]؛ وفي

---

[22] - وعلى سبيل المثال: القابلية للإبطال مأخوذة من الفقه الغربي، بخلاف الوقف المأخوذ من الفقه الإسلامي كما سنراه لاحقا. راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، المجلد 2، ج1، الفقرة 3، ص276؛ محمد سعيد جعفور، نظرية الحق، ص551- 552.

[23] - إذا نظرنا إلى التشريعات العربية بخصوص سن التمييز فإننا نجد غالبيتها قد جعلته سبع (سنوات)، جريا على ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، مثل المشرع المصري في المادة 45 مدني؛ الأردني المادة 44 مدني؛ السوري المادة 47 مدني؛ العراقي المادة 97 مدني؛ الكويتي المادة 86 مدني؛ الليبي المادة 45 مدني؛ القطري المادة 50 مدني؛ البحريني المادة 73 مدني؛ الإماراتي المادة 86 مدني؛ السوداني المادة 4/22 معاملات. وجعله المشرع المغربي اثني عشرة سنة (12) في الفصل 214 من مدونة الأسرة. ولم يجعله ثلاث عشرة (13) سنة إلا المشرع التونسي بمفهوم الفصلين 9 و10 من مجلة العقود والالتزامات، اتباعا للمشرع الفرنسي بمفهوم بعض النصوص أهمها نصا المادتين 60 و311-23.

[24] - راجع: محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص47- 48؛ فيصل بلحاج، المرجع السابق، الصفحة ح - ط.

[25] - راجع: علي فيلالي، تقنين شؤون الأسرة، ص13.

نلاحظ أن هناك تغيرا في موقف الدكتور فيلالي؛ فهو يقول في كتابه نظرية الحق بأن علاقة القانون المدني بقانون الأسرة هي علاقة تشريع عام بتشريع خاص، وأنه تطبق عليه قاعدة "الخاص يقيد العام"، في حين يذكر في هذه المداخلة بأنه لا يمكن تطبيق تلك القاعدة؛ لأنه لا يمكن وصف قانون الأسرة بأنه تشريع خاص يقيد القانون المدني باعتباره تشريعا عاما.

[26] - هذا الاحتمال مستبعد جدا؛ لأن القاعدة لها تطبيقات عديدة في شتى التشريعات، ومنها التشريع الجزائري بمختلف تصنيفاته ومستوياته.

[27] - وهذا الاحتمال نسبي، فالمشرع الجزائري أخذ بها في بعض المواضع أو المسائل، ولم يأخذ بها في مواضع ومسائل أخرى.

[28] - وهذا هو الاحتمال الذي نراه قريبا؛ حيث لا تعد هذه القاعدة مطلقة تطبق في شتى الحالات بل، يمكن أن تطبق في مواضع معينة ويمكن أن تستبعد في مواطن أخرى؛ ولهذا قلنا إنها لا تنهض دليلا كافيا للقول بأن الأحكام التي جاء بها قانون الأسرة بصدد عرضه لقواعد الأهلية لا تلغي الأحكام المقابلة والمعارضة لها في الآن ذاته، والموجودة في القانون المدني.

شتى الحالات لا تنهض دليلا على تطبيق هذه القاعدة بين قانون الأسرة والقانون المدني، لاسيما بخصوص قواعد الأهلية.

والدليل على ما ذكرنا أن المشرع الجزائري قرر في العديد من الحالات إلغاء نصوص من القانون المدني بموجب نصوص خاصة نوردها وفق الترتيب الزمني:

ـ القانون رقم 80- 07 المتعلق بالتأمينات[29]، الذي نص في المادة 191 البند 9: «تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون ولا سيما: المواد من 626 إلى 643 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن تنظيم القانون المدني».

فهذا القانون رغم أنه تشريع خاص يتعلق بالتأمينات فقد نص صراحة على إلغاء بعض نصوص القانون المدني الذي يعتبر شريعة عامة، والذي من المفروض أنه يقيد ولا يلغى. والسبب راجع إلى أن القانون 80-07 قد نظم نفس الموضوع الذي نظمه القانون المدني، وبما أنه بنفس قوته وفق نظام تدرج القوانين، وصدر بعده، فقد ألغى بعض نصوصه.

وكذلك القانون 87-19 المتضمن كيفية ضبط واستغلال الأراضي الفلاحية[30]، الذي ألغى بموجب نص المادة 47 البند 2، النصوص من 858 إلى 868 من القانون المدني، المتعلقة باستغلال الأراضي التي تمنحها الدولة، واستعمال الأراضي التي تمنح لأعضاء المجموعات.

ولم يقف الأمر عند ذلك، بل تعدى الأمر إلى النص على إلغاء بعض نصوص القانون المدني بموجب مرسوم تشريعي هو المرسوم التشريعي رقم 93- 03 المتعلق بالنشاط العقاري[31] الذي ألغى بموجب نص المادة 20 المواد من 471 إلى 474، و508 إلى 537 من القانون المدني، والمتعلقة بالإيجار، أي إنه ألغى 34 مادة. فقد تم إلغاء نصوص عديدة من الشريعة العامة المتمثلة في القانون المدني ليس بموجب قانون أو أمر رئاسي بل بمقتضى مرسوم تشريعي؛ فلو طبقنا تلك القاعدة لقلنا إن

---

[29] - قانون رقم 80- 07 مؤرخ في 09 أوت 1980، يتعلق بالتأمينات، ج ر 1980، عدد 33، ملغى بموجب الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25 يناير 1995، المعدل والمتمم.

[30] - قانون 87-19 مؤرخ في 8 ديسمبر 1987، المتضمن كيفية ضبط واستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر 1987، عدد 50، ملغى بموجب القانون 10-03، مؤرخ في 15 أغسطس 2010.

[31] - مرسوم تشريعي 93-03، مؤرخ في 01 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر 1993، عدد 14، ملغى بموجب القانون 11-04، مؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

التشريع الخاص بالنشاط العقاري يقيد القانون المدني ولا يلغيه، ولقلنا إن المشرع قد أخطأ بتقريره إلغاء بعض نصوص القانون المدني.

الفرع الثالث: مناقشة بعض الردود

ولكن من جهة أخرى إذا سلمنا بأنه لا يمكن اعتبار قانون الأسرة تشريعا خاصا بالنسبة إلى القانون المدني، إلا أنه لا يمكن التسليم بأن للقانون فلسفة مختلفة بالكامل، إذ أغلب ما جاء في القانون المدني من أحكام مأخوذ من الفقه الإسلامي، ومن الخطأ القول بأنه مستوحى من القانون المدني الفرنسي. والدليل على هذا:

إن قانون نابليون ذاته اعتمد على الفقه الإسلامي في كثير من النصوص، حيث إن القانون المدني الفرنسي قد استمد جل أحكامه من الفقه المالكي، بل إن 90٪ منه من الفقه المالكي. ولم تكن فرنسا هي الوحيدة المتأثرة بل كثير من دول البحر الأبيض المتوسط وعلى رأسها إسبانيا، وكذلك دول أمريكا كالولايات المتحدة والمكسيك[32].

وإن المشرع الجزائري أخذ العديد من الأحكام من التشريعات العربية أهمها القانون المدني المصري، والتي خالف فيها القانون المدني الفرنسي، خاصة تلك التي تعود أصولها إلى الفقه الإسلامي، مثل تحديد نسبة الغبن في العقار بالخمس 5/1 بدل12/7، حيث أخذه من الفقه الحنفي[33]. وكنظام الشفعة، ولكنه ضيقه نوعا ما. وأخذه بالاستغلال أو الغبن الاستغلالي لا سيما في تحديد مدة السنة، وبنظام الحيازة، لا سيما مدة التقادم المكسب العشري من الفقه المالكي[34]، ومدة تقادم الحقوق الميراثية التي أخذها من الفقه الحنفي[35]، وأخذ بأحكام عقد الكفالة في كثير من المسائل[36]...الخ

---

[32]- راجع في تفصيل ذلك: سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1421 هـ – 2001م. ص50، 74، وقد أورد صاحب الكتاب هذه المقارنات فيما يربو عن 1700 صفحة، في أربعة مجلدات. راجع كذلك: عبد العزيز بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1403 هـ- 1983م، ص41 وما بعدها.

33 - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1422هـ- 2002م، ج1، ص241. وهو ما تضمنه نص المادة 165 من مجلة الأحكام العدلية.

[34] - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربيّة، د.م.ت، ج3، ص12.

وهو الرأي المعتمد في الفقه المالكي.

[35] - حيث يمنعون سماع الدعوى إذا مرت مدة ثلاث وثلاثين سنة، إلا بخصوص الغائب، أو المجنون والصبي إن لم يكن لهما ولي؛

ومن بين هذه الأحكام التي أخذها من الفقه الإسلامي في باب الأهلية، تحديده سن الرشد من الفقه الظاهري، وقول عند الحنفية والمالكية[37]، حيث جعله تسع عشرة (19) سنة ميلادية كاملة[38]. وحتى سن التمييز سابقا عندما كان ست عشرة سنة، حيث أورد القرطبي بأنه يقال لمن لم يبلغ 16 سنة "حدث"[39].

إذًا فاعتبار أن القانونين المدني والأسرة كل منهما له فلسفة مغايرة أمر يحتاج إلى تدقيق وتمحيص، ولا يعتبر دليلا كافيا للقول بأن قانون الأسرة ليس تشريعا خاصا بالنسبة للقانون المدني، ولكن لا نستطيع مع ذلك اعتباره تشريعا خاصا، بل جل ما يمكننا قوله هو أنه قانون مستقل إلى حد ما.

بيد أنه مع ما سبق ذكره لا نقول بمسالة الإلغاء في هذا الباب، بل نقول بإمكانية التوفيق بين النصوص كلما وجدنا بُدّا لذلك، وهنا نقدم رأيا نحاول فيه التوفيق بين نص المادتين 101 مدني و83 أسرة بإعمالهما معا كالآتي:

=

لأن السكوت عن الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا. راجع: إبراهيم بن أبي اليمن بن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبعة جريدة البرهان، مصر، 1299هـ، ص20؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423هـ- 2003م، الرياض، ج8، ص117.

[36] - راجع: وداد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ماجستير، جامعة بومرداس، 2009.

[37] - راجع: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، الطبعة الأولى، مصر، 1351هـ، ج1، ص88-91؛ محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، المعروف بالحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1416هـ - 1995م.، ج6، ص633-634؛ محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر، بيروت، لبنان، د.ت، ج3، ص166؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1409هـ - 1989م، ج6، ص53.

[38] - أما سن الرشد فهو عند أغلب التشريعات العربية ثمانية عشر (18) سنة، مثل المشرع الأردني في المادة 43 مدني؛ السوري المادة 46 مدني؛ القطري المادة 49 مدني؛ السوداني المادة 2/22 و56؛ المغربي 209 أسرة. وهو المشهور عند المالكية.

[39] - راجع: محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1427هـ -2006م، ج5، ص139. وإذا نظرنا إلى التشريعات العربية بخصوص سن التمييز فإننا نجد غالبيتها قد جعلته سبع سنوات، جريا على ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، مثل التقنين المدني المصري في المادة 45؛ والأردني في المادة 44؛ والسوري في المادة 47؛ والعراقي في المادة 97؛ والكويتي في المادة 86؛ والليبي في المادة 45؛ والقطري في المادة 50؛ والبحريني في المادة 73؛ والإماراتي في المادة 86؛ والسوداني في المادة 4/22. وجعله المشرع المغربي اثني عشرة سنة (12) في الفصل 214 من مدونة الأسرة. ولم يجعله ثلاث عشرة (13) سنة إلا المشرع التونسي بمفهوم الفصلين 9 و10 من مجلة العقود والالتزامات، اتباعا للمشرع الفرنسي بمفهوم بعض النصوص أهمها نصا المادتين 60 و311-23.

إن نص المادة 83 أسرة، قرر حكما بدلالة المنطوق، أي بصريح العبارة، في حين أن نص المادة 101 مدني استنتجنا منه الحكم، فكان بدلالة المفهوم، وهو هنا مفهوم المطابقة لا مفهوم المخالفة، وهذا لا يقتضي أن ما استخلصناه منه صحيحا؛ ومن ثم يمكن استعمال قاعدة الخاص يقيد العام بدل قاعدة النص الجديد يلغي النص القديم.

بمعنى أن الحكم المتضمن في نص المادة 83 أسرة يكون ساريا، فيكون التصرف موقوفا إلى حين إجازته أو إبطاله، وفي الوقت نفسه يكون نص المادة 101 مدني ساريا كذلك، وهو أن حق هذا الشخص في الإبطال يسقط بمضي 5 سنوات[40] من وقت زوال سبب نقص الأهلية، أي أن ناقص الأهلية يكون التصرف موقوفا بالنسبة إليه ولا ينفذ في حقه، فإذا أجيز أصبح نافذا في حقه ورتب كافة آثاره القانونية، أما إذا استعمل حقه في الإبطال فإنه يصبح كأن لم يكن. أما إن سكت ولم يجز التصرف ولم يطلب إبطاله، بقي موقوفا مدة من الزمن هي التي حددها نص المادة 101 مدني، فيكون استعمال حق الإبطال مقرونا بالمدة المقررة في القانون المدني، فنكون بذلك أعملنا النصين دون إلغاء أحدهما.

ووفق هذا المنظور يبدو أن العلاقة بين القانون المدني عموما، وقانون الأسرة، هي علاقة تكاملية في بعض المسائل، وهذا وفقا للرأي الذي سنورده في النقطة الموالية.

المبحث الثاني: علاقة القانون المدني بقانون الأسرة بين التكامل والاستقلالية

لا أحد ينكر أن القانون المدني وقانون الأسرة قد تضمنا نصوصا مشتركة، لا سيما تلك التي تتعلق بأهلية الأشخاص. وهذا الاشتراك في النصوص يعني عند البعض أن هناك علاقة تكامل بينهما (مطلب أول)، فأحدهما يفصل ما أجمله الآخر، أو يفسره. غير أن التناقضات التي ظهرت بين تلك النصوص، والازدواجية وعدم الانسجام في الأحكام، أظهر أن علاقة التكامل لا يمكن

---

[40]- يرى الدكتور محمد سعيد جعفور أن مدة 5 سنوات طويلة ولا تخدم استقرار التعامل، والأفضل جعلها سنة واحدة. راجع مؤلفه: نظرية الحق، ص556. ومدة السنة التي اقترحها الدكتور في الحقيقة مأخوذة من الفقه المالكي، حيث يعطي للمالك حق نقض بيع الفضولي خلال سنة إن لم يكن حاضرا مجلس العقد. راجع في ذلك: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، المطبعة الأميرية الكبرى، الطبعة الثّانية، بولاق، مصر، 1317هـ، ج5، ص18؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص12.

التسليم بها، بل هي دليل على استقلالية كل منهما عن الآخر (مطلب ثانٍ)، بناء على اختلاف المصادر والرؤى والفلسفات.

المطلب الأول: قانون الأسرة مكمل للقانون المدني

سار بعض الفقه سيرا وسطا، باعتباره قانون الأسرة مكملا للقانون المدني، فهو ليس تشريعا خاصا بالنسبة للقانون المدني، بحيث نطبق قاعدة الخاص يقيد العام، كما أنه ليس مساويا للقانون المدني في الوصف والدرجة حتى نطبق قاعدة التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق، بل بينهما علاقة تكامل، مع الإشارة إلى أحكام الأهلية كان من الأجدر أن ينظمها القانون المدني، فهو المختص بتقرير صحة أو بطلان التصرفات المالية[41].

الفرع الأول: أحكام الأهلية ينظمها القانون المدني

إن القانون المدني بمفهومه العام هو قانون منظم للأحوال العينية والأحوال الشخصية معًا[42]. وقانون الأسرة ينظم الأحوال الشخصية، وقواعد الأهلية تتعلق بأحوال الأشخاص. والمشرع الجزائري عندما أصدر القانون المدني أحال بموجب نص المادة 79 على مدونة الأحوال الشخصية، فكان المشرع يريد إصدار مدونة للأحوال الشخصية على غرار المشرع المغربي، لكنه سنة 1984 أصدر ما يسمى قانون الأسرة وليس مدونة الأحوال الشخصية، فالمصطلح الأول يقرب مسألة التكامل بين القانونين، لكن المصطلح الثاني يبعد هذا الأمر بعض الشيء.

مع ملاحظة أن الدستور الجزائري ما زال يعبر لحد الآن عن قانون الأسرة بمصطلح **قانون الأحوال الشخصية**، وذلك في نص المادة 140[43] منه. بل حتى القانون المدني ما زال يستعمل هذا المصطلح، حيث نص في المادة 774 على أن أحكام **قانون الأحوال الشخصية** هي التي تسري بخصوص تعيين الورثة وأنصبتهم، وعلى كيفية انتقال أموال التركة. كما نصت المادة 775 على أنه يسري على الوصية

---

[41] - راجع: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص263- 264. وفي ذات المعنى: محمد سعيد جعفور، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، ماجستير، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1985، ص103؛ بخالد عجالي، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ماجستير، جامعة بومرداس، 2005، ص82.

[42] - راجع: بخالد عجالي، المرجع السابق، ص82.

[43] - نصت المادة 140 من دستور 2016: «يشرع البرلمان في الميادين الّتي يخصّصها له الدّستور، وكذلك في المجالات الآتية:...2 - القواعد العامّة المتعلّقة بقانون الأحوال الشّخصيّة، وحقّ الأسرة، لا سيّما الزّواج، والطّلاق، والبنوّة، والأهليّة، والتّركات».

"قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها". وهذه إحالة أخرى على قانون الأسرة تظهر التكامل بينه وبين القانون المدني، وهو تلميح أيضا إلى إرادة المشرع في إصدار تشريعات مستقلة عن القانون المدني وقانون الأسرة عندما ذكر عبارة **"والنصوص المتعلقة بها"** أي المتعلقة بالأحوال الشخصية، لكن لم يصدر منها إلا القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف.

يضاف إلى ذلك نص المادة 6 مدني الذي قرر صراحة أنه: «تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها». فهذا النص لم يقل تسري النصوص المتعلقة بالأهلية حتى يمكن أن نفهم بأنه يقصد تلك المذكورة في القانون المدني، لكنه قال: **"تسري القوانين"**، وقانون الأسرة من بين القوانين التي تضمنت قواعد الأهلية، فتكون نصوصه سارية في هذا الباب.

وهناك إحالات نص عليها القانون المدني نحو قوانين أخرى، مثلما جاء في نص المادة 29 التي أحالت بشأن اكتساب الألقاب وتبديلها على قانون الحالة المدنية، وإحالة نص المادة 30 على قانون الجنسية فيما يتعلق بها. ومباشرة بعدها أي في نص المادة 31 أحال على **"التشريع العائلي"** ويقصد به قانون الأسرة أو مدونة الأحوال الشخصية؛ بخصوص المفقود والغائب.

ثم لماذا ذكر المشرع في المواد 32 إلى 35 مدني **مسألة القرابة** وعلاقة الأشخاص مع بعضهم داخل الأسرة، وكيفية حسابها... مع أنها من صميم الأحوال الشخصية أو التشريع العائلي؟ فهذا يدل على أن هناك علاقة تكامل بين القانون المدني وقانون الأسرة.

فهذا الرأي في الظاهر يبدو سليما، على الأقل في بعض المسائل، والتي أهمها قواعد الأهلية، ويتضح ذلك أكثر من خلال الإحالة التي نص عليها القانون المدني بموجب المادة 79 على قانون الأسرة.

الفرع الثاني: مناقشة الرأي

إن القول بأن هناك تكاملا بين القانونين هو كذلك لا يسلم من النقد؛ فحتى نقول إن هناك تكاملا بين قانونين لا بد من توافر بعض الشروط[44] منها:

---

[44] - وهناك شرط آخر هو وحدة الفلسفة بين القانونين، وهذا غير متوافر في نظر البعض. غير أننا لم نورده؛ لأنه قول يجانب الصواب في نظرنا، وقد رددنا عليه سابقا.

- **أن ينظم القانونان مواضيع من ذات المجال**، وإذا نظرنا إلى القانون المدني وجدناه ينظم في الأساس المعاملات المالية، إضافة إلى بعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية – وهذا هو المفهوم العام للقانون المدني كما سبق وأشرنا- في حين أن قانون الأسرة ينظم الأحوال الشخصية فقط. فالمفروض أن يكون التكامل بينهما فيما يتعلق بالأحوال الشخصية فقط، لكننا إذا نظرنا في القانونين وجدنا أن قانون الأسرة تطرق إلى العديد من المسائل التي ليست من اختصاصه، مثل أحكام تصرفات عديمي وناقصي الأهلية، وأحكام بيع وإيجار ورهن أموال القاصر، إضافة إلى التطرق إلى الهبة والوصية مع أنهما من صميم مسائل القانون المدني.

- **أن يحقق التكامل مبتغاه، بأن تكون النصوص منسجمة ومتناسقة فيما بينها**، لكن ما نلاحظه على النصوص التي وردت في قانون الأسرة أنها تتعارض في كثير من الأحيان مع القانون المدني، بل إنها تتناقض حتى مع بعضها البعض؛ ومثالا على ذلك نجد أن نص المادة 83 أسرة المتعلق بتصرفات الصبي يتناقض مع نص المادة 101 مدني، ونص المادة 42 مدني يتعارض مع نص المادتين 86 و107 أسرة، ونص المادة 43 مدني يتعارض مع نص المادتين 85 و 107 أسرة، وأن نص المادة 85 أسرة في صيغته العربية يتعارض مع صيغته الفرنسية...الخ

- **أن تكون المصطلحات المستعملة في القانونين مضبوطة وموحدة**، وهذا ما لم نجده في حالتنا هذه؛ حيث نجد المشرع يستعمل في بعض المرات مصطلح "قانون الأحوال الشخصية" مثلما فعل في نص المادتين 773 و775 مدني، والمادة 140 من الدستور، ومرة يستعمل مصطلح "قانون الأسرة" مثلما فعل في نص المادة 79 مدني، ومرة يستعمل مصطلح عدم النفاذ ومرة مصطلح البطلان مثلما فعل في نص المادة 85 أسرة بصيغتيه العربية والفرنسية، ومرة مصطلح الوقف مرة الإبطال مثلما فعل في نص المادتين 83 أسرة و 101 مدني على التوالي...الخ.

فأي تكامل يمكن يحدث في ظل هذه الفوضى التشريعية، وقد كان محقا الدكتور علي فيلالي عندما عنون مداخلته بـ "تقنين شؤون الأسرة: مواءمة عشوائية للنظام القانوني الجزائري"، في الملتقى الدولي الموسوم بـ: "تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون"[45]. حيث تظهر العشوائية في جوانب

[45] - راجع في تفصيل ذلك: فيلالي، تقنين شؤون الأسرة: مواءمة عشوائية للنظام القانوني الجزائري، ص17 وما يليها.

ثلاث: جانب الأحكام كما ذكرنا آنفا، وجانب الإحالات، حيث إن الإحالات التي قررها المشرع بموجب القانون المدني لم تكن في محلها، حيث خصص لقانون الأسرة ما ليس من اختصاصه، وهي المعاملات المالية، أما الجانب الثالث فيتمثل في عشوائية المصطلحات.

وهذه العشوائية تعد بدون مبالغة عملا تشريعيا مُخجلا، إذ بعد الصبر على صدور قانون الأسرة لسنوات طويلة، يخرج لنا قانون فيه ما فيه من التناقضات والأخطاء، المادة تلو الأخرى؛ مما يجعلنا نقول إن التكامل بينهما بعيد المنال[46]، وأنه لا بد من تصحيح الأخطاء، وسد الثغرات الموجودة في قانون الأسرة بالدرجة الأولى، والقانون المدني بدرجة أقل. وهذا يجرنا إلى القول باستقلالية قانون الأسرة عن القانون المدني، أو على الأقل ضرورة تحقيق تلك الاستقلالية.

المطلب الثاني: استقلال القانون المدني عن قانون الأسرة

بالنظر إلى الآراء التي سقناها، والانتقادات الموجهة إليها، ظهر اتجاه آخر من الفقه يرى فيه أصحابه بأنه لا يمكن إلغاء القانون المدني بقانون الأسرة؛ لأن هذا الأخير ليس خاصا بالمعاملات، وأنه من الصعب تحقيق التكامل الفعلي والمثمر بين القانونين؛ لذلك لابد من إصدار تشريع لاحق خاص بالتصرفات المالية[47]، وإخراج تلك التي نص عليها قانون الأسرة منه. فالمسائل التي يختص بتنظيمها القانون المدني تختلف عن المسائل التي يختص بتنظيمها قانون الأسرة؛ فالأول يُعنى بالمعاملات المدنية، والثاني يُعنى بمسائل الأحوال الشخصية.

وهذه الاستقلالية ترجع كذلك إلى اختلاف مصادر كل من القانونين. ولما نقول مصادر هنا فلا نقصد فقط من أين استقى القانونان أحكامهما[48]، بل نقصد كذلك من قام بالمشاركة في وضعهما؛ وهنا نجد أن واضعي قانون الأسرة يسيطر على غالبيتهم التوجه الديني، في حين لا نجد ذلك في القانون المدني.

هذا الاتجاه كما نراه، يلمّح إلى جعل قانون الأسرة مقتصرا على أحكام الأحوال الشخصية دون المعاملات المالية. وهذا يقتضي ضرورة إصدار المشرع

---

[46]- راجع في هذا المعنى: علي فيلالي، تقنين شؤون الأسرة: مواءمة عشوائية للنظام القانوني الجزائري، ص15.

[47]- راجع: محمدي فريدة، المرجع السابق، ص82.

[48]- ذكرنا سابقا أن هذا القول مجانب للصواب، وأن مشرب القانونين واحد، بدليل أن حجة من يقول إن القانون المدني الجزائري مأخوذ من قانون نابليون مردود عليه بأن قانون نابليون نفسه مأخوذ من الفقه المالكي.

الجزائري تشريعا جديدا ينظم المعاملات المالية على غرار ما فعله بعض المشرعين العرب بإصدارهم لقوانين تتعلق بالولاية على المال، مثل المشرع المصري في قانون الولاية على المال رقم 119 الصادر سنة 1952، والمشرع البحريني في قانون الولاية على المال الصادر بموجب مرسوم بقانون رقم (7) لسنة 1986، والمشرع القطري في القانون رقم (40) لسنة 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين؛ يتناول فيه كل ما يتعلق بالأهلية، وتصرفات عديميها وناقصيها، والأحكام المتعلقة بالأولياء والأوصياء والمقدمين، في حالات انعدام الأهلية أو نقصها، وفي حالات الفقد والغياب، الحجر، والمساعدة القضائية...الخ

مع الإبقاء على النصوص العامة في القانون المدني، والإحالة بشأن تفصيلاتها على النصوص الخاصة المتعلقة بالمعاملات المالية لا النصوص الخاصة بالأحوال الشخصية؛ ومن ذلك: نقل الحكم الوارد في نص المادة 83 أسرة إلى القانون المدني، مع تبني نظرية موحدة إما نظرية الوقف، وهي الأسلم، مثلما فعل المشرع الأردني والمشرع العراقي، وإما نظرية البطلان، مثلما سارت عليه التشريعات العربية الأخرى، وفي مقدمتها القانون المدني المصري.

وهو ما نحبذه حتى يتم تنظيم كثير من المسائل التي أغفلها أو سكت عنها المشرع الجزائري بخصوص الأموال، وجعل كل قانون مخصصا للمسائل المنوطة به، وترك القانون المدني شريعة عامة يرجع إليها في الحالات التي لا نص عليها في باقي النصوص ذات الصبغة المدنية.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة الرامية إلى تحديد العلاقة بين القانون المدني وقانون الأسرة، لاسيما فيما يخص قواعد الأهلية ظهرت لنا عدة نتائج نجملها فيما يلي، لنقدم بعدها بعض الاقتراحات التي نراها تخدم الموضوع.

نتائج البحث

- إن العلاقة بين القانونين ليست محسومة، وتوزعت بين أربعة اتجاهات: اتجاه يرى أن بينهما علاقة الندية، وآخر يرى أنها علاقة تشريع خاص بتشريع عام، وثالث يرى أن بينهما تكاملا، أما الرابع فيرى ضرورة استقلالية بعضهما عن البعض.

- إن القول باعتماد المشرع الجزائري عند وضعه للقانون المدني وقانون الأسرة، على مصادر متعددة ومختلفة الرؤية، قول فيه نظر؛ ذلك إن كانت الرؤى مختلفة فإن المصادر ليس مختلفة، لا سيما بعد علمنا أن القانون المدني الفرنسي ذاته مأخوذ جله من الفقه المالكي.

- إن ما أثر على نصوص القانونين – شكلا ومضمونا- ذات العلاقة مع بعضها هو اختلاف الرؤى والعشوائية في وضع الأحكام والمصطلحات.

- إن عدم الانسجام والتناسق لم يكن فقط بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة، بل كان حتى بين نصوص القانون الواحد؛ مثل عدم التناسق بين نص المادتين 40 و42 مدني، وعدم التناسق الموجود في نص المادة 85 أسرة في صيغتيه العربية والفرنسية، وكذا عدم التناسق بينه وبين نص المادة 107 أسرة. أما بين القانونين فحدث ولا حرج.

الاقتراحات

يستحسن بالمشرع الجزائري أن يقوم بإصدار قانون خاص ينظم المسائل المتعلقة بالأموال، على غرار المشرعين: المصري، البحريني، والقطري، فإن لم يفعل ذلك، فعلى الأقل أن يقوم بتحقيق الانسجام بين نصوص القانونين المفترض وجوده بين القانون المدني وقانون الأسرة، تفاديا لازدواجية الأحكام أو حتى تعددها بالنسبة للمسألة الواحدة، من خلال الأخذ ببعض المقترحات التي نراها مناسبة، والتي نوردها كالآتي:

- تخفيض سن التمييز إلى ما هو سبع (7) سنوات مثلما هو عليه الأمر في جل التشريعات العربية، وعند الفقهاء المسلمين، حتى تكون هناك فترة معتبرة بين مرحلة التمييز ومرحلة الرشد، تتيح للصبي المميز التمرّن على إجراء بعض المعاملات، وتجعل كذلك، الترشيد في سن معين سائغا.

- تحديد السن التي يجوز أن يتم فيها ترشيد الصبي المميز، وذكر ذلك في نص المادة 84 أسرة، وجعلها ثمانية عشر (18) سنة مثلما كانت عليه في نص المادة 38 مدني قبل تعديلها، حتى لا يكون الترشيد في سن مبكرة.

- تعديل صياغة نص المادة 42 مدني بإضافة عبارة **"بعد الحجر"** بالنسبة للمجنون والمعتوه.

- تعديل نص المادة 83 أسرة، وذلك بتبني إحدى النظريتين: البطلان مثلما هو عليه الأمر في أغلب التشريعات العربية، أو الوقف مثلما هو عليه الأمر في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية، بالنسبة لتصرفات الصبي المميز، مع الإشارة بوضوح إلى ذلك في نص المادة 101 مدني.

- إضافة إمكانية الصبي المميز إجازة التصرف الذي أجراه إذا ما بلغ سن الرشد غير محجور عليه.

- حذف كلمة **"السفيه"** من نص المادة 85 أسرة حتى يكون الحكم ساريا على المجنون والمعتوه فقط، مع استبدال عبارة **"غير نافذة"** بكلمة **"باطلة"**، حتى يتوافق ذلك مع نص المادة 42 مدني.

- إضافة ذي الغفلة إلى جانب السفيه في نص المادة 101 أسرة، باعتباره مثل السفيه، حتى يكون هناك انسجام بينه وبين نص المادة 43 مدني.

- تغيير صياغة نص المادة 107 أسرة باعتبار تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بعد الحجر، وتصرفات السفيه وذي الغفلة مثل تصرفات الصبي المميز، مثلما هو الأمر في التقنينات العربية والفقه الإسلامي.

خواطر حول مكانة القانون المدني الجزائري في منظومة المدوّنات العربية

أ.د. محمد كمال شرف الدين : أستاذ التعليم العالي
كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة تونس، المنار

ملخص

لئن يرى العديد أن التدوين المدني الجزائري ينتمي بوجهٍ عام لعائلة المدوّنات العربية التي تأثرت بالقانون المدني المصري فإن ذلك لا ينفي الجذور المشتركة للمجلات المدنية العربية وهي القانون الفرنسي والفقه الإسلامي في الدراسة نظرة لمسألتين. الأولى متصلة بالمصادر المادية والشكلية لقانون 1975 والثانية متعلقة بآفاق وغد ذلك القانون في قراءة استشرافية. ويُبين تحليل المسألة الأولى عن توخّي مشرع 1975 منهج التخيّر بما يبرّر تنوّع مصادره المادية كما تبرز وضوح الخيار بالنسبة لمكانة الشريعة الإسلامية ضمن المصادر الشكلية بما يجعل قانون 1975 مختلفا نسبيا عن القانون المصري ومبتعدا تماما عن التقنين التونسي وعن المجلات المتأثرة به وهي المجلة المغربية والمجلة اللبنانية . أما الجزء الثاني فهو مخصص للمنشود ويطرح أولا مكانة المبادئ العامة للقانون لإقتراح تصدّرها المجلة لما لها من وظيفة تأصيلية وتوجيهية وثانيا ضرورة حسم إشكالية الإزدواجية اللغوية في إتّجاه إقرار مبدإ الإعتماد الإستئثاري للغة العربية.

الكلمات المفتاحية : المصادر المادية التاريخية للتقنين - مكانة الشريعة الإسلامية – مقارنة مع المجلات المتأثرة بالمجلة المصرية – مقارنة مع المجلة التونسية – مكانة ووظيفة القواعد العامة للقانون – حسم الإزدواجية اللغوية.

Résumé

Il est généralement soutenu que le code civil algérien fait partie de la famille des codifications arabes inspirées du code égyptien. Toutefois cette assertion ne peut nier les racines communes de tous les codes civils arabes à savoir le droit français et le droit musulman. La présente contribution propose un regard sur deux questions : la première a trait aux sources matérielles et formelles du code de 1975. La seconde envisage ses perspectives, son avenir. L'examen de la première question révèle une méthode normative fondée sur la sélection parmi les sources

matérielles de la solution la plus appropriée ce qui explique, en large partie, la diversité des sources du code. Elle révèle également, pour les sources formelles, l'existence d'un choix clair quant à la place du droit musulman, choix qui marque une différence relative entre le code de 1975 et celui de l'Egypte et une différence absolue avec la codification tunisienne et les codes arabes qui s'en inspirent (Maroc et Liban). La seconde partie, prospective, est réservée d'une part à la place au rôle des règles générales de droit pour proposer qu'elles se placent dans un titre préliminaire du code en raison de leur fonction fondatrice et directive, et d'autre part à la nécessité de résoudre définitivement la question de la dualité linguistique des normes civiles. La référence exclusive à rédaction en langue arabe devrait être consacrée.

Mots Clés : Les sources matérielles historiques du code de 1975 – la place du droit musulman – comparaison avec les codes inspirés du code civil égyptien – comparaison avec les codes inspirés du code tunisien – Place et fonction des règles générales de droit – la dualité linguistique normative.

مقدّمـــــة

1 – ككل المدونات الوطنية فإن القانون المدني الجزائري مرتبط بتاريخ الجزائر، فلئن تأخّر صدوره عن إعلان الاستقلال فلأن ميلاد مدوّنة مدنية موحّدة أعسر أحيانا من ميلاد دستور. ألمْ يقل العميد كربوني أن الدستور الحقيقي للبلاد هو المجلة المدنية؟ وأراد واضعو "القانون المدني" أن يكون التقنين الجديد مستلهما من الإسهامات الإيجابية المقارنة فأوكلت مهمّة وضعه إلى مجموعة من محترفي القانون. ويقسّم فقهاء القانون المدوّنات المدنية المعاصرة إلى صنفين بحسب منهج تحريرها وصياغتها: المدونات العملية المباشرة codes empiriques et concrets وهي تعتمد أسلوبا يسير المأخذ عاريا من التجريد من جهة، والمدوّنات المجرّدة-المركّزة وهي التي تُولي عناية للمصطلحات والأنماط[1] من جهة أخرى. وشهد القرن التاسع عشر نموذجا للأولى في المجلة المدنية الفرنسية ونموذجا للثانية في المجلة الألمانية.

[1] - حول هذا التصنيف يراجع بالخصوص :

- Valérie LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, étude sur les codes civils français et allemand*, thèse, L.G.D.J., tome 371, Paris, 2002; **André TUNC**, *La technique législative du projet de Code de commerce des Etats-Unis*, D. 1952, Chr. P.9 et suiv.

2 – ومهما يكن الصنف فالإجماع حاصل على القول بأن للتقنين المدني للدولة، روحا تعبّر عن خيارات محدّدة وتضفي على الوثيقة الفنيّة مشروعية اجتماعية وسياسية وتاريخية لأنها تجسّم تحوّلا يرنو إلى الدوام بما يتميّز حتما عن مجرّد تجمّع قوانين ظرفية وتشريعات متفرقة[2].

وحول الصنف الأول، يلاحظ العميد **كربوني** ما يلي:

- « Un peuple n'a pas besoin d'un traité d'art législatif pour se donner des bonnes lois », in **Jean CARBONNIER**, Essais sur les lois, Défrénois, 2ème édition, Paris, 1995, p.234 ;

ويضيف العميد **جيني** ما يلي :

- « Parce que la technique est « naturelle » et « populaire » s'offrent au juge des sources fécondes d'interprétation du code, in **F. GENY**, *La technique législative dans la codification civile moderne (à propos du centenaire du code civil)*, in Le code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, éditions A. Rousseau, Paris, 1904, p.989 et suiv, spécialement, p.1020.

وحول الصنف الثاني، يُلاحظ العميد **جيني** متحدثا عن المجلة المدنية الألمانية أنها توفرت على تقنية تشريعية مفرطة العناية من حيث الصياغة اللغوية للقوانين.

- « Le code allemand proposait le modèle d'une technique « extrêmement soignée du langage des lois », op. cit., p.1025.

وبقيت المدونة الفرنسية في الواقع متأثرة بجذورها الفقهية وبما كتبه مونتسكيو Montesquieu في كتابه "في روح القوانين" :

- «***Le style en doit être concis... Il doit être simple; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie... Quand le style des lois est gonflé, on ne les regarde que comme un ouvrage d'ostentation. Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées... Les lois ne doivent pas être subtibles; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement, elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille... Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation... Il faut prendre garde que les lois soient conçues de manière qu'elles ne choquent point la nature des choses***» (**MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, Cérès éditions, Tunis, 1994, tome 2, p.302 et suiv.).

[2] - **F. GENY**, *La technique législative dans la codification civile moderne (à propos du centenaire du code civil)*, in Le code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, éditions A. Rousseau, Paris, 1904, p.989 et suiv.

وحول خصوصيات المجلات القانونية بوجه عام (أسلوبها، مضمونها وإشعاعها)، يراجع بالخصوص الدراسات النظرية الآتية:

- **Christian ATIAS**, *Les rapports entre le style du code civil et sa pérennité ou son évolutivité*, Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif, 2004, p.2757 et suiv.; **Jean-Louis BERGEL**, *La méthode législative du code civil et sa longévité*, idem, p.2765 ; **Jean CARBONNIER**, *Le Code civil des français dans la mémoire collective*, in 1804-2004, le Code civil, op.cit., p.1045 et suiv**. ; Jean GAUDEMET**, *La codification, ses formes .et ses fins*, Revue juridique et politique indépendance et coopération, numéro spécial sur «*la codification et l'évolution du droit*», 1986, p.239 et suiv. **; Yves GAUDEMET**, *Le Code civil, « Constitution civile de la France »*, in 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2004, p.297 et suiv. ; **Paul MARTEENS**, *Thémis et ses plumes, réflexions sur l'écriture juridique*, in *Nouveaux itinéraires en droit*, hommage à François RIGAUX, Edit. Bruylant, Bruxelles, 1993, p.345 et suiv.; **Thierry REVET**, *Le code civil comme modèle (synthèse)*, in Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle, ouvrage collectif sous la direction de Thierry REVET, Université Paris I., tome 6, L.G.D.J., Paris, 2005, p.593 et suiv., et particulièrement p.598. **; François TERRE et Anne OUTIN-ADAM**, *codification,*

إن الإلتقاء لتقييم المدوّنة المدنية الجزائرية بعد مرور أربعة عقود عن ظهورها، يمنح وقفة تأمّل في الصرح الموضوع منذ سنة 1975. فالمدوّنة تخضع لنفس الإمتحان الذي عاشته المجلة الفرنسية سنة 2004[3] والمجلة الألمانية سنة 1996[4] ومجلة الإلتزامات والعقود سنة 2006[5] والمجلة اللبنانية للإلتزامات والعقود سنة 2008[6] والقانون المدني القطري سنة 2014[7].

3 – مصادر الاستلهام للقانون المدني الجزائري: ينتمي هذا القانون بوجه عام لما يمكن تسميته عائلة التقنين المصرية. وتشاء الظروف التاريخية أن لا تتوحّد منهجية وضع المدوّنات المدنية في دول المغرب العربي، إذ انقسمت بين عائلة التقنين المصرية وعائلة التقنين التونسية بما يوجب التذكير بالعلامات الفارقة للعائلتين وكذلك بنقاط التلاقي التي تجمعهما وهي بالخصوص القانون الفرنسي الذي هو المصدر المادّي المشترك بينها.

4 - إن تدوين القوانين وجمع القواعد والأحكام في مؤلف واحد يُسهّل الإطلاع عليها ويمنع تشتّتها وتناثرها[8] بما يجعلها يسيرة المأخذ وسهلة التطبيق، يُعدّ ضرورة

---

l'année d'un bicentenaire, Dalloz, 2004, chr. p.12 et suiv.; **Alain VIANDIER**, *Observations sur le style de la loi*, Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif, 1987, p.847 et suiv.

[3]- حول إحياء ذكرى مرور 200 عاما عن صدور مجلة 1804 الفرنسية، يراجع بالخصوص:

- *Le Code civil, 1804-2004, Livre de Bicentenaire*, Dalloz, Litec, Paris, 2004 et l'ouvrage collectif, 1804-2004, *Le code civil, un passé, un présent*, un avenir, Dalloz, Paris, 2004.

[4]- حول إحياء ذكرى مرور مائة عام عن صدور المجلة الألمانية سنة 1896، يراجع بالخصوص:

- **Michel PÉDAMON**, *Le centenaire du B.G.B.*, D. 1997, p.107 et suiv.

[5]- حول مائوية مجلة الإلتزامات والعقود، يراجع المؤلف الجماعي الصادر عن مخبر القانون المدني لكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مائوية مجلة الإلتزامات والعقود 1906-2006، نشر المركز الجامعي للنشر، تونس 2006 وانظر كذلك:

- **Mohamed ZINE**, *Centenaire de la codification en Tunisie, le code des obligations et des contrats*, étude parue in «*La codification*», ouvrage collectif sous la direction de Bernard BEIGNIER, Edition Dalloz, Paris, 1996, p.187 et suiv ; Sur la méthode, cf. notamment, **Mohamed Kamel CHARFEDDINE**, *esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats*, Revue Internationale de droit comparé, 1996, 2, p.421 et suiv.

[6]- احتفلت الجامعة اللبنانية بالذكرى 75 لصدور مجلة الإلتزامات والعقود سنة 1932، يراجع :

Centre d'études des droits du monde arabe (CEDROMA), 75ème anniversaire du code des obligations et des contrats libanais, Bruylant, Bruxelles, 2010.

[7]- حول الإحتفال بعشرية القانون المدني القطري، يراجع : **كلية القانون بجامعة قطر**، "التقنين المدني القطري في عقده الأول"، مؤتمر علمي بمناسبة مرور عشرة أعوام على نفاذ القانون المدني القطري، الدوحة، 2015.

[8]- حول تفاقم ظاهرة "تضخم" التّشريع، وتشتته يراجع بالخصوص:

- **François TERRÉ**, *La « crise de la loi »*, in Archives de philosophie du droit, tome 25, la loi, Sirey, 1980 ; **R. MARTIN**, *Désinflation législative*, R.T.D.civ. 1993, p.551 et suiv. ; **R. SAVATIER**, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, D. 1977, chr. p.43 ; **J. BEGUIN**, *Peut-on remédier*

تاريخية في الزمن المعاصر، ومن ثمّ، فلا مبالغة في ربط عملية التقنين في الدول الحديثة بمسألة الإستقرار القانوني[9]. ولم تحد الدول العربية عن هذا الاتجاه العام فسعت جلّها إلى تدوين تشريعها المدني في "مدوّنات" أو "مجلاّت" أو تقنينات تحت تسمية "قانون"، على النمط الشكلي الذي سارت عليه المجلة المدنية الفرنسية لسنة 1804، كما سارت عليه بعد ذلك مجلة الأحكام العدلية العثمانية لسنة 1876[10]. وكانت مصر[11] ومن بعدها تونس[12] من أوّل الدول العربية التي شرعت في تدوين القانون المدني وتقنينه في شكله المعاصر.

5 - عائلتا التدوين في الدول العربية: تنقسم المدوّنات المدنية العربية المعاصرة بحكم ظروف إصدارها واتجاهاتها العامّة إلى عائلتين:

- وتضم العائلة الأولى "مجلاّت" مدنية تنحدر أساسا من أقدم مجلة عربية نافذة وهي **مجلة الالتزامات والعقود التونسية** الصادرة لسنة 1906 والتي تضمنت عند صدورها 1632 فصلا وشملت تقسيما مزدوجا بين كتاب أول خصّص "لتعمير الذمة" (الفصول 1 إلى 663) وكتاب ثان متضمّن "للعقود وشبهها" (العقود المسماة) (الفصول 564 إلى 1632)[13]. وفي سنة 1913 صدرت المجلة **المغربية** تحت عنوان "ظهير

à la complexité croissante du droit ? », in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, Paris, Economica, 1995, p.1 et suiv. ; **E. GRASS**, L'inflation législative a-t-elle un sens ? R.D.P. 2003, p.139 ; **Bertrand MATHIEU**, *La loi*, 2ème édition, Dalloz, 2004, p.75 et suiv.

[9] - حول الحاجة للإستقرار القانوني عبر الإستقرار التشريعي، يراجع بالخصوص :

B. MATTHIEN, La sécurité juridique : un principe clandestin mais efficient, Mélanges Grelard, Montchrestien, 2000, p.302; **F. POLLAUD-DULIAN**, A propos de la sécurité juridique, R.T.D. Civ. 2001, n° 3, p.487.

[10] - بدأ العمل بالمجلة المذكورة منذ 1877، وقد تضمنت 1751 مادة **وهي مستمدة خاصة من الفقه الحنفي**. يراجع حولها : **سليم رستم باز اللبناني**، شرح المجلة، طبعة ثالثة مصححة ومزيدة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1986 ؛ وحول تقنين الفقه الإسلامي بصفة عامة، يراجع : **محمد عبد الجواد محمد**، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، تقنين الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.

[11] - صدر أوّل تقنين مدني في مصر في 28 جوان 1875 وهو المعمول به أمام المحاكم المختلطة ثم عقبه القانون المدني الخاص بالمحاكم الوطنية الصادر في 28 أكتوبر 1883 واستمر العمل بهما حتى سنة 1948، **تاريخ صدور القانون المدني الجديد.**

[12] - صدرت "مجلة الإلتزامات والعقود التونسية" بموجب الأمر العلي المؤرخ في 15 ديسمبر 1906 وبدأ العمل بها في غرة جوان 1907. وبموجب القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 تمت المصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة وصياغتها تحت عنوان جديد "**مجلة الإلتزامات والعقود**".

[13] - حول هذه المجلة يراجع بالخصوص، مؤلّف "كتاب مائوية مجلة الإلتزامات والعقود 1906-2006"، المرجع المذكور آنفا، (باللغتين العربية والفرنسية) ؛ **محمد صالح العياري**، مجلّة الالتزامات والعقود بين الماضي وتقاليده والعصر ومستجدّاته، مطبعة ابن جمعة ، الطبعة الأولى، تونس 1996 ؛ أطروحة دكتوراه **محمد بن إبراهيم بوزغيبة**، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965) ، مركز النشر الجامعي، تونس 2003، صفحة 199 وما بعدها ؛ و**محمد كمال شرف الدين**.

الالتزامات والعقود" بتاريخ 12 أوت 1913[14] وهي مجلة **تقوم على اقتباس شبه كلّي لأحكام المجلة التونسية**. وعلى نحوها تضمنت كتابا أولا في "الالتزامات بوجه عام" (الفصول 1 إلى 477) وكتابا ثان في "مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها" (الفصول 478 إلى 1250)[15]. وبعد ذلك، ودائما بسعي من سلطة الحماية الفرنسية، صدرت في سنة 1932 **مجلة الالتزامات والعقود اللبنانية**[16] وهي تقنين مأخوذ بوجه مباشر من المجلة المغربية مع تعديلات فرضتها خصوصية المجتمع اللبناني وبوجه غير مباشر من المجلة التونسية. وقد باشر النظر فيها الفقيه الفرنسي Louis Josserand.[17] وأخيرا وفي سنة 1989، صدرت **مجلة الالتزامات والعقود الموريتانية**[18] المستمدة مباشرة من المجلة المغربية بما يجعلها بالتالي متّصلة، بوجه غير مباشر، بالمجلة التونسية. وتضمنت المجلة الموريتانية 1182 فصلا وامتازت هذه المجلة بحسم مسألة المصادر الشكلية خلافا لنظيراتها السابق عرضها، إذ نصّ الفصل 1179 الوارد في باب الأحكام الختامية على ما يلي : "**يُرجع إلى مذهب مالك في كل ما لم ينص عليه في هذا الأمر القانوني**".

وصفوة القول أن **العائلة الأولى تضمّ مجلاّت تونس والمغرب ولبنان وموريتانيا**. وينحصر مجال هذه المجلاّت في مادة الالتزامات والعقود. ومع ذلك فإن وحدة المصدر المشترك وهو مجلة 1906، لم تحل دون ظهور بعض التغييرات التي برّرتها

- Mohamed Kamel CHARFEDDINE, le C.O.C : esquisse d'une évaluation de l'œuvre, in Livre du centenaire, op.cit., p.675 et suiv. ; Mohamed Kamel CHARFEDDINE, *esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats*, Revue Internationale de droit comparé, Paris, 1996, 2, p.421 et suiv.

[14] - دخلت المجلة المغربية الجديدة حيز التنفيذ في 30 أوت 1913.

[15] - حول العلاقة بين المجلة التونسية والمجلة المغربية يراجع بالخصوص : **أحمد ادريوش**، أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1991-1992، تقديم الأستاذ عمر عزّيمان، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط 1996، صفحة 177.

[16] - قانون 9 مارس 1932، الرائد الرسمي عدد 2642 المؤرخ في 11 أفريل 1932 (النسخة العربية) وعدد 791/1932 (النسخة الفرنسية) ونص الفصل 1107 من المجلة على تأجيل نفاذها لأمد ثلاثين شهرا.

[17] - إن النسخة الأصلية من المجلة اللبنانية ترجع إلى القاضي الفرنسي M. Ropers وقد وضعت هذه النسخة لنظر الأستاذ Louis Josserand عميد كلية الحقوق بليون آنذاك. حول العلاقة بين هذه المجلات الثلاث (التونسية والمغربية واللبنانية) يراجع بالخصوص:

Mohamed Kamel CHARFEDDINE, le C.O.C tunisien, Le D.O.C. marocain et le C.O.C libanais : esquisse d'une comparaison, in **Centre d'études des droits du monde arabe**, 75ème anniversaire du Code des Obligations et des Contrats Libanais, Beyrouth, op. cit., p.197 et suiv.

[18] - الأمر القانوني عدد 126 لسنة 1989 الصادر في 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود.

خصوصيات كلّ دولة من الدول الثلاثة الأخرى. وتتميّز هذه العائلة التشريعية بميزتين : **الأولى** أنها غير شاملة لقانون العائلة وقانون الأشخاص والحقوق العينية[19] وهي جميعا مجالات مدنية تم تنظيمها في تقنينات مستقلة. ويعني ذلك أن العائلة المذكورة لم تختر منهج التقنين المدني الموحّد بما جعلها تشهد تعدّد التدوينات والمجلاّت الضّابطة للقانون المدني. **والثانية** أن هذه التعدّدية لم تحلّ دون إبراز دور المجلة "الأم" المتعلقة بالالتزامات والعقود التي بدت والحالة تلك كشريعة عامة un droit commun في القانون المدني يُرجع إليها كلّما صمت النصّ المدني الخاص[20].

- **تنحدر العائلة الثانية من التقنين المدني المصري** إذ تعتبر مصر من أوّل الدول العربيّة التي دوّنت تشريعها المدني منذ القرن التاسع عشر[21] واستعاضت عنه عام 1948 بالقانون المدني الحالي الصادر في 16 جويلية 1948[22]. وتضمّن التقنين المذكور نحو 1149 مادّة. شملت الأحكام العامة والأحكام المنظمة لقانون الأشخاص وللالتزامات والعقود المسمّاة والحقوق العينية والتأمينات. ولم يمض زمن طويل على ظهور التدوين المصري حتى ظهر، باستلهام منه، القانون المدني **السوري** في 18 ماي 1949 متضمنا 1130 مادّة. ثمّ كان للعميد المرحوم عبد الرزاق أحمد السنهوري الأثر الملموس في وضع القانون المدني **العراقي** الموافق عليه في 8 سبتمبر 1951. وعلى نفس الخطى سار المشرّع **الليبي** بموجب مرسوم 28 نوفمبر 1953، ومن بعده المشرع **الجزائري** بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975

---

[19] - تم تقنين قانون الأحوال الشخصية في تونس بموجب الأمر العلي الصادر في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، وهو تقنين لا يزال يحافظ على استقلاليته من الناحية الشكلية شأنه في ذلك شأن قانون الحقوق العينية الذي تمّ تجميعه بموجب القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية. وتمثّل مجلة 1956 ومجلة 1965 المذكورتين إلى جانب مجلة الالتزامات والعقود لسنة 1906 مجمل التقنين المدني التونسي الحديث.

[20] - ويطرح تعدد المجالات المدنية في تونس مسألة إعادة تجميعها في مجلة واحدة، في هذا الشأن يراجع :

- **Mohamed Kamel CHARFEDDINE**, *Codes civils ou code civil ? Réflexion sur une éventuelle recodification*, in l'apport du XXème siècle a droit privé tunisien, ouvrage collectif, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Tunis, 2000, p.35 et suiv.

كما يُراجع ما كتبه **الأستاذ حمادي الرايس** حول مبرّرات توحيد التقنين المدني التونسي وآلياته، في دراسته : "القانون المدني إلى أين؟"، منشور بالمؤلف الجماعي "مسائل في فقه القانون المدني المعاصر"، نشر وحدة بحث القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 193 وما بعدها.

[21] - القانون المدني الصادر في 28 أكتوبر 1883 المعمول به أمام المحاكم الوطنية والقانون المدني الصادر في 28 جويلية 1875 المعمول به أمام المحاكم المختلطة.

[22] - المنشور في الجريدة الرسمية ليوم 29 جويلية 1948 وعوّض قانون 1948 قانوني 1875 و1883.

المتضمن إصدار "القانون المدني"، ثم **الأردني** 1976 ثم **الكويتي** 1980 ثم **السوداني** ثم **اليمني** ثم **الإماراتي** 1985 ثم **القطري** 2004[23].

6-الجذور المشتركة ونسبية الاختلاف بين العائلتين : إن وجود اختلاف بين العائلتين في مجال الالتزامات والعقود، لا يمنع من الإشارة إلى نسبيّة هذا التّباين وحدوده، ذلك أن **منهج التخيّر** ساد كلّ هذه **المدوّنات، فالمدونات العربية تخيّرت أحكامها من جذور مشتركة هي بالأساس القانون الفرنسي وبعض القوانين المدنيّة الأوروبيّة من جهة والفقه الإسلامي من جهة أخرى. وبصفة أدقّ فإن المجلة المدنية الفرنسية أثّرت في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني التونسي بما جعلها مصدرا مشتركا يوحّد في عديد المسائل، المجلاّت المدنيّة العربيّة المنتمية للعائلتين خاصة في مجال الالتزامات والعقود**. ونفس الملاحظة **تصحّ بالنسبة للحقوق العينية** التي تمّ اقتباس جلّ أحكامها من القانون الفرنسي مع الأخذ بعين الاعتبار في بعض المسائل لعديد المؤسسات المستمدة من الفقه الإسلامي كالشفعة. ويبيح كلّ ذلك القول بوجود دوائر تلاقٍ مشتركة عديدة بين القوانين المدنية العربية بالرّغم من ثبوت وجود العائلتين وبالرغم من اختلاف أزمنة بروز تلك القوانين وتباين الظروف التي حفّت بنشأتها.

7- يتمّ التساؤل عن "أصالة" القانون المدني الجزائري فتطرح في الحقيقة مسألتان: الأولى تهم المصادر الماديّة والشكليّة لقانون 1975، في حين تخص الثانية، في نظرة مستقبلية، آفاقه وغده في ضوء تنوّع متطلبات العصر الاجتماعية وخاصة الاقتصادية وضرورة تطوير الاجتهاد القضائي. وانطلاقا من هذين التساؤلين، يتجه فصل التحليل إلى قسمين ليتمّ أولا بسط الرأي حول الموجود (I) ثم ثانيا التعرض لما يمكن أن يكون منشودا (II).

I- **الموجـــــود :**

8- يعتمد كل تقنين مدني مصادر "**مادية**" كوّنت مصادر استلهام أحكامه. وتضع جلّ المجلات القانونية المدنية، باعتبارها تكوّن شريعة عامة، حلولا لترتيب المصادر "**الشكلية**" الأصلية والاحتياطية للقانون. وواضح من هذه الملاحظة أن نظرية المصادر تقوم على التفرقة الجوهرية بين المصادر المادية التي هي المنابع التي

[23]- حول كل هذه التشريعات المدنية وتأثير التدوين المدني المصري في نشأتها، يراجع بالخصوص، **محمد وحيد الدين سوار**، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، عمان، الطبعة الثانية 2001.

تولّدت منها الأحكام، فالقاعدة لها جذور إما تارخية أو اجتماعية أو سياسة، وقد تمتد هذه الجذور إلى التأثر المباشر أو غير المباشر بالقوانين المدنية المقارنة، فتكون بذلك المصادر المادية. أما المصادر الشكلية أو الرسمية فهي التي تعطي للقاعدة شكلها المعتمد الذي يسمح بنفاذها في القانون الوضعي كالتشريع والعرف وغيرهما. فما هي مصادر القانون المدني الجزائري ؟ يتجه اعتماد التفرقة المذكورة لتحليل هذه المسألة وبيان **تنوع** المصادر المادية من جهة (أ) **ووضوح** المصادر الشكلية من جهة أخرى (ب).

أ- منهج التخيّر وتنوّع المصادر المادية

9- انتهج تدوين 1975، شأنه شأن كلّ المدونات المدنية العربية، مسلك "التخيّر" في اعتماد المصادر الماديّة، أي تبنّي **الحكم الأفضل والأكثر ملاءمة لمتطلبات المجتمع** بحسب نظر واضعيه. ومن ثمّ تنوّعت المصادر المادية فيه رغم هيمنة المرجعية الفرنسية عبر الاستلهام من أحكام القانون المصري. لقد تأثر واضعو القانون المدني الجزائري بالقانون الفرنسي لا فقط من خلال اعتماد التخطيط العام والتقسيمات الكبرى الواردة بالمجلة المدنية الفرنسية[24]، بل وكذلك من خلال ما أورده فقه القضاء المدني الفرنسي من نظريات خارج إطار التشريع. ويبرز التأثر في النظرية العامة للعقود، والنظرية العامة للجزاء المدني، وأحكام المسؤولية، ومقتضيات أهم العقود المسمّاة، ونظرية الحقوق العينية والتأمينات. كما امتد التأثر إلى محاكاة بعض التنقيحات الكبرى التي طالت مجلة 1804 كتلك التي اتصلت بمبدإ إثبات التصرّفات القانونية بالشهادة[25] أو التي كرّست حجيّة الكتب الإلكتروني[26]، إذ تبنّى المشرع الجزائري في سنة 2005 تنقيحات مشابهة. ومع ثبوت دور هذا المصدر المادّي بوجه جليّ فإنه من المستوجب ملاحظة حدود هذا التأثر، إذ ابتعد قانون 1975 عن خيارات مجلة 1804 في عديد المسائل فآثر مثلا وضع حلّ عام

---

[24]- رغم عدم التطابق الشكلي في مخطط التقنين الجزائري والفرنسي فإنه يوجد تشابه في تبني التقسمات الأساسية في مادة الالتزامات والعقود (المصادر، العقد، المسؤولية المدنية، شبه العقود، آثار الإلزام، أوصافه، انتقاله، انقضاؤه، الإثبات، العقود المسماة، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية).

[25]- يقوم المبدأ على استبعاد الشهادة لإثبات التصرّفات القانونية التي تفوق قيمتها مبلغا ماليا معينا تم إقرار الترفيع فيه في تنقيح للمجلة المدنية الفرنسية سنة 1980 وسار المشرع الجزائري على نفس المنوال وأقرّ تنقيحا للقانون المدني الجزائري سنة 2005، يُراجع بالخصوص المادة 333 مدني جزائري بعد تنقيحها بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[26]- أقر التنقيح المدخل على المجلة المدنية الفرنسية سنة 2000 حجية الكتب الإلكتروني. ونسج المشرع الجزائري على نفس المنوال بتنقيحه لقانون 1975 بموجب القانون رقم 05-10 السابق الذكر وإضافة المادّة 323 مكرر وخاصة المادّة 323 مكرر 1.

للمصادر الشكلية للقانون الوضعي وهي مسألة لا تزال تثير في فرنسا جدلا عميقا. كما شمل الاختلاف مسائل متنوّعة تتعلق بنقاط دقيقة كالاختلاف في تحديد سنّ الرشد المدني أو بمسائل مبدئية كضبط وظيفة الشكلية في العقود[27]، وتحديد دور القاضي في مراقبة تنفيذ العقود، وبالاعتداد بالظروف الإستثنائية، أو في تقدير التعويض[28]، أو تبنّي نظرية الوظيفة الاجتماعية للملكية، وإقصاء الصبغة الفردية المقدّسة والمطلقة لذلك الحق[29].

10- أما المصدر المادّي الثاني فهو الفقه الإسلامي شأنه في ذلك شأن جلّ التقنينات العربية المدنية إذ وردت بقانون 1975 عديد المؤسسات التي تنتمي لمدرسة الفقه **كنظرية مجلس العقد**[30] ومنع التصرفات في **مرض الموت**[31] و**الشفعة**[32] وقسمة **المهايأة**[33] واستبعد **عقود المقامرة أو الغرر**[34] وتبنّى نظرية **الوظيفة الاجتماعية** للملكية إذ يتلاقى في ذلك الفقه الإسلامي مع الإجتهاد الفرنسي حول التصدي **للتعسف في استعمال الحق**[35] وفرض صون **علاقات الجوار من المضار**[36]. ولكن التأثر بهذا المصدر المادي بقي كذلك محدودا، إذ لم يساير قانون 1975 موقف الفقه الإسلامي في شأن **التقادم المسقط** فلم يستبعد **سقوط الحق** وتقادمه في حين

---

[27]- ترتبط المسألة بمكانة مبدإ سلطان الإرادة وما يرتّبه من هيمنة الرضائية وهي هيمنة لا تجد لها نفس الصدى والأبعاد في القانون المدني الجزائري، يراجع بالخصوص المادة 324 مكرر 1 والمادة 324 مكرر 4.

[28]- يسند القانون الجزائري للقاضي دورا ملحوظا في مجال تنفيذ العقود إذ يقر قانون 1975 حقه في التدخل إذا طرأت حوادث استثنائية تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين (**نظرية الظروف الطارئة**)، المادة 107 كما للقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض المواد 132، 177، 182، 187 مدني جزائري. كما للقاضي الحق في النظر في إبطال العقد إذا شابه **استغلال طيش بيّن أو هوى جامح لأحد أطرافه** (المادة 90 مدني جزائري) قارن مع المادة 129 من القانون المدني المصري والمادة 140 من القانون المدني القطري وحول عيب الإستغلال بوجه عام المادة 1103 من القانون المدني التونسي وفقهيا **فوزي بالكناني**، عيب الإستغلال في مجلة الإلتزامات والعقود : الحاضر الغائب، دراسة منشورة في مؤلف "مسائل في فقه القانون المدني المعاصر"، تونس 2014، ص 251 وما بعدها.

[29]- يتفق في هذا الشأن القانون الجزائري مع كلّ التشاريع المدنية العربية التي استبعدت صبغة الإطلاق وكرّست الوظيفة الإجتماعية للملكية أسوة بالفقه الإسلا مي، يراجع المواد 674 و690 و691 و692 (تعريف حق الملكية بأن "حق التمتع والتصرّف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة" كما أن القانون الجزائري يكرّس في نظرة اجتماعية متميّزة "ملكية الأسرة".

[30]- المادة 64 مدني جزائري.

[31]- يراجع في البيع المادة 408 وفي الوصية المادة 776 مدني جزائري.

[32]- يراجع المواد 794 إلى 807 مدني جزائري.

[33]- يراجع المواد 733 إلى 736 مدني جزائري.

[34]- يراجع بالخصوص المادة 612 مدني جزائري. ولم ير المشرع الجزائري مع ذلك حرجا في تكريس مشروعية عقد "المرتب مدى الحياة" رغم أنه قد يعتبر من عقود الغرر (المواد 613 إلى 618).

[35]- هي نظرية ظهرت في فقه القضاء الفرنسي بعد صدور قرار Bayard ثم انتشرت قضائيا. وهي تلتقي مع ما يقره الفقه الإسلامي، يراجع بالخصوص المادة 124 مكرر مدني جزائري وكذلك المادة 690 (حق الملكية).

[36]- شهدت هذه النظرية نفس المسار الذي شهدته نظرية التعسف في استعمال الحق ويلتقي فيها اجتهاد القضاء الفرنسي مع ما تقرّه الشريعة الإسلامية في واجب صون علاقة الجوار، يراجع المادة 691 مدني جزائري.

أن الفقه لا يقرّ إلاّ بسقوط الدعوى[37]، كما ابتعد القانون المدني عن اعتماد **سنّ التمييز** في الفقه الإسلامي مؤثرا ضبطها بثلاثة عشر عاما[38]، ونفس التباين ملموس في النظرية العامة للجزاء المدني، إذ ابتعد قانون 1975 عن الأنماط المكرّسة في الفقه الإسلامي في هذا المجال[39]، كما أن قانون 1975 لم يكرّس بطلان بيع المعدوم[40]. ويُستخلص مما سبق عرضه أن التأثّر بالمصدرين الماديّين الأساسيّين لم يمنع بروز مصادر ماديّة بعيدة عنهما مثلما هو الشأن للأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة التي لا ترجع لأي من المصدرين.

11- وفي القانون المدني لسنة 1975 أحكام متميّزة كالمقتضيات المتعلّقة بالغبن والإستغلال[41] أو صيرورة تنفيذ الإلتزام "مرهقا بما يجيز ردّه إلى الحدّ المعقول"[42]، وكذلك "تسخير الملكية لخدمة مرفق عام"[43]، أو "التأميم"[44]، أو حسم مسألة شخصية الذات المعنوية بتبني "نظرية الافتراض"[45]، أو تنظيم أحكام "عقود الإذعان"[46] وصفوة القول أن قانون 1975 متعدّد المصادر الماديّة وهو ما يكوّن مصدرا لإثراء أحكامه وتفرّدها وتميّزها.

ب- منهج الخيار والحسم في المصادر الشكلية

12- إن حسم مسألة المصادر الشكلية ضمن أحكام المجلة المدنية، أمر مستوجب لأنها مجلة تختزن الشريعة العامة المتضمنة للنظرية العامة للقانون. إن المتمعّن في المجلات

---

[37]- تتناول بعض المواد "تقادم الحقوق" (من ذلك مثلا المواد من 308 إلى 313 و320 مدني جزائري) في حين تستعمل بعض المواد الأخرى عبارة "سقوط الدعوى" أو "الدعاوى" (من ذلك مثلا المادة 359 و383 مدني جزائري).

[38]- سنّ الرشد المعتمد هي 19 سنة كاملة وهي سنّ تختلف عما يعتمده القانون الفرنسي (18 سنة) وكذلك القانون المصري (21 سنة) أمّا سنّ التمييز فإن المشرع المصري تأثر بالفقه الإسلامي وحدّده ببلوغ 7 سنوات (المادة 54 فقرة 20) حين ضبطه القانون الجزائري ببلوغ 13 سنة كاملة (المادة 42 فقرة 2 مدني جزائري).

[39]- تقوم منظومة الجزاء المدني على النموذج الفرنسي بالأساس، يراجع بالخصوص أحكام المادة 99 و105 مدني جزائري (البطلان والإبطال) 119 (الفسخ).

[40]- بيع المعدوم باطل في نظر الفقه الإسلامي وقد جرى على ذلك التشريع التونسي في باب البيع (الفصل 574 "بيع المعدوم باطل..").

[41]- المادة 90 مدني جزائري وحول نظرية "الإستغلال" في القوانين العربية المقارنة يراجع بالخصوص المادة 129 مدني مصري والمواد 140 إلى 142 مدني قطري كما يراجع دراسة **فوزي بالكناني**، الإستغلال في مجلة الإلتزامات والعقود : الحاضر الغائب دراسة بمؤلف مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مذكور آنفا، ص 251 وما بعدها.

[42]- المادة 107 مدني جزائري.

[43]- المادة 679 وما بعدها مدني جزائري.

[44]- المادة 678 مدني جزائري.

[45]- المادة 49 مدني جزائري.

[46]- يراجع المادة 110 و112 مدني جزائري.

المدنية العربية، يجد **اختلافات في المواقف** في حلّ هذه المسألة إذ ظهر موقفان: الأول يرفض الخوض مباشرة في مسألة المصادر الشكلية حتى لا يتمّ الحسم فيها لما في ذلك من انعكاسات على الخيارات التشريعية خاصة فيما يتعلق بمكانة الشريعة الإسلامية. وسارت في هذا الاتجاه كلّ المدونات المستمدة من التقنين المدني التونسي، أما الموقف الثاني فهو الذي اختار بيان المصادر الشكلية في مطلع التقنين المدني ليعلن عن خيارات المشرّع بكل وضوح وهو الموقف المتّبع من كلّ المدوّنات المنحدرة من التقنين المصري مع ظهور اختلاف جدّي بينها في ترتيب تلك المصادر وتحديد مضمونها.

فكيف تعامل التقنين الجزائري مع هذه المسألة ؟ لقد ابتعد قانون 1975 عن الغموض الذي يسود المدوّنات العربية المنتمية للعائلة التونسية وهي تونس والمغرب ولبنان وموريطانيا وتبنّى بشيء من التميّز المنهج الذي سارت فيه عائلة التقنينات المنحدرة من التشريع المصري.

1) استبعاد غموض المجلات المنحدرة من المجلة التونسية

13- اتّسم موقف المجلة التونسية الصادرة سنة 1906 في شأن المصادر الشكلية بغموض مقصود، فقد نصّ الفصل 535 م.ا.ع على ما يلي : "**إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون.**" ويعني ذلك أن التشريع هو المصدر الشكلي الأساسي، فإن غاب جرى العمل بالقياس على التشريع الموجود ذاته، وإن بقي شكّ تمّ تطبيق "القواعد العامة للقانون" التي خصص لها المشرّع تحت نفس العنوان الفصول 532 إلى 562 من المجلّة. ويترتّب على ذلك وفي قراءة تتقيّد بالنصّ، **غياب تنصيص صريح ومباشر على الفقه الإسلامي كمصدر شكلي ولو احتياطي،** وهو ما يُفسّر حدّة الجدل، الذي ظهر منذ الثمانينات من القرن الماضي، في فقه الشرّاح حول مدلول عبارة "القواعد العامة للقانون" الواردة في آخر الفصل المذكور. وكان للأستاذ المرحوم محمد العربي هاشم الفضل في بيان الصّلة الوثيقة بين هذه القواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر شكلي، إذ رأى في محاضراته أنّ تلك القواعد هي القواعد الكليّة المأخوذة من الشريعة الإسلامية ذاتها. وأتى هذا الموقف جوابا على التشكيك الذي أورده في هذا الشأن المرحوم الأستاذ محمد الشريف[47]. ورغم ذلك

[47]- **محمد الشريف**، مدخل لدراسة القانون، دار سيراس للنشر ومركز الدراسات والبحوث والنشر، طبعة ثانية تونس، 1991، صفحتي 255 و256.

فإن غموض موقف مجلة 1906 في شأن هذه المسألة التأصيلية أدخل اضطرابا على المرجعية العامة في المصادر الشكلية الرّسميّة للقانون المدني بما ترتّب عنه اختلاف الآراء والاجتهادات القضائية، وبما أحاط مكانة ووظيفة الشريعة الإسلامية بنقاش متواصل. رأى المرحوم محمد العربي هاشم أن عبارة "قواعد القانون العمومية" تشير إلى القواعد الكليّة المأخوذة في معظمها من مواد مجلة الأحكام العدلية العثمانية. وبحسب هذا الرأي فإنه "**يمكن القول بأن المشرّع التونسي عندما أحال إلى قواعد القانون العمومية إنما أحال إلى القواعد الكليّة الفقهية، أي إلى مبادئ الفقه الإسلامي، وقد أعطى ضمن المجلة (والمقصود مجلة الالتزامات والعقود) البعض منها تاركا للباحث وللقاضي حرية استلهام الحلول بالرجوع إليها طالما أنها مُدوّنة "بمجلة الأحكام العدلية" ومفسّرة في كتب الأصوليين والتابعين**"[48]. وترتّب على هذا الاختلاف بين فقهاء تونس **ظهور انفصام في القضاء التونسي الذي يشير جانب منه إلى تكريس صريح للفقه الإسلامي كمصدر شكلي مباشر، بينما يتّجه جانب آخر إلى الامتناع عن اعتبار الفقه الإسلامي مصدرا يجوز تطبيقه مباشرة**[49]. وتتجه الإشارة إلى أن الجانب الأول من الاجتهادات القضائية هو الأبرز، إذ طبّق فقه القضاء المدني التونسي أحكام الشريعة الإسلامية **مباشرة** في عديد المواضيع كتحديد الوارثين أو تدقيق أبعاد واجب المساكنة[50] أو تأصيل قاعدة تحمل المدعي عبء الإثبات[51]. كما اعتدّ فقه القضاء بالفقه الإسلامي لتحديد مضامين مصطلحات أو مؤسسات قانونية وضعيّة

---

[48] - **محمد العربي هاشم**، محاضرات المرحوم محمد العربي هاشم المرقونة الملقاة سنوات 1986-1990 بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، وحول هذا الخلاف يراجع : **محمد كمال شرف الدّين**، قانون مدني، المرجع المذكور، فقرة عدد 145 وما بعدها، صفحة 149 وما بعدها.

[49] - حول هذا الإنفصام يراجع بالخصوص، **فوزي بالكناني**، فقه القضاء المدني والفقه الإسلامي، و**صلاح الدين الملولي**، إشكالية المصادر ومكانة الفقه الإسلامي أمام فقه القضاء المدني، وهما دراستان منشورتان بمؤلف "خمسون عاما من فقه القضاء المدني، (1959-2009)، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، الدراسة الأولى، ص 99 وما بعدها والدراسة الثانية، ص 79 وما بعدها.

[50] - يراجع القرار التعقيبي المدني مدني عدد 1165 المؤرخ في 9 ماي 1978، النشرية، 1978، I، 250، "وحيث أن عقد الزواج ولئن كان مصدر الحقوق فإنه كذلك منشئ لواجبات وقد اقتضت الفقرة الأخيرة من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية بالنسبة للزوجة أن عليها أن "ترعى زوجها باعتباره رئيس العائلة وتطيعه فيما يأمرها به في هذه الحقوق وتقوم بواجباتها الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة. هذا هو المفهوم الوارد بالآية الكريمة "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"".

[51] - القرار التعقيبي المدني عدد 3902 المؤرخ في 20 أكتوبر 1981، النشرية 1981، ج، III، ص 267 "حيث أنه من المبادئ القانونية المتفق عليها فقها وقضاء أن عبء الإثبات يحمل على كاهل المدعى تطبيقا للقاعدة الكلية القاضية بأن البيّنة على من ادعى وإن أصلح الناس لو ادعى على أطلح الناس لطولب بالبينة".

كنظرية "مرض الموت"[52] أو لحسم صعوبات مستحدثة غاب فيها النص التشريعي الصريح كمسألة جواز أو عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم[53] أو مسألة القبول أو عدم القبول بتغيير الجنس[54].

14- وتحقيقا لانسجام نظرية المصادر الشكلية في القانون المدني نادى الفقه الحديث بضرورة تجاوز الغموض المقصود الذي انتهجه واضعو مجلة 1906 قصدا في ظروف ولأسباب لم تعد سائدة اليوم في تونس[55]. فلقد توخّى دافيد سانتيلانا، واضع المجلة التونسية سنة 1906 الغموض في تحديد المصادر الشكلية للقانون بالتنصيص على أنه "إذا تعذر الحكم بنصّ صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون" (الفصل 535 م.ا.ع). ويعني ذلك أن التشريع هو المصدر الشكلي الأساسي، فإن غاب جرى العمل بالقياس على التشريع الموجود ذاته، وإن بقي شكّ تمّ تطبيق القواعد العامة للقانون

---

[52]- مثلا قرار تعقيبي مدني عدد 8162 مؤرخ في 24 نوفمبر 1982، النشرة 1982، ج.4، ص 351 : "وحيث أن مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض وإن تعرضت مجلة الإلتزامات والعقود بفصولها 565-355-354 ومجلة الأحوال الشخصية بفصلها 206 لأحكامه إلا أنها لم تتعرض إلى تحديده وتعريفه **ويجب لذلك الرجوع إلى الفقه الإسلامي** الذي استمد منه المشرع تلك الأحكام لمعرفة ماهيته... وقد حددت مجلة الأحكام العدلية وهي تقنين للفقه الحنفي مرض الموت بالمادة 1595 بما نصّه "مرض الموت هو الذي يغلب فيه الموت يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إذا كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إذا كان من الإناث يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أم لم يكن وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتقيها حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حالة اعتبار من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت انتهى". وحيث يتبين مما سبق عرضه في تحديد مرض الموت وأسباب الحد من تصرفات المريض خلاله عند فقهاء الإسلام ان العلامات التي يستدل بها عليه أمور مادية فنية وواقعية يرجع فيها أولا وبالذات إلى أقوال الأطباء العارفين بطبيعة الأمراض اللذين لهم القول الفصل في الموضوع ويجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات القانونية ومنها البينة بالشهادة الفنية العادية".

[53]- إذا ورد بقرار "**حورية**" المشهور ما يلي : "لا جدال أن تزوّج المسلمة بغير المسلم هي من المعاصي العظمى. **كما لا جدال أنّ الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج باطلا من أساسه**. لكن مع ذلك لا تراه ردّة إلا إذا ثبت أنّ الزوجة اعتنقت دين زوجها الغير المسلم". كما أضافت "وحيث لا نزاع على أن المسلم الذي يتجنّس اختيارا منه بجنسية تخرجه عن أحكام دينه يكون مرتدّا"، القرار التعقيبي المدني عدد 3384 المؤرخ في 31 جانفي 1966، مجلة القضاء والتشريع 1967، عدد 6، ص 107 ومنشور أيضا بالمجلة القانونية التونسية 1968، ص 114 مع تعليق للأستاذة **E. DE LAGRANGE** (بالفرنسية).

[54]- "**تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وما استقرّ عليه العلم حاليا**، إذ أنه من الثابت علميا أن مختلط الجنس لا يمكن له أن ينتمي لجنس معين ولا يمكنه الزواج"، نشر بمجلّة القضاء والتشريع 1994، عدد 1، صفحة 109، وبالمجلّة القانونية التونسية 1995، ص 145 مع تعليق بقلم **رشيدة الجلاصي**، وانظر كذلك **محمد المحجوب طريطر**، حول تغيير الجنس بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مجلة القضاء والتشريع 1994، عدد 1، صفحة 59، وانظر كذلك التعليق الإنتقادي الصادر عن الأستاذين **حمادي الرديسي وصلاح الدين بن عبيد** تحت عوان :
« L'affaire Samia, ou le drame d'être « autre » », Journal International de Bioéthique, 1995, n° 2, p.153.

[55]- يراجع **محمد كمال شرف الدين**، قانون مدني، الفقرة 148 "وجوب تجاوز غموض أحكام الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود، صفحة 152، المطبعة الرسمية، الطبعة الأولى، تونس 2002.

التي هي بدورها ذات طبيعية تشريعية فيصبح التشريع هو المصدر الوحيد للقانون. وجلي أن هذا الغموض تسرّب إلى المجلات المدنية العربية المنحدرة من المجلة التونسية، إذ آثرت المجلة المغربية استبعاد ما يقابل الفصل 535 التونسي وما يتبعه من قواعد عامة للقانون تخوّفا من تسرّب المذهب الحنفي إلى المنظومة القانونية المغربية باعتبار أن جلّ تلك "القواعد العامة" الواردة بالتقنين التونسي مأخوذة من مجلة الأحكام العدلية. وبتأثير من الفقيه Louis Josserand، استبعدت كل تلك الأحكام أيضا بما فيها مقتضيات الفصل 535 عند وضع المجلة اللبنانية فغابت مسألة المصادر الشكلية عن القانون اللبناني تفاديا للتعرّض لمكانة الشريعة الإسلامية في قانون قد لا يحتمل ذلك التدقيق في هذا المجال بالنظر لتعدّد ديانات المواطنين. وسبق القول بأن المجلة الموريطانية بوّأت المذهب المالكي مكانة المصدر الشكلي الاحتياطي الأول.

2) اعتماد موقف العائلة المصرية

15- تضمنت المادة الأولى من القانون المصري الصادر في 29 جويلية 1948 ما يلي:

1- "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو فحواها.

2- **فإذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم تُوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**".

يتّسم الحلّ بالوضوح، فالشريعة الإسلامية أو على الأقل مبادؤها هي مصدر شكلي صريح للقانون المصري وفي هذا قطع مع غموض المدرسة الأولى. لكن وضوح الخيار لم يمنع النقد. **فالعرف يتبوّأ في التقنين المصري مكانة أرقى من مبادئ الشريعة الإسلامية** وقد حاول بعض الفقهاء تقديم تبرير لذلك بأنه مصدر وضعي مواكب أكثر للحياة الاجتماعية[56]. **كما أن اللجوء إلى الشريعة الإسلامية محدّد بقواعدها "المبدئية" دون إشارة لأحكامها التفصيلية** ودون تعريف "لمبادئ الشريعة الإسلامية". فلا عجب بعد ذلك أن تبتعد بعض المجلات العربية المتأثرة بالتقنين المصري عن هذه المآخذ **فتوضح كلمة "المبادئ" أو تقيّدها** أو تغيّر ترتيبها

[56]- حول هذا الترتيب المفضّل للعرف، يراجع: **سمير عبد السيد تناغو**، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 1984، ص 261؛ **محمد علي عرفه**، التقنين المدني الجديد، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، 1955، ص 3 وما بعدها.

فتجعل منها مصدرا أسبق من العرف، وهو ما انتهجه لأول مرة المشرع السوري سنة 1949[57] ثم العراقي سنة 1951[58] ثم الجزائري سنة 1975 ثم الأردني سنة 1976[59] ثم الكويتي سنة 1980[60] ثم الإماراتي سنة 1985[61] ثم القطري سنة 2004[62].

16- وصفوة القول أن الخيار في تحديد المصادر الشكلية يتسم بالوضوح في القانون المدني الجزائري إذ تأتي مبادئ الشريعة الإسلامية في مرتبة ثانية بعد النصوص التشريعية وقبل العرف.

II- المنشـــــود

17- ينتمي القانون المدني الجزائري، كما سبق بيانه، لمجموعة التقنينات العربية الحديثة نسبيا، وهو ما يُفسّر شموله لجلّ النظريات المعاصرة مقارنة بالتقنين المدني التونسي وحتى التقنين المدني المصري، وهو ما مكّنه أيضا من حسم عديد المسائل الخلافية، من ذلك مثلا توضيح نظرية الجزاء المدني باعتماد مصطلحات دقيقة، وحسم مسألة تحديد شخصية الذات المعنوية، وإقرار نظرية الاستغلال وكذلك نظرية الظروف

---

[57]- نصت المادة الأولى من **القانون السوري** على ما يلي : 1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- **فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**".

[58]- نصّت المادة الأولى من القانون المدني **العراقي** على ما يلي : "- 1 : تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها- 2 .**إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون**- 3 .تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية".

[59]- قضت المادة الثانية من القانون **الأردني** أنه : "1- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للإجتهاد في مورد النص. 2- **فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون، حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.** 3- **فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة**. ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد، 4- **ويسترشد في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي**".

[60]- ونصت المادة الأولى من القانون **الكويتي** على ما يلي :"1-تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2- **فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها** فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف".

[61]- كما نصت المادة الأولى من القانون **الإمارتي** على يلي : "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولا مساغ للإجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة، **فإذا لم يجد القاضي نصّا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام ابي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة**، فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على أن يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة".

[62]- نصت المادة الأولى من **القانون القطري** على ما يلي : 1- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2- **فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة**".

الطارئة. ويبتعد قانون 1975 عن الإعلان عن المبادئ التأصيلية العامة، إذ لا يتضمن ما يُشبه القواعد الكلية واكتفى في بابه التمهيدي بفضّ مسائل فنية وإن بدت عامة كمسألة آثار القوانين وتطبيقها أو تنازعها في الزمان والمكان، وتسري نفس الملاحظة على تنظيمه للحقوق العينية الأصلية. فهل من مكانة تُسند في هذا الصرح للمبادئ التأصيلية العامة التي تكوّن مرجعا عاما في جميع المواد يلجأ إليه القاضي في حالة غموض التشريع أو سكوته وهي مبادئ تعبّر عن روح التشريع وعن الخيارات الأساسية للمشرّع باعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة للقانون (أ). وبصفة أدقّ وفي جانب آخر، تُطرح ضرورة تجاوز الإزدواجية اللغوية بين النصّ المحرّر باللغة العربية وترجمته الفرنسية وهي ضرورة ملحّة (ب). لقد واجهت عديد المدوّنات المدنية العربية هاتين الصعوبتين بما يبيح التعرّض إلى تجاربها.

أ-مكانة المبادئ العامة للقانون

18- هي خاصية قديمة متجدّدة في بعض المجلات المدنية، فالمجلّة التونسية تضمّنت نقلا لنحو ثلاثين قاعدة كليّة استلهمها المشرّع أساسا من القواعد الكليّة الواردة بمجلة الأحكام العدلية العثمانية ذات الاتجاه الحنفي، وهي قواعد أحال إليها الفصل 535 في صورة صمت النص[63]. بدت هذه القواعد اليوم رغم متانتها عتيقة ومحدودة الجدوى بالنظر إلى تطوّر التشريع المدني وظهور مبادئ جديدة. ونسجت

---

[63]- هي قواعد وردت بالفصل 532 إلى الفصل 562 ومنها على سبيل الذكر القواعد الآتية :(533 : "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها" ؛ 534 : "إذا خص القانون صورة معينة بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى" ؛ 535 : "إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون" ؛ 536 : "ما حكم به القانون لسبب معين جرى العمل به كلّما وجد السبب المذكور" 537 : "ما أجازه القانون لسبب معين بطل بزواله" ؛ 538 : "الممنوع قانونا لسبب معلوم يصير جائزا بزوال السبب" ؛ 539 : "إذا صرح القانون بالنهي عن شيء معين كان إتيانه باطلا لا ينبني عليه شيء"؛ 540 : "ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة" ؛ 541 : "إذا أحوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا" ؛ 542 : "لا تنسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها" ؛ 543 : العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح" ؛ 544 : "من استند إلى عرف كان عليه إثباته ولا يحتج به إلا إذا كان عاما أو غالبا غير مناف للنظام العام والأخلاق الحميدة" ؛ 545 : "جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتى على العوام وذلك بعد نشره ومضي المدة المعينة لإجراء العمل به" ؛ 546 : "إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع" ؛ 547 : "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح" ؛ 548 : "ما يصدر من شخص لا يكون حجة له"؛ 549 : "من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة" ؛ 550 : "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل" ؛ 551 : "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق" ؛ 552 : "لا يجوز للمفلس أن يتبرع" ؛ 553 : "الدائن يقدم على الوارث ولا إرث إلا بعد أداء الدين" ؛ 554 : "الخراج بالضمان أي من له النما فعليه التوا" ؛ 555 : "التعدي على الشخص لا يكون وجها له في الإضرار بغيره" ؛ 556 : "الأصل ارتكاب أخف الضررين" ؛ 557 : "إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق بينهما قدمت العامة" ؛ 558 : "الأصل في كل إنسان الاستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك" ؛ 559 : "الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلافه".

المدوّنة الإماراتية على نفس المنوال إذ تضمّن الفصل الثاني من بابها التمهيدي 42 قاعدة كلّيّة عامة[64] مستلهمة من الفقه الإسلامي، وتشبه في البعض منها ما ورد بالمجلة التونسية. وفي نفس المنهج وبرؤية مغايرة ومعاصرة آثر المشرع الفرنسي تنقيح مجلة 1804 في فصولها الأولى لإدماج مبادئ تأصيلية جديدة في طالع المجلة **كمبدإ حماية الحياة الخاصة** وتم ذلك بتنقيح الفصل 9 منها سنة 1970[65]، **ومبدإ التمتع بالحق في قرينة البراءة** وذلك بإضافة الفصل 9-1 سنة 1993[66]، وكذلك بتنقيح أحكام الفصل 16 وإضافة تسعة فصول له سنة 1994[67] تُكرّس جميعها **مبدأ حماية كرامة الذات البشرية وتعلن على ضمان التشريع لعلوية تلك الذات ومنع أي تعد على كرامة الإنسان وضمان حمايته منذ بداية حياته.**

19- ويبقى المجال مفتوحا لتبنّي مثل هذه الأحكام العامة حسب خيارات المشرّع ومتطلبات المجتمع وكذلك لجعل المجلّة المدنية أداة **لتشجيع الاستثمار بحثّ المتعاقدين في العقود الدولية على اختيارها كقانون منطبق على علاقتهم، فمن شأن هذه المبادئ أن تكوّن وحدة مرجعية تختزل الخيارات الأساسية للتشريع وتضع حدّا لمساوئ تشتّت النصوص وغياب أحكامها لفصل ما قد يطرأ في المجتمع من نزاعات مستحدثة**[68]. ومن هذه المبادئ **مبدأ الحرية** الذي يشمل بالخصوص كامل مادّة العقود ومادّة الملكية والحالة الشخصية ويتفرع منه مبدأ حرية التعاقد وحرية التملك وحرية الزواج، كما يسري على ممارسة الحقوق الفردية فيعلن أن **الأصل هو الحريّة وأن الاستثناء هو القيد منها.** ويترتب على ذلك إقرار أن ما به قيد في الأحكام المدنية لا يُوسّع فيه قدرا وصورة[69]. وبالنظر لما تضمنته أحكام قانون 1975 من حرص على تحقيق التوازن العقدي وحماية

---

[64]- المواد 29 إلى 70 (على سبيل الذكر المادة 29 : "الجهل بالأحكام الشرعية ليس عذراً" ؛ المادة 30 : "الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره" ؛ المادة 33 : "الحكم يدور مع علته وجوداً وعدما" ؛ المادة 35 : "اليقين لا يزول بالشك" ؛ المادة 42 : "1- لا ضرر ولا ضرار. 2- الضرر يزال. 3- الضرر لا يزال بمثله" ؛ المادة 43 : "الضرورات تبيح المحظورات" ؛ المادة 50 : "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" ؛ المادة 53 : "التابع تابع وال يفرد بالحكم" ؛ المادة 62 : "الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان".

[65]- القانون عدد 643 لسنة 1970 المؤرخ في 17 جويلية 1970.

[66]- يُراجع القانون 2 لسنة 1993 المؤرخ في 4 جانفي 1993 ثم القانون عدد 516 لسنة 2000 المؤرخ في 15 جوان 2000.

[67]- يراجع القانون عدد 653 لسنة 1994 المؤرخ في 29 جويلية 1994.

[68]- أضعف تشتّت النصوص التشريع ونال من مبدإ الإستقرار القانوني في جلّ الدول إذ كتب العميد **كاربوني** في هذا الشأن ما يلي :
« *De l'inflation du droit, l'inflation des lois est l'élément qui est senti comme le plus pesant, qui est le plus visible en tout cas, le plus aisément quantifiable …*», *in* Droit et passion du droit sous la Vème République, Forum Flammarion, Paris, 1996, p.107.

[69]- ويترتب عن ذلك قاعدة كلّيّة تفسيرية وضعها القانون الروماني ولازالت تتداولها القوانين المدنية.

المتعاقد الضعيف، فمن الوجيه كذلك التنصيص العام على **مبدإ العدالة العقدية** الذي يُحقّق المساواة في كلّ الحالات، أي حتى في غياب الحكم التفصيلي طالما أنه يصعب الإلمام بكلّ الحالات التي تختلّ فيها العدالة العقدية. كما أنه من المفيد التصريح **بمبدإ حسن النية والأمانة**. فحسن النية ليس مجرّد قرينة قانونية بسيطة بل يجب أن يرتقي إلى المبدإ التأصيلي، إذ الأصل في الإنسان براءة الذمّة، أما الأمانة فهي مفهوم يختزن أبعادا أوسع إذ يفرض النزاهة والاستقامة ونبذ التحايل والمساس بحقوق الآخرين عملا بالقاعدة القديمة القائلة بأن "**الغش مفسد لكلّ أمر**". إن مبدأ الأمانة هو اليوم مبدأ توجيهي في جلّ القوانين الحديثة[70]. كما **لمبدإ المسؤولية** عن كل فعل ضار مكانة في المبادئ التأصيلية وشهدت هذه القوانين في السنوات الأخيرة كذلك بروز مبدإ تأصيلي جديد لأحكام القانون المدني وهو مبدأ **صون كرامة الإنسان وحرمته** الذي يؤصّل لعديد المقتضيات التشريعية والترتيبية خاصة في مجال قانون الأشخاص[71].

---

[70]- حول مبدإ الأمانة وحسن النيّة في القانون المقارن، يراجع بالخصوص :

- Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., Thèse, tome n° 208, Paris, 1989 ; **Béatrice JALUZOT**, *La bonne foi dans les contrats*, étude comparative des droits français, allemand et japonais, Dalloz, Paris, 2001 .

كما يُراجع في القانون التونسي، **محمّد حمّودة**، في الوفاء بالالتزام مع تمام الأمانة، مجموعة دراسات مهداة للأستاذ ساسي بن حليمة، مركز النشر الجامعي، تونس، 2005، صفحة 1031 وما بعدها، وقد أبان البحث عن جذور مبدإ الأمانة في الفقه الإسلامي، وكذلك عن تأثّر واضعي المجلة التونسية بما شاع في القانون الألماني في نهاية القرن التّاسع عشر من خلال **مفهوم الإخلاص والثّقة « *Treu und Glauben* »**. وحول مبدإ منع الحيل والغش يراجع بالخصوص : **محمد بن إبراهيم**، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربية للكتاب، تونس، وحول نظرية الحيل في القانون المقارن يراجع بالخصوص :

- **José VIDAL**, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957 ; **M. CABRILLAC**, *Considérations sur la règle fraus omnia corrumpit*, D. 1961, chr. p.69.

[71]- يفتح تكريس مبدإ حفظ الكرامة وصون الذات البشرية في كل أبعادها آفاقا كبيرة لمنع التعدّي عليها أسوة بقوله تعالى في كتابه الكريم : (سورة الإسراء الآية 70) :

"**وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا**". ويلاحظ أن هذا المبدأ انتشر في القوانين الحديثة وهو موضع اهتمام متزايد من الفقه المعاصر، انظر مثلا :

M. BEDJAOUI, *De la dignité humaine aux principes de la bioéthique*, in. Byk (C), dir. Bioéthique et droit international, autour de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, Paris, Litec, 2007, pp.65-87 ; **B. MATHIEU**, *Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique : le principe de dignité et les interventions sur le génome humain*, RDP n° 1, 1999, p.93 ; **B. EDELMAN**, *La dignité humaine, un concept nouveau*, D. 1997, ch. p 185 ; **C. NEIRINK**, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, Mélanges Ch. BOLZE, Economica, Paris 1999, p.39 ; **F. BORELLA**, *Le concept de dignité de la personne humaine*, Mélanges Ch. BOLZE, précités, p.29 ; **L. HARANG**, *La reconnaissance de la dignité : Paradoxe et interrogation*, Revue de la Recherche juridique : Droit prospectif, 2008 (2),

20- إن في تكريس هذه المبادئ في مطلع المجلة إعلان عن المقومات الأساسية لخيارات المشرّع في إطار التدوين المدني الذي يكوّن الشريعة العامة للقانون[72].

ب- حسم الازدواجية اللغوية

21- شهد القانون المدني التونسي والقانون المدني المغربي والقانون المدني اللبناني إشكالية الإزدواجية اللغوية، لأن المجلات الثلاث المتصلة بتلك القوانين صيغت باللغة الفرنسية وترجمت إلى اللغة العربية فيما بعد[73]. وأثارت هذه الإزدواجية صعوبات في تطبيق وتأويل أحكام المجلّة. فجرى العمل لمدة طويلة بمقتضيات الأمر العلي الصادر في 27 جانفي 1883 الذي كرّس إزدواجية اللغة في الرائد الرسمي التونسي إلى غاية سنة 1955 تاريخ الإستقلال الذاتي للبلاد الذي اقترن **بالإعلان عن مبدإ الأولوية في التأويل للصياغة الواردة باللغة العربية**. ومع ذلك فلم تتردّد المحاكم التونسية في الاستئناس بالنصّ في صياغته الأصلية وهي الفرنسية التي كانت تبدو أكثر انسجاما ووضوحا من الصياغة العربية للمجلّة[74]، خاصة وقد اعتمدت المجلّة منهج الشرح على المتون الذي يقيّد القاضي بلفظ النصّ وبمراد واضعه. و**حسم المشرّع التونسي مسألة الإزدواجية بإصدار قانون 5 جويلية 1993 الذي نصّ على أن النسخة الوحيدة المعتمدة هي النسخة المحررة باللغة الوطنية والذي تجاوز تماما أية إشارة للترجمة الفرنسية**. وفرض هذا الحسم على المشرّع

---

p.841 ; **D.-G. LAVROFF**, *Réflexions sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*, in Mélanges Jean HAUSER, Dalloz, 2012, p.281.

[72]- حول وظيفة المبادئ التأصيلية يراجع : **محمد كمال شرف الدين**، قراءة في المبادئ التأصيلية للقانون المدني، دراسة منشورة بمؤلف "مسائل في فقه القانون المدني المعاصر"، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2014، ص 49 وما بعدها.

[73]- فرضت الترجمة العربية لمجلة الإلتزامات والعقود التونسية لتمكين لجنة توجيه النظر الشرعي المتكوّنة من شيوخ من جامع الزيتونة، من إبداء رأيها في النسخة الأصلية المنتهية صياغتها سنة 1899. حول هذه اللجنة وظروف وضع المجلة التونسية في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20 يُراجع بالخصوص :

- Sana BEN ACHOUR, *aux sources du droit moderne tunisien : la législation tunisienne en période coloniale*, thèse de doctorat d'Etat en droit, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis (Tunis II), 1996; *adde*, en langue arabe ;

- محمد بن إبراهيم بوزغيبة، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965) ، مركز النشر الجامعي، تونس 2003، صفحة 199 وما بعدها ؛ **أحمد ادريوش**، أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1991-1992، تقديم الأستاذ عمر عزّيمان، منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، الرباط 1996، صفحة 177.

[74]- انظر مثلا القرار التعقيبي المدني عدد 32039 الصادر عن **الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب** (أعلى هيئة قضائية) في 19 جانفي 1995 مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة 1994-1995، ص 3 وما بعدها : "إن "الخدم المأجورين" المجرّح فيهم ... هم خدمة المنازل... إن هذا التفسير تؤكده الترجمة الرسمية للفقرة المشار إليها عند صدور المجلّة إذ ترجمت بالفرنسية بعبارة « domestiques à gages » ويؤيّده عرف الإستعمال مما يجعل إطلاقها على غيرهم من أجراء المؤسسات مخالفا للمدلول اللغوي".

تكوين لجنة لإعادة النظر في صياغة المجلّة لغويّا[75]. وأنهت لجنة إعادة النظر في الصياغة أعمالها باقتراح تنقيح أكثر من 1000 فصل وآلت تلك الأعمال إلى صدور القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، **فزال بذلك نهائيا مشكل الإزدواجية اللغوية[76] في التقنين المدني**.

22- ولا مناص من حسم هذه المسألة في القانون المدني الجزائري لأنها مصدر صعوبات تأويلية فضلا عن اتصالها المباشر بمسألة السيادة الوطنية، فاللغة القانونية جزء من مضمون القاعدة[77]، واللغة العربية هي اللغة الرسمية للدولة. ولا نخال هذه المهمة صعبة المنال بالنظر إلى حداثة وضع قانون 1975.

23- أما بخصوص الأصل فلا نرى القانون الجزائري لسنة 1975 يعيش وضعية تحتّم مراجعة كبيرة وملحّة إذ أن ما تمّ فيه الحسم والتوضيح يفوق بكثير عمّا غاب عن هذا القانون أم غمض فيه.

---

[75]- تمّ ذلك بموجب الأمر المؤرخ في 15 جانفي 1996 الذي ترتّبت عنه مأمورية "تنظيف" أحكام المجلة من كلّ الشوائب المخالفة للغة العربية السليمة.

[76]- حول أعمال هذه اللجنة وقانون 2005 المشار إليه يُراجع بالخصوص:

- **Mohamed Kamel Charfeddine**, *Le code des obligations et des contrats : esquisse d'une évaluation de l'œuvre*, in, Centenaire du COC 1906/2006, CPU, Tunis 2006, p.675 et suiv.

[77] - «*Ni la terminologie, ni le mode d'énoncé juridique, ni la structure de la loi, ni même le style de la loi ne peuvent complètement être abstraites du discours législatif en que message juridique*», constate **Valérie LASSERRE-KIESOW,** op. cit., p.125.

وحول علاقة لغة النصّ بمضمونه وروحه، يُراجع بالخصوص:

- **Jean-Louis SOURIOUX et Pierre LERAT**, *le langage du droit*, 1ère édition, P.U.F., Paris, 1975; **Gérard CORNU**, *Linguistique juridique*, 2ème édition, collection DOMAT, Montchrestien, Paris, 2000; **Nicolas MOLFESSIS**, (sous la direction de), *les mots de la loi*, Economica, Paris, 1999. Pour une application de cette approche entre un code et sa langue, voir **Jean RAY**, *Essai sur la structure logique du code civil français*, Librairie Felix ALCAN, Paris, 1926.

أزمة القانون المدني في ظلّ اتّساع نطاق قانون حماية المستهلك

أ . د . محمد بودالي: أستاذ التعليم العالي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سيدي بلعباس، جيلالي اليابس

ملخص

اتسم القانون العام للالتزامات ولوقت طويل - بخاصيتي الاستقرار والثبات- ولكن مع ميلاد قانون حماية المستهلك الذي تضمن قواعد وتقنيات جديدة، دفعنا إلى التساؤل حول مستقبل القانون المدني وحول العلاقة التي تربطه بقانون حماية المستهلك. كما بدا ضروريا إجراء إصلاح للقانون المدني، لمواءمته مع المبادئ الجديدة في القوانين الخاصة ومع الاتجاهات المستحدثة في القوانين المعاصرة.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني - قانون حماية المستهلك - أزمة - إصلاحات.

Résumé

Le droit commun des obligations se caractérise par sa stabilité et son immuabilité. L'avènement du droit de la consommation avec des règles et des techniques nouvelles contraires à ceux du code civil nous poussent à nous à interroger sur l'avenir de celui-ci et sur ses relations avec le droit de la consommation. Ainsi, une refonte du code civil, semble nécessaire en vue de son harmonisation avec les règles édictées dans le cadre des législations spéciales et les tendances novatrices des droits civils modernes.

Mots clefs: droit civil- droit de la consommation- crise – réforme.

لا يختلف اثنان حول أهمية نظرية الالتزام في إطار القانون المدني ، بل وفي إطار القانون بوجه عام، والتي اكتسبت شهرتها وقيمتها من خلال جذورها التاريخية التي تمتدّ إلى القانون الروماني، ومن خلال وحدة مبادئها في النظم القانونية المقارنة على اختلاف مناهجها ومشاربها، وبفضل ما تميّزت به قواعدها ومبادؤها القانونية من لزوم المنطق واتّسامها بالتعميم والتجريد حتى و إن تجاذبتها نزعتان: موضوعية و أخرى شخصية .

غير أنّه وفي خضم التطورات التي مسّت مجالات الحياة المختلفة ابتداء من أواسط القرن العشرين، أصبحت خصائص الثبات والاستقرار اللتين تتميّز بهما نظرية الالتزام إحدى عوائقها، فقد اتّسعت دائرة العقود المسماة و غير المسماة، وتغيّرت أسس المسؤولية، وانفصلت الكثير من العقود واتّسعت دائرة التنظيم على حساب التشريع ....

ولم يقف الحدّ عند استنباط فروع القانون العام و القانون الإداري من مبادئه في صمت من ذكر مصدرها، بل اشتدّ الأمر مع ظهور فروع جديدة للقانون خرجت من رحمه تبحث عن وجود لها في إطار مفهوم جديد للقاعدة القانونية يستند إلى وظيفتها الحمائية أولاً و أخيراً .

ولم تتحرج القوانين الجديدة (قوانين الطوائف الاجتماعية والاقتصادية) وعلى رأسها قانون حماية المستهلك، في استعارة قواعد وتقنيات القانون المدني الكلاسيكية، ثم ما لبث أن عجزت تلك القواعد العتيقة عن خدمة جديد العلاقات بين الأفراد، فكان الاتجاه أولاً إلى تحويرها بحثًا عن حلول ملائمة قبل أن ينتهي الأمر إلى ابتداع حلول وتقنيات تتنافر في كليتها مع مبادئ قواعد القانون المدني ونظرية الالتزام.

وانتهى الأمر ببعض الباحثين إلى القول بوجود أزمة للقانون المدني في المجتمع المعاصر نتيجة عجز نظرياته ومبادئه، ونادى البعض الآخر بضرورة إصلاح القانون المدني في ظلّ تهديد التشريعات الخاصة له في وجوده.

بادئ ذي بدء يجب أن نشير إلى أن النظرية العامة للالتزامات بنيت من أساسها على مبدإ سلطان الإرادة أو استقلال الإرادة بذاتها، وهي إحدى أسس المذهب الفردي الذي بني عليه النظام الرأسمالي وجوده من الناحية القانونية والفلسفية والأخلاقية والاقتصادية، وخاصة في مرحلته الزراعية

والتجارية[1]. ولكن ومع النمو غير المسبوق للنظام السابق في مرحلته الصناعية، وانتقال مجتمعاته من مرحلة الإنتاج الكبير إلى مرحلة الاستهلاك الوفير ، ظهرت بوادر التشكيك في المبدإ السابق - بل و في النظام الرأسمالي برُمّته - وتعرّض للنقد، وتقلّص دوره مع كثرة الاستثناءات والقيود التي أدخلت عليه . بل أصبح ينظر إليه من أنصاره أنفسهم بأنه وضع لمجتمع زراعي تجاوزه الزمن بحلول المجتمع الصناعي، ثم أخيراً مع مجتمع المعلوماتية، فهو إذن يعاني من أزمة شيخوخة un vieillissement [2].

و يمكن ردّ أسباب تراجع مبدإ سلطان الإرادة إلى عدّة عوامل منها :

- ظهور التشريعات الخاصة التي بقدر ما اتّسعت دائرتها و تعدّدت، بقدر ما ضاق نطاق النظرية العامة للالتزامات[3].

- بلوغ التفاوت وعدم التكافؤ بين المتعاقدين مبلغًا جسيمًا نتيجة للقوّة الاقتصادية للمحترف، ووضعية الضعف التي أصبح يرزح فيها المستهلك الطرف الضعيف، ممّا حتّم التدخل لتصويبه إن على يد القضاء وإن على يد المشرّع.

- ميلاد حركة حماية المستهلك[4] كحركة فكرية في أمريكا، وانتقالها إلى أوروبا، لها مُنظروها ودُعاتها مثل نظرية مبدإ سلطان الإرادة قبلها[5].

- وأخيراً توجه المشرعين إلى إصدار تشريعات خاصة لحماية المستهلك تباعًا، حتى بات لا يخلو تشريع أي دولة منها. ونظرًا لانتشارها السريع، وتضخم نصوصها تشريعيًا وتنظيميًا، وتعدّد اختصاصاتها وصفها البعض بأنها من قبيل التقنينات الاصطناعية Les codes satellites[6] وذات الحدود غير المعروفة[7].

---

[1] - B. Starck, Droit civil, Obligations, Librairies techniques 1972, p.340 et s.

[2]- PR. Dupichot, Regards bienveillants sur le projet de réforme du droit français des Contras, droit et patrimoine, n° 247, 2015 ; p.32.

[3] - D. Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 51 (1) 1998, p.96.

[4]- Le consommateurisme ou le consumérisme.

[5]- لمزيد من التفصيل: بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، 2005، ص 37 ومايليها.

[6]- PR. Dupichot, op.cit., 2015, p.35.

[7]- Thibierge - Guelfucci, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ, 1997, p.35 et s.

خطة البحث:

اخترنا أن نعالج موضوعنا هذا من خلال تقسيمه إلى قسمين نتناول:

في الأول: أزمة العلاقة بين القانون المدني وتشريعات حماية المستهلك.

(المبحث الأول) وفيه نتطرق إلى:

- خصوصيات الوافد الجديد قانون حماية المستهلك (فرع أول).
- قبل أن نعرّج على ما نتج عن ذلك من دعوات البعض إلى إلغاء أحدهما والابقاء على الآخر(فرع ثاني) .
- ثم نبحث في حقيقة التكامل والتفاعل بينهما ومظاهر ذلك بفضل الاجتهاد القضائي (فرع ثالث).
- ثم نصل إلى "عقدة" البحث ونستعرض فيها مظاهر الخصومة بين القانونين (فرع رابع).

أمّا القسم الثاني: فنبحث فيه مستقبل العلاقة بين القانون المدني والقانون العام للالتزامات بعد تعديل هذا الأخير (المبحث الثاني).

- و نبحث فيه فرضيات العلاقة التي تربط بينهما مستقبلاً (فرع أول).
- ثم نعالج مسألة ضرورة تعديل القانون المدني الجزائري كحلّ لإنهاء الأزمة بين القانونين (فرع ثاني).
- و أخيراً نستعرض ماذا فعل المشرع الفرنسي في تعديله الأخير للقانون العام للالتزامات بما قد يُفيد المشرّع الجزائري في تعديله المرتقب (فرع ثالث).

المبحث الأول: أزمة العلاقة بين القانون المدني وتشريعات حماية المستهلك

غداة صدور تشريعات المستهلك سواء في فرنسا أو في الجزائر، فإن الكثير من الباحثين طرحوا أسئلة هامة على غرار: ما هي طبيعة العلاقة بين القانون المدني وقانون حماية المستهلك ؟ هل هي علاقة تكاملية أم علاقة تضاد ؟ ما مستقبل القانون المدني في ظلّ توسّع قانون حماية المستهلك ؟ وهل أدخل صدور قانون المستهلك القانون المدني في أزمة فعلاً ؟ ما مستقبل العلاقة بين القانونين ؟

قبل الإجابة عن الإشكاليات السابقة يجدر بنا أن نبحث في خصوصيات قانون حماية المستهلك التي تميّزه عن القانون المدني، فذلك من شأنه أن يوضّح طبيعة قانون حماية المستهلك.

الفرع الأول: خصوصيات قانون حماية المستهلك

1 ـ إن تتبّع المسار التاريخي للقانون المدني، يُلاحظ سيطرة المفهوم التجريدي والفردي على مجمل قواعده فهو ينظر إلى الروابط بين المتعاقدين من زاوية المساواة الشكلية، تأسيسًا على أن حرية المنافسة كافية وحدها لضبط السوق وإنصاف المتعاقدين. وهو ما قاد إلى القول بأن القانون المدني يطرح مقاربة فردية للمنازعات القانونية، وهي مقاربة مجرّدة لا تُعير نصوصه اهتمامًا للوضع الخاص بالمتعاقد، فهو يضع نموذجًا موحدًا للمتعاقد لا يتغيّر، ينمُ عن حياد تامّ مبعثه الإيمان بوجود مساواة مطلقة بين المتعاقدين، فهو إذن قانون متعاقد مع متعاقد آخر. وعلى العكس من ذلك فإن قانون الاستهلاك يستند إلى مقاربة محسوسة وواقعية، لأنه جاء كردّ فعل لواقع ملموس سِمته عدم التوازن الفعلي بين متعاقد ضعيف وهو المستهلك، ومتعاقد قويّ وهو المحترف نابعة من القوّة الاقتصادية التي يتمتّع بها هذا الأخير. ومن ثمّ فإن قانون حماية المستهلك هو قانون المستهلك في علاقته مع المحترف أو المهني . وهو ما أوجب أن ينظر إلى المستهلك لا أنّه متعاقد أو طرف محتمل في عقد ما، بل على أنّه عنصر رئيسي في الحياة الاقتصادية وشريك اقتصادي في المجتمع المعاصر.

2 ـ إنّ القانون المدني يمثّل أقدم فرع من فروع القانون الخاص و أهمّها، وهو خير مثال اهتمّ فيه المشرّع بحماية المصلحة الفردية للمتعاقد، وهو ما استلزم تبني نطاق ضيق للقواعد الآمرة فيه، وتوسيعًا لدائرة القواعد المكملة أو المفسّرة. وهو في ذلك يمثّل خير مثال مناقض للقانون العام وفروعه وفقًا للتقسيم التقليدي المعروف.

وعلى العكس فإن قانون حماية المستهلك ينتمي إلى طائفة القوانين ذات الوظيفة الهادفة، فهو قانون سُنّ لأغراضٍ حمائية، ومن ثمّ فهو ينتمي إلى تصنيف فروع القانون بحسب المعيار الوظيفي للقاعدة القانونية، والذي يجعله يصطف إلى جانب قوانين أخرى حديثة سنّت لذات الغرض مثل: قانون العمل، قانون المنافسة، قانون التوزيع و قانون البيئة[8]...

[8] - J . Calais- Auloy . F. et steinmetz, Droit de la consommation, 5em éd, Dalloz 2000, p.15.

3 ـ و رغم روابطه مع القانون المدني ، فإن قانون حماية المستهلك يفلت من دائرة القانون المدني ـ مرّة أخرى ـ بحكم انتمائه إلى طائفة قانون السوق الذي يتضمن القواعد المطبقة على الوظائف الاقتصادية من إنتاج و توزيع وتسويق للمنتجات والخدمات، وهو بهذا الوصف تكون له وظيفة اقتصادية، ومن ثمّ كان من خصائصه التغير لا الثبات الذي تتميّز به القواعد العامة للقانون المدني .

4 ـ ومن شأن الفروق السابقة أن تقودنا إلى نتيجة منطقية مفادها اتّساع دائرة النظام العام فيه، وهو نظام عام حمائي للمستهلكين[9] الذي يعتبر إحدى مكوّنات النظام العام الاقتصادي الحمائي. بل أن قواعده تُمتّ بصلة إلى النظام العام التوجيهي L'ordre public de direction في صورة القوانين المنظمة للمنافسة والأسعار والتي يستفيد منها المستهلك بنوع من الحماية بصفة عرضية[10].

5 ـ إذا نظرنا بعد ذلك إلى إستراتجية القانون المدني أو القانون العام للالتزامات أو العقود في مجمله، لوجدنا أن له طابع تدخلي لاحق لحماية المتعاقد المضرور مهما كانت صفته .

بينما تتميّز إستراتجية قانون حماية المستهلك في استعمال منهج وقائي غالباً، و علاجي في أحيان أخرى[11]. وهو ما يتجلّى في تسليمه بالالتزام بإعلام المستهلك بوصفه إحدى دعائمه الأساسية، فضلاً عن إيراده لتقنيات خاصة ومستحدثة هدفها عقلنة سلوك المستهلك قبل أيّ إصلاح أو تعويض منها : أجل التفكير délai de réflexion حق الرجوع droit de rétraction حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود Suppression des clauses abusives وهي تقنيات وقائية تتلافى التكاليف الملازمة للمنازعة القضائية المصاحبة للضرر بعد حدوثه .

9- Ordre public consumériste.

10- Y. Picod et H. Davo, Droit de la consommation, Arman colin 2005, p. 14.
و أيضاً : بودالي محمد حماية المستهلك في القانون المقارن ، دار الكتاب الحديث ، 2006، ص 11.

11- J. Calais- Auloy et F. steinmetz, op. cit.,p. 21.
J. Calais- Auloy et F. steinmetz, droit de la consommation, 5em éd, Dalloz 2000.

6 ـ إن التاريخ العملي للقانون المدني أظهر أنّ من أهمّ مبادئ المنازعات فيه اعتماده على الدعوى الفردية ، بل هو لا يسمح بالدعوى الجماعية إلاّ نادرًا . ولكن تاريخ حركة المستهلك أثبت أن الضرر لم يعد فرديًا بل أصبح جماهيريًا يُصيب عددًا كبيرًا من المستهلكين، ممّا حتّم الاستعانة بأساليب قضائية جديدة، ودفع بالمستهلكين إلى التّجمع في إطار جمعيات منظّمة للمطالبة بحقوقهم أمام القضاء وغير القضاء، والترشح لعضوية المؤسسات المهتمة بمصالحهم كالمجالس الوطنية لحماية المستهلكين، والمبادرة إلى إبرام اتفاقات جماعية بينهم وبين المحترفين، وهو ما عجّل بالاعتراف لجمعيات المستهلكين بحق التقاضي، وتمثيل المستهلكين، وابتداع دعاوى جديدة خاصة بالمستهلكين تهتمّ بالدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين مثل دعوى الفوج الأمريكية[12]، أو دعوى التمثيل الزوجية [13] في فرنسا أو دعوى حماية مصالح المستهلكين في الجزائر (المادة 23) و هو ما يؤكّد أن قانون حماية المستهلك هو ظاهرة جماهيرية[14]. بل إن البعض يذهب إلى وصفه بأنه قانون ذو مشروع اجتماعي[15] وقانون النضال[16].

7 ـ يختلف قانون الاستهلاك عن القانون المدني من حيث مصادره، إضافةً إلى المصادر التشريعية، يتكون قانون حماية المستهلك في جانب كبير منه من المصادر التنظيمية أو اللائحية، فضلاً عن مصادره ذات الأصل الاتفاقي، ويُضاف إلى ذلك المصادر الدولية كما هو الحال في التعليمات الأوروبية. وبحكم اعتباره من قوانين السوق وبالنظر إلى عولمة الأسواق، فإنه صار أكثر القوانين توحيدًا بين الدول في أحكامه، رغم اختلاف شرائعها وهو جزء لا يتجزأ من ميثاق المنظمات الدولية المتحكمة في اقتصاديات العالم مثل منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ومنظمة التجارة العالمية ...

12- Class – action.

13- L'action en représentation conjointe.

14 - للمزيد من التفصيل : بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 682 وما يليها .

15- J. P. Pizzio, « La protection des consommations par le droit commun des obligations » RTD com. 51 (1) 1998, p.64.

16- J. Beauchard, droit de la distribution et droit de la consommation, PUF, 1996, p.12.

ويتفرع عن ظاهرة تعدّد مصادره، ظاهرة ملازمة له و هي تعدّد التخصصات التي يتصل بها، فهو يتصل بجميع فروع القانون سواء الكلاسيكية منها كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون القضائي والقانون الإداري . . . أو القوانين الحديثة مثل القانون البنكي، قانون التأمين قانون المنافسة، قانون التوزيع، قانون الصحة . . . . وقد ساهمت هذه الظاهرة الأخيرة في تعزيز مكانته مع أمّهات القوانين بحكم عدم اعترافه بالتقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص. وترتب على ذلك أن أحكامه لم تكتف بالجزاءات المدنية المعروفة بل تجاوزها إلى ابتداع جزاءات جديدة مناقضة أحياناً للمبادئ الأساسية التي تحكم النظرية العامة للعقود، كما نصّت أحكامه على جزاءات عقابية استمدها من قانون العقوبات، وهو يتصل بالقانون التجاري والقوانين المرتبطة به بحكم تنظيمها لمهنة المحترف أو التاجر، كما يتصل بالقانون الإداري بحكم اتصال المستهلك بالمرافق الإدارية[17].

الفرع الثاني: الدعوة إلى إلغاء القانون المدني و إحلال قانون حماية المستهلك محلّه

ذكرنا آنفاً أنه منذ ظهور تشريعات حماية المستهلك ثارت إشكالية أرّقت الكثير من الباحثين تتعلّق بطبيعة العلاقة بين القانون المدني و قانون حماية المستهلك .

فمن جهة أولى ونظراً للطابع التوسعي لقانون حماية المستهلك و طابعه الجماهيري، فإنه ظهر رأي في ألمانيا من أنصار النموذج التقدمي لحماية المستهلكين، يدعو إلى إصدار قانون جديد للاستهلاك ذو طابع اجتماعي، يتمّ إحلاله محلّ القانون المدني الذي يعتبر في نظرهم أكثر تحرراً[18] .كما ظهرت آراء في فرنسا تتساءل عمّا إذا بقي هناك دور للنظرية العامة للالتزامات يمكن أن تلعبه، والتي أصبحت بين فكي كمّاشة قانون حماية المستهلك من جهة و القانون التجاري من جهة أخرى[19].

---

[17]- بودالي محمد، "مدى خضوع المرافق الإدارية و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك"، إدارة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، المجلد 12 ، العدد 2، 2002، العدد24 ، ص 31 وما يليها .

[18]-Liser , L'évolution du contrat en droit allemand avec un bref aperçu en droit anglais ; In L'évolution contemporaine du droit des contrats, tome 15, PUF, 1986, p.73.

[19]-Y. Picod et H. Davo, op. cit., p. 101.

ومن جهة أخرى رأى البعض أن قانون حماية المستهلك أصبح هو القانون الجديد للالتزامات Le nouveau droit des obligations . وطرحوا فرضية إدماج قانون حماية المستهلك في القانون المدني[20].

وبعيداً عن تناقض القانونين، لم يفوّت البعض الفرصة للإشارة إلى وجود تكامل وتفاعل بينهما.

الفرع الثالث: تكامل وتفاعل Complimentarité et intéraction **القانون المدني مع قانون حماية المستهلك**

يعترف هذا الرأي بأن القانون العام للالتزامات و- تحت تأثير الاجتهاد القضائي- كان له دور رائد في تشديد التزامات المحترفين بغرض حماية المتعاقد الضعيف، وهو ما يسمح بالقول بأن القانون العام للالتزامات لا يجهل العلاقات بين المحترفين وغير المحترفين، ضف إلى ذلك أن قانون حماية المستهلك لم يبلغ بعد الاستقلال أو الذاتية التي تسمح له بتجاوز القانون العام للالتزامات .

و أنه من مظاهر هذا التكامل حسب رأيهم :

- أن قانون الالتزامات يكمل نقائص قانون حماية المستهلك:

- فهو يمدّ قانون حماية المستهلك بالمفاهيم الأساسية التي يفتقدها، ومنها أنّه في حالة عدم وجود نصّ في قانون حماية المستهلك، فإن النظرية العامة للالتزامات هي التي من المناسب الرجوع إليها[21].

ـ سبق و أن أكّدنا على الوظيفة الوقائية لنصوص قانون حماية المستهلك، ومن ثمّ فإنه من الطبيعي أن تحتفظ قواعد القانون العام للالتزامات بدور الحماية البعدية للمستهلك، ويظهر ذلك بخصوص تطبيق القواعد المتعلقة بشروط صحة العقد التي تسري بالضرورة على جميع عقود الاستهلاك، سواء ما تعلق منها بنظرية عيوب الرضا في إطار صحة ركن الرضا، أو ركني المحل والسبب وشروطهما، وقواعد الأهلية، ووجوب احترام النظام العام والآداب، وترتيب جزاء البطلان في حالة المخالفة[22].

---

[20]- J . carbonnier, droit civil, les obligations, PUF, 20 éd. n°12.

[21]- J.p PIZZIO, « la protection des consommations par le droit commun des obligations », op. cit., p. 58.

[22]- Y .Picod et H.Davo, op.cit., p.102.

ـ كما أن الاجتهاد القضائي لم يتوان عن تطبيق جزاء بطلان العقد، في الحالات التي يكتفي فيها قانون حماية المستهلك على النص على عقوبة جزائية فقط، في حالة مخالفة المحترف لالتزاماته المنصوص عليها قانوناً[23].

ـ و أن ذات الأمر يسري على القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد وقواعد التفسير التي تسري في حالة عدم وجود نصوص خاصة.

ـ أما في مجال الإثبات فإن قانون حماية المستهلك يستعير قواعد الإثبات سواء ما تعلق منها بعبء الإثبات أم بطرق الإثبات.

ـ ضف إلى ذلك أن صياغة نصوص قانون حماية المستهلك قد تصدر مشوبة بنوع من الغموض أحياناً، ومن ثمّ فإن القانون العام للعقود يمدّ القضاء بالتفسير المناسب كما هو الحال في النصوص الاستهلاكية المتعلقة بالكفالة في فرنسا .

ـ وتجدر الإشارة إلى أن قانون حماية المستهلك دأب على الإحالة الصريحة إلى القانون العام للالتزامات، وخاصة ً إلى القواعد المتعلقة بالعيوب الخفية والتي سمحت للقضاء بالتمييز الدقيق بين الالتزام بالضمان والالتزام بالمطابقة استناداً إلى قواعد القانون المدني. وفي مجال القرض تتعدّد الإحالة من قانون حماية المستهلك إلى القانون العام للالتزامات[24].

ـ و خير مثال على التكامل بين القانونين ما ذهبت إليه الكثير من نصوص القوانين المدنية من النص على مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة حيث تشمل حماية المستهلك وغير المستهلك سواء كانت تربطه بالمنتج علاقة تعاقدية أم لا [25] .

ـ ولا يجب أن ننسى دور القضاء في إحياء قواعد القانون العام للالتزامات، ممّا جعله ينافس قانون الاستهلاك في عقر داره، كما هو الحال في الشروط التعسفية ومكافحتها على أساس مبدإ حسن النية في العقود مرّة، وعلى أساس نظرية التعسف في استعمال الحق مرّة أخرى[26].

---

[23]- كما هو الحال بالنسبة للسعي في المنزل démarchage à domicile حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أن خرق المادة: 16 ـ 121 من (ق . إ . ف) يجوز أن يترتب عنه جزاء البطلان على الرغم من العقوبات الجزائية الواردة في المادة: 16 ـ 121 من نفس التقنين .

[24]- civ . 1re, 7 oct 1998, RTD civ .1999. 384, obs . J . mestre. - Y. Picod et H. Davo, op.cit., p.102.

[25]- المادتين 140 مكرر و 140 مكرر1 مدني جزائري، والمواد من: 1245 إلى 1245 ـ 17 مدني فرنسي على عكس القانون المصري الذي نصّ عليها في قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999.

[26]- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة الجزائر 2007 ، ص 51.

كما ظهرت هذه المنافسة في إحياء القضاء الفرنسي لنظرية السّبب في قضية Chronopost[27]. وفي اجتهاده لتأسيس إلزام البائع أو الصانع بالسلامة حتى قبل نقل التعليمة الأوروبية لسنة 1985، وجواز قيام مسؤولية البائع ليس فقط قبل المشتري وإنّما قبل الغير أيضًا، متجاوزًا بذلك التفرقة التقليدية بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية[28]. كذلك تطلّب شرط التناسب La proportionnalité في القانون المتعلق بالكفالة بمناسبة القرض الاستهلاكي والقرض العقاري[29].

الفرع الرابع: مظاهر التنافر بين قانون حماية المستهلك والقانون العام للالتزامات

على الرغم ممّا قيل حول التكامل بين القانونين، فإننا أشرنا سابقًا إلى أنّه و نظرًا للفلك الذي يدور فيه قانون حماية المستهلك، بوصفه ينزع إلى قانون السوق، تحقيقًا للوظائف الاقتصادية المختلفة للمنتجات والخدمات، وإلى قانون المنافسة الذي يهدف إلى تحقيق توازن اقتصادي أفضل، فإنه كان من الطبيعي أن تلتقي اهتمامات القوانين السابقة لوحدة غاياتها الاقتصادية، ووحدة انتمائها إلى مجموعة القوانين الاقتصادية، فإنه ترتب على ذلك اختلاف منطق قانون حماية المستهلك عن منطق القانون العام للالتزامات، والذي انتهى بمعاملة المستهلك ليس بصفته كمتعاقد وإنّما كمتعامل اقتصادي، وهو ما استتبع سلوك نهج جديد في التشريعات الحمائية للمستهلك جعلتها مناقضة للأحكام المعروفة في القانون العام للالتزامات، وجعلت مقولة التكامل بين القانونين مهدّدة ومحل شكّ، كما أدّت إلى ظهور ما يسمّى حاليًا بأزمة القانون المدني في ظلّ اكتساح أحكام قانون حماية المستهلك لأحكام القانون المدني. ويمكن حصر مظاهر ذلك فيما يلي:

1. التطور المحسوس في مصادر القاعدة القانونية

أدّى ظهور وتطور القوانين الحمائية للمستهلك إلى تطور محسوس في مصادر القاعدة القانونية، ففي فرنسا مثلاً كانت المادة: 34 من الدستور

---

[27]- Com , 22 Oct 1996, RTD civ, 1997. 418. obs. Mestre.

[28]- بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة 2005، ص 6 ومايليها.

[29]- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، ص 579 .

تحتفظ للتشريع بسلطة تحديد المبادئ الأساسية للالتزامات المدنية والتجارية، فإذا بالتشريع نفسه يتجه إلى تفويض سلطاته على نطاق واسع: تفويض للقاضي وتفويض للسلطة التنفيذية في مواجهة ما يسمّيه البعض بجمود القانون immobilisme de la loi [30].

بل إن القضاء في مجال حماية المستهلك أصبح قضاء اجتهاد لا قضاء تفسير، حيث استبق المشرّع فيما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عام 1991 من جواز اعتبار الشرط التعسفي - من طرف القاضي - وكأنه غير مكتوب حتى في غياب أي مرسوم بمنعه، رغم اعتبار البعض ذلك من قبيل الانقلاب[31].

وهناك ظاهرة أخرى تشهد على تطور مصادر القواعد العامة والتي يحفزها تدخل قانون الاستهلاك، وتتمثل في التدخل القوي للسلطات الإدارية المستقلة، ودورها المتزايد في تحديد مصير العقود، كما هو الحال في طلب القاضي لرأي لجنة الشروط التعسفية حول الطابع التعسفي لشرط ما، وكما في دور لجنة تراكم الديون التي توسّعت صلاحياتها على حساب قاضي التنفيذ، والذي يصل إلى إعدام بعض العقود في سبيل حماية المستهلك[32].

2 - إعادة توزيع الأدوار بين المتعاملين الاقتصاديين .

على النقيض من القانون العام للالتزامات حيث يمكن لأحد المتعاقدين أن يأخذ صفة الموجب أو القابل، فإن قانون حماية المستهلك مثله مثل قانون المنافسة فهو من جهة يفرض على المحترف صفة الموجب ويرتب على ذلك التزامًا يقع عليه وهو الالتزام بالاعلام،[33] ومن جهة أخرى يمنح للمستهلك دور القابل، ويمنحه حق الرجوع في بعض العقود .

وترتب على ذلك أن الالتزام الاستهلاكي l'obligation consumériste لم يعد مطابقًا للالتزام التعاقدي المعهود بوصفه رابطة بين شخصين[34]. وهو ما دفع

30- D . Mazeaud, op.cit., p.107.

31- Civ , 1er , 14 mai 1991 : D . 1991, P449, note J. Ghestin.

32- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 13 و14 .

33- J. Ghestin, traité de droit civil, le contrat, formation, 3em éd, 1993, LGDJ, n° 144.

34- D . Bureau, op. cit., p.296 .

العميد J. carbonnier إلى القول بحق - و منذ 1956 - بأن الالتزام يميل إلى أن يصبح حالياً، علاقة قانونية ثلاثية الأطراف وهم: الدائن، المدين والدولة[35].

3 - الإغراق في الأخذ بالشكلية لأغراض حمائية formalisme de protection، **والمعاقبة على الإخلال بها بجزاءات عقابية وأخرى مدنية.**

إن المتأمل لنصوص قانون حماية المستهلك يُلاحظ تخلياً ملحوظاً عن الرضائية Le consensualisme، والأخذ بالشكلية على نطاق واسع، بغرض حماية المستهلك عن طريق ما يسمّى بالشكلية الإعلامية le formalisme informatif وبوجه خاص المستهلك المقترض، ولتحقيق الأغراض السابقة أخذ المشرع الحمائي بتقنيتين هما: العرض المسبق L'offre préalable [36] ومهلة التروي أو التفكير قبل إبرام العقد le délai de réflexion[37]. ورتب على مخالفتها عقوبات ذات طبيعة جزائية وأخرى ذات طبيعة مدنية[38]. وهو ما ساهم في توسيع دائرة النظام العام الحمائي، وأبان عن عدم كفاية نظرية عيوب الرضا في حماية رضا المستهلك في بعض العقود، و عزّز الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام.

وهنا يجب الإشارة إلى ذلك التباين الواضح الذي يوجد بين جمود وصمت القانون المدني، والتفصيل المحكم الذي نظم بموجبه قانون حماية المستهلك الفترة السابقة على التعاقد، الأمر الذي دفع أحد الفقهاء إلى

35- Droit civil, T. 4, les obligations, PUF, coll. Thémis, 16em éd, 1992, n°5, p.21.

36- وضع المشرع الفرنسي على عاتق مانح الائتمان التزاما خاصًا بإعلام المستهلك طالب الإئتمان يتمثل في وجوب إيراده لبيانات إلزامية في حالة بثه لإعلان إشهاري يتعلق بائتمان استهلاكي، ووجوب قيام مانح الائتمان بتقديم العرض المسبق L'offre préalable في شكل مكتوب من نسختين إلى كل راغب في الحصول على إئتمان. والذي يتضمن طائفة من البيانات الإلزامية، وأوجب القانون أن يرد العرض المسبق وفقا للعينات النموذجية التي حددتها لجنة التنظيم البنكي بعد استشارة المجلس الوطني للإستهلاك : لتفصيل أكثر : بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن ، المرجع السابق، ص 572 و573 ونفس الأمر تطلّبه المشرع الفرنسي في الإئتمان العقاري مع بعض الفوارق . المرجع السابق، ص 599 وما يليها.

37- فبعد استلامه العرض المكتوب فإن القانون منح المستهلك أجلاً معينا و يتشابه هذا الأجل مع الأجل الممنوح لذات الغرض في السعي التجاري. وما دام أن الأجل لم يمر ، فإن المستهلك يبقى حرا في ابرام العقد أو عدم إبرامه وحتى يسمح للمستهلك بالتفكير والتقدير ملياً، فإن القانون ألزم مانح الائتمان البقاء على إيجابه مدّة خمسة عشرة (15) يومًا على الأقل ابتداء من صدوره. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 575.

38- رتب المشرع الفرنسي على إخلال مانح الائتمان بالتزامه قبل إبرام العقد، بتقديم العرض المسبق المتضمن لجميع الشروط، عقوبة الغرامة إضافة إلى جزاء مدني يتمثل في حرمانه من حقه في الفوائد.
وقصر حقه على استرداد رأس المال فقط حسب جدول الاستحقاق، إضافة إلى بطلان العقد.
بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 574 .

اقتراح اعتبار قوانين حماية المستهلك مخبرًا للتجارب للتقنيات الجديدة والتي في ضوء نتائجها يمكن وضع قانون عام جديد يتصدر القانون المدني.

وبعبارة أخرى فإن قانون حماية المستهلك يجب أن يكون مصدر وحي للقانون العام للالتزامات حتى نضمن ضرورة الاستقرار والأمن القانوني الذي يغلب على مرحلة ما قبل التعاقد. وهو ما أسهم في تعميم الالتزام بالإعلام تحت تأثير قانون حماية المستهلك الذي ما فتئ يفرضه بقوة على المدين به، وفي انتشار الشكلية الإعلامية في عقود أخرى مثل الإيجار السكني[39].

4 ـ إقرار حق المستهلك في العدول أو الرجوع إعتداء صارخ على قاعدة القوة الملزمة للعقد

تضمنت تشريعات المستهلك المتعلقة بالائتمان والقرض ـ كما رأينا سابقًا ـ تقنيات خاصة منها العرض المسبق ومهلة التروي أو التفكير، إضافة إلى حق العدول أو الرجوع خلال سبعة أيام (07) تسري من يوم قبول العرض. علمًا أنه وحتى يسمح للمستهلك بالتفكير فإن القانون ألزم مانح الائتمان البقاء على إيجابه مدّة خمسة عشرة (15) يومًا ويستطيع المستهلك الجمع بين الأجلين في حالة إمضائه على الإيجاب في اليوم الخامس عشر من إصدار العرض المسبق.

ورأى البعض أن إقرار حق العدول أو الرجوع للمستهلك بصفة فردية فيه مخالفة صريحة لنص المادتين (1170 و1174 مدني فرنسي) المتعلقتين بعدم جواز تعليق وجود الالتزام على شرط إرادي محض، بعد أن أصبح العقد كله مرهونًا بمشيئة المستهلك. إضافة إلى أنه يمثل اعتداء صارخًا على أهم مبدإ من المبادئ العامة التي تحكم إبرام العقود ألا وهو مبدإ القوة الملزمة للعقد[40].

5 ـ ربط الائتمان الاستهلاكي أو العقاري بالعقد الذي يموّله اعتداء على مبدأ الأثر النسبي للعقد.

فاجأت تقنية فرض الارتباط بين العقود أنصار النظرية العامة للالتزام، فما دام أن الائتمان وخاصة العقاري منه هو بطبيعته ائتمان تبعي لعقد بيع عقار أو تشييده أو ترميمه، كان من المناسب أن لا يلتزم المستهلك

39- D. Mazeaud, op. cit., p.109.

40- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 577 .

بالعقد الرئيسي إلا إذا أبرم العقد الثاني. لذلك الغرض نصّت قوانين الاستهلاك على إقامة روابط متبادلة بين العقدين في مرحلة انعقادهما. وترتب على ذلك نتيجتان مهمتان:

الأولى: أن يتمّ فسخ عقد الائتمان إذا لم يتم إبرام العقد الرئيسي الذي يموّله في أجل معين بعد قبول الائتمان.

الثانية: أن العقد الرئيسي يبرم وهو معلّق على شرط واقف وهو الحصول على الائتمان أو القرض[41].

ولا يخفى ما في ذلك من اعتداء صارخ على مبدإ الأثر النسبي للعقد. كل ذلك ساهم في تحوّل واضح في الالتزام التعاقدي المعروف كلاسيكيًا نحو التزام حمائي استهلاكي L'obligation consumériste، الذي لم يعد يؤمن بترتيب العقد لالتزامات في ذمة المتعاقد بمجرّد تبادل الإرادتين و على أساس الوعد الصادر من المدين ، وإنّما على أساس آخر هو الثقة الواجبة في الدائن وفي الرغبة المشروعة للمستهلك . ممّا جعل أحدهم يستخلص أنه وفي مجتمع تغلب عليه صفة الاقتراض، فإن إخلال المدين المقترض يمكن أن يبدو كاحتمال وارد لا يجب أن يستبعده الدائن المقرض : وهذا الانقلاب في آفاق النظرية القانونية من طبيعته أن يأخذ بعين الاعتبار الانتقال من الصرامة إلى التسامح المعمّم على جميع المدينين[42].

6 . اندثار مفاهيم القانون المدني وميلاد مفاهيم جديدة على أساس عقد الشراء بالاستناد على معيار الرغبة المشروعة للمستهلكين.

ومع كثرة التعليمات الأوروبية المنظمة للنواحي المختلفة لنشاطات الاستهلاك، فإن ذلك أدّى إلى انتشار مفاهيم جديدة خاصة، لا يمكن في رأي ـ البعض ـ التوفيق بينها و بين ما هو معروف في القانون العام للالتزامات . و هو أمر سينتهي لا محالة إلى "قانون جديد للشراء" بالمناقضة لقانون البيع

---

[41] - بودالي محمد ، المرجع نفسه، ص 602 وما يليها .

[42] - « … dans une économie d'endettement , la défaillance du débiteur pourrait apparaitre comme une probabilité que ne doit pas exclure le créancier, ce renversement de Perspectives de la théorie juridique serait alors de nature à rendre compte du passage de la rigueur à l'indulgence généralisée pour les débiteurs » B. Oppetit, l'endettement et le droit, in mélanges, A. Breton et F. Derrida, Dalloz. 1991, p.295 et 310.

بما يتضمنه من "جذع مشترك" يتضمن مجموعة من الحقوق غير قابلة للإنقاص باتفاق المتعاقدين. إنّنا نشهد اليوم اندثار المقاربة المدنية أو الشخصية لعلاقات الاستهلاك المبنية على إرادة الأفراد، ولتحلّ محلها مقاربة موضوعية قائمة على أوامر فوقية مستوحاة من مبادئ المساواة، والسلامة والتوازن العقدي، والتي تستند في مجملها على قاعدة الرغبة المشروعة للمستهلكين l'attente légitime des consommateurs ذات المنشأ الأنجلوسكسوني Consumer expectation .

وهي القاعدة التي ينبثق عنها **أولا**: الالتزام بالإعلام بما يحققه من وقاية لصحة الرضا من العيوب. **ثانيًا**: الالتزام بالسلامة بما يحققه من وقاية من مخاطر المنتجات والخدمات الموضوعة في السوق والسلامة المرغوبة والمشروعة للمستهلكين. وهي قاعدة بدأت تستشري في قانون العقود تحت تأثير انتشار التعليمات الأوروبية التي تمّ إدخالها في القوانين الوطنية، تمهيدًا لميلاد "عقد استهلاك أوروبي" الذي ستبنى قواعده على قاعدة الرغبة المشروعة للمستهلكين. وهو ما ينبئ عن ميلاد قانون خاص بالاستهلاك منقطع الصلة مع القانون العام للالتزامات[43].

المبحث الثاني: مستقبل العلاقة بين القانون المدني وقانون حماية المستهلك بعد تعديل القانون العام للالتزامات

الفرع الأول: مستقبل العلاقة بين القانونين

في ضوء ما بيّناه سابقًا فإنه يمكننا أن نتصور مستقبل العلاقة بين القانونين من وجهتين:

الأولى: علاقة تربط بين قانون عام وقانون خاص **والثانية**: علاقة بين فرعين مستقلين.

1 ـ علاقة تربط بين القواعد العامة [القانون المدني] وقانون خاص [قانون حماية المستهلك]

لا يختلف إثنان حول حقيقة أن النظرية العامة للالتزامات كما هي واردة في القانون المدني، وكما فسّرها الاجتهاد القضائي ستظلّ تمثل القواعد العامة Le droit commun .بينما يمثل قانون الاستهلاك قانونًا خاصًا.

43- J. P. Pizzio, op. cit., p.68.

ويترتب على ذلك أنه في حالة عدم وجود نص خاص في قانون حماية المستهلك، فإنه يجب الرجوع إلى النظرية العامة للالتزامات لإيجاد الحل المناسب.
و يجب الإشارة إلى أن نطاق القانون العام للعقود هو في تناقص مستمر في ظلّ تضخم التشريعات الخاصة[44]. فبعد اختصاص القانون التجاري بحكم الروابط التجارية، واختصاص قانون حماية المستهلك بروابط الاستهلاك، فإن السؤال المطروح ماذا بقي من مكانة لنظرية الالتزامات إن من حيث النطاق الشخصي أو الموضوعي ؟ !

ويضاف إلى ذلك تلك التقنيات المستحدثة التي جاء بها قانون حماية المستهلك، والتي تقف على النقيض من المبادئ الأساسية التي تحكم النظرية العامة للالتزامات، والتي تمثل اختلافًا جوهريًا بين القانونين، يكون مدعاة إلى القول بالفصل بين القانون المدني بوصفه القواعد العامة، و قانون حماية المستهلك بوصفه قانونًا خاصًا .

2. علاقة بين فرعين مستقلين

إن مجرد إصدار المشرع لقانون خاص سمّاه قانون حماية المستهلك، فإن ذلك يدعو إلى التساؤل حول مدى استقلالية و ذاتية هذا القانون ؟

لا شك أن قانون حماية المستهلك لا زال مرتبطًا بالقانون المدني الذي هو القانون العام ويمكن وصفه بالخاص ولكن ليس مستقلا بذاته بعد، وهو غير كافٍ وحده[45].

الفرع الثاني: ضرورة تعديل القانون المدني الجزائري إنهاء لأزمته أسوة بنظيره الفرنسي

لا شك أنه بعد صدور تشريع حماية المستهلك في الجزائر وتعدّد نصوصه التشريعية والتنظيمية، حتى باتت لا تعدّ وتحصى إلا من طرف المختصين، فإنه حان الوقت لأن نقوم بعملين اثنين:

44- D. Bureau, op. cit., p.297.

45-« dans la mesure où il concerne des contrats, le droit de la consommation est lié au Droit civil, qui est le droit commun des contrats. le droit de la consommation n'est pas autonome, il ne suffit pas à lui-même » J. Calais – auloy, op.cit., p.115.

الأول: جمع نصوص قانون حماية المستهلك بنصوصه التشريعية والتنظيمية في تقنين واحد، وهو بهذا الشتات الذي لا يُماثله فيه أيّ قانون، فليس قانون حماية المستهلك هو فقط القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش !

ونحن ندرك جيّداً أن من نقاط ضعف قانون حماية المستهلك ليس هذا التشتت فقط، وإنّما أيضاً أنه قانون لم يكتمل بعد، فهو لا زال في طور النشوء والتكوين، فضلاً عن اتصاله بالقوانين الاقتصادية التي لا تعرف الثبات.

وإن كنا لا نتفق مع الطريقة التي اختار بها المشرع الفرنسي تقنين قانون الاستهلاك، وهي طريقة التقنين الثابت Codification à droit constant وهي طريقة ذات طبيعة إدارية، وتقتصر على جمع النصوص المتعلقة بحماية المستهلك من قوانين أخرى بدءاً بالتشريعات وانتهاء بالنصوص التنظيمية كما تقتضي الطريقة السابقة استبعاد من نطاقها أيّ جهد فكري أو مفاهيمي أو إبداعي[46]، حتى وإن اعتبرها البعض خطوة أولى نحو تقنين مصاغ Le code- compilation est un premier pas vers un code-refonte[47].

الثاني: ملاءمة النظرية العامة للالتزامات مع القوانين الخاصة، وخاصة قانون حماية المستهلك، بعيداً عن النقل الأعمى عن القانون المدني الفرنسي الذي تمّ تعديله بموجب الأمر رقم: 2016- 131 المؤرخ في: 10 فيفري 2016[48] بعد صمود دام أكثر من قرنين من الزمان.

ونحن الذين تبنّينا النموذج الفرنسي للقانون المدني ، وفي الذكرى الأربعين لصدوره ينبغي أن نسارع إلى تعديله بما يحقّق الأهداف السابقة، وحتى لا تنتهي الشريعة العامة إلى الاندثار، بعد أن تأكّد أنها أصبحت لا تواكب التطورات الحاصلة في التشريعات الخاصة، ولنا في القانون المدني الألماني BGB عبر و دروس في تعديله منذ 2002.

46- D. Bureau, op.cit., p.293.

47- J. Calais – Auloy, droit de la consommation, Précis, Dalloz, 3em, 1992, p.24 – 25.

48- Ordonnance n° 2016 – 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du Régime général et de la preuve des obligations.

الفرع الثالث: الإصلاحات الجديدة في القانون المدني الفرنسي المرتبطة بقانون حماية المستهلك

1 . **التأكيد على مبدإ سلطان الإرادة و الحرية التعاقدية:** فبعد تعريف العقد في المادة:1101 أقرّ في المادة التالية لها مبدأ الحرية التعاقدية قبل أن يقيّدها بقيد عدم مخالفة النظام العام.[49] وهو إعلان عن تجديد المشرّع الفرنسي لثقته في مبدإ حرية المتعاقدين، والذي تأكّد بإقراره تاليًا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[50].

2 . **تكريس مبدإ حسن النيّة إلى جوار مبدإ الحرية التعاقدية:** كرّست المادة: 1104 فقرة أولى مبدأ حسن النية جنبًا إلى جنب مع مبدإ الحرية التعاقدية، ثمّ أورد له عدّة تطبيقات على مستوى مرحلة ما قبل التعاقد سواء بمناسبة تنظيمه للمفاوضات Les pourparlers أو بمناسبة نصّه على الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام .

3 . **النص على الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام :** كان من الطبيعي أن ينص التعديل الأخير على الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام، والذي أصبح ظاهرة معروفة لا يمكن لأيّ قانون معدّل أن يجهلها خصوصًا في الكثير من العقود الخاصة وبوجه خاص عقود الاستهلاك سواء على يد الاجتهاد القضائي أو التشريع على أساس أن " أحد المتعاقدين الذي يحوز معلومة ذات أهمّية بالغة لرضا المتعاقد الآخر، وجب عليه إعلامه بها، ما دام أن الأخير لا يعلمها بوجه مشروع ، أو بحكم ثقته في المتعاقد معه "[51]

4 . **النص على أجل التفكير و أجل التراجع** Délai de réflexion et délai de rétractation **:** تحت وطأة وتأثير تشريعات الاستهلاك، والتأمين والبناء والسكن، كرّس القانون المدني الفرنسي في تعديله تقنيات قانون حماية المستهلك، وهي أجل التفكير أو (التروّي) وأجل الرجوع (أو التراجع أو العدول) بموجب نص المادة: 1122 بقوله : "يجوز أن ينص القانون أو العقد على أجل للتفكير وهو أجل لا يجوز للموجه إليه العرض أن يبدي قبوله قبل

---

[49]- Art 1102.

[50]- Art 1103.

[51]- Art 1112 – 1.

انتهائه، أو أجل للتراجع وهو أجل يجوز للمستفيد منه أن يتراجع فيه عن رضاه قبل انتهائه "[52].

وهو تبن واضح لفكرة الخيارات العقدية المعروفة في الفقه الإسلامي وهي من الأسباب السالبة لصفة اللزوم من العقد. ومعناها أن يكون لأحد المتعاقدين أو كليهما الحق في فسخ العقد بأن يعطي الحق أن يخيّر بين أمرين إمّا: إمضاء العقد أو نقضه من أساسه. وأن المعنى الشرعي للخيار يبّين لنا العلة الدافعة لشرعية الاختيارات وهي الاستثياق من الرضا والتأكد من سلامته و وجوده و معرفة ما يعود على المتعاقد من نفع أو ضرر، فيوازن بينها ليتأكد من ذلك، ومن ثم فإن مشروعية الخيارات كانت للاستيثاق من أن الرضا بالعقد قام على أساس صحيح وسليم[53] وقد كرس المشرع الاستهلاكي الجزائري تقنية العرض المسبق وأجل العدول في المرسوم التنفيذي رقم:15 ـ 114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

5 ـ **تكريس مكافحة عدم التوازن في عقود الإذعان:** وبعد إقرار قاعدة مكافحة الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك، جاء تعديل القانون المدني ليحصر منع الشروط التعسفية على بعض الروابط التعاقدية و بوجه خاص عقود الإذعان بقوله : " في عقد الإذعان ، فإن كل شرط ينشئ عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات المتعاقدين يعتبر و كأنه غير مكتوب " .

ثمّ يبيّن بعد ذلك طريقة تقدير عدم التوازن الظاهر، والذي لا ينبغي أن تنصبّ لا على المحل الأساسي للعقد ولا على معادلة الثمن بالخدمة[54].

6 ـ **إجازته للإكراه الاقتصادي في نص المادة:** 1143 بقوله يكون هناك أيضاً إكراه في حالة تعسف أحد المتعاقدين في وضعية التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر، للحصول على التزام (تعهّد) ما كان ليحصل عليه في غياب

---

[52]- Art 1122.

[53]- وهي نوعان الأولى خيارات تثبت باشتراط المتعاقد نفسه كخيار التعيين و خيار الشرط. والثانية تثبت بتقرير الشارع الحكيم رعاية لمصالح المتعاقدين وهي: خيار العيب، وخيار الرؤية وخيار التدليس وخيار الغبن. عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق جدة 1981، ص 205 وما يليها.

-Y.Linant de belfons, traité de droit musulman, t1, théorie générale de l'acte juridique, Paris 1965, p.408 et s.

[54] - Art 1171 ; C. Civ.

مثل هذا الإكراه، ويحصل على فوائد ظاهرة الإفراط أو مبالغ فيها. والقاعدة ليست جديدة فهي تجد جذورها في عدّة قوانين منها: قانون العقوبات في جريمة التعسّف والغش في حالة الجهل أو الضعف[55]، وفي قانون السوق في جريمة الاستغلال التعسفي لحالة التبعية الاقتصادية[56] وفي جريمة استغلال الضعف أو الجهل في قانون الاستهلاك[57].

7 . **إجازته لفكرة الترابط بين العقود و ترتيبه لجزاء جديد** La caducité: تحت عنوان الجزاءات[58]. فنصّ في ما تحت الفرع 2 [59] على جزاء جديد هو: La caducité [60]. وهو يذكرنا بجزاء الانعدام الذي كانت تعرفه النظرية التقليدية في تقسيم البطلان إلى مطلق، ونسبي، وجزاء الانعدام. وهذا الجزاء الجديد يكون في حالتين : حالة العقد الذي نشأ صحيحاً، ثمّ يفقد عنصراً أساسياً (ركناً) من عناصره (فقرة أولى). وحالة ما إذا كان تنفيذ عدّة عقود ضرورياً للقيام بعملية واحدة وينقضي أحدهم: فتنعدم العقود التي أصبح تنفيذها مستحيلاً بسبب ذلك، وكذا العقود التي يكون تنفيذ العقد المنقضي فيها شرطاً دافعاً لرضا أحد المتعاقدين (فقرة ثانية). ولا مجال لتطبيق الجزاء الجديد إلاّ إذا كان المتعاقد المتمسّك به ضده، يعلم بوجود العملية بأكملها عندما حصل رضاه بالعقد (فقرة ثالثة). أمّا عن أثر هذا الجزاء الجديد فهو يضع حدّا للعقد على حدّ قول المشرع (الفقرة 4) .

8 . **النص على قاعدة الرغبة المشروعة** L'attente légitime **تلك القاعدة التي قيل أنها تهدّد وجود مبدإ سلطان الإرادة :** بالإضافة إلى غزو هذه القاعدة المتأتية من قانون حماية المستهلك، وخاصةً من القانون الأنجلوسكسوني تحت تسمية : consumer expectations لتشريعات حماية المستهلك، فإنها وجدت طريقها إلى قواعد القانون المدني بمناسبة إدخال مسؤولية المنتج عن

55- Art 223 – 15 – 2, C.Pén

56- Art . L. 420 – 2, al .2 C. Com.

57- Art .L. 122 – 8 C.Consom.

58- Section 4 .

59- Sous- Section 2.

60- Art 1179 , C. Civ.

منتجاته المعيبة في خصوص القانون المدني[61]، أو بمناسبة حديث التعديل الأخير عمّا أسماه : مضمون العقد Le contenu du contrat (أي محل العقد) وبوجه خاص المادة: 1165 و هو ما نجده في المادة 21 من قانون 09. 03 بخصوص إلتزام المحترف بمطابقة المنتوج بقوله : " يجب أن يلبّي كلّ منتوج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك .... ".

9. وأخيرًا ضمّن المشرّع الفرنسي التعديل الأخير للقانون المدني نصّ المادة: 1105 التي حدّد بها مصير النظرية العامة للالتزام في مواجهة القوانين الخاصة، وهي بمثابة شهادة تمديد لحياة النظرية السابقة، ورسم لحدودها باعتبارها النظرية العامة التي تنطبق في حالة عدم وجود نص خاص بقوله: " إن العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة، تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في هذا القانون. وأن القواعد الخاصة ببعض العقود هي واردة في النصوص لخاصة بكل منها " وأن القواعد العامة تطبّق في حالة عدم وجود القواعد الخاصة، وأطال الله في عمر النظرية العامة للالتزامات ! !

[61]- Art 1245 – 3 . C. Civ.

تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك

د. محمد عماد الدين عياض: أستاذ محاضر
جامعة ورقلة- قاصدي مرباح

ملخص

شهدت نظرية العقد تحولات مهمة ضمن أحكام قانون الاستهلاك، بررتها حاجة المستهلك للحماية القانونية الخاصة، في ظل قصور قواعد النظرية العامة للعقد عن مواكبة متطلبات حماية المستهلك في تجلياتها المعاصرة. هذه التحولات يمكن إجمالها في مظهرين أساسيين: أولهما تراجع مبدإ سلطان الإرادة من خلال الحد من تبعاته (الحرية العقدية، الرضائية، القوة الملزمة للعقد، الأثر النسبي للعقد)؛ وثانيهما تعزيز مبدإ حسن النية من خلال تكريس تطبيقات مهمة له (الشفافية، النزاهة، مراعاة المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك). وهو ما يعكس تراجعا للنزعة الفردية التي طغت على النظام التقليدي لنظرية العقد، في مقابل تعزيز البعد الاجتماعي الأخلاقي في التنظيم المعاصر للعلاقات التعاقدية.

الكلمات المفتاحية: النظرية العامة للعقد؛ قانون الاستهلاك؛ علاقة الاستهلاك؛ المستهلك؛ المهني؛ مبدأ سلطان الإرادة؛ مبدأ حسن النية.

Résumé :

La théorie du contrat a connu des transformations importantes dans les dispositions du droit de la consommation, justifiée par le besoin des consommateurs à la protection juridique spéciale, étant donné que les règles de la théorie générale du contrat sont incapables de répondre aux exigences de la protection des consommateurs dans les manifestations actuelles. Ces transformations peuvent se résumer en deux aspects essentiels: le premier est la régression du principe de l'autonomie de la volonté à travers la limitation de ses conséquences (liberté contractuelle, consensualisme, force obligatoire du contrat, l'effet relatif du contrat); le deuxième est le renforcement

du principe de la bonne foi à travers la concrétisation de ses importantes applications (transparence, loyauté, prenant en compte les intérêts et les attentes légitimes du consommateur). Cela, reflète le déclin de l'individualisme qui a dominé la théorie traditionnelle du contrat et, en contrepartie le renforcement de la dimension sociale et morale dans la régulation actuelles des relations contractuelles.

Mots clés: théorie générale du contrat- droit de la consommation- rapport de consommation- consommateur- professionnel- principe de l'autonomie de la volonté- principe de bonne foi.

مقدمة

يُعد المركز الضعيف الذي يعانيه المستهلك في علاقات الاستهلاك[1] الأساس الذي يبرر الحماية التي استحدثتها تشريعات حماية المستهلك، في ظل ما بات يطبع علاقة المستهلك بالمهني من تفاوت اقتصادي ومعرفي عميق أخل بتوازنها، على نحو أتاح للمهني ذي المركز القوي إمكانية الهيمنة على مختلف جوانب هذه العلاقة، التي باتت تمثل نموذجا لظاهرة اللامساواة بين الأطراف في العلاقات التعاقدية المعاصرة.

وعلى غرار مشرعين كُثُر، أولى المشرع الجزائري اهتماما متناميا بموضوع حماية المستهلك، تُوِّج بإدراج حق المستهلكين في الحماية ضمن الحقوق العامة المضمونة دستوريا، وذلك بموجب الفقرة الثالثة من المادة 43 من الدستور، التي

[1] - يقصد بعلاقات الاستهلاك أو ما بات يصطلح عليها "عقود الاستهلاك" العلاقة التعاقدية التي تربط المستهلك بالمهني، بموجبها يقتني الأول من الثاني سلعة أو خدمة لغرض غير مهني. فالمستهلك والمهني هما قطبا علاقة الاستهلاك، وبهاتين الصفتين يتحدد نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك من حيث الأشخاص. وقد عرّف المشرع مصطلح المستهلك في مناسبتين: حيث عرفته المادة 1/3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"؛ فيما عرفته المادة 2/3 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني". أما المهني فهو مصطلح جامع أردنا من خلاله التعبير عن مصطلحين استخدمهما المشرع للدلالة على صفة الطرف المقابل للمستهلك في علاقات الاستهلاك، هما المتدخل والعون الاقتصادي. حيث استخدم القانون رقم 09-03 مصطلح "المتدخل" معرفا إياه في المادة 7/3 بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المتوجات للاستهلاك". في حين استخدم القانون رقم 04-02 مصطلح "العون الاقتصادي"، وعرفه في المادة 1/3 بأنه "كل منتج أو تاجر أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها". وسوف نستخدم في هذا المقال مصطلح "المتدخل" عندما يتعلق الأمر بأحكام القانون 09-03، ومصطلح "العون الاقتصادي" عندما يتعلق الأمر بأحكام القانون 04-02، فيما نجمل المصطلحين تحت مصطلح "المهني" في السياق المجمل أو العام.

تنص على أن "تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين"[2]. وهو ما ترجمه المشرع من خلال جملة من النصوص القانونية، يتصدرها القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[3]، وجانب من أحكام القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4]، بالإضافة إلى ترسانة من النصوص التنظيمية. وقد جسّد مجموع هذه النصوص ما صار يُعرف بـ "قانون الاستهلاك الجزائري".

غير أن استحداث منظومة قانونية لحماية المستهلك لا يعني أن ظاهرة عدم التوازن في العلاقات التعاقدية أمرٌ حديث، إنما هي ظاهرة لم تخلُ منها المجتمعات القديمة، غاية ما هنالك أنها باتت اليوم أكثر عمقا وذات تجليات وأنماط حديثة[5]. لذا كانت معضلة التوازن العقدي محل اهتمام النظم القانونية التقليدية، التي سعت بدورها -وفي حدود تصورها لواقع العلاقات التعاقدية حينها- إلى كفالة قدر من الحماية لأطراف العقد، من خلال أحكام تضمنها القانون المدني، كمنح القاضي سلطة تعديل العقد تحقيقا للعدالة في حالات الظروف الطارئة وعقود الإذعان والمغالاة في الشرط الجزائي[6].

إن حداثة صفة "المستهلك" ضمن قاموس المصطلحات القانونية لا يعدم وجوده كمتعاقد منذ نشأة القانون المدني، فالنظرية التقليدية للعقد -وإن لم تعْرف صفة المستهلك- تولت حماية أحد طرفي الرابطة العقدية أصلا لا وصفا، ومن ثم يكون المستهلك محميا متى تصادف وجوده في مركز من مراكز الحماية العامة التي حددها القانون المدني وفقا لضوابطه[7].

غير أن واقع العلاقات التعاقدية التي صيغت في ظلها أحكام النظرية

---

[2]- استُحدث هذا النص بموجب التعديل الدستوري الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

[3]- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج.ر، 2009، العدد 15. وقد ألغى القانون رقم 89-02 المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الذي يعد أول قانون رصد بشكل مباشر لحماية المستهلك في التشريع الجزائري.

[4]- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج ر، 2004، العدد 41. وقد تضمن هذا القانون أحكاما بعضها يخص علاقة الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، و بعضها يخص علاقة الأعوان الاقتصاديين بالمستهلكين، وهذه الأخيرة هي التي تندرج ضمن قانون الاستهلاك بمعناه العام.

[5]- جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص 65.

[6]- راجع المواد 107 فقرة 2 و 110 و 184 مدني.

[7]- أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 90.

التقليدية للعقد لم يتح لواضعيها تصور مختلف مظاهر اللامساواة التي تشهدها العلاقات التعاقدية المعاصرة، لاسيما علاقات الاستهلاك، مما جعلها قاصرة عن مواكبة هذا الواقع الجديد، ودون مستوى الحماية المرجو. وذلك يرجع لاعتبارات عديدة نجملها في العناصر الآتية[8]:

- تأسيس النظام القانوني للنظرية العامة للعقد على افتراض المساواة بين المتعاقدين[9]، وهو افتراض مُبَرر في ظل المساواة التي كانت تطبع العلاقات التعاقدية ولو نسبيا عند سن أحكام النظرية العامة للعقد، لذا تَركّز دور القانون المدني على تحقيق المساواة القانونية بين المتعاقدين (المساواة في الحقوق والواجبات) مع ضمان صحة الإرادة، لأن ذلك سوف يفضي لا محالة إلى تحقيق العدالة التعاقدية في ظل افتراض المساواة بين المتعاقدين. وهو ما يفسر هيمنة مبدإ سلطان الإرادة على أحكام النظرية العامة للعقد نظرا لسلامة منطقه في ظل هذه المعطيات.

إلا أن ضمان المساواة في الحقوق والواجبات لم يعد كافيا لضمان العدالة التعاقدية في علاقات الاستهلاك، بفعل تطورات اجتماعية واقتصادية وثقافية أخلت بالمساواة الواقعية بين طرفي هذه العلاقة، وانعكست على الممارسة الفعلية لتلك الحقوق والواجبات، حتى بات عدم التوازن سمة من سمات مضمون علاقات الاستهلاك، الأمر الذي استدعى البحث عن آليات من شأنها تدارك آثار اللامساواة الواقعية في هذه العلاقة، وهو ما تكفل بها قانون الاستهلاك، الذي جاء لتكييف مضمون مساواة المتعاقدين مع المتطلبات الجديدة للمجتمع، منتقلا من المساواة المجردة إلى المساواة الفعلية أو من المساواة القانونية إلى المساواة الواقعية[10].

- ومن تبعات مبدإ سلطان الإرادة القائم على افتراض المساواة بين المتعاقدين طغيان

---

[8] - إن دراسة القواعد الحمائية العامة مع تسليط الضوء على مكامن القصور فيها يعد مسألة أولية في غاية الأهمية. فمن جهة يتحدد من خلالها مدى الحاجة لنظام قانوني متميز لعلاقة الاستهلاك في ظل وجود تيار محافظ يتحفظ عن الإفراط في الحماية العقدية خارج القواعد العامة. ومن جهة أخرى فإن تحديد مكامن قصور القواعد العامة يسهم في تفسير مسلك المشرع ضمن قانون حماية المستهلك، على اعتبار أن تدارك قصور القواعد العامة هدف من أهداف هذا القانون يسهم في تفسير أحكامه. ومن جهة ثالثة فإن الحكم على مدى توفيق المشرع في مسعاه لحماية المستهلك منوط بمدى تجاوزه لعقبات القواعد العامة، وإلا فلا جدوى من الحماية القانونية الخاصة.

[9] -Ali Filali, Le droit de la consommation: une adaptation du droit commun des contrats, Les Annales De l'Université d'Alger 1, n° 27, T2, Juillet 2015, p.26 et 34.

[10]- Ali Filali, op.cit., p.34 et s.

الطابع الاتفاقي على بعض القواعد التقليدية ذات البعد الحمائي، الأمر الذي يجعل تفعيلها ملكا لإرادة الطرف القوي، كما هي الحال بالنسبة للبيع بالتجربة والبيع بالمذاق والحق في العدول الذي يكفله التعاقد بالعربون. كما يمكن من خلال الاتفاق تعطيل أحكام ذات بعد حمائي هامة كالمسؤولية العقدية والضمان، وذلك بواسطة شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية أو الضمان. بل ويمكن من خلال الاتفاق التحايل على بعض الأحكام الحمائية الآمرة، على غرار سلب القاضي سلطة إمهال المدين (نظرة الميسرة) عن طريق الشرط الفاسخ الصريح.

- طغيان العنصر الشخصي على العنصر المادي في بعض قواعد الحماية التقليدية، من خلال تغليب الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين على موضوع الالتزام كقيمة مالية، الأمر الذي يعوق فاعليتها في حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في الرابطة العقدية. وهو ما يتجلى بوضوح في عيوب الرضاء أين يشترط القانون لإبطال العقد وجود عيب في الرضاء وفقا للمعيار الشخصي، بحيث يكون هو الدافع للتعاقد وفق ما يستشفه القاضي من ظروف الشخص، وذلك بصرف النظر عما يعتري العقد من خلل في توازنه نتيجة اختلال المركز الاقتصادي بين المتعاقدين ولو كان ذلك جليا من خلال حقوق والتزامات الطرفين. ما يعني أن حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في الرابطة العقدية ليس هدفا في حد ذاته[11]، باستثناء حالات محدودة كالغبن في بيع العقار[12]، أين اعتد المشرع بالعنصر المادي، وهو حكم قُرر لمصلحة البائع فيما يتبوأ المستهلك مركز المشتري.

- الطابع الجوازي لتدخل القاضي في الحالات التي منحه القانون سلطة تعديل العقد توخيا للعدالة، كما في حالة الظرف الطارئ، وعقود الإذعان، ونظرة الميسرة، والمغالاة في الشرط الجزائي[13]، وهو ما يجعلها خاضعة لسلطته التقديرية التي عادة ما تميل إلى الأصل وهو التمسك بالقوة الملزمة للعقد. فضلا عن أن تدخل القاضي لتعديل العقد مرهون بلجوء الطرف الضعيف إلى القضاء، وهو أمر قد تعوقه أعباء التقاضي من مصاريف وجهد ووقت، لاسيما إذا كانت لا تتناسب مع النتائج المرجوة من الدعوى، وقد يكون المعني جاهلا بقواعد حمايته من الأساس.

---

[11] - أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 92.

[12] - انظر المادة 358 من القانون المدني.

[13] - راجع المواد 107 فقرة 2 و110 و184 و281 فقرة 2 مدني.

- ضعف النتائج وعدم فاعلية بعض الجزاءات التقليدية[14]، فالطبيعة القضائية والفردية لمختلف صور الحماية التقليدية بما تتطلبه من أعباء قد تكون مدعاة للعزوف عن المطالبة بها. كما أن الإبطال والفسخ كجزاءين مدنيين ليس لها في الواقع أي قيمة ردعية، بالنظر إلى أثرهما المتمثل في عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. بل إن هذا الأثر لا يحل مشكلة المستهلك الذي يسعى من خلال التعاقد إلى إشباع رغباته الاستهلاكية، فيجد نفسه محروما من السلعة أو الخدمة عند التمسك بالإبطال أو الفسخ، في وقت لا يمكنه إجبار الطرف الآخر على استبدال السلعة أو إصلاحها أو تقديم خدمة وفق رغباته الاستهلاكية.

كما أن تعديل الشرط التعسفي أو إسقاطه كجزاء في عقود الإذعان لا يحول دون إعادة تضمين الشرط ذاته في عقود أخرى، في ظل انعدام الردع من جهة، والحجية النسبية للحكم القضائي من جهة أخرى، حيث يقتصر أثر الحكم على العقد الذي صدر بشأنه دون باقي العقود التي قد تكون نسخة طبق الأصل عليه، وحينئذ يجب على كل متعاقد أن يلجأ منفردا إلى القضاء في ظل عدم وجود إجراءات جماعية يمكن من خلالها اختصار الجهود.

- افتقار قواعد الحماية التقليدية للدور الوقائي[15]، حيث تستهدف في الغالب معالجة انعكاسات حالة الضعف التعاقدي بعد وقوعها والعمل على جبر آثارها بعد حدوثها من خلال القضاء، في حين تفتقر إلى سياسة وقائية من شأنها الحد من فرص حدوث حالات الضعف التعاقدي من الأساس. وإن كان المشرع قد اعتمد هذه السياسة في بعض الحالات، كاشتراطه الإذن القضائي للتصرف في أموال القصر[16]، واشتراط الشكلية في بعض التصرفات بهدف تنبيه المتعاقدين إلى أهمية التصرف محل الإبرام.

- افتقار القواعد التقليدية إلى المرونة الكافية[17]، لاسيما بسبب طابعها القضائي

---

[14] -طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 37.

[15] - J. Calais–Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ., 1994, p. 240.

[16] - راجع المادة 88 أسرة.

[17] -طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 33.

والفردي، وما تتطلبه من إثبات وشروط وآجال قصيرة جدا في بعض الحالات[18]، على نحو يعكس أحيانا حرصا مفرطا من قبل المشرع على استقرار المعاملات.

إن مظاهر القصور هذه، مع ضرورة تكفل الدولة بحماية المستهلكين باعتبارهم شريحة اجتماعية جديرة بالحماية[19]، برّر صياغة جديدة لعلاقة المستهلك بالمهني، بهدف تدارك ما رُصد في النظرية التقليدية للعقد من قصور. وهو ما ترجمه قانون الاستهلاك من خلال تنظيم نوعي متميز، أحدث تحولات مهمة في البناء التقليدي لنظرية العقد والفلسفة التي قامت عليها، تتجلى في مظهرين أساسيين : أولهما تراجع مبدإ سلطان الإرادة بتجلياته المختلفة، على نحو يعكس تراجعا للنزعة الفردية التي طغت على النظام التقليدي لنظرية العقد (أولا)؛ وثانيهما تعزيز مبدإ حسن النية من خلال تكريس تطبيقات مهمة لهذا المبدإ، تعكس توجها نحو تعزيز البعد الأخلاقي في تنظيم العلاقات التعاقدية (ثانيا).

أولا : تراجع مبدإ سلطان الإرادة في علاقات الاستهلاك

نشأ مبدأ سلطان الإرادة نتيجة التقاء الفلسفة الحرة التي سادت القرن الثامن عشر مع مبادئ الحرية الاقتصادية التي سادت القرن التاسع عشر، والتي تمحورت في مجملها حول تقديس حرية الفرد وتحريره من كل ضغط خارجي، من خلال جعل الإرادة الحرة للفرد هي وحدها مصدر التزامه كونها تعبيرا حقيقيا عن حريته. وهكذا أصبحت الإرادة هي أساس الالتزام بالعقد، وأصبح ينظر للعقد على أنه تعبير صادق عن العدل والحرية لأطرافه[20].

وبعد استقرار هذا المبدإ إثر جدل واسع بشأنه وتمشيه في المنطق القانوني صار دعامة تبنى عليها النظرية العامة للعقد والتصرف القانوني عموما، مفادها أن الإرادة الحرة هي صاحبة السلطان في إنشاء الالتزام وتحديد مضمونه ومداه[21].

وبذلك بات مبدأ سلطان الإرادة المبدأ المهيمن على النظرية التقليدية للعقد[22]، حيث تُفسر من خلاله جل المبادئ والأحكام الناظمة لهذه النظرية، لما

---

[18] - مثال ذلك دعوى ضمان العيوب الخفية التي تتقادم بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع لا من يوم اكتشاف العيب (المادة 383 مدني).

[19] - وقد ضمنت المادة 43 فقرة 3 من الدستور تَكَفُّل الدولة بحماية حقوق المستهلكين عن طريق القانون بنصها : "تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين".

[20] - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 10.

[21] -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مج 1 (النظرية العامة للالتزام)، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص157.

[22] - علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص 38.

يمثله من مرجعية عامة لها، فمبادئ الحرية التعاقدية والرضائية والقوة الملزمة للعقد ونسبية آثار العقد التي تحكم تكوين العقد وآثاره، كلها مبادئ تمخضت عن المبدإ الأساس وهو مبدأ سلطان الإرادة.

إن هيمنة مبدإ سلطان الإرادة على أحكام النظرية التقليدية للعقد، ينطلق من فرضية المساواة والتكافؤ بين المتعاقدين، الأمر الذي أعطى للعقد الذي ينشأ عن إرادة صحيحة حصانة من أي تدخل بداعي عدم العدالة، على اعتبار أن العقد الذي ينشأ عن الإرادة الحرة في ظل افتراض التكافؤ بين الإرادات سوف لن يكون إلا عادلا لأطرافه. من هنا كان العقد بمثابة شريعة للمتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه أو في حدود ما أقره القانون من أسباب[23].

غير أن خاصية عدم التوازن الاقتصادي والمعرفي التي أخلت بعدالة علاقة الاستهلاك تجعل من غير المنطقي إطلاق مبدإ سلطان الإرادة والتسليم بأن العقد شريعة المتعاقدين، فإطلاق العنان لسلطان الإرادة في ظل تفاوت المركز التعاقدي للطرفين هو في الواقع فسحة لإرادة الطرف القوي كي تبسط سلطانها على إرادة الطرف الضعيف[24]. كما أن اعتبار العقد شريعة المتعاقدين بحيث لا يقبل النقض ولا التعديل إلا باتفاق الطرفين في ظل عدم التكافؤ الذي يطبع علاقات الاستهلاك، هو في الواقع تقييد ليس لإرادة طرف في علاقة الاستهلاك معا، إنما هو تقييد للطرف الضعيف يكرس خضوعه ويحول دون مكنة التدخل لتخفيف عبء العقد عليه.

من هنا فإن العدالة العقدية التي لازمت فلسفيا مبدأ سلطان الإرادة لم يعد مسلما بها في ظل الواقع المعاصر لعلاقات الاستهلاك، بل إن المقاربة أخذت منحىً معاكسا، بحيث صار مبدأ سلطان الإرادة يُصنف لدى البعض ضمن أسباب قصور القواعد التقليدية عن تحقيق التوازن العقدي المنشود في علاقات الاستهلاك[25].

---

[23] - المادة 106 مدني.

[24] - وقد عبّر الفقيه الألماني Rudolf Von Ihering عن ذلك بقوله : "إن القول بأن اتفاق الإرادتين يكون بالضرورة عادلا هو بمثابة إعطاء رخصة صيد للقراصنة و رجال العصابات مع منحهم الحق في أخذ كل ما يقع تحت أيديهم"، و ذلك ردا على مقولة Alfred Fouillée الشهيرة : "من قال عقدا، قال عدلا". نقلا عن : نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 41.

[25] - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 101 وما بعدها.

وعلى الرغم من تدخل المشرع ضمن القواعد العامة للحد من القوة الملزمة للعقد، من خلال تمكين القضاء من التدخل لتدارك العدالة العقدية عند اختلالها، كما في عقود الإذعان، وحالة الظروف الطارئة، وعند المغالاة في الشرط الجزائي، إلا أن هذه الاستثناءات مع قلتها وعدم وجود مبدإ عام يرعى مباشرة فكرة التوازن العقدي باتت أحكامها قاصرة عن الاستجابة لمظاهر عدم التكافؤ الحديثة التي تطبع علاقات الاستهلاك، وهو ما سعت لتداركه قواعد قانون الاستهلاك، التي عملت على الحد من هيمنة سلطان الإرادة على علاقات الاستهلاك، وذلك من خلال الحد من المبادئ الأربعة الرئيسة المشتقة عن مبدإ سلطان الإرادة : مبدأ الحرية التعاقدية (1)، ومبدأ الرضائية (2)، ومبدأ القوة الملزمة للعقد (3)، ومبدأ نسبية آثار العقد (4).

1- الحد من مبدأ الحرية التعاقدية في علاقات الاستهلاك

يقضي مبدأ الحرية التعاقدية بحرية المتعاقد في أصل التعاقد واختيار شخص المتعاقد معه، وكذا حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد. ذلك ما لم يعد مسلما به في تنظيم علاقات الاستهلاك، حيث تدخل المشرع للحد من هذه الحرية، لاسيما من خلال تحديده للمضمون التعاقدي (أ)، وحظره رفض التعاقد دون مبرر مشروع (ب).

أ- هيمنة المشرع على المضمون التعاقدي

إن كل الأحكام المنظمة لعلاقات الاستهلاك تدخل ضمن ما صار يعرف بالنظام العام الاقتصادي الحمائي، الذي يعد المظهر الحديث لفكرة النظام العام[26]، فإذا كان دور المشرع في النظام العام التقليدي يتسم بالسلبية فإن دوره في ظل النظام العام الحديث يتسم بالإيجابية، حيث يتدخل المشرع لفرض مضمون العقد، حالاّ بذلك محل إرادة المتعاقدين في تحديد هذا المضمون. وهو ما يصدق على علاقات الاستهلاك التي تجسد أنموذجا مثاليا لفكرة النظام العام الاقتصادي الحمائي، من خلال هيمنة المشرع على مضمون هذه العلاقة على نحو آمر نال من سلطان إرادة المتعاقدين، وتحديدا إرادة الطرف المهني باعتبارها الإرادة المهيمنة في علاقة الاستهلاك[27].

---

[26] - حول النظام العام الحمائي (الاجتماعي) : علي فيلالي، المرجع السابق، ص224 وما بعدها.

[27] - إن هيمنة المشرع على مضمون عقد الاستهلاك يعكسه بوضوح نص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص : "بهدف حماية مصالح المستهلك يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 بتاريخ 10 سبتمبر 2006 الذي حدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (أنظر لاسيما المادتين 2 و3 من هذا المرسوم). كما يظهر تدخل المشرع في تحديد مضمون عقود الاستهلاك من خلال تنظيمه الآمر لعقد القرض الإستهلاكي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

يشمل التدخل التشريعي في تحديد مضمون علاقة الاستهلاك التدخل الإيجابي الذي هو من سمات النظام العام الحديث، على غرار فرض جملة من الالتزامات المستحدثة كالإعلام والمطابقة والسلامة والضمان، كما يشمل التدخل السلبي المتمثل في حظر جملة من الممارسات كالإشهار المضلل والشروط التعسفية وغير ذلك من محظورات قانون الاستهلاك.

إن التحديد المسبق لمضمون العقد، يعد من أهم آليات تحقيق التوازن العقدي في علاقات الاستهلاك[28]، ضيق من خلاله قانون الاستهلاك سلطان إرادة المتعاقدين في تحديد المضمون التعاقدي، مراعاة منه لعدم قدرة المستهلك على المشاركة الفعلية في تحديد هذا المضمون.

وبذلك فإن مضمون علاقات الاستهلاك لم يعد أمرا يتعلق بسلطان الإرادة، إنما يخضع لتوجيه تعاقدي، ما يعكس تراجعا لدور الإرادة، التي لم يعد لها سوى دورا شكليا محضا، ينحصر في الانضمام إلى الأنموذج المقرر من قبل المشرع[29].

تجدر الإشارة إلى أن قانون الاستهلاك لم يكتف بالتنظيم الآمر لعلاقات الاستهلاك، بل تعاطى مع مسألة حماية المستهلك وفق آليات حماية المصالح الجوهرية للمجتمع، ذلك ما يعكسه الدخول القوي لقانون العقوبات على خط العلاقة التعاقدية بين المهني والمستهلك[30]، ليدعم من خلال جزاءاته الردعية دور الجزاء المدني في حماية المتعاقد الضعيف[31]، وليضفي على علاقات الاستهلاك أبعادا موضوعية وإجرائية جديدة تتصل بالطابع الجزائي الذي أخذته هذه العلاقة.

هذا وبالإضافة إلى التدخل التشريعي، فإن مضمون علاقات الاستهلاك صار يتحدد في بعض الدول عن طريق الاتفاقيات الجماعية التي تتم من خلال التفاوض بين جمعيات المستهلكين والتنظيمات المهنية، على اعتبار أن الجمعية أقدر على التفاوض والدفاع عن مصالح المستهلكين من المستهلك المنفرد. إلا أن هذه الآلية واجهتها إشكالية جوهرية تتعلق بمدى إلزامية هذه الاتفاقيات لعموم المهنيين في حال عدم وجود نص يقضي بإلزاميتها[32].

---

[28] - J. Calais–Auloy, op.cit., p.245.

[29] - Ali Filali, op.cit., p.23.

[30] - راجع الفصل الثاني من الباب الرابع من القانون 09-03 والباب الرابع من القانون 04-02، الذين تضمنا المخالفات والعقوبات المتعلقة بهذين القانونين.

[31] - سبقت الإشارة في المقدمة إلى أن عدم فاعلية الجزاءات يعد من بين مظاهر قصور النظرية العامة للعقد عن توفير الحماية الكافية للمستهلك.

[32] - Voir : J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 5e éd., 2006, p. 232.

ب- حظر رفض التعاقد

إذا كان الأصل بحسب مبدإ الحرية التعاقدية أن الشخص حر في التعاقد من عدمه واختيار شخص من يتعاقد معه، فإن المشرع ضمن قواعد حماية المستهلك حظر على المهني رفض التعاقد دون مبرر شرعي بشأن كل سلعة معروضة للبيع أو خدمة متوفرة، وذلك تحت طائلة العقوبة[33]. وهو ما يعد إجبارا على التعاقد يتنافى ومبدأ الحرية التعاقدية، استهدف المشرع من خلاله حماية المستهلك من مختلف صور التمييز.

يمثل حظر رفض التعاقد خروجا على مبدإ الحرية التعاقدية من جانبين؛ فهو من جهة مقيد لحرية العون الاقتصادي في أصل التعاقد، ومن جهة أخرى مقيد لحريته بشأن شخص المتعاقد معه، ما من شأنه تعزيز الطابع الموضوعي لعلاقات الاستهلاك والنأي بها عن الطابع الشخصي.

2- تراجع مبدإ الرضائية في علاقات الاستهلاك

إذا كان مبدأ الرضائية قد صار من المبادئ المستقرة في قانون العقود الحديث[34]، فإن تشريعات حماية المستهلك قد بعثت الشكلية من جديد، لكن هذه الشكلية تعد شكلية مرشدة، لها هدف واحد -وإن تعددت الوسائل- هو جعل رضا المستهلك حرا واضحا ومستنيرا[35]. ذلك ما ترجمه قانون الاستهلاك الجزائري من خلال فرض بعض الشكليات في علاقات الاستهلاك، نذكر منها :

- الشكليات المفروضة على المهني في إطار التزامه بالإعلام[36]، وهي تستهدف ضمان فاعلية وجدوى هذا الالتزام.

---

[33]- تنص المادة 15 من القانون رقم 04-02 على ما يلي : "تعتبر كل سلعة معروضة للبيع. يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة. لا يعني هذا الحكم أدوات تزين المحلات والمنتوجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات". ثم نصت المادة 35 من نفس القانون على العقوبة المقررة لمخالفة أحكام المادة 15 .

[34] - ترجم القانون المدني الجزائري مبدأ الرضائية في المادة 59 منه بنصها : "يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

[35]- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 47 ؛ - Ali Filali, op. cit., p.32.

[36]- حيث فرض المشرع على المتدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج المعد للاستهلاك بواسطة الوسم أو العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة، كما فرض أن تحرر بيانات الوسم و طريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتوج وغيرها من المعلومات المتعلقة بحماية المستهلك باللغة العربية أساسا ، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم على المستهلكين، وبطريقة مرئية و مقروءة يتعذر محوها (أنظر المادتين 17 و18 من القانون رقم 09-03). كما فرض المشرع على العون الاقتصادي إعلام المستهلك بالأسعار والتعريفات وشروط البيع عن طريق وضع علامات أو وسم أو بأي وسيلة أخرى تكون مرئية أو مقروءة (أنظر المواد 4 و5 و8 من القانون رقم 04-02، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 09-65 المؤرخ في 7 فبراير 2009 المحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع أو الخدمات المعنية).

- وجوب أن يكون البيع للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يبرر المعاملة، وكذا وجوب تسليم الفاتورة أو الوثيقة التي تحل محلها للمستهلك إذا طلبها[37].

- وجوب تحرير عقد القرض الاستهلاكي[38].

مع الإشارة هنا إلى أن الحديث عن الشكلية مقابل الرضائية في علاقات الاستهلاك يوحي بأن الشكليات السالف ذكرها هي شكليات انعقاد (ركن في العقد)، بحيث يترتب على إغفالها بطلان العقد. والصحيح أن جل هذه الشكليات هي من قبيل ما يسميه الفقه بالشكلية غير المباشرة[39]، التي تستهدف أثرا غير الانعقاد، فالشكلية في عقد الاستهلاك لها وظيفة حمائية ورقابية وتدخل ضمن الأعباء الملقاة على عاتق المهني، وتخلفها يرتب المسؤولية القانونية لهذا الأخير دون أن يؤدي ذلك في الغالب إلى بطلان العقد، كون البطلان بما يستتبعه من آثار لا يخدم كجزاء مصلحة المستهلك الذي يبتغي في المقام الأول تلبية حاجاته الاستهلاكية من وراء التعاقد، وهو ما يقتضي المحافظة على كيان العقد مع تطويعه وفق ما تقتضيه قواعد حماية المستهلك، وتلك خاصية من خصائص النظام العام الحمائي.

3- الحد من مبدإ القوة الملزمة للعقد في علاقات الاستهلاك

ترجم القانون المدني الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد في المادة 106 منه التي جعلت العقد بمثابة شريعة للمتعاقدين، ومن ثم لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق أطرافه أو في حدود الأسباب التي يقررها القانون. لذا فالأصل أن لعلاقات الاستهلاك التعاقدية قوة ملزمة تلزم طرفيه، بما في ذلك المستهلك الذي لا يمكنه التنصل من آثار العقد أو تعديلها إلا بالاتفاق مع المهني.

إلا أن سعي المشرع نحو إضفاء قدر من العدالة على علاقات الاستهلاك من خلال الحد من تبعات مبدإ سلطان الإرادة اقتضى التخفيف من قوته الملزمة لفائدة المستهلك. ذلك ما يتجلى في استبعاد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (أ)، وكذا إقرار حق المستهلك في العدول (ب).

---

[37] - راجع المادة 10 من القانون رقم 04-02.

[38] - تنص المادة 20 من القانون رقم 09-03 على ما يلي: "..يجب أن تستجيب عروض القرض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدة الالتزام وكذا آجال تسديده، **ويحرر عقد بذلك**". وقد تولى المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 مايو 2015 تحديد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

[39] - راجع بخصوص الشكلية المباشرة والشكلية غير المباشرة : علي فيلالي، المرجع السابق، ص 230 وما بعدها.

أ- استبعاد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

تعد الشروط العقدية جزءا لا يتجزأ من العقد، لذا فهي مشمولة بحسب الأصل بقوته الملزمة. ومع ذلك وبالنظر لما يمثله الشرط التعسفي من إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق أطراف العقد وواجباتهم، تدخّل المشرع لحظره على نطاق واسع في عقود الاستهلاك تحت طائلة العقوبة، متجاوزا بذلك مبدأ القوة الملزمة في هذا الصنف من العقود.

وعلى الرغم من أن حماية المتعاقد الضعيف إزاء الشروط التعسفية مسألة حظيت باهتمام القواعد العامة، التي أجازت بدورها للقاضي تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها في عقود الإذعان[40]، إلا أن معالجة قانون الاستهلاك لهذه المسألة جاءت أكثر عمقا وتوسعا وصرامة. حيث عرّف القانون رقم 04-02 الشرط التعسفي وأورد له ثماني (8) صور على سبيل الذكر[41]، وأحال على التنظيم مكنة إيراد المزيد من الشروط التعسفية الممنوعة[42]، وهو ما جسده المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي أورد المزيد من الشروط التعسفية[43]، وأسس لجنة خاصة بالبنود التعسفية، من بين مهامها البحث في عقود الاستهلاك عن البنود ذات الطابع التعسفي و رفع توصيات بشأنها إلى الجهات المعنية[44].

إذا كان جزاء الشرط التعسفي في عقود الإذعان ضمن القواعد العامة يتمثل في جواز تدخل القاضي لتعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه[45]، فإن جزاءه في عقود الاستهلاك هو البطلان المطلق مع بقاء العقد ساريا من دونه[46]، فضلا عن

---

[40] - راجع المادة 110 مدني.

[41] - حيث ورد تعريف الشرط التعسفي في البند 5 من المادة 3 من القانون رقم 04-02، فيما تولت المادة 29 منه إيراد صور الشرط التعسفي.

[42] - راجع المادة 30 من القانون رقم 04-02.

[43] - راجع المادة 5 من المرسوم رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. وقد أوردت 12 شرطا تعسفيا.

[44] - انظر الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور أعلاه، الذي أسس هذه اللجنة وبيّن تشكليها وصلاحياتها و نظام عملها.

[45] - راجع المادة 110 مدني.

[46] - وهو ما صرح به قانون الاستهلاك الفرنسي في الفقرة 6 من المادة (L.132-1). أما القانون 04-02 فلم يصرح بذلك، إلا أن ذلك يستشف ضمنا من تجريم الممارسات التعاقدية التعسفية في هذا القانون، ما يجعل الشرط التعسفي مخالفا للنظام العام ومن ثم مآله البطلان المطلق.

الجزاء الجنائي المتمثل في الغرامة[47]. وهو ما يعكس صرامة المشرع في التعاطي مع ظاهرة الممارسات التعسفية في عقود الاستهلاك. مع الإشارة إلى أن نطاق الحماية تجاه الشروط التعسفية في القانون 04-02 يخص عقود الاستهلاك التي يحررها العون الاقتصادي مسبقا مع إذعان المستهلك بحيث لا يمكنه إحداث تغيير حقيقي فيها[48]. فهذه العقود فضلا عن دخولها ضمن طائفة عقود الاستهلاك المطبوعة أصلا بعدم التوازن، تتميز بتفرّد المهني بتحريرها المسبق وإذعان المستهلك لمحتواها، الأمر الذي يبرر اختصاصها بالحماية تجاه الشروط التعسفية. أما باقي عقود الاستهلاك التي تخرج عن هذا المفهوم فهي غير مشمولة بالأحكام المتعلقة بالممارسات التعاقدية التعسفية.

هذا ورغم التباينات المشار إليها بين القواعد العامة وقانون الاستهلاك، فإن تنظيم هذا الأخير لمسألة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك يفيد في نظر الفقه أن قانون الاستهلاك يتقاسم القانون العام للعقود نفس المعتقد ويستخدم نفس الآليات، ولا يعمل إلا على دعم القانون العام للعقود عن طريق تكييف قواعده مع الحقائق الجديدة[49].

ب- إقرار حق المستهلك في العدول

تتجه جل تشريعات حماية المستهلك نحو تكريس حق هذا الأخير في العدول عن العقد بعد إبرامه[50]، مجافية بذلك مبدأ القوة الملزمة للعقد. وهو ما تبناه المشرع الجزائري حديثا، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الذي كفل للمستهلك حق العدول في عقد القرض الاستهلاكي وعقد البيع في المنزل.

---

[47] - راجع المادة 38 من القانون رقم 04-02.

[48] - راجع تعريف "العقد" في المادة 4/3 من القانون 04-02. وهو مفهوم خاص للعقد أراد من خلاله المشرع تحديد عقود الاستهلاك المعنية بالحماية من الشروط التعسفية، حيث لم يستخدم القانون 04-02 مصطلح العقد إلا في الفصل المتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية. والعقد هنا يقابل عقد الإذعان الذي هو مناط الحماية من الشروط التعسفية ضمن القواعد العامة.

[49] - Ali Filali, op. cit., p.34.

[50] - من ذلك توجيهات الاتحاد الأوربي التي كفلت حق العدول للمستهلك في مجالات عدة، منها قروض الاستهلاك (المادة 14 من التوجيه الأوربي رقم 48/2008 المؤرخ في 2008/04/23 المتعلق بعقود القرض للمستهلكين) ، والبيوع التي تتم خارج أماكن العمل والبيوع التي تتم عن بعد (المادة 9 من التوجيه الأوربي رقم 83/2011 المؤرخ في 2011/10/25 المتعلق بحقوق المستهلكين)، وقد نقلت دول الاتحاد الأوربي هذه الأحكام إلى تشريعاتها الداخلية.

بالنسبة لعقد القرض الاستهلاكي، منحت المادة 11 من المرسوم المذكور للمشتري أجلا للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء عقد القرض[51]. ولا تسري آثار عقد البيع[52] إذا مارس المقترض حقه في العدول ضمن هذا الأجل[53].

أما بالنسبة لعقد البيع في المنزل[54]، فقد نصت المادة 14 من ذات المرسوم، على أنه عندما يتم بيع المنتوج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم الخدمة. ولا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة.

ويمتاز حق "العدول" المكفول للمستهلك بأنه حق ثابث بقوة القانون، بحيث لا يحتاج إلى اتفاق بشأنه. كما أن تفعيله خاضع لمحض مشيئة المستهلك، بحيث لا يطالب بتبرير عدوله. فضلا عن كونه مكفول للمستهلك دون أي أعباء، ماعدا مصاريف رد المبيع إن وجدت[55].

---

[51] - يقصد بعقد القرض : العقد الذي يقبل بموجبه بائع أو مقرض أو يلتزم بالقبول تجاه المستهلك بقرض في شكل أجل دفع سلفة أو أي دفع بالتقسيط مماثل (المطة الثانية من المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 سالف الذكر).

[52] - يقصد بعقد البيع هنا، العقد الرئيسي موضوع القرض الاستهلاكي، أي عقد البيع الذي يكون الدفع فيه على أقساط أو مؤجل أو مجزأ. فالقرض الاستهلاكي هو عملية مركبة من عقدين، عقد البيع وهو العقد الرئيس وعقد القرض الذي رصد لتمويل العقد الرئيس، والمقرض قد يكون هو البائع ذاته كما هو الحال في البيع بالتقسيط، وقد يكون شخصا آخر كالبنوك والصناديق التمويلية.

[53] - راجع المطة الثانية من المادة 12 من المرسوم التنفيذي 15-114 سالف الذكر.

[54] - يلاحظ أن المرسوم التنفيذي رقم 15-114 لم يعرف البيع بالمنزل، كما لم ينظمه المشرع الجزائري، فيما حظي البيع بالمنزل -وبصفة أعم البيع خارج أماكن العمل- بالاهتمام في قانون الاستهلاك المقارن. وقد أعيد تنظيمه على صعيد الاتحاد الأوربي بموجب التوجيه رقم 83/2011 المؤرخ في 2011/10/25 المتعلق بحقوق المستهلكين. يتمثل البيع في المنزل (Vente à domicile) أو ما يعرف أيضا بالسعي التجاري (Contrat par démarchage) في انتقال المهني إلى الزبون ليعرض عليه منتجاته أو خدماته، ويسمى البيع بالمنزل لأن المهني عادة ما يسعى إلى المستهلكين في منازلهم . وإذا كان البيع بالمنزل يخدم المستهلك من حيث أنه يجنبه مشقة الانتقال إلى المهني، فإنه في المقابل يشكل خطرا على رضا المستهلك واختياره لعوامل عدة، منها أن المستهلك لا يتاح له في منزله فرصة المقارنة بين مختلف العروض المتنافسة كما يحدث في السوق، كما أن عزل المستهلك والتفرد به ومفاجأته بالعرض دون سابق احتياط يجعله أكثر عرضة للتأثير والإغراء لاسيما وأن سعي المهني للمستهلكين في منازلهم يعكس حرصا زائدا لديه على جذب الزبائن، فضلا عن أن السعي إلى المنازل يعزز من فرص مصادفة المهني للفئات الأكثر ضعفا ككبار السن والسيدات الماكثات في البيوت ممن لا خبرة لهم بأحوال التجارة والأسواق. كل ذلك يستدعي حماية المستهلك في التعاقد عن طريق السعي التجاري، وليس أفضل -والحال هذه- من أن يمنح المستهلك مهلة يتاح له خلالها مكنة التراجع عن العقد بعد أن يفحص بروية حقيقة ما استُهدف به من عروض. انظر حول حماية المستهلك في البيع في المنزل :
- Jean Calais –Auloy, La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, D. 1973, chron., p.266 et s.

[55] - لقد نصت على ذلك صراحة المادة 9 من التوجيه الأوربي رقم 83/2011 المؤرخ في 2011/10/25 المتعلق بحقوق المستهلكين. وهو ما يستشف من الإطلاق والعموم الذي صيغ به حق العدول في المادتين 11 و14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، وإن لم يصرح بذلك.

يبرر الفقه[56] حق العدول المخول للمستهلك أنه بمثابة مدّ لحماية إرادة المستهلك إلى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد، فقد يستعجل المستهلك التعاقد دون تفحص ولا تمعن تحت تأثير وسائل الدعاية والإغراء، ليكتشف بعد إبرام العقد أن العقد لا يستجيب لرغباته، مما يضطره بمقتضى ما للعقد من قوة إلزامية إلى الاستمرار في عقد لا يلبي رغباته. من هنا جاء حق العدول بمثابة مهلة إضافية تُمنح للمستهلك للوقوف على مدى تلبية العقد لمتطلباته.

وبذلك فإن توجه تشريعات حماية المستهلك نحو الحد من مبدإ القوة الملزمة لعقد الاستهلاك يترجم المقولة التي مفادها "أن العقد ليس ملزما إلا أن يكون عادلا"[57]، ردّا على من يدعي بأن العقد ملزم لأنه بالضرورة نافعا، بحيث لو لم يكن نافعا لما ارتضاه أطرافه.

4 – الحد من مبدإ الأثر النسبي للعقد في علاقات الاستهلاك

طالما أن العقد ينشأ عن إرادة أطرافه، فلا يتصور أن يرتب آثارا إلا في ذمة من أنشأه، أما الغير فلا يجوز أن يرتب العقد في ذمتهم التزامات أو أن يكسبهم حقوقا لم يكسبهم إياها المتعاقدون بمحض إرادتهم. ذلك هو مختصر مبدإ الأثر النسبي للعقد، الذي ترجمته المادة 113 مدني.

إلا أن مبدأ الأثر النسبي للعقد لم يسلم هو الآخر من التقييد في نطاق عقود الاستهلاك، يتجلى ذلك من خلال إقرار حق المستهلك في الرجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك (أ)، وكذا إقرار حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي دفاعا عن المصالح المشتركة للمستهلكين (ب)، بالإضافة إلى حكم خاص بقروض الاستهلاك يتمثل في الارتباط المتبادل بين عقد القرض وعقد البيع (ج).

أ- إقرار حق المستهلك في الرجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك

الأصل أن يعتبر المتدخلون في عملية عرض المنتوج للاستهلاك الذين لم تربطهم علاقة تعاقدية بالمستهلك (المنتج، المستورد، الناقل، المخزن، موزع الجملة) من الغير بالنسبة لعقد الاستهلاك الذي يربط المستهلك بالمهني الذي تعاقد معه.

---

[56] - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 763.

[57] - مقولة أوردها: جاك غستان، المرجع السابق، ص 255.

ومن ثم فإن رجوع المستهلك للمطالبة بحقوقه المترتبة عن العقد يفترض أن يكون في مواجهة المهني الذي تعاقد معه دون باقي المتدخلين في عرض المنتوج للاستهلاك وفق مبدإ الأثر النسبي للعقد.

إلا أن قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش خالف هذا المبدأ، حين أتاح للمستهلك حق الرجوع المباشر على أي من المتدخلين في عرض المنتوج للاستهلاك، من خلال إلقائه مسؤولية الالتزام بما تضمنه من أحكام على عاتق كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك من منتج ومستورد ومخزن وناقل وموزع[58]، الأمر الذي يتيح للمستهلك إذا ما انتهكت حقوقه الرجوع المباشر على أي شاء من هؤلاء ولو لم تربطه به أي علاقة تعاقدية. وهو ما اعتبره الفقه خروجا عن مبدإ الأمر النسبي للعقد[59]، الذي يقتضي رجوع المستهلك على المهني الذي تعاقد معه، وهذا الأخير يرجع على من تعاقد معه، وهكذا تباعا وصولا إلى المنتج.

فصفة المتدخل التي ترتبط بها الالتزامات المقررة لفائدة المستهلكين معترف بها للشخص نتيجة نشاطه، بصرف النظر عما إذا وجدت علاقة بينه وبين المستهلك أم لا. والأمر ذاته بالنسبة لصفة المستهلك التي تخوّل من يكتسبها حقوقا تجاه المتدخل سواء وجدت علاقة تعاقدية بينهما أم لا. وبذلك لم يعد ثمة مجال لإثارة مبدأ الأثر النسبي للعقد في إطار قانون الاستهلاك، مادام للمستهلك له كل الحرية في الرجوع ضد كل شخص له صفة المتدخل[60].

تجدر الإشارة إلى أن حق المستهلك في الرجوع المباشر على المنتج انتقل إلى القواعد العامة، وذلك بموجب المادة 140 مكرر مدني، التي اعتبرت المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية. وهو تطور مهم يعكس تأثر القواعد العامة للمسؤولية المدنية بمنظومة حماية المستهلك.

---

[58] - حيث حددت المادة 2 من القانون رقم 09-03 نطاق تطبيق هذا القانون بنصها : "تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا **وعلى كل متدخل** وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك". ثم تلتها المادة 3 وعرفت المتدخل بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"، وبعدها مباشرة عرفت عملية عرض المنتوج للاستهلاك بأنها "مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة". بالجمع بين هذه المواد نخلص إلى أن صفة المتدخل تشمل المنتج والمستورد والمخزن والناقل والموزع بالجملة وبالتجزئة، وهؤلاء جميعا ملتزمون تجاه المستهلك بما تضمنه القانون 09-03 من التزامات، على اعتبار أن صفة المتدخل هي مناط تطبيق أحكام هذا القانون.

[59] - جمال النكاس، حماية المستهلك و أثرها في النظرية العامة للعقد، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 13- عدد 02، يونيو 1989، ص 111 ؛

- Ali Filali, op. cit., p. 24 et s.

[60]-Ibid, p.25.

على أن هذا الحكم يظل قاصرا على المنتج دون باقي المتدخلين وعلى حالة وجود عيب في المنتوج فقط، وهو نطاق أضيق مما تضمنه قانون الاستهلاك.

ب- إقرار حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي

عرّفت المادة 21 من القانون رقم 09-03 جمعية حماية المستهلك بأنها "كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله". وأسوة بغيره من التشريعات اعترف المشرع الجزائري لجمعيات حماية المستهلك بحق التقاضي دفاعا عن المصالح المشتركة للمستهلكين، وحقها في التعويض عن الأضرار المشتركة التي تصيبهم[61].

ولما كانت العلاقة التي تربط المستهلكين بالمهنيين هي في الغالب علاقة تعاقدية (عقود استهلاك)، فإن حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي عند انتهاك حقوق المستهلكين المتصلة بهذه العقود يشكل في نظر البعض تجاوزا لمبدإ الأثر النسبي للعقد، وللشروط العامة للتقاضي من حيث الصفة في الدعوى[62].

ويتمثل موضوع دعوى جمعيات حماية المستهلك في طلب التعويض عن الضرر الجماعي الذي لحق المصلحة الجماعية للمستهلكين جراء المخالفة المرتكبة، وليس الضرر الفردي الذي أصاب كل مستهلك[63].

ونظرا لأهمية الدور المرجو من جمعيات حماية المستهلك، وبغية تمكينها من أداء دورها، منحها المشرع بعض الامتيازات، كإمكانية الاعتراف لها بالمنفعة العمومية، وتمكينها من المساعدة القضائية[64].

إن دعاوى جمعيات حماية المستهلك تعكس المقاربة الجماعية التي تبناها قانون الاستهلاك، لتدارك عيوب المقاربة الفردية التي طغت على آليات حماية

---

[61] - حيث نصت المادة 23 من القانون 09-03 على أنه "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني". فيما نصت المادة 65 من القانون 04-02 على أنه "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون. كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

[62] - جمال النكاس، المرجع السابق، ص 113.

[63] - François Terré et autres, Le consommateur et ses contrats, Ouvrage collectif, Juris-classeur, 2002, p.67.

[64] - راجع المادة 21 فقرة 2 والمادة 22 من القانون رقم 09-03.

الحقوق في ظل القواعد العامة[65]، والتي شكلت مظهرا من مظاهر قصور هذه الأخيرة عن توفير حماية أشمل لجمهور المستهلكين كما أسلفنا.

ج- الارتباط المتبادل بين عقد القرض وعقد البيع في مجال القرض الاستهلاكي

الأصل بحسب مبدإ الأثر النسبي للعقد أن الشخص عندما يبرم عدة عقود، يظل كل عقد منها مستقلا عن الآخر لعدم وجود أي رابط بينها. فمثلا لو اقترض شخص من أجل شراء سيارة فالأصل أن يبقى عقد القرض مستقلا عن عقد البيع[66]. ومع ذلك فإن تشريعات حماية المستهلك في مجال قروض الاستهلاك قد فرضت علاقة ارتباط متبادلة بين عقد البيع وعقد القرض[67]، مراعاة منها لتوقعات المستهلك، الذي لم يقدم على الاقتراض إلا بقصد مباشرة عقد البيع.

إن هذا الارتباط جسده بجلاء المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العرض في مجال قروض الاستهلاك، وذلك من خلال الأحكام الآتية :

- لا تسري واجبات المقترض إلا ابتداء من تسليم السلعة التي استوفى القرض لأجلها. وفي حالة عقد بيع بتنفيذ متوال فإن واجبات المقترض تسري ابتداء من بداية تسليم السلعة وتتوقف في حال انقطاع هذا التسليم[68].

- لا يمكن اكتتاب أي التزام من طرف المشتري تجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي ما لم يتحصل هذا الأخير على الموافقة المسبقة للقرض[69].

- لا يُلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع عقد البيع إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصُّله على القرض[70].

- لا تسري آثار عقد البيع إذا لم يُعلِم المقترض البائع بتخصيص القرض في أجل ثمانية (8) أيام عمل ابتداء من تاريخ تبليغ الموافقة على الحصول على القرض[71].

---

[65] - Ali Filali, op.cit., p.6 et s.

[66] - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 53.

[67] - Voir : Yves Picod et Hélène Davo, Droit de la consommation, Armand Colin, Paris, 2005, p.162 et s.; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op.cit., p. 430 et s.

[68] - المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114.

[69] - المادة 10 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114.

[70] - المادة 11 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114.

[71] - المادة 12 مطة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114.

- لا يمكن أن يستلم البائع من المشتري أي دفع آخر في شكل من الأشكال ولا إيداع زيادة على الجزء من الثمن الذي وافق المشتري على دفعه نقدا، ما لم يبرم العقد المتعلق بعملية القرض نهائيا. وعندما يمضي المشتري رخصة الاقتطاع من حساب بنكي أو بريدي، فإن صلاحيتها والأخذ الفعلي بها تكون مرتبطة بعقد البيع[72].

- في حالة فسخ العقد من طرف البائع، فإنه يلتزم بتعويض المقترض عن كل المبلغ الذي دفعه له المشتري كتسبيق على السعر في أجل لا يتجاوز ثلاثين (30) يوما[73].

إن هذه الأحكام تعكس بوضوح الارتباط المتبادل بين آثار عقد القرض وعقد البيع، بحيث يتوقف أثر كل منهما على الآخر. وهذا الارتباط يشكل قاعدة متميزة تخص قروض الاستهلاك، خرج فيها المشرع عن مقتضيات مبدإ نسبية آثار العقد.

يتضح جليا مما سبق مدى التراجع الذي شهده مبدأ سلطان الإرادة في خضم مسعى المشرع نحو توفير حماية كافية للمستهلك في عقود الاستهلاك، وهو ما يشكل تحولا مهما في البناء التقليدي لنظرية العقد. على أن هذا التراجع لا يعني أن الإرادة لم يعد لها أي دور في هذا الصنف من العقود، وإلا لما استحقت وصف العقد من الأساس، إنما فقدت جزءا معتبرا من سلطانها بفعل ما أوردناه من قيود.

ثانيا : تكريس مبدإ حسن النية في علاقات الاستهلاك

تعكس أحكام قانون الاستهلاك في مقابل تراجع مبدإ سلطان الإرادة تكريسا جليا لمبدإ حسن النية، الذي ما فتئ يتعاظم أثره في التنظيم المعاصر للعقود بوجه عام وعقود الاستهلاك على وجه الخصوص.

ومبدأ حسن النية في العقود مفاده أن يلتزم أطراف العقد جملة من الضوابط الأخلاقية في التعاقد، عبّر عنها الفقه بأوصاف مختلفة، كالنزاهة، التعاون[74]، الاستقامة، الصدق والأمانة[75]، الشفافية، مراعاة المصالح المبررة والرغبات المشروعة للطرف الآخر[76]، ونحو ذلك من المصطلحات الأخلاقية المشابهة[77].

---

[72] - المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114.

[73] - المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114.

[74] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 295 .

[75] - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1 (العقد)، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص123.

[76] - شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط 1، دار دجلة، الأردن، 2008، ص 157.

[77] - وقد أورد الأستاذ شيرزاد عزيز سليمان نحو ثلاث عشرة (13) مصطلحا استعمله الفقه للدلالة على مضمون حسن النية. انظر: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها.

إن العقد بما يطبعه في الغالب من أنانية جرّاء تعارض مصالح أطرافه وتجاذب إراداتهم على نحو قد يهدر توازن العقد وعدالته، يحتاج إلى ركائز أخلاقية تدعم تماسكه وتعمل على توازنه وحماية مصالح أطرافه، يلخصها مبدأ حسن النية. الذي اعتبره الأستاذ Georges Ripert بأنه وسيلة يُدخل من خلالها المشرع والقاضي القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي[78].

إن التزام النزاهة والاستقامة والشفافية والأمانة... إلى غير ذلك من اعتبارات حسن النية كما أوردها الفقه، تتكامل كلها لتضفي على العقد طابعا تعاونيا بين أطرافه، يراعي فيه كل طرف المصالح المشروعة للطرف الآخر على نحو يضمن مصالح الجميع. لذا يرى البعض بحق أن معيار مراعاة المصالح المبررة والمشروعة للطرف الآخر يصلح معيارا جامعا لفكرة مبدإ حسن النية في العقود[79].

لقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ حسن النية ضمن القواعد العامة لنظرية العقد، لاسيما في مرحلة تنفيذ العقد، حيث تصرح المادة 107 مدني على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، كما تبنى جملة من الأحكام تُعزى من قبل الفقه إلى مبدإ حسن النية[80].

وإذا كان أثر مبدأ حسن النية في النظرية العامة للعقد يبدو أكثر جلاء في مرحلة تنفيذ العقد فإن له مكانة لا تقل أهمية أيضا في مرحلة تكوين العقد، نظرا لارتباط مستقبل العقد بمستلزمات هذه المرحلة، لذا يرى الفقه أنه وإن لم يرد نص صريح يخص مبدأ حسن النية في تكوين العقد على غرار نص المادة 107 من القانون المدني، إلا أن مبدأ حسن النية يعد مبدأ عاما يسري على مجمل العملية التعاقدية بما في ذلك مرحلة التكوين[81].

---

[78] - G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Paris, 4e éd., 1949, n°157.

[79] - لذا ذهب البعض إلى تعريف حسن النية في العقود بأنه: "التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف الآخر". شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 154.

[80] - من ذلك منح القاضي سلطة تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة (المادة 107 مدني)، وتخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر في حال الشرط الجزائي (المادة 184 مدني)، ومنح المدين بدين حال الأداء أجلا للوفاء مراعاة لمركزه و حالته الاقتصادية (المادتان 210 و281 مدني). كما راعى المشرع مسألة سوء وحسن نية المتعاقد في كثير من الأحكام(راجع على سبيل المثال المواد 178 و187 و377 و490 مدني).

[81] - انظر حول مبدإ حسن النية في تكوين العقد:

- Jacques Mestre, L'exigence de la bonne foi dans la conclusion des contrats, RTD civ. 1989, p. 736.

- Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, Bonne foi, Dalloz, Rep. civ., Janvier 2009, n° 22-47 .

بل إن مبدأ حسن النية ما فتئ يتعاظم دوره حتى في المرحلة السابقة للتعاقد، حيث بات الفقه والقضاء يكرسانه بالموازاة مع مبدأ الحرية التعاقدية الذي يهيمن على فترة ما قبل التعاقد، وذلك من خلال فرض التزامات يبررها مبدأ حسن النية، كالالتزام بالجدية والاستمرار في التفاوض وعدم قطعه دون مبرر مشروع، والالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات[82].

وحسن نية المتعاقد أمر مفترض إلى أن يثبت العكس. كما أنها من مسائل الواقع، كونها تتعلق بتقدير سلوك الفرد، لذا فهي تدخل ضمن السلطة التقديرية السيدة لقاضي الموضوع[83].

إن الالتزام بحسن النية في التعاقد هو في الأصل التزام متبادل يقع على عاتق أطراف العقد جميعهم دونما تمييز، كونه يستهدف حماية المصالح المتبادلة بينهم على نحو يجعل العقد أكثر تحقيقا لرغباتهم المشروعة. إلا أن واقع اختلال التوازن العقدي في بعض العلاقات فرض على المشرع تكريس هذا المبدأ لصالح الطرف الضعيف.

ذلك ما جسده قانون الاستهلاك الجزائري، الذي كرس مبدأ حسن النية في علاقات الاستهلاك من خلال تكريسه لثلاثة مبادئ متفرعة عنه، هي مبدأ الشفافية (1)، ومبدأ النزاهة (2)، وكذا مبدأ رعاية المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك (3).

1- تكريس مبدإ الشفافية في علاقات الاستهلاك

الشفافية (La transparence) لغة من الفعل شفّ، بمعنى رق وظهر ما وراءه[84]. وهي تفيد من الناحية الاصطلاحية العلن والوضوح، ليس بالمعنى الشكلي فحسب، بل بالمعنى الموضوعي أيضا، بحيث تعطي الانطباع بصدق ما أفصحت عنه الإرادة واتفاق ظاهرها مع ما يبطنه الشخص، فإذا ما تحقق ذلك أمكن للمتعاقد أن يتخذ قراره عن تبصر وبصيرة بكل جوانب العملية المقدم عليها[85].

---

[82] - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 335 و ما بعدها ؛ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

[83] - Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, op. cit., n° 16.

[84] - المنجد في اللغة والأعلام، ط 20، دار المشرق، بيروت، 1986، ص 394.

[85] - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995، ص 26.

والشفافية تحتوي الصدق والمصارحة، كما تشمل الإفصاح عن المعلومات الضرورية لبناء إرادة الطرف المقابل أيضا، وهذه الأمور من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود[86].

والشفافية في علاقات الاستهلاك لها أهمية بالغة، لاسيما في مرحلة التكوين، حيث تعمل على تنوير المستهلك وتدارك جانب من ضعفه الفني والمعرفي، ما يدفع نحو إضفاء قدر من التوازن بين طرفي علاقة الاستهلاك. وهو ما يفسر تكريس المشرع للشفافية في نطاق الممارسات التجارية، لاسيما الممارسات التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، وذلك من خلال التزامين تضمنها الباب الثاني من القانون رقم 04-02 المعنون بـ "شفافية الممارسات التجارية"، هما الالتزام بالإعلام (أ) والالتزام بالفوترة (ب).

أ- الالتزام بالإعلام

يعتبر الالتزام بالإعلام المفروض على المهني لفائدة المستهلك من أهم مظاهر تكريس الشفافية في علاقات الاستهلاك، لما له من دور في تبصير المستهلك بحيثيات العقد المراد إبرامه وتمكينه من الإختيار الأنسب لمتطلباته، لذا حظي بعناية خاصة ضمن قانون الاستهلاك[87]، الذي توسع في مضمونه واعتنى بشكلياته.

من حيث المضمون فرض المشرع على المهني إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج المعد للاستهلاك[88]، وتزويده بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس والحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية[89]. وكذا إعلامه بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، مع تبيين المقادير المقابلة للسعر المعلن، والقيام بعملية الوزن أو الكيل أو العد أمام المشتري[90].

---

[86] - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 148 .

[87] - حيث أفرد المشرع فصلا خاصا للالتزام بالإعلام في القانون رقم 09-03 (الفصل الخامس من الباب الثاني) وكذا القانون 04-02 (الفصل الأول من الباب الثاني)، كما أورد بشأنه عدة نصوص تنظيمية، أهمها المرسوم التنفيذي رقم 13-387 المؤرخ في 2013/12/09 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، والمرسوم التنفيذي رقم 09-65 المؤرخ في 2009/02/07 المحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع أو الخدمات المعنية .

[88] - راجع المادة 17 من القانون 09-03.

[89] - راجع المادة 8 من القانون 04-02، وقد استخدمت هذه المادة عبارة " المعلومات النزيهة و الصادقة " وهي مصطلحات درج الفقه على استخدامها ضمن مقتضيات حسن النية.

[90] - راجع المادتين 4 و 5 من القانون 04-02.

أما من حيث شكليات الإعلام فقد فرض المشرع استخدام الوسم أو العلامات أو أي وسيلة أخرى مناسبة، مع وجوب أن تكون البيانات مقروءة ومرئية ويتعذر محوها. كما فرض استعمال اللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين[91].

وإذا كان تأسيس الإلتزام بالإعلام على مبدإ حسن النية أمر مسلم به، فثمة من يميز في هذا الإطار بين الإلتزام بالإعلام السابق للتعاقد وبين الإلتزام بالإعلام التعاقدي، فيؤسس الأول على واجب الشفافية كونه يتعلق بمرحلة إبرام العقد[92]، بينما يؤسس الثاني على واجب التعاون (devoir de cooperation) كونه يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد[93]، على أن كلا من الشفافية والتعاون من مظاهر حسن النية في العقود.

ب- الالتزام بالفوترة

تعد الفوترة من أهم وسائل إضفاء الشفافية على المعاملات، من هنا أوجب المشرع أن تكون علاقات الاستهلاك محل وصل صندوق أو سند يبرر هذه المعاملة، على أن تسلم الفاتورة أو ما يحل محلها للمستهلك إذا طلبها[94].

تتجلى أهمية الفوترة في إضفاء الشفافية على المعاملات من خلال دورها في توثيق مضمون العقد وتحديد محتواه[95]، وتوفير دليل مكتوب يرجع له كوسيلة إثبات عند الحاجة. كما تتيح الفوترة للجهات المعنية (مصالح التجارة، الضرائب، الجمارك...) تفعيل ومراقبة تطبيق العديد من القواعد المنظمة للسوق ومنها قواعد حماية المستهلك، فضلا عن دورها في تتبع مسار المنتوج عند الاقتضاء.

وعلى العموم فإن شفافية الممارسات التجارية تعد من أهم الركائز المعول عليها لتحقيق الفاعلية الاقتصادية في اقتصاد السوق، حيث وفضلا عن دورها في حماية المستهلك، تعمل على ترقية المنافسة[96]، وتيسير الدور الرقابي والإحصائي

---

[91] - راجع المادة 18 من القانون 09-03 و المادة 5 من القانون 04-02.

[92] - Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, op. cit., n° 44.

[93] - Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, op. cit., n° 77 ; Y. Pécod et H. Davo, op. cit., p. 179.

[94] - راجع المادة 18 من القانون رقم 09-03.

[95] - انظر بخصوص البيانات الواجب توفرها في الفاتورة المرسوم التنفيذي رقم 468/05 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005 المحدد لشروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفية ذلك.

[96] -Jérôme Philippe, La transparence, source d'accroissement et facteur de réduction de la concurrence, RLC, n° 13, Octobre – Décembre 2007, p. 169.

والتقييمي للهيئات المعنية لاسيما سلطات الضبط، كما تسهم في الوقاية من الممارسات التمييزية وتتيح القدرة على التنبؤ والاستشراف[97].

2- تكريس مبدإ النزاهة في علاقات الاستهلاك

يقصد بالنزاهة (La loyauté) لغة "البعد عن السوء"[98]. أما في إطار العلاقات التعاقدية فيقصد بها أن يمتنع المتعاقد عن إتيان ما ينافي الشرف والاستقامة من خداع أو غش أو تعسف أو إضرار بمصالح المتعاقد الآخر[99].

وتعد النزاهة من أهم وأوسع مظاهر مبدإ حسن النية في العقود[100]، بل إن المفهوم الأخلاقي المرن للنزاهة جعلها تبدو للبعض صفة مرادفة لحسن النية، لاسيما في مرحلة تنفيذ العقد[101]، أين رصد الفقه عدة التزامات متفرعة عن مبدأ النزاهة، كالالتزام بالمثابرة والالتزام باليقظة والالتزام بالإخلاص[102].

ونظرا لما للنزاهة من أهمية في ضبط السوق وحماية المستهلكين[103]، جعلها المشرع من بين المبادئ التي تحكم الممارسات التجارية، ترجمه المشرع في صورة التزامات سلبية حظر بموجبها على العون الاقتصادي عددا من الممارسات المنافية للأعراف المهنية النزيهة والشريفة، تضمّنها الباب الثالث من القانون 04-02 المتعلق بـ "نزاهة الممارسات التجارية"[104]. وقد استهدف المشرع في جانب من أحكام هذا الباب الحيلولة دون سوء استغلال العون الاقتصادي للضعف التعاقدي الذي يعانيه المستهلك، وهو ما يظهر في جملة من المحظورات، نذكر منها:

---

97 -Martine Béhar-Touchais, Vice et vertus de la transparence, RLC, n° 13, Octobre – Décembre 2007, p. 168.

98 - المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، ص 802.

99 - Yves Picod, Le Devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, p. 27 et s.

100 -Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, op. cit., n° 68- 74; Y. Picod, op. cit., p. 11 et s.

101 - ذلك ما يستشف من تعريف الأستاذ Gérard Cornu للنزاهة بأنها "إما الصدق التعاقدي (في تكوين العقد)، وإما حسن النية (في تنفيذ العقد)" :G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Paris, 4e éd., 1994, p. 490 -

102 - Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, op. cit., n° 68- 74.

103 - Ali Filali, op. cit., p.21.

104 - يندرج تحت الباب الثالث المتعلق بنزاهة الممارسات التجارية من القانون رقم 04-02 خمس فصول تتعلق على التوالي بما يلي : الممارسات التجارية غير الشرعية؛ ممارسة أسعار غير شرعية؛ الممارسات التجارية التدليسية؛ الممارسات التجارية غير النزيهة؛ الممارسات التعاقدية التعسفية. ويلاحظ أن بعض عناوين هذه الفصول تبدو غير دقيقة، حيث تعتبر كل الممارسات التجارية الواردة في هذا الباب غير نزيهة و غير شرعية ولا حاجة لتخصيص وصف عدم النزاهة أو عدم الشرعية للممارسات التجارية الواردة في فصل دون الآخر ما قد يثير لبسا حول مدى شرعية أو نزاهة ما ورد من ممارسات في باقي الفصول. والأحكام التي تخص حماية المستهلك في هذا الباب هي تلك التي تسري على علاقة الأعوان الاقتصاديين بالمستهلكين.

- حظر رفض التعاقد دون مبرر شرعي إذا كانت السلعة معروضة للبيع أو الخدمة متوفرة[105]، وذلك للحيلولة دون أي تمييز أو ابتزاز قد يمارس من خلال النشاط المهني.
- حظر البيع المتلازم الذي يشترط من خلاله العون الاقتصادي شراء كمية مفروضة أو شراء سلعة أو خدمة مع السلعة أو الخدمة محل العقد[106]، لما في ذلك من إجبار على التعاقد وتجاوز لرغبات الزبون، فضلا عن كونه أسلوبا غير نزيه لترقية المبيعات، يقوم على استغلال حاجات الزبون بدل قدرة المنتوج بذاته على المنافسة.
- حظر ممارسة أسعار غير شرعية، سواء تعلق الأمر بممارسة أسعار مخالفة بشكل مباشر لنظام الأسعار، أو القيام بممارسات ترمي إلى التحايل على نظام الأسعار[107].
- حظر الإشهار التضليلي[108].
- حظر الممارسات التعاقدية التعسفية[109].

وبذلك إذا كان مبدأ الشفافية يلقي على عاتق العون الاقتصادي التزامات إيجابية، أي التزامات تتضمن القيام بفعل، فإن مبدأ النزاهة يفرض على العون الاقتصادي محظورات يتعين عليه مراعاتها، أي يلقي على عاتقه التزامات بعدم فعل[110].

3- إقرار مبدإ رعاية المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك

الأصل أن الشخص عندما يلجأ إلى التعاقد إنما يبتغي من وراء ذلك تحقيق مصلحة لديه والعمل على تلبية حاجاته وإشباع رغباته.، إلا أن مبدأ حسن النية يتطلب من المتعاقد حال سعيه في تحقيق مصلحته وإشباع رغباته أن يراعي في ذات الوقت المصالح المبررة والرغبات المشروعة للطرف المقابل. وهو ما من شأنه الحد من الأنانية المفرطة التي قد تدفع المتعاقد إلى إعلاء مصلحته دون اعتبار لمصالح المتعاقد الآخر[111].

ولما كانت خاصية عدم التوازن التي تطبع علاقات الاستهلاك تتيح بكل يسر للمهني فرض إرادته وإعلاء مصلحته على حساب المستهلك، فقد تدخل المشرع ليحمي المصالح المادية والمعنوية للمستهلك وكذا رغباته المشروعة.

---

[105]- راجع المادة 15 من القانون رقم 04-02.
[106]- راجع المادة 17 من القانون رقم 04-02.
[107]- راجع المواد 22 و22 مكرر و 23 من القانون رقم 04-02.
[108]- راجع المادة 28 من القانون رقم 04-02.
[109]- راجع المادتين 29 و30 من القانون رقم 04-02.
[110] - Ali Filali, op.cit., p.19.
[111]- راجع شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 154.

وإذا كان القانون 04-02 قد أطلق وصف "المبدأ" على كل من الشفافية والنزاهة[112]، فإن فكرة رعاية المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك لم تحظ بهذا الوصف صراحة ضمن قانون الاستهلاك. إلا أنه وبتتبع أحكام القانون رقم 09-03 يتبين بوضوح أن رعاية المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك بمثابة مبدإ يهيمن على جل أحكام هذا القانون[113]، ذلك ما يتجلى من خلال :

- إفراد القانون رقم 09-03 فصلا خاصا تحت عنوان المصالح المادية والمعنوية للمستهلكين، نص فيه على وجوب أن لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية وأن لا تسبب له ضررا معنويا[114].

- فرض المشرع على كل متدخل التزاما واسعا بمطابقة المنتوجات، وجعل قوامه مدى استجابة المنتوج المعروض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك[115].

- فرض المشرع ضمن إلزامية أمن المنتوجات أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها[116].

- أوجب المشرع أن تستجيب عروض القرض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعته ومضمونه ومدة الالتزام وكذا آجال تسديده[117].

- إن هدف الالتزام بالضمان والتجربة وخدمة ما بعد البيع هو تحقيق الرغبات المشروعة للمستهلك من وراء إبرام عقد الاستهلاك[118]، وقد جعل المشرع أساس

---

[112]- راجع المادة الأولى من القانون 04-02 التي استخدمت عبارة "مبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية".

[113]- عرّف الأستاذ السنهوري المبدأ القانوني العام بأنه "فكرة عامة تجمع مجموعة من القواعد المرتبطة بها ارتباطا منطقيا"، وهذا المعنى ينطبق على فكرة رعاية المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك، حيث تشكل فكرة عامة لمجموعة من القواعد القانونية. انظر حول مفهوم المبدأ القانوني العام:

- Abd Al-Razzâq Al-Sanhoury, Le Standard Juridique , in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. II (Les sources générales des systèmes juridiques actuels), Librairie du recueil Sirey, Paris, 1934, p.145.

[114]- راجع المادة 19 من القانون رقم 09-03 الواردة ضمن الفصل السادس من الباب الثاني المعنون بـ "المصالح المادية و المعنوية للمستهلكين".

[115]- راجع المادة 11 من القانون رقم 09-03.

[116]- راجع المادة 09 من القانون رقم 09-03.

[117]- راجع المادة 20 من القانون رقم 09-03.

[118]- راجع الفصل الرابع من الباب الثاني من القانون 09-03 الذي تناول إلزامية الضمان و الخدمة ما بعد البيع.

الضمان القانوني هو عدم مطابقة السلعة أو الخدمة المسلمة لعقد البيع[119]، أي عدم مطابقتها لرغبات المستهلك.

إن هذه التطبيقات تعكس فرض المشرع لالتزامات قانونية بالمعنى الدقيق، قوامها مدى الاستجابة للرغبات والمصالح المشروعة للمستهلك وليس مجرد توجيهات عامة ضمن سياسة حماية المستهلك.

هذا ويرى الفقه أن المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك يتم تقديرها وفق معيار موضوعي بحسب الأصل، أي بالنظر إلى مصالح ورغبات المستهلك العادي، حيث لا يمكن أن يُطلب من المهنيين أن يراعوا الحاجات والرغبات الخاصة بكل فرد[120]، وهذا الرأي ينسجم مع الرأي الذي يرجح المعيار الموضوعي في تقدير حسن النية بوجه عام[121]. على أن التقدير يكون وفق معيار ذاتي بالنسبة للحاجات والرغبات الخاصة التي يتم إدراجها في العقد المبرم بين المستهلك والمهني[122].

يتبيّن من خلال رصدنا لمظاهر مبدإ حسن النية ضمن الأحكام المنظمة لعلاقة الاستهلاك، أن هذا المبدأ أضحى يهيمن على التنظيم القانوني لهذه العلاقة، ما يعكس توجها نحو تعزيز مكانة القيم الأخلاقية في نطاق العلاقات التعاقدية، وجعلها دعامة أساسية في سياسة حماية المستهلك.

خاتمة

يتبين مما سبق أن "تراجع مبدإ سلطان الإرادة في مقابل تعزيز مبدأ حسن النية" هو العنوان المختصر لمجمل التحول الذي شهدته نظرية العقد ضمن أحكام قانون الاستهلاك، وهو تحول يعكس في جوهره تَمْكينٌ للفلسفة الاجتماعية بأبعادها الأخلاقية ضمن النظام القانوني لعلاقات الاستهلاك في مقابل تراجع الفلسفة الفردية التي هيمنت على الأحكام التقليدية لنظرية العقد.

إن التجاذب بين مبدأي سلطان الإرادة وحسن النية هو في الواقع امتداد للتجاذب الحاصل بين المذهبين الفردي والاجتماعي وفلسفتهما بشأن نظرية العقد. وهو تجاذب بين مبدإ يقوم على فكرة أن الحرية التعاقدية هي مصدر العدالة

---

[119] - راجع تعريف الضمان في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

[120] - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op.cit., p. 241.

[121] -علي فيلالي، المرجع السابق، ص 369.

[122] - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op.cit., p. 241 et s.

العقدية وأن العقد خير وسيلة مشروعة لممارسة هذه الحرية وتحقيق المصالح المبتغاة لإطرافه، وبين مبدإ يقوم في المقابل على فكرة أن العقد لا يجب أن يحقق بالضرورة المصالح الفردية لأطرافه، وإنما تتأتى مصالح الطرفين من خلال تعاونهما ومراعاة كل طرف للرغبات والمصالح المشروعة للطرف المقابل دون إفراط في الأنانية بداعي الحرية التعاقدية.

ولم يكن من سبيل -والحال هذه- إلا محاولة التوفيق بين المبدأين، فصار مبدأ سلطان الإرادة باق كأصل لكنه محفوف بقيود حسن النية[123]. فالقانون يضع حدودا لحرية الإرادة لجعل العقد يؤدي وظيفته الاقتصادية كوسيلة تعامل بين الأفراد، ووظيفته الاجتماعية كعامل استقرار مبني على الاستقامة والأخلاق والثقة وغيرها من مقتضيات حسن النية بين الأفراد، حتى إذا تجاوز هاتين الوظيفتين لجمه المشرع[124]، وهو ما عبّر عنه الأستاذ **جاك غستان** بضرورة الموازنة بين النفع والعدالة في العقود، على قاعدة "أن العقد ليس بملزم إلا لأنه نافع، شريطة أن يكون عادلا"[125].

ومع ذلك فإن التنظيم القانوني لعلاقات الاستهلاك يبدو قد تجاوز مجرد التوفيق القائم على جعل مبدإ سلطان الإرادة هو الأصل ومبدإ حسن النية هو الاستثناء، ذلك أن مسلك المشرع يبدو ماض لأبعد من ذلك على نحو يبدو معه أن مبدأ حسن النية يقترب ليكون هو الأصل فيما ينزاح مبدأ سلطان الإرادة شيئا فشيئا نحو دائرة الاستثناء، في ضوء ما رصدناه من تراجع لمبادئ الحرية التعاقدية والرضائية والقوة الملزمة للعقد وأثره النسبي لحساب مبادئ الشفافية والنزاهة ومراعاة المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك.

إن هذه التحولات العميقة التي شهدتها نظرية العقد في ظل القواعد الخاصة، في مقدمتها قواعد حماية المستهلك، جعلت بعض الفقه يرى بحق ضرورة إعادة النظر في المفهوم التقليدي للعقد، وصياغة مفهوم معاصر له، بعد أن أقر هؤلاء بما وصفوها "أزمة" تشهدها نظرية العقد[126].

---

[123] - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 45.

[124] - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 118.

[125] - جاك غستان، المرجع السابق، ص 217.

[126] -جاك غستان ، المرجع السابق، ص187 وما بعدها.

إن التحول -أو بالأحرى التطور- الذي شهدته نظرية العقد ضمن أحكام قانون الاستهلاك، هو نتيجة منطقية لمسعى المشرع نحو الارتقاء بالتنظيم القانوني لعلاقة الاستهلاك إلى مستوى المعطيات الاجتماعية والاقتصادية الراهنة، بغية تدارك خاصية عدم التوازن التي طبعت هذه العلاقة. على أن قانون الاستهلاك وهو يتولى هذه المهمة كثيرا ما ينطلق من نفس معتقدات القانون العام للعقود ويستخدم آلياته، وهو ما جعل الأستاذ علي فيلالي يميل إلى ترجيح فرضية تبعية قانون الاستهلاك للقانون العام للعقود، واعتبار قانون الاستهلاك بمثابة تكييف للقانون العام للعقود[127].

إن التنظيم القانوني المتميز الذي حظيت به علاقة الاستهلاك ضمن قانون الاستهلاك المقارن أدى بالفقه إلى استحداث تصنيف جديد للعقود، يقوم على التمييز بين "عقود الاستهلاك" في مقابل "عقود التوازن" أو"عقود المساواة" (contrats de consommation / contrats égalitaires)[128]، وهو تصنيف تبلورت ملامحه في القانون الجزائري.

127- Ali Filali, op.cit., p.25 et s.

128 – من بين المراجع العامة التي اعتمدت هذا التصنيف:

- François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil - Les obligations, Dalloz, Paris, 8e éd., 2002. n° 74.

- Alain Bénabent, Droit civil - Les obligations, Montchrestien, Paris, 7e éd., 1999, n° 24.

- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام – المصادر الإرادية للالتزام، ج 1، ط 3، 2000، ص 63.

قانـــون العقـــود في مواجهـــة قانـــون المنافســـة

د. سامي بن حملة: أستاذ محاضر
كلية الحقوق- جامعة قسنطينة، الإخوة منتوري

ملخص

لقد عرف العقد باعتباره مفهوما أساسيا ترتكز عليه قواعد السوق تصورا جديدا من منظور قانون المنافسة نتيجة ازدهار الحرية العقدية في المجال الاقتصادي، في الوقت الذي لم تعد فيه العلاقات التعاقدية في السوق متوازنة اقتصاديا نتيجة حالات التبعية الاقتصادية التي تظهر بين المتعاقدين من جهة، وكذلك نتيجة التفاوت في المراكز التعاقدية الناتجة عن حالات القوة الاقتصادية التي تضعف المتعاقد وتؤدي إلى اختلال توازن العقد من جهة اخرى، حيث أصبح العقد يمثل موطنا وحاملا للتصرفات التعسفية التي تظهر في إطار الممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة. وهذا ما أفرز اشكالية تحقيق العدالة العقدية في ظل قصور آليات قانون العقود ومبادئه المُقدسة التي تمّ استبعادها بالنظر للحلول الجديدة التي تضمّنها قانون المنافسة و التي تتلاءم وديناميكية العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق وكذلك أهداف النظام العام في مجال المنافسة.

الكلمات المفتاحية: منافسة– مدني– قانون العقود– الاذعان.

Résumé

Le contrat en tant que notion clef du marché avait connu une nouvelle conception dans le cadre du droit de la concurrence concomitamment à l'évolution récente de la liberté contractuelle dans la sphère économique. Or les relations contractuelles entre les intervenants dans le marché se caractérisent par le déséquilibre économique résultant de l'abus de l'état de dépendance économique ainsi que de l'abus de puissance contractuelle tiré de la puissance économique du partenaire, ce qui fragilise son cocontractant. Ce déséquilibre contractuel constitue le vecteur d'abus contraires aux pratiques concurrentielles. L'insuffisance des mécanismes

du droit des contrats et l'éviction de ses principes fondamentaux par les solutions nouvellement consacrées par le droit de la concurrence, - au demeurant en harmonie avec la dynamique des relations contractuelles nouées dans le cadre du marché et des objectifs de l'ordre public dans le domaine de la concurrence- pose le problème de la justice contractuelle.

Mots clefs : concurrence- droit civil- droit des contrats- adhésion.

مقدمة

لقد ظل القانون المدني يمثل الشريعة العامة لكافة التصرفات القانونية بصفة عامة والعلاقات التعاقدية بصفة خاصة في مختلف مجالات الحياة القانونية. غير أن تطور الحياة الاقتصادية وتغير وظيفة الدولة نتيجة لتبني نمط اقتصادي جديد في إطار اقتصاد السوق، فتح المجال لظهور أشخاص معنوية خاصة على غرار الشركات التجارية والتجمعات الاقتصادية كنتيجة لتكريس الحريات الاقتصادية على غرار حرية التجارة والصناعة والاستثمار وكذلك حرية المنافسة والأسعار في ظل تحرير القطاعات الاقتصادية وانفتاح المرافق العمومية على المنافسة الحرة.

هذا التطور أدى إلى ظهور تشريعات خاصة حملت معها قواعد جديدة غير مألوفة عن تلك القواعد التي كانت تحكم العلاقات التعاقدية ضمن أحكام القانون المدني الذي يُكرّس الحرية العقدية والقوة الملزمة للعقد وكذلك المساواة بين أطراف العقد بغض النظر عن مراكزهم الاقتصادية، بما يهدف إلى استقرار المعاملات المالية خصوصا العلاقات الاقتصادية منها وتحقيق الأمن القانوني في الحياة الاقتصادية.

ومن أبرز هذه التشريعات، قانون المنافسة الذي تضمّن مثل هذه القواعد الخاصة، لاسيما وأنه أولى أهمية كبيرة للعلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق في إطار التصدي للمُمارسات المُنافية والمُقيدة للمنافسة على اعتبار أن أحكامه تهدف إلى حماية السوق وحظر الممارسات التي تمس بالمنافسة والمتدخلين في السوق ومراكزهم التعاقدية، مما أدى إلى تدخل قانون المنافسة في مجال قانون العقود وإخضاع هذا الأخير لمنطق قانون المنافسة، وهذا ما أفرز الكثير من الإشكالات

سواء ما تعلق منها بتحديد مفهوم العقد من منظور قانون المنافسة ومدى مشروعيته خاصة إذا ما تضّمن العقد ممارسة محظورة أو تعسفًا أخل بتوازن العلاقات التعاقدية، وكذلك القيود المتعلقة بالنظام العام في ظل تبني نظام عام اقتصادي جديد يعتبر الضابط للحياة الاقتصادية و للعلاقات التعاقدية التي تظهر في السوق في ظل التباين الذي تتميز به نتيجة للتفاوت الناتج عن الوضعيات الاقتصادية التي يحتلها المتعاقد في السوق.

وإلى جانب المسؤولية المدنية التي تنشأ على أساس الضرر التنافسي الناتج عن الممارسات المنافية للمنافسة، استعان قانون المنافسة بالبطلان كجزاء مدني تمّ الأخذ به ضمن منظومة الجزاءات التي تضّمنها قانون المنافسة مع توظيف جديد نظرا لخصوصية العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق.

لذا يطرح التساؤل عن مدى ملاءمة ومناسبة هذه الحلول في ظل تباين أهداف كل من قانون العقود و قانون المنافسة؟. وكيفية معالجة هذه الإشكالات في ظل وجود قواعد تقليدية لقانون العقود من جهة، ووجود قواعد جديدة يتضمّنها قانون المنافسة من جهة أخرى؟. ومدى تأثير ذلك على تحقيق الأمن القانوني للعلاقات التعاقدية في الحياة الاقتصادية في ظل قواعد قانون العقود والحتميات التي يحملها قانون المنافسة، وكذلك على مبادئ وأحكام قانون العقود في ظل وجود قواعد جديدة قد يصعب استيعابها من قبل القاضي الذي ألف قواعد قانون العقود؟.

وعليه، ومن أجل الإحاطة بجوانب هذه الدراسة سوف نتطرق للمسائل التالية :

- ازدهار الحرية التعاقدية في مجال قانون المنافسة،
- قيود الحرية التعاقدية في إطار النظام العام الاقتصادي الجديد،
- كيفية معالجة مظاهر التعسف وعدم التوازن العقدي،
- وأخيرا بيان كيفية الأخذ بالبطلان كجزاء مدني ضمن قواعد قانون المنافسة.

أولا : ازدهار الحرية التعاقدية في مجال قانون المنافسة

بالرغم من حداثة قواعد قانون المنافسة لم تستغن تشريعات المنافسة الحديثة على العقد كمفهوم أساسي ترتكز عليه قواعد السوق وتدور حوله مختلف الممارسات والتصرفات التي تبرم بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق سواء كانوا متنافسين أو شركاء تجاريين.

لذلك عرف العقد تصورا جديدا من منظور قانون المنافسة من خلال مختلف التصرفات التعاقدية التي تصدى لها لاسيما في ظل حرية المنافسة التي يهدف قانون المنافسة إلى حمايتها .

أ- العقد تصور جديد في قانون المنافسة

العقد كما عرفه المشرع الجزائري ضمن نص المادة 54 مدني هو: « اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما» ، فيعتبر العقد في هذا الاطار اتفاقا يهدف الى إحداث أثر قانوني والذي يتطلب وجود شخصين مستقلين عن بعضهما البعض سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية لقيام الاتفاق وأن تكون لها مصالح متباينة أو مغايرة بما يؤدي إلى اتحاد وجهة نظرهما أي تطابق آرائهما ، فحتى يصبح الاتفاق عقدا يجب أن يستوفي هذا الأخير الخاصيتين السابقتين وأن يتناول العلاقات المالية فتخرج من دائرة العقد كل الاتفاقات التي يبرمها أشخاص القانون العام والتي لا تخضع للقانون الخاص وكذلك الاتفاقات التي لا تتناول مصالح مالية[1].

وقد تضّمن قانون المنافسة[2]، مفهوم العقد ضمن أحكامه سواء نص على ذلك صراحة أو في إطار مفهوم الاتفاق وكذلك العلاقات التجارية.

فعلى سبيل المثال نص قانون المنافسة على العقد في الفقرة 6 من المادة 06 من قانون المنافسة : ".... اخضاع إبرام **العقود** مع الشركاء لقبولهم خدمات اضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية ". ونفس الفقرة تضّمنتها كذلك المادة 07 من قانون المنافسة في إطار حظر الممارسات المقيدة للمنافسة.

---

[1]- على فيلالي : **الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 3**، موفم للنشر، الجزائر ، 2013، ص 44 ومايليها.

[2]- أمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة مؤرخ في 19 يوليو 2003. ج ر 2003. العدد 43، المعدل والمتمم بقانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو 2008. ج ر 2008. العدد 36 ، وقانون رقم 10-08 مؤرخ في 15 غشت 2010. ج ر 2010. العدد 46.

كما نصت المادة 10 من قانون المنافسة على العقد في إطار حظر الممارسات الاحتكارية أو الاستئثارية : " يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الاخلال بها ويحظر كل عمل أو **عقد** مهما كانت طبيعته وموضوعه ...." .

وإلى جانب ذلك، أولى قانون المنافسة أهمية كبيرة لعقد البيع باعتباره أحد أهم التطبيقات للعلاقات التعاقدية التي تظهر في السوق وإن كانت صور البيع التي تضمّنها قانون المنافسة تخضع للحظر باعتبارها بيوع تمس بالمنافسة وبالأطراف المتعاقدة وهذا ما تضّمنته المادة 11 من قانون المنافسة : " يحظر ....

- البيع المتلازم أو التمييزي .
- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا .
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى ....." .

ومن جهة أخرى، فقد تضّمن قانون المنافسة مفهوم العقد من خلال مفهوم العلاقات التجارية التي تدل على وجود علاقات تعاقدية نشأت في السوق مثلما نصت عليه الفقرة 05 من المادة 11 من قانون المنافسة : " ... قطع **العلاقات التجارية** لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة ...". وهذا ما يعكس الاصطلاح الجديد للعقد في الحياة الاقتصادية.

وخلافا لذلك، فقد تضّمن قانون المنافسة مفهوم الاتفاق أو الاتفاقات التي تظهر في السوق بين المتنافسين بالرغم من أن البعض منها يخلو من الطابع العقدي على غرار الاتفاقات التي تحدث بين متنافسين في السوق بغرض التحالف أو عدم التنافس، وهذا ما نصت المادة 6 من قانون المنافسة، حيث ثم حظر الاتفاقات التي تمس بالمنافسة وكذلك المتعاملين من خلال العبارات التالية : " تحظر الممارسات والأعمال المُدبرة **والاتفاقيات والاتفاقات** الصريحة أو الضمنية عندما ....". حيث تخرج هذه الاتفاقات عن مفهوم العقد الذي تنشأ عنه آثار قانونية في ذمة الأطراف المتعاقدة.

وعليه يتضح اتساع مفهوم العقد في الحياة الاقتصادية مما دفع بالمشرع إلى استخدام مفاهيم تعكس التطور الذي تعرفه الحياة الاقتصادية والتصرفات التي تنشأ في السوق، وهذا ما عبّر عنه المشرع بالعلاقات التجارية والاتفاقات التي تأخذ الطابع التعاقدي طالما أنها تبرم بين أشخاص طبيعية أو معنوية مستقلة تؤدي الى إحداث آثار قانونية. بحيث تكتسي هذه الأخيرة الطابع التعاقدي متى أدت الى

إحداث تغيير في الوضعية القانونية للمتعاقدين وذلك باكتساب حقوق وتحمل التزامات جديدة[3].

وعليه، تخرج من دائرة العقد الاتفاقات التي تظهر في السوق والتي لا تنشأ عنها آثار قانونية وإنما تهدف إلى المساس بحرية المنافسة والإضرار بباقي المتدخلين.

ب – العقد مفهوم محوري في اقتصاد السوق

لقد عرف تطور الحياة الاقتصادية ظهور أنماط جديدة للتعاقد في ظل تنوع العلاقات التجارية سواء بين المنتج والموزع أو ما بين باقي المتدخلين في السوق. لذلك أصبح العقد يحتل مكانة هامة ضمن قانون المنافسة بالرغم من تجرده من مفهومه الأصيل واصطلاحه مثلما هو منصوص عليه في القانون المدني.

فأصبح السوق يرتكز على العقد باعتباره آلية قانونية بالرغم من أن التوازن المنشود في السوق لا يندرج ضمن أهداف قانون العقد الذي لا يعرف العلاقات الاقتصادية إلا في إطار العلاقات بين الأفراد، وفي هذا الاطار قد يتعارض الهدف من تحقيق السير الحسن للسوق مع مصالح المتعاقدين التي يتضمنها القانون المدني لأن قواعد المنافسة تتعدى عقد البيع مثلا الذي يبرم بين البائع والمشتري بحيث تأخذ في الحسبان الغير كذلك والذي يظهر في المنافس أو المتدخل في السوق.

من هنا، تظهر أحد أهم المفارقات بين قانون العقود وقانون المنافسة في الامتداد الاقتصادي للعقد وخروجه من النظرة التقليدية وبيئته التي يُهيّئُها له القانون المدني، لاسيما فيما يتعلق بآثار العقد التي تنصرف إلى المتعاقدين دون غيرهما[4]. وهذا ما يعرف بمبدإ الأثر النسبي للعقد[5]. فإبرام العقد وتنفيذه لا يقتصر فقط على إرادة الاطراف وإنما على وجود التنظيم الحسن لسير السوق[6].

ج – الحرية العقدية وحرية المنافسة

يعتبر قانون المنافسة المجال الذي تلتقي فيه الحريات الاقتصادية بالحرية العقدية التي يُكرّسها قانون العقود والتي تشكل أحد مبادئه في ظل سيطرة النزعة الفردية لسلطان الإرادة، حيث تجد الحرية العقدية مجالا واسعا في السوق

---

[3]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 47.

[4] -Patrice Rien, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, éd, L'Harmattan, Paris, 2002, p.86.

[5]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 47.

[6] -Patrice Rien, op.cit., p.86.

الذي يعتبر المجال الطبيعي للحريات الاقتصادية وخصوصا حرية المنافسة، لذلك يرتبط كل من قانون المنافسة والقانون المدني بالحرية العقدية la liberté contractuelle سواء فيما يتعلق بحرية الفرد في التعاقد أو عدم التعاقد من جهة، وكذلك حريته في تحديد مضمون العقد من جهة أخرى.

ونتيجة لذلك ظهر توافق ومُواءمة بين قانون المنافسة و قانون العقد، بحيث يعتبر العقد في هذا الإطار كآلية قانونية لتحقيق النظام الاقتصادي الذي يرتكز على المفاهيم الأساسية التي يتضمنها القانون الخاص: كالملكية والعقد، مما أدى الى ظهور تعايش بين القانون الاقتصادي والقانون المدني على اعتبار أن السوق يمثل حلبة وميدان لتجاذب حقوق الملكية وانتقالها بكل حرية عن طريق العقد، لذلك انتشر مبدأ الحرية العقدية وأصبح متغلغلا في مجال المنافسة .

فحسب الفقه، يعتبر قانون العقود الأداة المُثلى للمبادلات في السوق نتيجة للتماثل الذي يظهر بين حرية المنافسة والحرية العقدية، لذلك اعتبرت الفقيهة P. Salin أن الحديث عن ميدان المنافسة يعني الحديث عن ميدان الحرية العقدية، كما أن التنظيم الجيد والفعّال للسوق لا يكون ممكنا إلا إذا كان القانون يحمي الائتمان والثقة من خلال احترام العقود المبرمة. فاستقلالية الارادة والقوة الملزمة للعقد يعتبران دائما عناصر للسير الحسن للسوق، ذلك أن تنظيم العلاقات الاقتصادية لا بد أن تترك حصريا للخواص ولسلطان الإرادة والحرية العقدية والملكية الخاصة، فهذه هي غاية ممارسة وإبرام العلاقات الاقتصادية، وهذا ما يؤدي إلى ضبط آلي أو ذاتي للمنافسة في السوق عن طريق حرية السوق والحرية العقدية بالرغم من انتقاد هذا الرأي من قبل جانب من الفقه في كون أن تدخل قانون المنافسة جاء لحماية ممارسة الحريات العقدية، وهذا ما أدى الى نشوء نزاع بين المبادئ التقليدية للقانون المدني وحتميات المنافسة [7] .

ثانيا : قيود الحرية التعاقدية في إطار النظام العام الاقتصادي الجديد

لقد ظل العقد منذ زمن بعيد تحكمه الضوابط التي تتعلق بالنظام العام والآداب العامة[8]. وهذا ما يعتبر من مظاهر عيممة العقد[9] من منظوره التقليدي،

---

[7]-Patrice Rien, op. cit., pp. 87 -91.

[8]- لمزيد من التفصيل انظر : علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 239 ومايليها.

[9]- لمزيد من التفصيل، انظر فاضل خديجة، عيممة العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016.

حيث عرفت فكرة النظام العام الاقتصادي تطورا اقترن بتطور قانون المنافسة الذي اعتُبر كضابط لقانون العقود ضمن هذا الاطار .

أ - عيمة العقد في مجال المنافسة

مما لا شك فيه أن تطور المجتمعات والحياة الاقتصادية من خلال تطور أنماط جديدة في العلاقات التعاقدية بين الأفراد من جهة، وتدخل أطراف أخرى في العلاقات التعاقدية لاسيما مع ظهور أشخاص معنوية سواء الخاضعة للقانون الخاص أو للقانون العام من جهة أخرى، فضلا عن التفاوت الذي نتج عن امتلاك الوضعيات الاقتصادية مما جعل العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق غير متوازنة.

هذا التطور أظهر نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ و قواعد تحكم العقد نتيجة تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه من جهة وتكفلها بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا من جهة أخرى، بحيث تأثرت نظرية العقد بسبب هذه المهام الجديدة للدولة، فاهتمام الدولة بالميدان الاقتصادي عن طريق تسييره أو توجيهه جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد وذلك بتقييد إرادتيهما من عدة جوانب [10].

كما أن تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا واجتماعيا جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى النزعة الجماعية بعد أن كان العقد مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم من المجتمع، بحيث أصبح العقد أداة لتحقيق النفع العام مثلما يعبر عنه جميعة العقد Socialisation du contrat مما أدى الى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة واعتبار حقوق الأفراد ليست مطلقة بل مقيدة بالغاية أو المصلحة الاجتماعية التي رسمها القانون ومراعاة ومعالجة التفاوت الاقتصادي بين أفراد المجتمع وهذا ما أدى إلى ظهور قواعد جديدة تحكم العقد سواء فيما تعلق بالحد من الحرية التعاقدية والتدخل في تحديد مضمونه وكذلك الحد من مبدإ الأثر النسبي للعقد، في ظل ظهور نظام عام اقتصادي يدير الاقتصاد ويحمي الفئات الضعيفة وإقرار جزء جديد يتناسب مع المبادئ الجديدة وهذا من أجل الاعتداد بالأوضاع الحقيقية بدلا من الأوضاع المجردة [11] .

---

[10] - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 51-52.

[11] - علي فيلالي، نفس المرجع، ص 53-56 .

وفي هذا الإطار يعتبر قانون المنافسة المجال الملائم لظهور هذه التطورات والتغيرات التي عرفتها مبادئ العقد، لذلك تجّلت مظاهر عيممة العقد في قانون المنافسة سواء فيما يتعلق بالحد من الحرية التعاقدية أو مضمون العقد من جهة، أو ما تعلق بضمان المساواة الفعلية بين الأطراف المتعاقدة وحماية الطرف الضعيف بغية ضمان واستمرار العلاقات التعاقدية في المجال الاقتصادي من جهة أخرى.

ب - تطور مفهوم النظام العام الاقتصادي في مجال المنافسة

يمكن تصنيف النظام العام من حيث مجاله إلى نظام عام سياسي و نظام عام اقتصادي و يتفرع هذا الأخير من حيث وظيفته إلى نظام عام اقتصادي توجيهي Ordre public économique de direction يتولى تنظيم الاقتصاد و نظام عام اقتصادي حمائي Ordre public économique de protection ويسمى أيضا بالنظام العام الاجتماعي Ordre public social يسعى إلى حماية الطرف الضعيف اجتماعيا واقتصاديا الذي يهدف إلى حماية الفئات الضعيفة اقتصاديا واجتماعيا والتي لا تستطيع أن تتمسك أو تمارس حقوقها تجاه الغير الذي يكون في مركز اقتصادي أو اجتماعي أو معرفي أعلى فيفرض شروطه عليه في مختلف العلاقات القانونية التي تقوم بينهما [12].

وكنتيجة للتحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها الجزائر، ظهر مفهوم جديد للنظام الاقتصادي مع تبني الحريات الاقتصادية التي كرّسها الدستور الجزائري منذ 1989 من خلال تكريس حرية التجارة والصناعة [13]. أو في إطار تعديل 2016 من خلال تكريس حرية التجارة و الاستثمار [14].

وهذا ما جسّده المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون المنافسة في الفقرة د من المادة 03 التي أسسّت لنظام عام اقتصادي جديد في مجال المنافسة Ordre public concurrentiel حيث نصت على ما يلي : " الضبط كل اجراء أيا كانت طبيعته صادر عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق وحرية المنافسة ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها

---

[12] - علي فيلالي، **مقدمة في القانون**، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 145 ومايليها.
لمزيد من التفصيل ، أرجع إلى : علي فيلالي، **الالتزامات: النظرية العامة للعقد، المرجع السابق،** ص 280 وما يليها.

[13] - راجع المادة 37 من الدستور قبل تعديل 2016.

[14] - راجع المادة 37 من الدستور بعد تعديل 2016.

وسيرها المرن وكذلك السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها وذلك طبقا لأحكام هذا الأمر " .

فبالرغم من الغموض الذي يتعلق بنوع أو طبيعة النظام العام الاقتصادي فيما إذا كن يندرج ضمن النظام العام التوجيهي الذي يهدف إلى حماية السوق أو أنه نظام حمائي يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في السوق، يبقى للنظام العام في مجال المنافسة طابع خاص تعكسه أهداف قانون المنافسة التي تمثل المرآة للسياسة المنتهجة في مجال المنافسة والتي تأخذ في الغالب بالمصلحة العامة .

ففي إطار اقتصاد السوق الذي يرتكز على المبدإ الدستوري حول حرية التجارة والصناعة وما ينبثق عنها من حرية الأسعار والمنافسة والحرية العقدية، يُبرر تدخل الدولة ووضعها للحواجز في الحد من التجاوزات التي تنتج عن الحرية الفردية التي تمس أو يمكن أن تمس بالحرية المشتركة، من هذه الزاوية يمكن تبرير فكرة النظام العام الذي تأثر بالبُعد التوجيهي[15]. فعلى سبيل المثال إذا كانت الأحكام المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة تهدف إلى حماية المتعاملين فمعنى ذلك أنها لا تندرج ضمن النظام العام الاقتصادي التوجيهي [16].

وحسب تمييز الفقيه Carbonnier يظهر هدف النظام العام الحمائي في حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في بعض العقود، في حين أن النظام العام التوجيهي يرتبط بالتوجيهات المتعلقة بالاقتصاد الوطني واستبعاد كل ما يعوق هذه التوجيهات، لذلك تنازل النظام العام الحمائي عن مكانه للنظام العام التوجيهي[17].

فإزدواجية قانون المنافسة تجعل النظام العام الاقتصادي التوجيهي يتعارض مع النظام العام الحمائي لأن الأول يضع القواعد الآمرة التي توجه السياسة الاقتصادية والمالية والنقدية للدولة، في حين أن الثاني يضع القواعد الآمرة التي يهدف من ورائها المشرع إلى حماية الطرف الذي يعتبر في وضعية ضعف في العلاقة التعاقدية، لذلك فإن كلا النظامين يتمايزان نظريا بحسب طبيعة المصالح المحمية.

ولكن بالرغم من هذا الاختلاف، فقد لا يكون هذا الطرح في محله إذا ما اعتبرنا أن حرية المنافسة هي الأصل وبالتالي لا يمكن أن يحصل تعارض بين

15- Marielle Martin, Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence, PUAM, 2012, p.364.

16- Pascal Lehuédé. Droit de la concurrence .éd .Bréal. Paris, 2012, p.178.

17- Marielle Martin, op.cit., p.364, 365.

المصلحة العامة والمصالح الخاصة المرتبطة باحترام قواعد المنافسة، لذلك يعتبر البعض بأن النظام العام الاقتصادي في مجال المنافسة له طابع خاص، ولم يعد النظام العام الاقتصادي نظاما توجيهيا بعد تكريس حرية المنافسة وإنما أصبح كنظام اقتصادي جديد un nouvel ordre économique لأنه يكرس مبدأ اقتصاد السوق مع إخضاع الاقتصاد إلى الرقابة، لذلك اعتبره البعض من الفقه بأنه نظام عام تنظيمي ordre public d'organisation أو أنه نظام عام مختلط ordre public mixte لأنه يجمع في بعض الأحيان بين حماية فئة من المتعاملين وحماية القواعد التي تحكم العلاقات الاقتصادية [18].

ج - تأثير النظام العام الاقتصادي في مجال المنافسة على حرية التعاقد

لا يوجد في الأصل أي صلة بين توازن العقود والمساس بالمنافسة فكل عقد نشأ بحرية يكون تنفيذه مشروعا وفقا للقانون المدني، غير أن العقد قد يمس بالمنافسة عندما يشكل اتفاق اتحاد أو تحالف بين المتنافسين في السوق، وبالمقابل قد يُبطل العقد الذي يحتوي على تدليس حتى لو لم يمس بالمنافسة. لذلك يتجّلى هدف قانون المنافسة في ضبط السوق وليس إعادة التوازن للعقد، فالمتعاقدان أحرار في تحديد السياسة التجارية في السوق سواء كان العقد متوازنا أم لا، وبالرغم من ذاك تبقى الحرية العقدية ضرورية في السوق على اعتبار أن حرية المنافسة والحرية العقدية يُكمّلان بعضهما، غير أنه بالنسبة لقانون المنافسة فإن صحة العقد لا ترجع لعناصره الداخلية وإنما ترتبط بالبيئة الاقتصادية والقانونية، بحيث تظهر أهمية العقد في السيطرة على السوق والحصول على مزايا وحصرية [19].

هذا، وإذا كانت المؤسسات الاقتصادية تسعى إلى الهيمنة على السوق لاسيما عن طريق التجمع، فقد تضمن قانون المنافسة قواعد موجهة بالأساس ضد الإفراط وصور التعدي التي قد تظهر في السوق وجميع صور الاستغلال التعسفي لهذه الحريات المستمدة من قانون العقود لاسيما قواعد المسؤولية التقصيرية التي تعتبر كجزاء للمنافسة غير المشروعة، إلى جانب صور الحظر التي أقرها قانون المنافسة بالنسبة للعقود والشروط التعاقدية التي تمس بحرية المنافسة وبتوازن العلاقات العقدية [20]،

---

[18]-Patrice Rien, op.cit., pp. 102-105.

[19]-Ibid, p.55 et 88

[20]- راجع المواد : 06، 07 و11 من قانون المنافسة .

والتي تلحق أضرارا بالمتدخلين في السوق لاسيما الأعوان الاقتصاديين التي لا تحتل وضعيات اقتصادية مُفضلة في السوق.

فالنظام العام الاقتصادي يُكرّس أسبقية حرية المنافسة على الحرية العقدية، وهذا ما يظهر في استبعاد المبادئ الأساسية للقانون المدني لاسيما مبدأ الحرية العقدية على اعتبار أن مقاربة القانون المدني للعلاقات التعاقدية ليس هي نفس المقاربة بالنسبة للسوق لاسيما بالنسبة للعلاقات التعاقدية العمودية، فلا يكون للعقد محل من وجهة النظر التقليدية للقانون المدني على اعتبار أن العقد عبارة عن اتفاق مُولّد générатrice للالتزامات، فلا تظهر إلا الالتزامات التي يكون مصدرها العقد خلافا للمقاربة التي تظهر في مجال المنافسة في كون أن بعض العقود لا تُعبر عن العلاقات المتبادلة و إنما تُعبّر عن الخصومة والتنافر والتنافس في مجال المنافسة، فبالرغم من أن قانون العقود يستلزم وجود اتفاق وتبادل إرادتين وأن يكون الرضا خاليا من العيوب فإن قانون المنافسة يستلزم مطابقة العقد لقواعد المنافسة التي تحكم العلاقات الاقتصادية وقواعد الشفافية [21].

ثالثا : معالجة مظاهر التعسف و عدم التوازن العقدي

بالرغم من مظاهر الحظر التي تُميز أحكام قانون المنافسة والتي تتعلق في أغلبها بالممارسات المنافية والمقيدة للمنافسة، يظهر العقد كحامل لهذه الممارسات والتصرفات التعسفية تحت ذريعة الحرية العقدية بالرغم من أن قانون العقود يهدف إلى تحقيق العدالة العقدية من خلال المبادئ والأحكام التي تضّمنها في الوقت الذي لم تعد فيه العلاقات التعاقدية متوازنة اقتصاديا، منها ما ينتج عن حالات التبعية الاقتصادية بين المتعاقدين ومنها ما ينتج عن حالات القوة الاقتصادية التي تؤدي إلى اختلال توازن العلاقة التعاقدية. وهذا ما أدى إلى ظهور ممارسات تعسفية في السوق لتأتي أحكام قانون المنافسة للتصدي لهذه المظاهر في ظل وجود أحكام قانون العقود التي تبقى تمثل الشريعة العامة.

أ - القدرة التعاقدية من منظور قانون العقود و قانون المنافسة

أصبح الفقه حديثا يهتم بالمراكز التعاقدية لأطراف العقد لاسيما بالنسبة للعلاقات التعاقدية التي تظهر في السوق وهذا ما دفع ببعض المشرعين إلى وضع

[21]-Patrice Rien, op.cit., p.91 et 241.

أحكام خاصة تأخذ بعين الاعتبار القدرة التعاقدية للمتعاقد puissance contractuelle ومدى تأثيرها على توازن العقد.

1 – القدرة التعاقدية من منظور قانون العقود

يعتبر السوق البيئة الملائمة لظهور الممارسات التعسفية في العلاقات التعاقدية التي تبرم بين المتدخلين في السوق نتيجة للتفوق الاقتصادي أو المالي الذي يتمتع به أحد أطراف العلاقة التعاقدية في مواجهة الطرف الآخر أو لأن هذا الأخير يعاني من وضعية ضعف، لذلك تكون العقود في هذا الإطار موطنا لمظاهر التعسف و التي تشكل ممارسات تعسفية يحظرها قانون المنافسة .

أما بالنسبة لقانون العقود لا يعتد بوضعية المتعاقد و قدرته التعاقدية فيما إذا كان طرفا قويا أو طرفا ضعيفا، فالأطراف متساوية في العملية العقدية سواء كان أحدهم في وضعية قوة أو أنه في وضعية ضعف، على اعتبار أن مسألة الحرية العقدية مسألة بديهية ومسلم بها، حيث تكون العلاقات التعاقدية مجردة عن الواقع و الوضعيات التعاقدية وكذلك علاقات القوة، لذلك لا يؤخذ بعين الاعتبار حالة القوة وحالة الضعف عند تطبيق المبادئ التعاقدية[22].

فقواعد قانون العقود تأخذ بالمساواة النظرية بين أطراف العقد دون الأخذ في الحسبان المراكز والوضعيات الاقتصادية والمالية للمتعاقدين، في حين تترك مسألة تحقيق العدالة العقدية للقاضي في إطار عقود الإذعان[23] . لذلك انتقد الفقه قانون العقود في كون أنه لا يؤخذ بالحقيقة العقدية و لا بمسألة حماية الطرف الضعيف في العقد، ليتمّ معالجة هذا النقص في إطار القواعد الخاصة (قانون المنافسة) التي تؤخذ بعين الاعتبار وضعيات أو مراكز القوة التي يتمتع بها المتعاقد.

ومرد عدم أخذ قانون العقود بقوة المتعاقد وقدرته التعاقدية وتدخله لحماية الطرف الضعيف تعود لاعتبارات تتعلق بالعدالة الاجتماعية، ذلك أن هذا التدخل قد يؤدي إلى تخريب والمساس بأمن العلاقات التعاقدية لاسيما العلاقات الاقتصادية، فالحيادية عامل أساسي لتكوين العملية التعاقدية شريطة عدم تعسف الطرف القوي بالنظر لوضعيته بهدف انتزاع مزايا وفوائد لصالحه.

---

[22]-Grégoire Loiseau, La puissance du contractant en droit commun des contrats .A.J.C.A. décembre, 2015, p.496.

[23]- راجع المادة 110 مدني.

ومهما يكن، تبقى الأحكام الخاصة التي جاءت من أجل التكيّف مع هذه الوضعيات لا تُؤثر على مجال تطبيق قانون العقود[24].

2- القدرة التعاقدية من منظور قانون المنافسة

إذا كان قانون العقود يرتكز على مبدأ المساواة المجردة بين المتعاقدين في العقد فإن التشريعات الحديثة على غرار قانون المنافسة أصبحت تأخذ بواقع وحقيقة العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق سواء قبل أو عند أو أثناء تنفيذ العقد وهذا نتيجة لظهور تفاوت بين أطراف العلاقة التعاقدية من جهة، وعدم فعالية قانون العقد نتيجة لهذا التغير من جهة أخرى.

فتوجه القانون اليوم وتطوره بالنظر لوضعية المتعاقد الذي قد يتعرض للتعسف تتم معالجته في اطار القواعد الخاصة التي تأخذ بعين الاعتبار وضعيات ومراكز القوة التعاقدية في حين يبقى القانون المدني كقانون متزامن ومعاصر لهذه الأحكام[25].

لذلك أصبح قانون المنافسة يُملي أحكامه على التصرفات التعاقدية ومعالجته للممارسة التعسفية مع المحافظة على الحرية العقدية[26]، فحسب قانون المنافسة تأتي القدرة أو القوة التعاقدية من وضعيتين:

- المكانة الاقتصادية للمتعاقد في السوق بالنظر للمتعاقد الآخر وكذلك باقي المتدخلين في السوق، فإذا امتلك حصة معتبرة في السوق فإن ذلك يعتبر مؤشرا على هيمنته و قوته في السوق وهذا ما يشكل بالنسبة له منطقة أمان.

- أما الوضعية الثانية فهي تتعلق بالعلاقات التعاقدية غير متوازنة عندما يكون لطرف القدرة على فرض شروطه التجارية على الآخر بالرغم من أن قانون المنافسة لا يتدخل في المفاوضات التجارية على اعتبار أنه يهدف الى حماية السوق[27].

---

[24]-Grégoire Loiseau, op.cit., p.496, 498.

[25]-Grégoire Loiseau, op.cit., p.496.

[26]-Guillaume Mallen, L'appréhension des pratiques restrictives pour les autorités françaises et européennes de la concurrence .éd. l'harmattan, Paris, 2014, p.24.

[27]-Frédéric Puel et Virginie Rebeyrotte ,Abus de puissance contractuelle et pratique anticoncurrentielle. A.J.C.A. Décembre, 2015, p.499, 500.

ب – معالجة التعسف في العلاقات التعاقدية

قد ينشأ العقد صحيحا غير أنه قد يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة عندما يكون مصدرا للتعسف نتيجة للوضعية الاقتصادية التي يتمتع بها أحد المتعاقدين في السوق .

1 - العقد كمصدر للممارسات المقيدة

تعتبر الممارسة المقيدة تصرفا تعاقديا تعسفيا تصدر عن متعامل بغرض الاضرار بشريكه المتعامل معه فهي تؤدي إلى تفجير علاقة الثقة التي نشأت عن العقد بواسطة التعسف، لذلك فهي تندرج في إطار العلاقات الاقتصادية غير المتوازنة من خلالها يمارس أحدهم سلطته و هيمنته على الآخر [28] .

وبعبارة أخرى تُعبّر الممارسة المقيدة في حالة عدم انتظام داخلي للعلاقة التجارية التعاقدية المنظمة والتي تشكل تعسفا لحق بالعقد المبرم بينهما، لذلك تعتبر الممارسة المقيدة تصرفا تعاقديا تعسفيا ينتج عن الاستغلال المفرط لامتياز أو حق أو حالة واقعية، والذي وجد بيئة ملائمة في إطار قانون المنافسة، لذلك أصبح هذا الأخير يعرف بقانون التعسف un droit de l'abus.

فالممارسة المُقيدة تعتبر تعسفية على اعتبار أنها غيّرت وأساءت و شوهت القدرة التنافسية للمتعامل الذي تفاجأ بها والذي يعتبر كمتعامل متعاقد في مواجهة صاحب التصرف التعاقدي، لذلك يشكل العقد في هذا الإطار ناقلا أو حاملا للتعسف le vecteur .

فجميع الممارسات المقيدة لها طابع اتفاقي بحيث يعتبر العقد البيئة المناسبة لظهور الممارسات المقيدة، لذلك عرف العقد فشلا في العلاقات السوقية لأنه لا يُعبّر في هذا الإطار عن مصالح مشتركة بين المتعاملين المهنيين وهذا ما يظهر في عدم التوازن بين المتعاقدين، أي أنه يعتد بالحتمية الاقتصادية للمتعاقد.

كما أن الممارسات المقيدة تأخذ بالمفهوم الواسع للاتفاق والتي يمكنها أن تظهر في جميع مراحل التعاقد حتى قبل العقد و هذا ما يظهر في حالة رفض التعاقد[29]، أو عند تنفيذ العقد كالتمييز في شروط البيع[30]. وكذلك عند إنهائه

---

[28]-Guillaume Mallen, op.cit., p.19.

[29]- راجع الفقرة 2 من المادة 11 من قانون المنافسة التي نصت على حظر رفض البيع بدون مبرر شرعي.

في حالة القطع الإنفرادي للعلاقة التجارية [31]. هذه الحالات التي يقوم بها المتعامل إنما ترجع إلى قدرته الاقتصادية .

وفي هذا الإطار تعتبر الممارسة المقيدة جزءا من تركيبة العقد فتصبح عنصرا أساسيا في العقد بعدما تم إدراجها بصفة منفردة من قبل صاحبها مما يشكل إضرارا مباشرا بالمتعاقد، أما إذا كان التعسف منعزلا وبسيطا فيجب الأخذ في الحسبان الإطار التعاقدي لأن التعسف قد ينتشر بصفة سلبية في مجال المنافسة كما قد يتعدى المتعاقد فيصبح العقد في هذا الإطار سلاحا خطيرا في مواجهة السوق[32].

2- عقود الاذعان كموطن ملائم للتعسف

خلافا لباقي المُمارسات المحظورة في قانون المنافسة تتميز الممارسات المقيدة بطابعها المنفرد بالرغم من ظهورها في مجال العقد لاسيما في إطار العلاقات التعاقدية الأفقية.

وفي هذا الإطار تتميز عقود الاذعان[33] بالسرعة والشكلية الموحدة استجابة للحياة الاقتصادية كعقود التوزيع مثلا على اعتبار أنها تحقق الانسجام التجاري لاسيما إذا كانت تنتمي لشبكة توزيع حصرية فيكون لجميع المتعاملين نفس الشروط التعاقدية.

وفي هذا الإطار تكون عقود الإذعان فرصة لإقحام الممارسة المقيدة ضمن العقد بطريقة منفردة من خلال إدراج شروط عقدية مُنافية للمنافسة كون أن عقود الإذعان تعتبر كإتفاق لم يتم التفاوض عليه فيكون مضمون العقد محددا بصفة كلية أو جزئية قبل التعاقد [34] .

كما يعتبر العقد الإطار le contrat cadre إطارا تعاقديا ناجعا من أجل ارتكاب الممارسات المنافية للمنافسة و إدراج شروط غير قانونية بصفة صريحة أو ضمنية، كذلك الحال بالنسبة للعقود النموذجية contrats type التي تعتبر نوعا

---

[30]- راجع الفقرة 3 من المادة 11 من قانون المنافسة و كذلك الفقرة 5 من المادتين 6 و7.

[31]- راجع الفقرة 5 من المادة 11 من قانون المنافسة.

[32]-Guillaume Mallen, op.cit., p.19.22 et 457.

[33]- لمزيد من التفصيل حول عقد الاذعان، راجع علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 7 ومايليها.

[34]-Guillaume Mallen, op.cit., p.457 et 458.

من عقود الإذعان لاسيما في إطار عقود التوزيع على اعتبار أنها تُعد مُسبقا من قبل المؤسسات الاقتصادية الكبرى في شكل نموذج تتضمن شروطا عامة للعقد تدمج فيها شروط مُقيدة .

وبذلك يتجلّى توحيد الإرادة العقدية في إطار هذه العقود على اعتبار أنها تهدف إلى تسهيل إبرام العقود بسرعة والابتعاد عن مناقشة شروط العقد بحيث لا يمتلك المتعاقد الآخر إلا أن ينضم إليها أو عدم الانضمام لذلك سُمّيت هذه الفئة من العقود بعقود السوق contrats de marché، وبالرغم من ذلك تبقى عقود الإذعان كاتفاق رغم أنه محدد بصفة منفردة [35].

ج – مظاهر التعسف في العلاقات التعاقدية

في ظل عجز قواعد قانون العقد عن معالجة مظاهر التعسف التي تظهر في العلاقات التعاقدية السوقية تدخلت قواعد قانون المنافسة للتصدي لحالات التعسف التي تنتج عن حالات التبعية الاقتصادية، فضلا عن الوضعيات الاقتصادية التي تنتج عنها حالات عدم توازن عقدي.

1 - التعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية للمتعاقد

خلافا لأحكام قانون العقد التي تضمّنها القانون المدني الجزائري، تصدّت بعض التشريعات المقارنة على غرار قانون العقود الفرنسي[36] لمسألة التعسف الناتج عن التبعية الاقتصادية بالرغم من تصدي تشريعات المنافسة لهذه المظاهر التعسفية في إطار حظر الممارسات المنافية للمنافسة والمقيدة لها[37].

فأصبح يعتد بالإكراه الناتج عن التعسف في حالة التبعية إلى جانب عيوب الإرادة، بحيث أصبحت هذه الحالة كصورة للإكراه مثلما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي اعتبر الإكراه الاقتصادي كإكراه وليس كغُبن بالرغم من وجود حالة الضعف situation de faiblesse في جانب المتعاقد الآخر الذي يعتبر في وضعية تبعية[38] .

---

[35]-Guillaume Mallen, op.cit., p.460 et 463.

[36]- راجع المادة 1143 مدني فرنسي التي أشارت إلى مفهوم الاكراه الاقتصادي violence économique ضمن القواعد العامة للعقود في إطار تعديل 16 فيفري 2016 بالرغم من أن المادة لم تنص عليه صراحة.

[37]- انظر المواد: 6 . 7 . 11 من قانون المنافسة .

[38]-Muriel Chagny, Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif .A.J.C.A, Paris, 2016, p.115, 116.

ولم يسلك المشرع الجزائري هذا المنحى ضمن أحكام قانون العقد المتعلقة بالإكراه [39]،التي لم تضع أي آلية للقاضي للتصدي لحالات الإكراه الناتجة عن الهيمنة الاقتصادية لاسيما إمكانية إبطال العقد خلافا للقواعد الجديدة التي تضمّنها التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي ضمن المادة 1143 التي نصت على[40] :

" il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.".

وعليه، فقد أصبح الإكراه يتعلق بتعسف المتعاقد الناتج عن حالة الضرورة أو التبعية التي يتواجد فيها المتعاقد الآخر الذي يستغل وضعيته هذه من أجل الحصول على تعهد منه، بحيث لولا هذه الوضعية لما تحصل عليه و بالتالي يكون قانون العقد خلافا للمشرع الجزائري قد وضع أحكاما لمعالجة حالة الإكراه الاقتصادي الذي يظهر في العقد بالرغم من الجدل الذي ظهر حول طبيعته وكذلك حول أثره في العقد .

بحيث يرى البعض بأن الإكراه الاقتصادي لا يعتبر سببا لإعادة النظر في العدالة العقدية للعقد طالما أن المتعاقد الآخر قبل بشروطه، وقد قدم الاجتهاد القضائي الفرنسي تعريفا للإكراه الاقتصادي في 03 أفريل 2002 على أنه استغلال تعسفي لوضعية تبعية اقتصادية تعمل على جلب مصلحة من خلال إلحاق أذى يهدد بصفة مباشرة المصالح المشروعة للشخص الذي شاب رضاه عيب الإكراه[41].

وبالتالي فقد اعتبر القضاء هذا النوع من العيب على أنه إكراه و ليس غُبنا بالرغم من التقارب الذي يظهر بينهما، في حين أطلق عليه البعض تسمية الغبن المصنف lésion qualifiée الذي يظهر نتيجة الاستغلال التعسفي لحالة الضعف بما يسمح للطرف القوي من الحصول على امتياز حصري على حساب الطرف الآخر المتضرر[42].

---

[39]-راجع المواد: 88- 89 مدني.

[40]-Art.1143, ordonnance n, 2016-131, JORF 11 févr.2016, Réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016.

[41]- Grégoire loiseau, op.cit., pp.496-498.

[42]-Pascal Angel «Article 1142 : Violence économique» R D C, n° 03 septembre 2015, p.747.

بحيث يشترط لتوافر هذه الحالة أن يكون الإكراه قد صدر عن استغلال حالة التبعية الناتجة عن وضعية الهيمنة وأن يحصل على فوائد ومزايا يجنيها لصالحه فالتعسف في وضعية التبعية يعتبر عاملا أساسيا في ظهور عيب الإكراه[43].

هذا، ويعتبر مفهوم الإكراه الاقتصادي مفهوما واسعا يتضمن جميع صور حالات التبعية الاقتصادية التي تتعلق بالتوازن المالي للعقد، وفي هذا الإطار يظهر أثره فقط على المتعاقد الآخر دون الغير خلافا لقانون المنافسة الذي تصدى للتعسف الناتج عن وضعيات الهيمنة[44]، وكذلك وضعيات التبعية الاقتصادية[45]، التي تظهر في العلاقات التعاقدية بين المتعاملين الاقتصاديين في السوق سواء كانوا منافسين أو شركاء تجاريين.

أما عن أثر الإكراه الاقتصادي على العقد، فقد اعتبر الفقه بأن محاولة بعض التشريعات للتصدي لحالة الاستغلال الناتجة عن الإكراه قد تمس بالأمن القانوني في المجال العقدي بالرغم من أنها تسعى إلى تحقيق الحد الأدنى من العدالة العقدية طالما أن عدم التوازن الاقتصادي يؤدي إلى عدم التوازن العقدي والذي يعطي للقاضي إمكانية مراجعة العقد كما هو الحال في بعض التشريعات الأوروبية، بالرغم من وجود الحلول التقليدية التي يرجع فيها الطرف الضعيف إلى طلب إبطال العقد خلافا لباقي عيوب الإرادة التي تظهر فيها إمكانية الإبقاء على العقد[46].

وعليه، وبغض النظر عن معالجة الإكراه الاقتصادي ضمن القواعد العامة تبقى الحلول التي يُقدمها قانون العقد بعيدة عن تلك التي يتضّمنها قانون المنافسة لاسيما إذا كان المتعاقد الضعيف يرغب في الإبقاء على العلاقة التعاقدية.

2 - معالجة عدم التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية

لقد ظلت مسألة معالجة عدم التوازن العقدي محل اهتمام الفقه لاسيما مع التطور الذي عرفته العلاقات التعاقدية في الحياة الاقتصادية وما تبعه من ظهور أحكام خاصة سواء ضمن قانون المنافسة أو قانون الاستهلاك التي تهدف إلى حماية المتعاقد المتضرر جراء هذه الوضعية في ظل قصور أحكام قانون العقد

---

[43]-Grégoire Loiseau, op.cit., p.498.

[44]- راجع المادة 7 من قانون المنافسة.

[45]- راجع المادة 11 من قانون المنافسة.

[46]-Pascal Angel, op.cit., p.747.

بالرغم من أن هذه الأخيرة تضمنّت أحكاما تهدف إلى تحقيق العدالة العقدية في إطار عقود الإذعان .

2-1- عدم التوازن الاقتصادي كمصدر لعدم التوازن العقدي

نتيجة لمظاهر عدم المساواة بين المتعاملين في السوق، أقر المشرع في إطار قانون المنافسة حظر الممارسات المقيدة التي تمس بتوازن العلاقات التجارية، لذلك تهدف هذه الأحكام إلى ضمان توازن العلاقات بين المهنيين مهما كان شكلها. وفي هذا الإطار تصبح الممارسات المقيدة كممارسات تعسفية لتندرج في إطار نظرية التعسف في استعمال الحق على اعتبار أنها تُشكل تعسفا في المركز التعاقدي للمتعامل الاقتصادي في مواجهة المتعاقد الآخر.

لذلك تهدف هذه الأحكام إلى حماية المتعامل الضعيف والبحث عن توازن العلاقات التعاقدية في ظل تمتع المتعاقد بمركز تعاقدي قوي في مواجهة المتعاملين معه بالرغم من أن عدم التوازن الجوهري ينتج في الغالب عن الشرط التعسفي خلافا لحالة امتلاك المركز الاقتصادي الذي قد لا يُؤدي إلى عدم التوازن.

وفي هذا الإطار يتم تقدير عدم التوازن العقدي على أساس وجود إمكانية التفاوض وليس على أساس علاقة القوة بين الطرفين لذلك يظهر عدم التوازن في عقود الإذعان .

وبالرغم من ذلك، فإن عدم المساواة التي تنتج عن القوة الاقتصادية للمتعاقد أو المركز الاقتصادي للمتعاقد قد تؤثر على قدرة التفاوض، لذلك فلا يستبعد عدم التوازن في هذا الإطار أي في العقود التي تمّ التفاوض حولها طالما أن العلاقة غير متوازنة، فقد يظهر عدم التوازن حتى في الاتفاقات التي تمّ التفاوض حولها، لذلك يعتبر الاجتهاد القضائي بأن أي علاقة اقتصادية غير متوازنة تشكل دليلا على وجود ممارسة مقيدة وهذا ما يستدعي دراسة الغاية من تحقيق التوازن العام للعقد بعيدا عن علاقة القوة بين الطرفين [47].

فعدم التوازن يظهر عند الاستغلال التعسفي لمركز القوة والتي يقابلها خضوع الطرف الآخر في ظل قدسية القوة الإلزامية للعقد والحرية العقدية على

47-Mary Claude Mitchell et Tiphaine de Lannoy, Abus de Puissance Contractuelle et Pratiques Commerciales Restrictives .A.J.C.A. Décembre 2015, p.504, 506 et 507

حساب عدم التوازن العقدي الذي قد يكون مُبتغى الأطراف المتعاقدة دون أن يُعتبر كحالة مرضية، فعندئذ لا يتم مُعاقبة هذه الوضعية [48].

وإذا كان قانون العقود الجزائري لم يعالج حالة عدم التوازن العقدي الناتجة عن عدم التوازن الاقتصادي واستغلال مراكز القوة الاقتصادية تاركا ذلك للأحكام الخاصة التي تضمّنها قانون المنافسة المتعلقة بحظر التعسف في وضعية الهيمنة وكذلك التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية إذا كانت هذه الشروط التعاقدية تمس بحقوق والتزامات المتعاقد وتجعلها غير متكافئة، وهذا في ظل استبعاد تطبيق الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية التي نصت عليها المادة 30 من القانون 04-02 المعدل والمتعلق بالممارسات التجارية في العلاقات بين المتعاملين الاقتصاديين وحصرها فقط في العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين المهنيين والمستهلكين، خلافا للمشرع الفرنسي الذي تدارك المسألة منذ تعديل قانون المنافسة لسنة 2008 ليُوسع مجال تطبيق الحظر على الشروط التعسفية لتشمل كذلك العلاقات بين المهنيين [49].

فبهذا النص يكون المشرع الفرنسي، خلافا للمشرع الجزائري، قد وضع حدا للتجاوز والتعدي على الحرية العقدية ضمن قانون المنافسة في حالة وجود تفوق اقتصادي في العلاقات بين المهنيين.

ومنه، فإن معالجة مسألة عدم التوازن الجوهري تشمل كذلك العقود التي تم التفاوض فيها بكل حرية من خلال تمكين القاضي من فرض رقابة على العقد المبرم بين الأفراد خلافا للأحكام الخاصة التي وضعت جزاءات لعدم التوازن الجوهري مما يطرح عدة اشكالات تتعلق بسلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية [50].

---

[48]-Sarah Bros, Article 1169, Le Déséquilibre Significatif, n° 3, septembre 2015, p.761.

[49]- لقد تم تعديل المادة 442-6 تجاري فرنسي بموجب القانون 04 أوت 2008 المتعلقة بحظر عدم التوازن الجوهري.
راجع. - Pascal Léhuéde, op.cit., p.159.

[50]-Ibid, p.761.

2-2- عقد الإذعان كمصدر لعدم التوازن العقدي

ما يزال عقد الإذعان محل جدل فقهي وكذلك تشريعي في ظل وجود أحكام خاصة حاولت معالجة مظاهر عدم التوازن العقدي التي يفرزها عقد الإذعان فيما إذا تضمّن شروطا تعسفية بالموازاة مع الأحكام التي تضمّنها قانون العقود [51].

وخلافا للمشرع الجزائري فقد ميّز المشرع الفرنسي بين عقد المساومة le contrat de gré à gré الذي يبرم عن طريق المفاوضات بين أطرافه وبين عقد الإذعان الذي تحدد شروطه الأساسية من قبل أحد أطرافه، وهذا ما نصت عليه المادة 1110 المعدلة من القانون المدني الفرنسي[52].

ومنه، فإن عدم التوازن العقدي قد يظهر فقط في العقد الذي لم يتم التفاوض حوله أي في عقد الإذعان عندما يتعرض المتضرر لتعسف من الطرف الآخر فيحدث عدم توازن في العقد نتيجة استغلال مركزه القوي بهدف الحصول على امتيازات أو فرض التزامات على المتعاقد الآخر دون مقابل اقتصادي، لذلك يرى البعض أنه من الضروري حصر عدم التوازن العقدي في التعسف الذي ينتج عن عقود الإذعان [53].

وفي هذا الإطار نجد بأن المشرع الجزائري يعتبر بأن الشرط التعسفي الذي يتضمنه عقد الإذعان هو الذي يؤدي إلى عدم التوازن العقدي مثلما نصت عليه المادة 110 مدني. وخلافا لذلك وسّع المشرع الفرنسي مفهوم عدم التوازن العقدي ليرتبط بحالة عدم التوازن الجوهري le déséquilibre significatif في الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد دون الشرط التعسفي.

وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1171 مدني فرنسي في إطار تعديل 16 فيفري 2016، حيث نصت على[54]:

" Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principale du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation."

---

[51]- راجع المواد : 70، 110، 112 مدني.

[52] -Romain Boffa : Article 1108 : Le contrat d'Adhésion, RDC, n° 3, septembre, 2015, Paris, p.736.

[53] -Sarah Bros, op.cit., p.761.

[54] -Art.1171, ordonnance n° 2016-131, JORF 11 févr.2016, réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016.

وعليه، يمكن للمتعاقد المتضرر إلغاء الشروط التي تشكل عدم توازن جوهري في العقد مع استثناء حالتي الغبن و عدم ملائمة السعر[55].

غير أن إدراج هذا النص ضمن القواعد العامة قد يطرح مسألة تحديد مجال ونظام ومفهوم عدم التوازن الجوهري، ذلك أن إدراج مفهوم عدم التوازن الجوهري في القانون المدني يمنح للقاضي سلطة تنقيح وحذف الشروط التي تؤدي إلى هذه الوضعية، غير أن خضوع أغلب العقود لقانون الاستهلاك و كذلك قانون المنافسة يجعل أحكام قانون المدني غير مُفيدة في معالجة عدم التوازن العقدي إلا في الحالات التي تخرج عن الأحكام الخاصة التي ترتكز على عنصر التبعية ضمن قانون المنافسة وحماية المستهلك ضمن قانون الاستهلاك[56].

وبالتالي فقد جاءت أحكام القانون المدني للأخذ بحالة الضعف la faiblesse التي تعتبر شرطا لمراقبة عدم التوازن الجوهري في جميع العقود التي تخرج عن القواعد الخاصة [57].

وفي هذا الاطار تجب الاشارة إلى أن الرقابة المفروضة على الشروط التعسفية في إطار القانون المدني تهدف إلى حماية الاطراف المتعاقدة حتى في عقود الاعمال أي في العقود المبرمة بين المهنيين في اطار عقود الاذعان خلافا للشروط التي تمّ وضعها وفقا لحرية التفاوض، بحيث يمكن أن يستفيد المتعاقد من الجزاءات التي أقرها قانون العقود إلى جانب الجزاءات التي تتضّمنها القواعد الخاصة، وبالتالي يبقى لقانون العقود دور في علاقات الاعمال في ظل الحلول التي يتضّمنها قانون المنافسة[58].

وعليه، فقد أصبح عقد الاذعان يمثل مجالا لمعالجة عدم التوازن العقدي ضمن قانون العقود في العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق حماية للمتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية في ظل غياب نص عام يعالج حالة عدم التوازن العقدي خارج عقود الاذعان ضمن قانون العقود الجزائري.

---

55 - Sarah Bros, op.cit., p.761.

56 - Rafael Amaro, Le déséquilibre siquidilatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation. C.C.C., Paris, 2014, p.06.

57 - Rafael Amaro, op.cit., p.07.

58 - Mariel Chaany, op.cit., p.117.

ثالثا : ضرورة تكيّف البطلان كجزاء مدني مع قواعد قانون المنافسة

من المسلم به في قانون العقود أن البطلان هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه أو لم يستوف شروطه إذا أخل بها المتعاقدان كان عقدهما باطلا أي ينعدم الوجود قانونا فتزول كل آثاره بالنسبة للمتعاقدين وكذلك الغير [59] .

إلا أنه في إطار القواعد الجديدة لقانون المنافسة لا يرتب البطلان مثل هذه الآثار بالرغم من أن هذا الأخير يعتبر كجزاء للممارسات التي تمس بالمنافسة إلى جانب باقي الجزاءات الأخرى التي تضمّنتها القواعد الجديدة لقانون المنافسة.

أ - البطلان كجزاء للممارسات الماسة بالمنافسة

نصت المادة 13 من قانون المنافسة على البطلان كجزاء للممارسات التي تمس بالمنافسة وبتوازن العلاقات التعاقدية في السوق، حيث نصت على : " دون الإخلال بأحكام المادتين 8 -9 من هذا الأمر، **يُبطل** كل إلزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة ..."

وبهذا يتجلى اعتماد قانون المنافسة على البطلان الذي يعتبر جزاءً مدنيًا يُطبق على التصرفات التعاقدية التي تتخلف أحد أركانها أو شروطها. بمعنى أن البطلان ضمن القواعد العامة يعتبر كعقاب للمتعاقدين وإن كانت كلمة الجزاء لا تعني حتما الردع والعقاب المسلط على الفرد بل يقصد بها النتائج القانونية المترتبة على التصرفات التي تمت مخالفة للقانون [60] .

بالرغم من أن سبب إقراره كجزاء في مجال المنافسة ليست هي نفس الأسباب المؤدية للبطلان، فالبطلان المقرر في إطار قانون المنافسة سببه المساس بالمنافسة والمساس بتوازن العلاقات التعاقدية ومبدأ المساواة والشفافية في مجال المنافسة .

ب - خصوصية البطلان في قانون المنافسة

مما لا شك فيه أن البطلان المقرر ضمن القواعد الجديدة لقانون المنافسة له خصوصية تتعلق بطبيعته وكذلك نطاقه.

---

[59] - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 317.

[60] - علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 317.

1 - طبيعة البطلان في قانون المنافسة :

إذا كانت القواعد العامة التي تحكم البطلان تقسم هذا الأخير إلى بطلان نسبي وبطلان مطلق استنادا لمعيار المصلحة بحيث يكون البطلان المطلق مقرر لحماية المصلحة العامة في حين البطلان النسبي مقرر لحماية المصلحة الخاصة[61] .

فإن البطلان الذي نصت عليه المادة 13 من قانون المنافسة هو بُطلان مطلق على اعتبار أن البطلان المقرر في هذا الاطار أي في مجال المنافسة هو جزاء للمساس بالنظام العام التوجيهي[62]. ذلك أن القاعدة التي تمّ خرقها ومخالفتها تتعلق بالمصلحة العامة و ليس لعيب في العقد[63].

وفي هذا الإطار يقرر البطلان بقوة القانون بحيث لا يملك القاضي السلطة التقديرية في إقراره، ويترتب على ذلك أن إثارة البطلان لا تنحصر في المتضرر فقط بل ويمكن لباقي أطراف العقد إثاره .

وفضلا عن ذلك، فإنه يمكن للوزير المعني بالاقتصاد إثارته على اعتبار أن دعوى البطلان تندرج في إطار حماية السوق[64]. لذلك يعتبر البطلان في مجال قانون المنافسة كنتيجة للحظر الذي أقره المشرع على الممارسات التعسفية التعاقدية .

فطالما أن العقد يعتبر موطنا للفعل التعسفي يبقى البطلان كطريق فعّال لردع التصرفات التعسفية التعاقدية وآلية مُكملة للمنظومة العقابية في قانون المنافسة بالرغم من أنه آلية تقليدية في القانون المدني[65] .

وعليه، فإن إقرار قانون المنافسة للبطلان كجزاء للممارسات التعاقدية الماسة بالمنافسة سواء تعلق الأمر بالممارسات المنافية للمنافسة أو الممارسات المقيدة لها، يعتبر مسلكا جديدا و خروجا عن القواعد العامة في قانون العقود التي تقرر بطلان العقد لتخلف أحد أركانه أو عدم مشروعية محل العقد وسببه، كأن يكون العقد مخالفا للنظام العام مثلا، بحيث يترتب على مخالفة أحكام النظام العام الاقتصادي التوجيهي بطلان العقد بطلانا مطلقا[66] .

---

[61] -لمزيد من التفصيل انظر : علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 318 ومايليها.

[62]-Pascal Lehuéde, op.cit., p.200.

[63]- Guillaume Mallen, op.cit., p.86.

[64]-Pascal Lehuéde, op.cit., p.86 et 178

[65]-Guillaume Mallen, op.cit., pp.198-199.

[66]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 289.

وهذا ما يعتبر مسلكا جديدا في مجال البطلان إذا ما اعتبرنا أن الممارسات التعاقدية التعسفية المحظورة في إطار قانون المنافسة تعتبر مُمارسات مخالفة للنظام العام الاقتصادي الذي يكرسه قانون المنافسة، وبالتالي يعتبر اللجوء إلى البطلان كجزاء مدني كتوظيف جديد للجزاءات في قانون المنافسة.

2 – نطـــاق البطلان

من بين أهم خصوصيات البطلان الذي تضّمنه قانون المنافسة إمكانية إقرار البطلان الجزئي للعقد، والذي يعتبر مقصد المشرع في ظل القواعد الجديدة خلافا للقواعد العامة في قانون العقود التي تقر بالبطلان الكلي للعقد.

فبالرجوع للمادة 13 من قانون المنافسة نجد بأن المشرع فتح المجال لإقرار بُطلان الالتزام أو الشرط التعاقدي إلى جانب إمكانية إبطال العقد ككل.

وعليه، تظهر إمكانية إبطال الشرط أو الالتزام الذي يشكل مساسا بحرية المنافسة و إخلالا بتوازن العلاقة التعاقدية مما يؤدي إلى المحافظة على العقد خلافا للقواعد العامة التي يؤدي إبطال الشرط فيها إلى إبطال الاتفاق ككل.

غير أن الاشكال الذي يطرح في هذا الاطار هو بحث مسألة متى يلجأ القاضي إلى إقرار البطلان الكلي أو الجزئي للعقد؟.

فإذا كان الشرط التعاقدي غير المشروع جوهريا في العقد، يكون العقد باطلا بُطلانا كليا حسب الاجتهاد القضائي[67]. وعليه يقع على القاضي في هذه الحالة بحث مسألة ما إذا كانت النتائج التي تتولد عن البطلان الجزئي لا تتعارض مع أهداف القاعدة التي تمت مُخالفتها[68].

ج - مدى ملاءمة البطلان كجزاء في قانون المنافسة

بالرغم من خصوصية البطلان الذي أقره المشرع ضمن قواعد قانون المنافسة واعتباره كجزاء للممارسات التعاقدية التعسفية يتم توقيعه من قبل القضاء إلى جانب الجزاءات الأخرى التي تضّمنها قانون المنافسة[69]. تطرح مسألة مدى فعاليته وكذلك ملائمته في مجال المنافسة لاسيما بالنسبة للآثار التي يُرتبها.

---

[67]-Pascal Léhuéde, op.cit., p.86.

[68]-Guillaume Mallen, op.cit., p.202.

[69]- تضمن قانون المنافسة جزاءات جنائية يوقعها القاضي الجزائي الى جانب الجزاءات التي يوقعها مجلس المنافسة في اطار سلطته القمعية.

فقد لا يكون للبطلان جدوى أو فائدة إذا تعلق الأمر بقطع العلاقات التجارية الناتجة عن رفض المتعاقد قبول خدمات إضافية غير مُبررة مثلا، أو في حالة رفض التعاقد أو إبرام علاقة تجارية نتيجة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، فعندئذ لا يمكن للقاضي الأمر بإبرام عقد أو تجديده[70].

فالظاهر أن البطلان يقدم مصلحة للمتضرر غير أنها قد لا تكون كذلك لاسيما إذا ما رغب المتعاقد في الابقاء على العقد (العلاقة التجارية) بالرغم من أن البُطلان في هذا الاطار مُقرر لحماية المصلحة العامة المُجسدة في النظام العام التنافسي l'ordre public concurrentiel، بالرغم من أن البعض يرى بأن للبطلان مصلحة مزدوجة، مصلحة المتضرر ومصلحة السوق حيث يلعب القاضي مُهمة ضبط السوق.

هذا، وإذا كانت للبطلان آثار إيجابية باعتباره أداة للمتضرر لإزالة العقد وكشف التصرفات التعسفية، فإن له كذلك آثار سلبية لاسيما إذا كان التعسف أو الممارسة المقيدة نشأت قبل العقد، فيكون البطلان في هذه الحالة غير مُلائم. كما قد يؤدي البطلان إلى تغيير شروط المنافسة في السوق لاسيما عندما يتعلق الأمر بالبطلان الكلي وظهور رغبة المتعاقد في الإبقاء على العقد مع إمكانية إقرار البطلان الجزئي محل البطلان الكلي، وهذا ما يشكل صعوبة بالنسبة للقاضي لاسيما إذا كان الشرط غير المشروع مسألة جوهرية في العقد.

فحسب الفقهية cathiard يجب على القاضي الأخذ بعين الاعتبار قرار طرفي العقد ورغبتهما في إلغاء الشرط المنافي للمنافسة وكذلك أهميته بالنسبة لهما، وهذا ما يسمح للقاضي بتقدير مدى ضرورة الإبقاء على العلاقة التعاقدية بالنسبة للطرف المتضرر وكذلك الطابع الجوهري وعدم قابلية تجزئة الشرط بالنسبة للعقد ككل. أما إذا تجلّت إرادة الطرفين الصريحة في الإبقاء على الاتفاق، ففي هذه الحالة يمكن القاضي إقرار البطلان الجزئي الذي يسمح بالمحافظة على العقد[71].

70-Pascal Léhuéde Mallen, op.cit., p.86.

71 - Guillaume Mallen, op.cit., p.202-203.

لذلك انتقد الفقه البطلان كجزاء في مجال المنافسة في كونه إجراء مُعرقل لديناميكية قانون المنافسة و مُؤثر على حقوق المتعاقدين في الحالة التي يطالب فيها الغير بالبطلان مما يؤدي بالمساس بالروابط العقدية، وهذا ما يُشكل تعدي من قبل قانون المنافسة على آليات القانون المدني وانتصار للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة مما يؤدي إلى الشعور بعدم الأمن القانوني في كون أن متعامل خارجي عن الاطار العقدي يمكنه بكل حرية المساس بقانون المتعاقدين[72].

خاتمة

نخلص مما سبق دراسته إلى أهمية قانون العقود ومكانته ضمن القواعد الخاصة التي تضمّنها قانون المنافسة، ومدى تأثير هذه القواعد على القواعد التي تحكم العقد في القانون المدني.

فبالرغم من أن قانون المنافسة أصبح يُشكل البيئة الملائمة لازدهار مبدإ سلطان الارادة والحرية العقدية نتيجة لتكريس حرية المنافسة، فقد أصبح يمثل مظهرا من مظاهر عيممة العلاقات التعاقدية ومجالا جديدا لتقييد مُمارسة الحرية العقدية التي تنشأ في السوق.

ففي الوقت الذي عرفت فيه الحياة الاقتصادية الحديثة و كذلك الحياة القانونية عدة تحولات في مجال العقود نتيجة لتأثر العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق بالوضعيات الاقتصادية للمتعاقدين وكذلك حالة المنافسة، نتجت عدة اشكالات تجّلت خصوصا في تحديد مفهوم العقد وطبيعة العلاقات التعاقدية وكذلك مشروعيتها بالنظر لاعتبارات التي تتعلق بالنظام العام الاقتصادي في مجال المنافسة لاسيما إذا تعلق الأمر بمظاهر التعسف وعدم التوازن العقدي التي تنتج عن الوضعيات التعسف في الهيمنة وكذلك حالات التبعية الاقتصادية التي تصدّت لها قواعد قانون المنافسة في ظل قصور قواعد قانون العقود في معالجة مظاهر التعسف وعدم التوازن العقدي.

وهذا ما جعل من قواعد قانون المنافسة باعتبارها قواعد خاصة تسعى إلى خلق مُواءمة للتغير الذي عرفته العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق استجابة لمتطلبات السوق والبيئة الاقتصادية التي تتطلب الأخذ بواقع العلاقات التعاقدية

---

72 -Ibid, p.247 et 260.

وبالمراكز والوضعيات الاقتصادية للمتعاقد خلافا لقانون العقود الذي لا يعتد بحقيقة المراكز التعاقدية في السوق.

وهذا ما يُبرر تدخل المشرع في توظيفه لجزاءات مدنية على غرار البطلان بما يخدم مصلحة المتعاقد الضعيف في العقد من جهة. وللحفاظ على النظام العام الاقتصادي الجديد الذي يهدف إلى حماية السوق، من جهة ثانية.

هذا، وإن كان المشرع الجزائري في إطار قانون المنافسة قد ساير هذه التغيرات إلا أن أحكام قانون العقود (القانون المدني الجزائري) تبقى بعيدة عن هذه التحولات في الوقت الذي بدأت فيه محاولات تشريعية تسعى لمُواكبة و مُواءمة هذه التحولات الاقتصادية من أجل إضفاء جاذبية أكثر لتشريعاتها خصوصا وأن قانون العقود يعتبر كقانون محوري ترتكز عليه العلاقات التعاقدية في الحياة الاقتصادية بما يؤدي إلى تحقيق أمن قانوني فعّال في العلاقات التعاقدية التي تنشأ في السوق.

عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة

د. خديجة فاضل: أستاذة محاضرة
كلية الحقوق-جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

يجد عقد الإذعان مكانته في القانون المدني بصفة عرضية في المواد 70، 110 و112، كما تمت معالجة عقود الإذعان في التشريعات الخاصة كالمواد 03، 29 و30 من قانون رقم04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا قانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل وأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06-04 يتعلق بالتأمينات. وإذا كان عقد الإذعان عقد حقيقي كسائر العقود فإن هذا لا يمنع من أن له خصوصية تختلف عن باقي العقود سواء من حيث مكوناته أو تفسيره؛ حيث وضع أو التحرير الانفرادي لشروط العقد من قبل الطرف القوي وعدم امكانية التعديل أو غياب المناقشة لشروط العقد من قبل الطرف المذعن هي عناصر ينفرد بها عقد الإذعان دون سواه . كما يساهم تفسير العقد في حماية الطرف المذعن وذلك من خلال تأويل العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن. ويترتب عن عقد الإذعان اللامساواة بين المتعاقدين والاختلال في التوازن العقدي، فكيف عالج المشرع هذا التفاوت؟

الكلمات المفتاحية: العقد، عقد الإذعان، التوازن العقدي، الشروط التعسفية، تنظيم العقد، تفسير العقد، تعديل العقد، الإعفاء، الالتزامات القانونية، شروط العقد، مضمون العقد، غياب المناقشة، التحرير الإنفرادي، عدم امكانية التعديل، الطرف المذعن.

Résumé

Le contrat d'adhésion est un concept qui a trouvé sa place dans le code civil par incidence dans les articles 70,110 et 112, comme il l'est également dans les textes particuliers tels que : la loi n° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales dans ses articles 03, 29 et 30, la loi n° 90-11 sur les relations de travail et enfin l'ordonnance n° 95-07 modifiée et

complétée par la loi n° 06-04 relative aux assurances. Le contrat d'adhésion présente certaines spécificités dont la rédaction unilatérale du contenu du contrat, l'absence de discussion et l'impossibilité de modifier les clauses du contrat par la partie adhérente, l'interprétation du contrat d'adhésion se faisant au profit de l'adhérent. Comment le législateur a remédié à ces inégalités ?
Mots clés : contrat, contrat d'adhésion, équilibre contractuel, absence de discussion contractuelle, rédaction unilatérale, clauses abusives, règlementation du contrat, élimination des clauses abusives, détermination de contenu du contrat, modification du contrat, clauses contractuelles, interprétation, partie faible adhérente.

كان تبني القانون المدني سنة 1975 نتيجة لتطور المجتمع؛ حيث كان رداً على حاجات الأشخاص داخل المجتمع، وذلك تكيفا مع المحيط الاجتماعي والاقتصادي، فجاء القانون المدني متأثراً بروح القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 مكرسا لمبدأ الرضائية طبقا للمادة 59 مدني، والقوة الملزمة للعقد وفقا للمادة 106 مدني. وتتضمن الحرية العقدية التي يرتكز عليها العقد أن يتم تحديد كل شروط العقد بكل حرية من قبل الأطراف المتعاقدة.

فمبدأ القوة الملزمة الذي يقتضي عدم امكانية المساس بإرادة الأطراف من قبل المشرع أو القاضي قد تم تقييده طبقا للمادة 106 مدني سواء باتفاق الأطراف ، أو الحالات التي ينص عليها القانون. كما يتضمن القانون المدني بعض النصوص الآمرة التي تشكل قيودا على مبدأ سلطان الإرادة كالمادة 107-3 مدني المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة، حيث جاءت هذه القواعد كاستجابة لحاجات الأفراد داخل المجتمع تكيفا مع السياق الاقتصادي والاجتماعي.

فتحولات المجتمع.... قد أنشأت ظواهر جديدة حدّت من مبدأ سلطان الإرادة، وانقصت من إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد، وبذلك تولد عقد الاذعان حتما[1]، وبعبارة أخرى فإن الحرية الاقتصادية أدت إلى الحد من حرية

[1]- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 10.

التعاقد فكان من بين نتائجها عقد الإذعان[2] فلم يعد للمتعاقدين الحرية في وضع مضمون العقد أو اختيار المتعاقد معهم. وحرمت التغيرات التي عرفها المجتمع في نهاية القرن التاسع عشر أحد الأطراف من سلطته في تحديد مضمون العقد، مما يلاحظ تراجع للإرادة الفردية[3] ويفسر كل تغير في العقد كتقييد لمبدأ سلطان الإرادة، وكظاهرة تشريعية[4]؛ أي عدم امكانية أحد المتعاقدين من مناقشة مضمون العقد بكل حرية هو في الحقيقة مساس بالحرية العقدية.

فخروج المشرع عن المبادئ الليبرالية المقدسة في القانون المدني ماهو إلا نتيجة لتطور المجتمع، وكذا لتحقيق سياسة تشريعية تهتم بالتوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف. فلم يعد العقد قانون الأطراف ولكن في الغالب قانون أحد الأطراف ، فالمتعاقد ينضم أو لا ينضم إلى العقد الذي تم عرضه عليه، فهو المجال الوحيد أين تمارس فيه إرادته[5]، ويعتبر العقد عمل الأطراف في التصور التقليدي الليبرالي وذلك من خلال المساواة بين الأطراف، وحرية المناقشة لشروط العقد. وكان العقد في ظل مبدأ الحرية التعاقدية في جوهره عبارة عن إرادتين مستقلتين ومتساويتين تبحثان وتناقشان بحرية في شروط العقد، أما في الواقع ونتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية فإن المساواة ممكنة ولكن حرية المناقشة نادرة، وحرية الشخص في أن يتعاقد مع غيره أو لا يتعاقد قد قيدت كثيرا، لأنه يجد أمامه متعاقدا آخر قويا قد أنفرد بوضع جميع شروط العقد وليس له إلا أن يقبل أو يرفض، وهذا ما يحصل في عقد الإذعان[6] وعقد الإذعان كمفهوم قد تم تطويره من قبل الفقيه ساليبه[7] وأظهرت الممارسة الحديثة أن الاتفاق في غالبه عمل حصري لأحد الأطراف القوي اقتصاديا على الآخر وهذا الأخير يكون له فقط الانضمام أو عدم الانضمام للشروط المعروضة عليه، وهذا ما يعرف بعقد الإذعان.[8] وأول من

---

[2]- لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 10.

[3]-Georges Berlioz, Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, 1973, p.08.

[4]- Ibid, p.08.

[5]-Brigitte Lefebvre, La notion de contrat d'adhésion : portée et limites d'une définition, Etudes Offertes au Professeur Philippe Malinvaud, Litec, Paris, 2007, p.375.

[6]- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، آربيل، 2011، ص 140.

[7]-Alexandre Braud, Contribution à l'étude de la socialisation du droit des contrats, Thèse de doctorat, Université de Lille 2, 2001, p.87.

[8]-Alex Weill, Droit civil, Les obligations, Dalloz, Paris, 1971, p.47.

استعمل المصطلح[9] هو الفقيه الفرنسي ساليبه في كتابه "إعلان الإرادة " سنة 1901.[10]

كما أن النظرية العامة للعقد أصبحت غير كافية لحماية الطرف الضعيف وأحسن مثال على ذلك عيوب الرضا. فعندما يفرض المتعاقد القوي شروطه على المتعاقد الآخر دون امكانية مناقشتها تصبح حماية الطرف الضعيف ضد الطرف القوي أمرا ضروريا. وتبدو للبعض النظرية التقليدية للعقد غير كافية لضمان هذه الحماية؛ حيث بذلوا جهدا لبناء نظام قانوني جديد لإخراج عقود الإذعان من النظرية العامة للعقود[11]،فالحاجة إلى حماية الطرف الضعيف بوسائل مختلفة تستند على النظام العام الحمائي الذي يسعى في الغالب إلى تحقيق مساواة حقيقية بين أطراف العقد، كما أن تقوية المركز القانوني للطرف الضعيف في العلاقة العقدية عن طريق قواعد آمرة هي في الحقيقة جواب على أن المساواة القانونية التي كرسها مبدأ سلطان الإرادة أصبحت لا تستجيب للواقع التعاقدي مما دفع بالمشرع إلى البحث عن مساواة حقيقية سواء في القواعد العامة أو التشريعات الخاصة. فاكتشاف عقود الإذعان أدى إلى ضرورة تجاوز المساواة الناشئة عن القانون المدني، وأدرج في القانون العقدي جرعة من الواقع[12] فحمل عقد الإذعان في طياته اللامساواة بين المتعاقدين متجاوزا بذلك النظرة التقليدية في كون المتعاقدين أحرار ومتساوون. ويبرر اكتشاف عقود الإذعان تبني تشريعات اجتماعية موجهة لإعادة التوازن في هذه العلاقة العقدية[13]؛ حيث أن خصوصية عقود الإذعان وما يترتب عنها من الاخلال في التوازن العقدي اقتضت تدخل المشرع في هذه العقود من أجل ايجاد التوازن العقدي.

فعقد الإذعان هو مفهوم حديث يجد مكانته في القانون المدني بصفة عرضية في المواد 70، 110، 112[14] حيث أدرج المشرع قواعد خاصة بعقد الإذعان

---

[9]-« contrat d'adhésion ».

[10]- بن شنتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996، ص 41.

[11]-Gabriel Marty, Pierre Raynaud, Droit civil , Les obligations , Tome 2 , 1er volume, Sirey, Paris, 1962, p.101.

[12]-Rodolphe Huber, Droit du contrat de travail et socialisation du droit des contrats, Thèse de doctorat, Université Lille2, 2005, p.96.

[13]-Ibid, p.96.

[14]-Antoine Vialard, Droit civil, formation du contrat, OPU, Alger, 1981, p.38.

بغية التخفيف من آثار مبدأ الحرية العقدية والتعسفات الناجمة عنه، وذلك بجعل مكانة لعقد الإذعان في القانون المدني لسنة 1975 باعتباره نتاج التطور الاقتصادي؛ حيث أصبح يتم القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم وفقا للمادة 70 مدني[15]؛ أي يبقى عقد الإذعان مجرد مشروع لا يكتسي الصفة العقدية إلا بعد القبول. كما منح المشرع للقاضي سلطة لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو الإعفاء منها وفقا للمادة 110[16] مدني، ويأخذ القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة في عقد الإذعان مصلحة الطرف المذعن طبقا للمادة 2/112 مدني[17]، وتشكل هذه النصوص القواعد الخاصة بعقد الإذعان والمطبقة عليه. وهنا وجب الإشارة إلى تأثر المشرع في وضعه لهذه النصوص في القانون المدني بالقانون المدني المصري؛ حيث تقابل المادة 70 مدني المادة 100 مدني مصري[18] أما المادة 110مدني فتقابلها المادة 149 مدني مصري[19] والمادة 112 مدني تقابلها المادة 151 مدني مصري[20]. كما تمت معالجة عقود الإذعان في التشريعات الخاصة كالمواد 03 و29 و30 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[21] وكذا التأمينات وعلاقات العمل. وقد كرس هذا التدخل التشريعي الفلسفة العقدية المبنية على فكرة العدالة.

دار الجدل الفقهي حول تكييف عقد الإذعان بين اتجاهين؛ حيث يرى الاتجاه الأول أن عقد الإذعان لا يرقى إلى عقد بالمعنى الصحيح. وإنما هو أقرب إلى أن يكون عملا انفراديا، لائحيا، مركزا قانونيا منظما، فعقد الإذعان عمل من جانب واحد[22]؛ أي أن عقد الإذعان يفتقد إلى الصبغة التعاقدية التي تمتاز بالحرية والاختيار. أما الاتجاه الثاني فيرى أن عقد الإذعان كسائر العقود. «أن عقد

---

[15]-" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها."

[16]-" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

[17]-" غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن."

[18]-" القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها."

[19]-" إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

[20]-" . (1) يفسر الشك في مصلحة المدين.(2) ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن."

[21]-مؤرخ في 23 جوان 2004، ج ر، 2004، العدد 41.

[22]- عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 142.

الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود».[23] وهنا يمكن القول أن هذا الجدل الفقهي قد تجاوزه الزمن بالنسبة للمشرع الجزائري على اعتبار أن عقد الإذعان هو عقد طبقا للمادة 70 مدني.

فإذا كان عقد الإذعان عقدا حقيقيا كسائر العقود فإن هذا لا يمنع من أن له خصوصية تختلف عن باقي العقود سواء في تكوينه أو تفسيره؛ حيث أن غياب المناقشة أو عدم امكانية التعديل من المذعن للشروط المقترحة عليه من المتعاقد الآخر هي خاصية ينفرد بها عقد الإذعان؛ لأن سائر العقود تمتاز بالتفاوض والمناقشة. كما أن الوضع أو التحرير الانفرادي لشروط العقد قبل التعاقد من قبل الطرف القوي هي ميزة تقتصر على عقد الإذعان دون سواه رغم تشابه بعض العقود كالعقود المنظمة (التأمينات الالزامية) أو العقود النموذجية. وهنا وجبت الإشارة إلى أن تحديد مضمون عقد الإذعان يكون من قبل المتعاقد القوي عكس العقود المنظمة التي يتم تحديد مضمونها من قبل المشرع. كما تظهر أيضا خصوصية عقد الإذعان من خلال تفسيره لمصلحة المتعاقد المذعن خروجا عن المبدأ العام في تفسير العقود ، وهنا تصبح إثارة خصوصية عقد الإذعان أمرا لا مفر منه.

إن الظلم الفاحش الناجم عن عقد الإذعان وما يترتب عنه من اللامساواة بين المتعاقدين ،على اعتبار أن اللامساواة العقدية هي مصدر لكل الاختلال في التوازن، فمعالجة هذا الاختلال اقتضت تدخل المشرع بصفة مباشرة في عقد الإذعان أو بصفة غير مباشرة عن طريق القاضي بغية ضمان التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف المذعن باعتباره طرفا ضعيفا. وتثار مسألة الفعالية للعلاج المقترح من قبل المشرع لمواجهة الظلم الناشئ عن عقد الإذعان؛ أي هل يمكن القول أن الحلول المقترحة كافية ومنسجمة مع الأهداف المرجوة لحماية الطرف الضعيف وتحقيق التوازن العقدي ؟

فعقد الإذعان يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود؛ حيث يتجسد ذلك من خلال المادة 70 مدني التي وضع المشرع لها معيارين لتعريف عقد الإذعان وهما: التسليم بالشروط المقررة التي وضعها المشرع من جهة وعدم مناقشة هذه الشروط من جهة أخرى؛ حيث اتجه المشرع نفس الاتجاه

---

[23]- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد – العمل غير المشروع –الاثراء بلا سبب- القانون، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة، ص 231 .

في المادة 4/3 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية؛ حيث يشترط التحرير المسبق لشروط العقد من قبل أحد المتعاقدين من جهة وعدم امكانية التغيير أو التعديل من جهة أخرى، على اعتبار أن عقد الاستهلاك عقد حقيقي. وتظهر خصوصية عقد الإذعان من خلال العناصر المكونة له؛ حيث ينفرد الطرف القوي بتحديد مضمون العقد بصفة مسبقة متجاهلا بذلك مصالح الطرف المذعن، كما تنعدم المناقشة لشروط العقد أو عدم امكانية التعديل من قبل الطرف المذعن. وقد يواجه تنفيذ العقد صعوبات مما يفرض اللجوء إلى العدالة لتفسيره، فيكون تفسير القاضي للشروط الغامضة لمصلحة الطرف المذعن طبقا للمادة 112-2 مدني (المبحث الأول).

إن الظلم والتعسف الناجم عن عقد الإذعان دفع المشرع إلى التدخل بوضع نصوص لحماية الطرف المذعن؛ حيث تنصب هذه القواعد على الشروط التعسفية طبقا للمادة 110 مدني التي تمنح للقاضي سلطة التعديل والإعفاء من الشروط التعسفية، والمادتان 29 و30 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. وإن اتجاه سياسة الحماية القانونية للطرف الضعيف تشكل ميزة لتطور قانون العقود الخاصة، فتدخل المشرع في عدة مواد مع تنظيمات آمرة من أجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن في الميزان العقدي[24] فتدخل المشرع في عقد الإذعان حمل معه تصحيحات ولمواجهتها يمنح المشرع للقاضي سلطة لرقابة عقد الإذعان ومع ذلك فإن خصوصية هذا العقد لها تأثير على النظرية العامة للعقد ويظهر جليا من خلال تخصص العقود؛ أي من خلال بروز تشريعات خاصة تسعى إلى حماية الطرف الضعيف وتحقيق التوازن العقدي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مظاهر خصوصية عقد الإذعان

إن القول بأن عقد الإذعان عقد كسائر العقود أصبح مع مرور الزمن أمرا بديهيا نظرا للمكانة التي تحتلها عقود الإذعان داخل المجتمع ومن خلال الدور المهم لهذه العقود سواء في تسهيل المعاملات أو في الخدمات والسلع التي تقدمها المؤسسة للزبائن. وتظهر خصوصية عقد الإذعان من خلال مكوناته (المطلب الأول). كما أن تبني المشرع نصا خاصا بتفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن طبقا للمادة 2/112 مدني هو تكريس لخصوصيته (المطلب الثاني).

[24]-Rodolphe Huber, op.cit., p.96.

المطلب الأول: مكونات عقد الإذعان

بالرجوع إلى المادتين 70 مدني و03–4 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإن العناصر المكونة لعقد الإذعان تتمثل في وضع أو التحرير المسبق لشروط العقد من قبل الطرف القوي من جهة وغياب المناقشة أو عدم امكانية التعديل لشروط العقد من قبل الطرف المذعن من جهة أخرى. وتتكون عقود الإذعان دون نقاش حقيقي أو دون امكانية النقاش عن طريق الانضمام الشامل لأحد المتعاقدين للعروض غير المعروفة للطرف الآخر[25] فالشروط المقررة من قبل الطرف القوي والمحررة بصفة مسبقة هي في الحقيقة عمل انفرادي لأحد المتعاقدين (الفرع الأول) كما أن إذعان المذعن للشروط المقررة من قبل الطرف الآخر دون امكانية مناقشتها وغياب الحرية والاختيار تؤكد على خصوصية هذا العقد (الفرع الثاني)

الفرع الأول: التحرير الانفرادي للشروط العقد

إن الخصوصية التي يمتاز بها عقد الإذعان هو انفراد أحد المتعاقدين بإعداد مضمون العقد. فلا يكون مضمون العقد من عمل حرية المناقشة أو المساواة للطرفين، وإنما يتم تحريره بصفة مسبقة من قبل أحد الأطراف الذي يكون قويا اقتصاديا أو اجتماعيا ويعرضه على الإذعان سواء بنعم أو لا[26]؛ أي ينصب مضمون العقد على العمل الحصري لأحد الأطراف دون مراعاة حرية المناقشة أو المساواة . ففي هذا النمط من العقد يكون المشروع في الحقيقة عملا حصريا لأحد المتعاقدين[27]؛ أي تكون الشروط المقررة من وضع أحد الأطراف، كما يتم تحديد مضمون العقد بصفة جزئية أو كلية من قبل أحد المتعاقدين، وبالرجوع إلى المادتين 70مدني و3-4 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإن الشروط يتم فرضها وتحريرها من أحد المتعاقدين لمصلحته ؛ أي يتم فرض وتحديد مضمون العقد من قبل أحد المتعاقدين. فيجب أن يوضع مضمون العقد من أحد أطراف العقد والذي يفرضه على الطرف الآخر؛ حيث أن العقد الجماعي لا يمكن تكييفه بعقد الإذعان لكون مضمونه ينتج عن المفاوضات

---

[25]-Antoine Vialard, op.cit., p.38.

[26]-Alex Weill, op.cit., p.94.

[27]-Antoine Vialard, op.cit., p.38.

التي يقوم بها ممثليه[28]؛ حيث ينفرد الموجب بتحرير وفرض شروط العقد لمصلحته على حساب مصلحة المتعاقد معه والتي تؤدي في الغالب إلى مضمون تعسفي ؛ أي إدراج شروط تعسفية من المتعاقد القوي التي يترتب عنها ظلم بالمتعاقد المذعن.

وهنا وجب الإشارة إلى تبني المشرع نصوص تسعى إلى التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية طبقا للمادة 110 مدني أو منع العمل بالشروط التعسفية طبقا للمادة 30 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وينصب هذا المنع على الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 29 من قانون رقم 04-02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06– 306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية [29] وإذا لم يعرف المشرع الشروط التعسفية في المادة 110 مدني فإنه عرفها في المادة 3-5 من قانون رقم 04 -02 من القانون المذكور أعلاه " شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد. "ويراد بالشرط التعسفي كل ما يؤدي إلى الاخلال الظاهر في التوازن ما بين الحقوق والالتزامات ما بين أطراف العقد وهذا هو المعيار الذي أعتمده المشرع في تعريفه للشرط التعسفي وسوف نعالج الشروط التعسفية بالتفصيل لاحقا. فالانفراد بفرض وتحرير الشروط يشكل خطورة ؛ لأن الموجب يلجأ إلى ادراج شروط تعسفية يترتب عنها إلحاق ظلم بالمتعاقد المذعن.

وبالرجوع إلى المادة 70 مدني فإن القبول في عقد الإذعان يتم بمجرد التسليم بالشروط المقررة التي وضعها الموجب ويستنتج من ذلك أن الشروط التي انفرد الموجب بتحريرها هي في الحقيقة إيجاب. ويكون الإيجاب في عقد الإذعان ايجابا عاما فلا يكون إيجابا موجها إلى شخص معين بل إيجابا موجها إلى الجمهور عامة أو إلى فريق من هذا الجمهور تتوافر فيه صفات معينة[30]؛ فتقتضي عمومية الإيجاب أن يوجه إلى كافة الناس كإيجاب شركة توزيع الكهرباء والغاز. فالإيجاب في

---

[28]-Brigitte Lefebvre, op.cit., p.389.

[29]-مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج ر، 2006، العدد 56، معدل بالمرسوم التنفيذي رقم 88- 44 المؤرخ في 3 فيفري 2008، ج ر، 2008، العدد 07.

[30]- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت – كلية الحقوق. القانون الخاص، 1982، ص 466 .

عقد الإذعان يصدر من الموجب في صورة قاطعة شاملا كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية وغير قابل للمناقشة أو المفاوضة[31]؛ أي يكون الإيجاب في شكل بات لا يقبل المناقشة. ويكون الإيجاب في هذه العقود من عمل الطرف القوي وحده[32]؛ أي يقوم الموجب بوضع شروط العقد بصفة انفرادية دون إشراك المتعاقد معه في وضعها. فالإيجاب في عقد الإذعان هو شرط محرر بإرادة منفردة من جانب واحد وهو الطرف الموجب، ووضع الشرط غالبا ما يكون بكيفية تحمي مصلحة واضعه[33].

فيتميز الإيجاب في عقد الإذعان بأنه عام وبات كما تنعدم فيه المناقشة عكس سائر العقود. ويبدو واضحا مفهوم الإيجاب في عقود الإذعان، وهو يختلف اختلافا بينا عن الإيجاب في عقود المساومة والذي يمر بمراحل معينة أهمها مرحلة المفاوضة فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجابا باتا [34] وينفرد في عقد الإذعان أحد الطرفين بإعداد مشروع العقد وتحديد شروطه بما يتضمن سلفا إيجابا عاما مجردا لا يقبل المفاوضة أو التعديل ، فلا يملك الطرف الآخر سوى أن يقبل التعاقد بهذه الشروط أو أن يرفضه برمته[35] فالتحرير الانفرادي لشروط العقد بصفة مسبقة يشكل عنصرا أساسيا لقيام عقد الإذعان وخاصة في تكوينه.

الفرع الثاني: غياب المناقشة

إن غياب المناقشة أو عدم امكانية التعديل يعتبر كعنصر ملازم للتحرير الانفرادي من قبل الموجب وهو مهم؛ لأنه يمنح لعقد الإذعان خصوصيته ؛ حيث يراد بغياب المناقشة هو استحالة مناقشة شروط العقد من قبل المتعاقد المذعن قبل ابرام العقد. ونص المشرع صراحة على عدم قبول المناقشة في المادة 70 مدني في حين استعمل مصطلح "إذعان" في المادة 3-4 من قانون رقم 04- 02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي يراد به خضوع المستهلك للشروط المحررة

---

[31]-لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 77، 78.

[32]-عبد المنعم فرج الصده، في عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة، القاهرة، 1946، ص 83 عن عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص466 .

[33]-لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 78 .

[34]-المرجع نفسه، ص 80.

[35]-محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 75، 76.

مسبقا من قبل العون الاقتصادي دون امكانية مناقشتها ؛ حيث ينجر عن غياب المناقشة عدم امكانية إجراء تغيير حقيقي أو تعديل من قبل المستهلك أو الطرف المذعن. فغياب التفاوض يجب أن يرتكز في استحالة التفاوض لشروط العقد، وليس فقط في عدم وجود تفاوض، فمن المهم التذكير بأن التفاوض ليس شرطا للوجود ولا شرطا لصحة العقد[36] فالتفاوض في القانون المدني ليس شرطا في تكوين العقد[37] فغياب التفاوض الحقيقي يفترض اختلال في التوازن بصورة أولية بين المتعاقد الذي يفرض مضمون العقد وبالتالي الالتزامات الناجمة عنه والآخر الذي ينضم إليه والذي ليس له سلطة اقتصادية في التفاوض.[38] غير أن خصوصية عقد الإذعان من هذه الزاوية لا تبدو في سعى المتعاقد ورغبته في التفاوض أو إحجامه وعزوفه عن ذلك، وإنما تكمن في حظر التفاوض المفروض عليه من المتعاقد الآخر، ذلك الحظر الذي يؤدى به إلى الإذعان للتعاقد[39] ويترتب عن غياب التفاوض قبل ابرام العقد اختلال في التوازن القوى "مركزي المتعاقدين" ما بين الأطراف؛ حيث أن التحرير الانفرادي لشروط العقد وفرضها على المتعاقد المذعن وحرمان هذا الأخير من مناقشة الشروط يؤدي إلى التفاوت في مراكز المتعاقدين بين مركز قوي ومركز ضعيف؛ أي بين طرف قوي وطرف ضعيف، كما يبقي للطرف المذعن الخيار بين التعاقد أو عدم التعاقد. فغياب التفاوض لا يكفي لنزع صفته العقدية، فيبقى عقد الإذعان كمشروع لا يكتسب صفة العقد إلا بعد القبول.[40]

ويتم القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم للشروط المقررة في الايجاب طبقا للمادة 70 مدني، أما في المادة 03-4 من قانون 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فيكون بمجرد إذعان الطرف دون امكانية إحداث تغيير حقيقي. وقد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى

---

[36]-Brigitte Lefebvre, op.cit., p. 386.

[37]-Ali Bencheneb, Le Droit Algérien des contrats données fondamentales, AJED, Alger, 2011, p.39.

[38]-Ibid, p.39, 40.

[39]-محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 81.

[40]-Rodolphe Huber, op.cit., p.94.

القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه.[41] فالقبول يعني إذعان الموجب له؛ أي لا يكون أمام الموجب له إلا أن يقبل بهذا التعاقد نظرا لحاجته الاقتصادية كالحاجة إلى الماء والكهرباء والغاز. فالقابل للعقد لا يستطيع أن يناقش شروطه، لأنه ضعيف اقتصاديا بل عليه أن يقبله كما هو، لأنه محتاج إليه في حياته اليومية، وإن كان حرا من الناحية النظرية، في التعاقد أو عدمه.[42] ولا يكون لأحد الأطراف خيارات أخرى إلا القبول بالعقد كما تم عرضه، فيرتكز خياره الوحيد على التعاقد أو عدم التعاقد.[43]

وتتجسد اللامساواة بين المتعاقدين في حصول أحد المتعاقدين على مزايا ؛ حيث عدم التناسب في مركز الطرفين أين يفرض أحد الأطراف شروطه على الآخر ؛ أي تظهر اللامساواة ما بين الأطراف عندما يكون متعاقد قوي اقتصاديا والذي يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي. فيفترض عقد الإذعان لا مساواة اقتصادية واجتماعية بين المتعاقدين[44] وتعتبر اللامساواة العقدية ميزة ناجمة عن التحرير الإنفرادي للعقد من قبل المهني دون تمكين الطرف الضعيف من مناقشة الشروط[45]؛ أي تنعدم المساواة بين أطراف العقد، وينعدم النقاش حول مضمون العقد للمتعاقد الضعيف. فعدم المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين لا تمنع من قيام العقد[46] ويترتب عن اللامساواة اختلال في التوازن العقدي ومع ذلك يلزم المشرع باتخاذ التدابير اللازمة لحماية الطرف المذعن الذي حرم من مناقشة شروط العقد وهنا تظهر خصوصية الحماية للطرف المذعن بوضع قواعد حمائية تهدف إلى تخفيف المخاطر الناجمة عن التحرير الانفرادي للعقد وعدم تمكين المذعن من مناقشة شروط العقد. ويمكن الإشارة إلى أن اللامساواة العقدية دفعت بالمشرع إلى تبني تشريعات خاصة لحماية الطرف الضعيف كالمستهلك في عقد الاستهلاك أو المؤمن له في عقد التأمين، فتأخذ هذه العقود في الحسبان اللامساواة الموجودة

---

[41]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 229.

[42]-عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 140.

[43] Brigitte Lefebvre, op.cit ., p. 387.

[44] François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil , Les obligations, 7e éd, Dalloz, 1999, Paris, p.182.

[45]-Alexandre Braud, op.cit., p.87.

[46]-فاضل حبشي، الإمتداد القانوني لعقود الإيجار، شرح أحكام قانون ايجار الأماكن علما وعملا مع مقارنتها بالأحكام المقابلة في القانون الفرنسي، 1982، ص 16.

بين الأطراف. فالخاصية التجديدية لتخصص العقود ترتكز على الأخذ في الحسبان تصور اللامساواة الموجود بين الأطراف وفي الإرادة المعلنة لهذه القوانين الحديثة لتصحيح الاختلال في التوازن.[47]

يثير غياب المناقشة لشروط العقد من قبل الطرف المذعن مسألة مكانة الحرية العقدية؛ حيث أن بقاء الحرية العقدية أو انعدامها على مستوى تكوين العقد يبرز خصوصية هذا النوع من العقود. حيث تم إنقاص الحرية في عدم التعاقد وهي في غالب الأحيان نظرية في الممارسة أمام الأداءات وهي تستجيب لحاجات الحياة اليومية أين أصبح من الصعب تجاهلها كالتوريد بالطاقة[48]، فإن الامكانية المتاحة للمتعاقد المذعن بين القبول ورفض التعاقد تؤدي إلى القول بأن الحرية العقدية في عقد الإذعان لم تنقض وإنما مازالت قائمة لكون المتعاقد حر في التعاقد أو عدم التعاقد؛ لكن في الواقع أن المتعاقد المذعن ليس له الخيار في عدم التعاقد نظرا لحاجته للتعاقد وما تقتضيه ضرورات الحياة اليومية كالتعاقد مع شركات توزيع الكهرباء والماء .....الخ. فحرية المتعاقد الضعيف تنحصر في التعاقد أو عدم التعاقد، ويهتم إذن بتأطير هذه المراكز القانونية من أجل حماية الطرف الضعيف[49]، كما أن مصير الحرية العقدية في عقد الإذعان أصبح مجاله محصورا في رفض التعاقد من الناحية النظرية؛ ولكن من الناحية الواقعية هناك حاجات أساسية لا يمكن الاستغناء عنها كالكهرباء والغاز والماء ....الخ؛ حيث أن التطور الحاصل حمل إلى الأشخاص امكانية الاختيار بين عدة متعاملين اقتصاديين كخدمات الهاتف النقال. فأصبحت حرية اختيار المتعاقد تأتي للتخفيف من حذف حرية تحديد مضمون العقد[50] وفي الواقع يأتي اختيار المذعن للتعاقد لشروط أو عدم التعاقد ؛ فحتى وإن مارس المذعن خيارا فليس له سلطة على مضمون هذا الخيار[51]

ويضفي غياب المناقشة باعتبارها عنصرا جوهريا فيعقد الإذعان خصوصية هذا العقد، فبمجرد تسليم الطرف المذعن للشروط المقررة يتم تطابق الإيجاب بالقبول وهنا يتم عقد الإذعان. ويبقى تكوين عقد الإذعان من اتفاق إرادتين رغم

47-Rodolphe Huber, op.cit., p.104.

48-Jacques Ghestin , Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet, Traité de droit civil ,La formation du contrat , Le contrat, tome1, 4e éd, L.G.D.J, Paris,2013,p.498.

49Rodolphe Huber, op.cit., p.96.

50 Jacques Ghestin , Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet op.cit.,p.498.

51 Brigitte Lefebvre, op.cit., p.388.

غياب التفاوض الذي لا يعتبر جوهريا، فالتحرير الانفرادي للعقد لا يكسبه القوة الملزمة بالنظر للمذعن إلا من وقت أو أثناء صدور رضاه.[52]

المطلب الثاني: تفسير العقد

تأتي عملية تفسير العقد بعد أن ينشأ صحيحا. ويقصد بتأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة[53]، وقد تحمل عقود الإذعان شروطا غامضة نتيجة انفراد المتعاقد في وضعها وفرضها مما يستلزم تفسيرها. فالقانون المدني الجزائري قد نظر إلى حالات ثلاث في تفسير العقد فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر لها، أما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة فيجب البحث عن النية المشتركة أو الإرادة المشتركة التي دفعت المتعاقدين إلى التعاقد فإن كان هناك شك في تبيين هذه الإرادة فسر لمصلحة الملتزم في غير عقد الإذعان[54] وبالرجوع إلى المادتين 111 و112 مدني فقد تضمنتا ثلاث قواعد لتفسير العقد وهي: حالة عندما تكون عبارة العقد واضحة، وحالة عندما تكون عبارة العقد غير واضحة، وقاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين، واكتفي بدراسة القاعدة الأخيرة لكونها مرتبطة بعقد الإذعان. فتبنى المشرع نصا خاصا بتفسير عقد الإذعان طبقا للمادة 112-2 مدني مع منح القاضي سلطة في تفسير الشروط العقدية بغية حماية الطرف المذعن؛ أي يعتبر التفسير كتقنية لحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان (الفرع الأول) كما أن هناك معيارا موضوعيا يستند عليه القاضي في تفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التفسير الحمائي

نص المشرع في المادة 112-1 مدني على قاعدة تأويل الشك لمصلحة المدين. وتفيد هذه القاعدة أن ينحاز القاضي في تأويله للشك لمصلحة المدين، فيأخذ بالمعنى الذي يكون حماية لمصلحة المدين، وهذا يكون مما لاشك فيه على حساب

---

[52]-Jacques Ghestin, Isabelle Marchessaux-Van Melle, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens ,in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, L.G.D.J, Paris,1996,p.7.

[53]- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 406 الهامش 4.

[54]- لعشب محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 144.

مصلحة الدائن[55]، ويرد استثناء على هذه القاعدة والمتمثل في تأويل العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن طبقا للمادة 112-2 مدني على اعتبار أن الطرف المذعن هو طرف ضعيف في أمس الحاجة إلى حماية خاصة؛ لأن تفسير الشروط العقدية الغامضة أو العبارات الغامضة التي تم إدراجها وتحريرها بصفة انفرادية ومسبقة من قبل المتعاقد القوي تكون لمصلحة المتعاقد المذعن. وتم تطوير التفسير الحمائي لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان[56]، فقاعدة تأويل العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن تطبق على عقود الإذعان التي تكون فيها رابطة القوة بين المتعاقدين غير متوازنة. وإن عقد الإذعان يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن في جميع مشتملاته، فتكون التزامات هذا الطرف القوي هي أيضا من إملائه، فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المذعن وهو هنا الدائن[57]، وإذا تعلق الأمر بعقد الإذعان يؤول الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا، باعتباره طرفا ضعيفا يستحق حماية القانون[58]، وتقتضي الحماية العادلة للمتعاقد الضعيف أن يستمد تفسير العقد من العدالة. ويأخذ مفهوم العدالة معنى جديدا وذلك بأن جعل للتفسير دوراً حمائيا للطرف الضعيف أو عندما تكون المصالح مهددة.[59]

فيشمل عقد الإذعان في غالب الأحيان على العبارات الغامضة أو غموض الشروط العقدية مما يوجب تفسير هذه الشروط؛ أي فرض وإدراج الشروط العقدية بصفة انفرادية من قبل الطرف القوي الذي ساهم في غموض هذه الشروط التي هي محل تفسير، وهنا يكون التفسير لمصلحة الطرف المذعن وضد المتعاقد القوي . ويشترط لتطبيق المادة 112-2 مدني أن تكون العبارات غامضة؛ أي يجب أن تكون الشروط العقدية غامضة حتى يمارس القاضي سلطته في تفسير عقود الإذعان؛ ولكن يمتنع القاضي من تفسير العقد إذا كانت شروطه واضحة. وبمفهوم المخالفة لا يستفيد الطرف المذعن من حماية خاصة إذا كانت عبارات

---

[55]- فيلالي علي، مرجع سابق، ص 418.

[56]-Brigitte Berlioz-Houin, Georges Berlioz, Le droit des contrats face à l'évolution économique, Etudes offertes à Roger Houin, Dalloz, Paris, 1985, p.20.

[57]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 615.

[58]- فيلالي علي، مرجع سابق، ص 419.

[59]-Bertrand Gelot, Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, aspects théoriques et pratiques, L.G.D.J, Paris, 2003, p.255.

العقد واضحة، ويشكل تفسير العقد أو أحد شروطه مسألة واقع بالنسبة للقاضي[60]، فإذا كان محل التفسير ينصب على العبارات الغامضة أو الشروط الغامضة فإن وجود شروط واضحة لا يسمح للمتعاقد المذعن من الاستفادة من الحماية الخاصة. ومما هو جدير بالملاحظة أن هذه القاعدة تنطبق في جميع الأحوال سواء أكان الطرف المذعن هو الدائن أم المدين . ولهذا كانت هذه القاعدة استثناء من قاعدة أن تفسير الشك يكون في مصلحة المدين، في الحالة التي يكون الطرف المذعن دائنا.[61] إن المادة 112-2 مدني تعتبر قاعدة آمرة؛ حيث أن قوة الإكراه تشكل قيدا على سلطة القاضي في التفسير، بمعنى أن يتقيد القاضي في تفسيره لعقد الإذعان بعدم الإضرار بمصلحة الطرف المذعن.

ويكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضد من انفرد بوضع شروط العقد[62]؛ أي لا تفسر العبارات الغامضة لمصلحة من وضع وفرض الشروط العقدية وإنما تفسر لفائدة الطرف المذعن وهنا يختلف الأمر من حيث الصياغة التي استعملها المشرع " ضارا بمصلحة الطرف المذعن" وهذا ما نصت عليه المادة 112-2 مدني. وإن تفسير عقد الإذعان لا يمكن أن يعامل مثل العقود الأخرى التي ينطبق عليها نص المادة السابقة وذلك لغياب الإرادة المشتركة في عقد الإذعان[63] ويكون أساس تلك القاعدة هو إخلال المشترط بواجب الوضوح في التعبير. والواقع أن أساس تفسير العقد ضد من وضع شروط العقد ليس هو المسؤولية عن الغموض في التعبير بقدر ماهو حماية الطرف الضعيف في العقد وهو الطرف المذعن[64]، "ويتحمل الطرف القوي في عقد الإذعان مسؤولية العبارات محل الشك، لأنه هو الذي وضع تلك البنود"[65]؛ أي يكون تفسير الغموض في الشروط المدرجة والمفروضة من قبل المتعاقد القوي لمصلحة المتعاقد المذعن وفقا للمادة 112-2 مدني؛ حيث وجدت هذه القاعدة لحماية الطرف الضعيف .

---

[60]-Ali Bencheneb, op.cit., p.230.

[61]-عبد الحي حجازي، مرجع سابق ، ص 560.

[62]-المرجع نفسه ، ص 559، 560.

[63]-لعشب محفوظ بن حامد ، مرجع سابق، ص 145.

[64]-عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 560.

[65]-وقد طبقت المحكمة العليا هذه القاعدة في نزاع بين شركة التأمين والنادي السياحي باعتباره طرف مذعن، ففسرت حالة الشك لمصلحته، ملف 160673، بتاريخ 10/08/ 1997،م ق، 1998، 2، ذكرته عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2005، ص 74 عن فيلالي علي مرجع سابق، ص 419.

الفرع الثاني: معيار التفسير الموضوعي

تتمثل معايير التفسير الموضوعية التي أخذ بها المشرع في القانون المدني : معيار طبيعة التعامل الذي نصت عليه المادة 111- 2 مدني ومعيار الثقة والأمانة وفقا للعرف الجاري في المعاملات وفقا للمادة 111-2 مدني، ومعيار تفسير الشك لمصلحة المدين طبقا للمادة 112-1 مدني، ومعيار تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان وفقا للمادة 112-2 مدني وهذا الأخير هو ما يهمنا. والشارع إذ يحض على البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في تفسير العقد إنما ينزل عند مقتضى مبدأ سلطان الإرادة إذ لما كان العقد اتفاق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء التزامات وجب الرجوع في تفسيره إلى ما أراده الطرفان بالفعل[66]، إلا أن القانون لم يشأ أن يسير في منطق سلطان الإرادة إلى نهايته فلم يأخذ بمبدأ "الفردية القانونية" على إطلاقه، بل خفف من هذه الفردية القانونية، بما أدلى به من معايير ذات طابع موضوعي لا تستهدف في الحقيقة البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين بل تبتغي أساسا تحقيق أسباب العدالة، وحسن النية[67]؛ أي يتم المساس بمبدأ سلطان الإرادة تحقيقا للعدالة التي يسعى المشرع إليها سواء أكان الطرف المذعن دائنا أو مدينا، وأن المشرع أخذ بالمعيار الموضوعي حماية للطرف الضعيف من ظلم الطرف القوي؛ حيث تبرر العدالة كأساس للحماية المقررة للطرف المذعن. فإذا كانت القاعدة في تفسير العبارات الغامضة في عقد المساومة أنه يجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فلا يجوز أن تطبق هذه القاعدة في تفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان بل يجب أن تفسر هذه العبارات بمعرفة القضاة وفق ما يقتضيه حسن النية والعلاقات الاقتصادية القائمة، بمعنى أن تفسير هذه العبارات الغامضة في عقد الإذعان يجب أن يكون تفسيرا موضوعيا لا تفسيرا شخصيا فلا يجوز أن يعتد القاضي بإرادة من وضع شروط العقد بل بما تقتضيه العدالة[68]، فلا يستهدف التفسير الموضوعي البحث عن الإرادة المشتركة وإنما إلى تحقيق العدالة وحسن النية؛ حيث تبرر العدالة كأساس للحماية المقررة للطرف المذعن.

---

[66]-عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 562.

[67]-المرجع نفسه، ص 562.

[68]-عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 474.

وعليه فإذا كان عقد الإذعان كباقي العقود فإن خصوصيته تظهر من خلال مكوناته؛ حيث أن وضع أو التحرير الانفرادي لشروط العقد بصفة مسبقة من الطرف القوي من جهة وعدم امكانية التعديل أو غياب المناقشة الحرة لشروط العقد من قبل الطرف المذعن وإذعانه لهذه الشروط نظرا لحاجته الماسة للتعاقد من جهة أخرى فهي تشكل عناصر عقد الإذعان. كما أن إدراج نص خاص بتفسير عقد الإذعان طبقا للمادة 112 مدني هو إقرار لحماية خاصة للطرف المذعن باعتباره طرفا ضعيفا.

المبحث الثاني: مصاحبة عقد الإذعان لمبدأ التوازن العقدي

إن كثرة واتساع عقود الإذعان وما صاحبها من التعسفات الناجمة عن انفراد المتعاقد القوي بتحرير شروط العقد والتي في الغالب تتناسب مع مصالحه على حساب مصلحة المتعاقد معه. كما أن غياب مناقشة شروط العقد، وما ترتب عنها من اللامساواة بين المتعاقدين وعلى اعتبار أن اللامساواة العقدية هي مصدر لكل الاختلال في التوازن مما دفع بالمشرع إلى التدخل في عقود الإذعان من أجل ضمان التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف المذعن باعتباره طرفا ضعيفا. وهنا وجب الإشارة إلى أن تبني المشرع عقد الإذعان بموجب المادة 70 مدني صاحبه تبني مبدأ التوازن العقدي في المادة 110 مدني بالنسبة لعقد الإذعان. كما لا يمكن تجاهل مكانة التوازن العقدي في التشريعات الخاصة؛ حيث لجأ المشرع إلى توسيع مجالات عقود الإذعان في التشريعات الخاصة بهدف تحقيق التوازن العقدي كعقود العمل وعقود التأمين وعقود الاستهلاك، والتي تهدف بالأساس إلى إعادة التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف.

والتوازن العقدي في الحقيقة ما هو إلا وسيلة لمواكبة تطور العقد، وهو يساهم في التوازن العادل للحقوق والالتزامات وانسجام العقد. وتسعى مبدئيا النصوص الخاصة بعقد الإذعان إلى رقابة التعسفات أو الممارسات والتي يمكن أن تؤثر على مضمون العقد لغياب التفاوض[69]، فهذه النصوص الأخيرة تمنح للقاضي صراحة سلطة التدخل في مضمون العقد والتي تسمح أن يأخذ في الحسبان غياب المناقشات[70]، وإن فكرة المساواة تؤدي في بعض الأحيان إلى إعادة التوازن، وذلك

[69]-Brigitte Lefebvre, op.cit., p.378.
[70]-Ibid, p.378.

من خلال تسوية مختلف اللامساواة الاقتصادية والقانونية والاجتماعية بين المتعاقدين، وذلك بتنظيم عقود الإذعان[71] وإن الأخذ بالحسبان اللامساواة الفعلية الموجودة بين المتعاقدين تم تحقيقها بظهور تشريعات خاصة حملت في طياتها عقودا خاصة مستقلة عن القانون المدني كعقد العمل وعقد الاستهلاك، وعقد التأمين. فقانون عقد العمل هو موجه لتأطير علاقة غير متساوية[72]، ويبرر اكتشاف عقود الإذعان تبني تشريعات اجتماعية موجهة لإعادة التوازن في هذه العلاقة العقدية [73] كتشريعات العمل، وترجم رد فعل المشرع من خلال ردين: فالأول يتدخل المشرع من خلاله بتنظيم بعض عقود الإذعان، أما الثاني بوضع قواعد عامة لإعداد نظام عقد الإذعان[74]، ولهذا كان تدخل المشرع في عقود الإذعان ضروريا لمواجهة التعسفات الناجمة عن ظلم الطرف القوي عن طريق التنظيم الآمر لعقود الإذعان وهذا من أجل إعادة التوازن العقدي (المطلب الأول). كما أن منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية لرقابة مضمون العقد يشكل في الحقيقة مساسا بمبدأ القوة الملزمة للعقد؛ حيث أن منح القاضي سلطة لرقابة هذه العقود سواء عن طريق التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية طبقا للمادة 110 مدني يشكل تقنية للتوازن العقدي أو سواء عن طريق محاربة الشروط التعسفية طبقا للمادة 30 من قانون رقم 04- 02 (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنظيم عقود الإذعان

إن اللامساواة العقدية والتي هي مصدر الاختلال في توازن عقد الإذعان تكون في غالب الأحيان نتيجة انفراد الطرف القوي بتحرير شروط العقد بصفة مسبقة دون السماح للطرف المذعن بمناقشة هذه الشروط. وأمام هذه الوضعية فإن المشرع لم يبق مكتوف الأيدي وتدخل في عقود الإذعان عن طريق تنظيمها بموجب قواعد آمرة من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين وتحقيق التكافؤ في الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين، ويسعى المشرع من خلال تدخله عن طريق التنظيم إلى القضاء على كل التعسفات وإعطاء الضمانات للطرف المتعاقد الضعيف. وللتشريع

---

[71]-Antoine Vialard , op.cit., p.11.

[72]-Rodolphe Huber, op.cit., p.102.

[73]-Ibid, p.96.

[74]-Jacques Flour, Jean - Luc Aubert, Eric Savaux, Les obligations, l'acte juridique, le contrat, 10 éd, DALLOZ, Paris, p.122.

وظيفة أساسية وقائية وحمائية للمتعاقد الذي يوجد في مركز أدنى، ومن أجل تصحيح هذا الاختلال في التوازن يقوم التشريع بفرض أو بمنع بعض الشروط[75]، وينصب التنظيم على تحديد مضمون العقد (الفرع الأول)، أو فرض بعض الواجبات على المتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد مضمون العقد

إن التنظيم الآمر للعقد يسمح بتفادي التعسفات والظلم الذي يلحق المتعاقد الضعيف. فمضمون بعض العقود أصبح لا يخضع لإرادة الأطراف، كعقد العمل وعقد التأمين؛ حيث يحدد المشرع بالتفصيل في عقد العمل مدة العمل، والراحة الأسبوعية والسنوية. فتحدد مدة العمل القصوى طبقا للمادة 02 من أمر رقم 97-03[76] المحدد للمدة القانونية للعمل بـ 40 ساعة في ظروف العمل العادية، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات وذلك بتخفيض مدة العمل إلى أقل من 40 ساعة أسبوعيا بالنسبة للأشخاص الذين يمارسون أشغالا شديدة الإرهاق وخطيرة، أو التي ينجر عنها ضغط على الحالة الجسدية والعصبية طبقا للمادة 04 من أمر رقم 97-03. كما نظم المشرع الحد الأدنى للأجر المضمون بموجب المادة 87 من قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[77] ويتم حساب الأجر الوطني الأدنى المضمون[78] على أساس الأجر الممنوح مقابل عدد الساعات المؤداة، بناء على أربعين ساعة في الأسبوع، ما يعادل 173.33 ساعة في الشهر، بما قيمته 103.84 دج للساعة الواحدة أي 18000 دج في الشهر.

أما في عقد التأمين فإن المشرع قام بتنظيم عقود التأمين الإلزامية وذلك بإدراج البنود النموذجية في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية والمتمثلة في: موضوع الضمان، إمتداد الضمان، سريان المفعول الإعفاء، التزامات المؤمن له، التزامات المؤمن والخبرة المضادة.[79] ويهدف المشرع من وراء تنظيم عقد التأمين الإلزامي بإدراج بنود نموذجية لحماية المؤمن لهم باعتبارهم طرفا ضعيفا.

---

[75]-Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Eric Savaux, op.cit., p.122.

[76]-مؤرخ في 11 يناير 1997، ج ر، 1997، العدد 03.

[77]-المادة 89 تعدل وتتمم المادة 87 بموجب قانون رقم 14-10 يتضمن قانون المالية لسنة 2015.

[78]-المادة 01 من مرسوم رئاسي رقم 11-407 مؤرخ في 29 نوفمبر 2011، المحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج ر، 2011، العدد 66.

[79]-المادة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 04- 270 مؤرخ في29 أوت 2004، يحدد البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على أثار الكوارث الطبيعية، ج ر، 2004، العدد 55.

كما يشترط المشرع في عقد التأمين طبقا للمادة 07 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات[80] ذكر بيانات إلزامية كاسم المتعاقدين، وطبيعة المخاطر المضمونة .....إلخ فذكر هذه البيانات يعتبر حماية للمؤمن له، وعدم ذكرها يعتبر مساسا بالحماية التي أقرها المشرع، وأن فرض الكتابة وبحروف واضحة، وتوقيع الطرفين المكتتبين في عقد التأمين هي تكريس لحماية المؤمن له .

الفرع الثاني: فرض واجبات على المتعاقد

قد يضع المشرع على عاتق المتعاقد واجبات بغرض تحقيق المساواة بين الطرفين؛ حيث فرض المشرع في عقد الاستهلاك على عاتق المتدخل طبقا للمادة 17 من قانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[81] التزام بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج؛ أي يلزم المتدخل بتزويد المستهلك بكل المعلومات الضرورية المتعلقة بالمنتوج سواء أكانت سلعة أو خدمة. والالتزام بإعلام الطرف الآخر يفرض على مجموعة من العقود خاصة عقود الإذعان[82]، والهدف الأساسي للالتزام القانوني للإعلام هو محاولة معالجة ضعف بعض الفئات المتعاقدة وهذا الانشغال أثار تطورًا معتبرًا لهذا الالتزام[83]، ويكرس الالتزام بالإعلام حماية المستهلك بإعتباره طرفًا ضعيفًا أمام المتدخل الذي يبقى في مركز قوة .

ويفرض المشرع على المستخدم في علاقات العمل مجموعة من الالتزامات الهدف منها حماية العامل كالالتزام بالتكوين وتحسين مستوى العمال طبقا للمادة 57 من قانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل، حيث يسمح هذا الالتزام للمؤسسة المستخدمة من الاستفادة من خدمات عمالها الذين تلقوا تكويناكما يلتزم المستخدم بتخصيص مناصب عمل للأشخاص المعوقين طبقا للمادة 16 من قانون رقم 90-11 يتعلق بعلاقات العمل وهذا في إطار ترقية وحماية العمال المعوقين .

المطلب الثاني: محاربة الشروط التعسفية

تدخل المشرع في العقد يتم عن طريق تنظيمه بقواعد آمرة أو بمحاربة الشروط التعسفية. يأخذ المشرع بالحسبان خصوصية ممارسة عقود الإذعان من

---

[80]-مؤرخ في 25 جانفي 1995، ج ر، 1995، العدد 13، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06- 04 مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر، 2006، العدد 15.

[81]-مؤرخ في 25 فيفري 2009، ج ر، 2009، العدد 15.

[82] Jacques Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3eme éd, 1993, Paris, p. 597.

[83]-Ibid, p.597.

أجل حماية الطرف الضعيف[84] فمحاربة الشروط التعسفية سواء في القانون المدني؛ حيث منح المشرع للقاضي في المادة 110 مدني سلطة لتعديل العقد أو الإعفاء (الفرع الأول)، أو فيقانون رقم 04- 02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها

بالرجوع إلى المادة 110 مدني يشترط لتدخل القاضي للتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية توفر شرطين قانونين هما: أن يكون هناك عقد الإذعان، وأن يتضمن العقد شروطا تعسفية. فبمجرد أن تتحقق هذان الشرطان يتدخل القاضي لممارسة سلطته في التعديل أو الإعفاء بناء على طلب الطرف المذعن سواء أكان عاملا، أو مؤمنا له، أو مستهلكا. وقد أراد المشرع من وراء ذلك حماية للطرف المذعن من كل تعسفات الطرف القوي. فالإذعان بطبيعته يعني الخضوع وعدم القدرة على مناقشة الشروط المفروضة[85]، ومع ذلك فإن المشرع لم يعرف الشروط التعسفية. كما يشكل تدخل القاضي للتعديل والإعفاء من الشروط التعسفية مساساً بمبدأ القوة الملزمة للعقد طبقا للمادة 106 مدني ويبرر هذا التدخل من أجل تحقيق العدالة العقدية، ورفع الضرر الذي يلحق بالطرف المذعن.

فالقاضي يجد المبرر القانوني لتدخله، فيكون له الحق في تعديل هذا الشرط، أو تلك الشروط، بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب أن يكون له؛ بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين، ويخفف العبء الملقى على الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف في العقد[86]، «فإذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 110 ق م وبناء على طلب الطرف المذعن يمكن حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية سواء عن طريق تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، فالأول يتعلق بتعديل بالإنقاص؛ بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشروط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة وهو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد»[87]، فيكون

---

[84]-Alexandre Braud, op.cit., p. 99.

[85]-حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 243.

[86]-بن شنتي حميد، مرجع سابق، ص 45.

[87]-عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 286، هامش1، عن بن شنتي حميد، مرجع نفسه، ص 47.

التعديل وسيلة فعالة لرفع التعسف عن الطرف المذعن، وذلك عن طريق الإنقاص من الالتزامات.

«أما الثانية فإن هذه الصورة من التدخل تعتبر أشد جرأة وسلاحا بالغ الخطورة في يد القضاء إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله، فيعفى الطرف المذعن منه، مخالفا بذلك العقد شريعة المتعاقدين»[88] ويتمثل الإعفاء في تعطيل الشرط التعسفي، ويلاحظ أن المشرع انتهك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بمنح القاضي سلطة التدخل في العقد بالتعديل والإعفاء من الشروط التعسفية بهدف الوصول إلى إعادة التوازن في العقد على أساس العدالة العقدية، وتعتبر سلطة القاضي في التعديل والإعفاء من النظام العام طبقا للمادة 110 مدني، ومع ذلك تبقى الحماية المدرجة في القواعد العامة غير كافية لحماية المستهلك من حيث القدرة والخبرة، وهذا ما سوف نعالجه في التشريعات الخاصة .

الفرع الثاني: محاربة الشروط التعسفية في ظل الممارسات التجارية

يسعى المشرع إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية طبقا لقانون رقم 04- 02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي رقم 06–306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، ويظهر تعسف العون الاقتصادي بإدراج شروط في العقد، تكون فيها مزايا مفرطة لصالحه على حساب المستهلك، فتدخل المشرع في عقد الاستهلاك المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك كان بهدف إعادة التوازن للعقد. وإذا كان القانون المدني لم يعرف الشرط التعسفي فإن المشرع طبقا للمادة 03-5 من قانون رقم 04- 02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية عرف الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، فالنص واضح رغم العيب في صياغته حيث أن الشرط العقدي هو بند[89]، وتسمح قراءة المادة 03-5 من قانون رقم 04- 02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بالقول بأن تقدير الطابع التعسفي للشرط أو البند لا ينظر إليه بصفة منعزلة، وإنما

[88] -بن شنتي حميد، مرجع نفسه، ص 47.

[89]- Bencheneb Ali, op.cit., p.152.

ينظر إليه في إطار كلي للعقد وللشروط المختلفة التي يتضمنها[90]، وتقتضي الحماية من الشروط التعسفية أن يكون أحد المتعاقدين مستهلكًا[91]، وينصب العقد المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك على اقتناء سلعة أو خدمة، كما تبنى المشرع في المادة 03–5 المذكورة أعلاه معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد في تعريفه للشرط التعسفي . فيجب أن يكون الاختلال في التوازن ظاهريا، بمعنى أن يكون مفرطا أو مرهقا لأن المتعاقد مع المستهلك قد أفرط في وضعية الهيمنة مما أدى إلى استعمال القوة الاقتصادية.[92]

ومن أجل محاربة الشروط التعسفية وحماية المستهلك تدخل المشرع بصفة مباشرة بوضع قائمة الشروط التعسفية[93] التي أوردها على سبيل المثال لا الحصر وتم تقصيرها على العقود التي يكون أطرافها، المستهلك والبائع. وإن قانون رقم 04- 02 لم يكتف بإيراد القائمة السوداء السابقة، وإنما أورد تعريفاً للشرط التعسفي، وهو ما يسمح للقضاء ببسط سلطته لتلك الشروط التي لم يرد ذكرها في المادة 29، كل ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع[94]، أو بصفة غير مباشرة بمنح السلطة التنظيمية طبقا للمادة 30 من قانون رقم 04–02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التدخل لمنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية طبقا للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[95]، وأن تتدخل السلطة

---

[90]-بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا، ألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 222.

[91]- المادة 03-2 من قانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

[92]-Bencheneb Ali , op.cit., p.153.

[93]-المادة 29 " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:1-أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، 2– فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد، 3– امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أومميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، 4– التفرد بحق تفسير شرط أوعدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية ،5– إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها ،6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته ،7– التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة ،8 تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة." من القانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[94]-بودالي محمد، مرجع سابق، ص 99.

[95]- " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:-تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه، -الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك، -عدم السماح للمستهلك في حالة

التنظيمية بتحديد العناصر الأساسية للعقود طبقا للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 ويلاحظ أن القائمة التي حددها المشرع للشروط التعسفية طبقا للمادة 29من قانون رقم 04–02 أو القائمة المحددة من قبل السلطة التنظيمية طبقا للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 تستبعد سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية، وهذا ما يتعارض مع المادة 03-5 من قانون رقم 04–02 التي تمنح للقاضي سلطة تقديرية في التأكد من وجود اختلال في التوازن العقدي بين حقوق وواجبات المتعاقدين[96].

ومنح لجنة البنود التعسفية طبقا للمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 البحث في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين عن الطابع التعسفي للبنود المدرجة في العقد، وبعد البحث تقدم توصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، وهنا يظهر أن للجنة البنود التعسفية دور وقائي، وذلك من خلال تمكين السلطات العامة باتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الشروط التعسفية في الوقت المناسب. وتتكون هذه اللجنة من 10 أعضاء طبقا للمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 08–44.[97]

وبما أن توصيات لجنة البنود التعسفية غير ملزمة للقاضي وكذا المتعاقدين، وجب توسيع مهامها بإضافة توصيات بحذف الشروط التعسفية، وبما أن توصيات لجنة البنود التعسفية ليست لها أي قوة إلزامية فهي تمارس على المهنيين ضغطا معنويا من خلال نشرها [98].

القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض، -التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته، - النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده، - فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد، - الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه، - تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، - فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك، - الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق، - يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته، - يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته."

[96]-فاضل خديجة، عيمة العقد ، دكتوراه، الجزائر1، 2016، ص 223.

[97]-مؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر، 2008، العدد 07 .

[98]-Jean Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDciv, n°2,1994, p.247.

كما منحت المادة 65 من قانون رقم 04–02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية لجمعيات حماية المستهلك الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الجماعي الناجم عن شروط تعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين أمام القاضي الجزائي دون القاضي المدني، وذلك لورود " التأسيس كطرف مدني في الدعاوى " طبقا للمادة 65-2 من قانون رقم 04–02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ومنحت المادة 23 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لجمعيات حماية المستهلكين الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر، إلا أنه يلاحظ أن المطالبة بالتعويض عن الضرر غير كافية لمحاربة الشروط التعسفية[99]، وكان الأجدر بالمشرع أن ينص صراحة على توسيع صلاحيات جمعيات حماية المستهلك، وذلك للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية، وفي ظل سكوت المشرع عن جزاء مدني لمحاربة الشروط التعسفية. يبقى القول أن هناك حماية غير كافية للمستهلك في غياب النص على البطلان، أما الجزاء الجزائي المترتب عن الشروط التعسفية هو الغرامة طبقا للمادة 38 من قانون رقم 04–02، لمخالفة المادة 29 من القانون المذكور أعلاه بغرامة محددة بخمسين ألف دينار(50.000دج) إلى خمسة ملايين دينار(5.000.000دج).

الخاتمة

إن عقد الإذعان هو مرآة عاكسة لتطور العقد نتيجة تفاعل مجموعة من العوامل: اقتصادية، اجتماعية وسياسية، وأن تبنيه من قبل المشرع هو تكريس لمكانته داخل المجتمع؛ حيث أنه في الغالب يستجيب لضرورات السياق الاقتصادي.

كما قدم القانون المدني المساعدة للطرف المذعن في عقد الإذعان، وهذا بإقراره مبدأ عاما يضمن التوازن في العقد وذلك من خلال محاربة الشروط التعسفية طبقا للمادة 110 مدني، أو حماية الطرف المذعن من خلال تكريسه للتفسير الحمائي طبقا للمادة 112 -2مدني، دون تجاهل دور التشريعات الخاصة فيما قدمته من حماية للطرف المذعن باعتباره طرفا ضعيفا سواء أكان مؤمنا له، أو عاملا، أو مستهلكا، وكذا ضمان إعادة التوازن العقدي.

[99]–فاضل خديجة مرجع سابق، ص 224.

ظهير الالتزامات والعقود[1] المغربي: بين المرتكزات وإكراهات التعديل

أ.د. رياض فخري: أستاذ & أ.د. رشيد الطاهر: أستاذ
جامعة المغرب - الحسن الأول بسطات

ملخص

صدر ظهير الالتزامات والعقود المغربي إبان الحماية الفرنسية سنة 1913 ، وهو يكاد يكون صورة طبق الاصل من المجلة التونسية للالتزامات والعقود التي تم وضعها من قبل الحماية الفرنسية بتونس سنة 1906 ، حيث يعتبر مزيجا قانونيا لأحكام الفقه الإسلامي والتشريعات الاوربية وقد فرض هذا القانون قسرا في بداية القرن العشرين، الا ان المشرع المغربي قد تقبله طوعا واحتضنه في الفترة الموالية للاستقلال. وقد لحقته بعض التعديلات الطفيفة من سنة 1993 إلى سنة 2015 نتيجة صدور عدة قوانين خاصة أخذت بأسس فلسفية مغايرة لأساس هذا الظهير، وتجاوزت بذلك العديد من المقتضيات التي جاء بها ، وخصصت ما كان عاما منها. إن هذا القانون الذي مر على صدوره ما يقارب 113 سنة بدأ يتعرض لسهام النقد من طرف المهتمين بالمجال القانوني سواء كانوا أساتذة أو قضاة، أو باحثين... الشيء الذي يدفعنا إلى طرح مجموعة من الإشكاليات حول جدوى هذه الانتقادات. هل فعلا هذا القانون عجوز، هل فعلا هذا القانون أصبح لا يواكب التطورات. هل فعلا هذا القانون يخالف الشريعة الإسلامية . وإن كان كذلك فما هو السبيل والطريق والمنهاج الأصح لتقويمه، هل نغيره جذريا؟ أم نطوره عن طريق بعض التعديلات الجزئية؟

الكلمات المفتاحية: ظهير الالتزامات والعقود، سلطان الإرادة، التطورات، التعديلات.

[1]- ما يطلق عليه القانون المدني في العديد من بلدان العالم خصوصا منه المنتمي للمدرسة اللاتينية في القانون، يطلق عليه في المغرب ظهير الالتزامات والعقود وبالرغم من بعض الاختلافات في نطاق تطبيقه وخصوصا فيما يتعلق بحالة الأشخاص منذ الميلاد إلى ما بعد الوفاة، التي لا يعالجها هذا الظهير ويتركها لمدونة الأحوال الشخصية أو مدونة الأسرة، على عكس القوانين المدنية المقارنة التي تعالج أيضا هذه المواضيع. إلا أن باقي المواضيع تكاد تتشابه في هيكلها عندما يتعلق الأمر بالأموال. ومع ذلك فإننا في هذا البحث سنطلق عليه القانون المدني تسهيلا للأمر.

Résumé

Le dahir des Obligations et des contrats marocain a vu le jour pendant le protectorat français en 1913. Il est presque une copie du Code tunisien des obligations et des contrats adopté également sous le protectorat français en Tunisie en 1906. Il constitue une combinaison juridique entre les dispositions de la jurisprudence islamique et la législation européenne. Ce dahir a été imposé dans le début du XXe siècle, mais le législateur marocain l'a volontairement accepté après l'indépendance. Il a connu quelques modifications entre les années 1993 et 2015 suite à l'adoption de plusieurs lois spéciales dont la base philosophique est différente de celle de ce dahir est ainsi dépassé dans plusieurs de ces dispositions. Cette loi de 113 années est l'objet de critiques de spécialistes dans le domaine juridique, qu'ils soient professeurs ou magistrats … ce qui nous a conduit à mettre en exergue la pertinence de ses critiques. Est-ce vraiment une vieille loi, est ce qu'elle ne suit pas le rythme de l'évolution ? quel chemin pour son ajustement ? la changer radicalement, ou procéder à des modifications partielles ?

Mots clés : dahir des obligations et des contrats, développement, critique, amendement.

مقدمة

يعد القانون المدني الشريعة العامة لباقي القوانين فهو بمثابة العمود الفقري لها لكونه يشتمل على نظرية عامة للالتزامات صالحة للتطبيق كلما كان هناك فراغ أو نقص في جانب من الجوانب القانونية التي تهم الفروع المنبثقة من هذا القانون، كما أن القاضي في حال لم تسعفه القوانين الخاصة يمكنه اللجوء إليه للبحث عن الحل.

ويعتبر ظهير الالتزامات والعقود من أقدم القوانين في المغرب بحيث مر على صدوره قرن وثلاث سنوات وما زال معمولا به رغم ما اعتراه من تعديلات جزئية من حين إلى آخر تبعا للتطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي ناهيك عن العقيدة التشريعية التي يتبناها المشرع المغربي من مجلس إلى لآخر دون أن ننسى

الإكراهات الدولية الاقتصادية منها قبل السياسية والتجدد في المجال التعاقدي تطبيقا للقاعدة المعروفة التشريع يظل لكن الناس لا يستقرون على حال، لذلك يظل القانون دائما في حاجة إلى الملائمة والتطور.

ويواجه هذا القانون بكونه لا يساير بنفس السرعة التحولات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع المغربي التي فرضتها ظروف داخلية وأخرى دولية، وما زاد الأمر إلحاحا صدور العديد من القوانين أخذت بفلسفة مغايرة لأساس هذا القانون وتجاوزت بذلك العديد من المقتضيات التي جاء بها خصوصا ما كان عاما منها، لذلك فقد بدأ يتعرض لسهام النقد من طرف المهتمين بالمجال القانوني بوصفه قانونا عجوزا، فما هي فلسفة التشريع التي تحكمت في صدوره؟ وهل واكب التطورات المتسارعة التي شهتها القوانين الأخرى المتفرعة عنه؟ ولماذا اقتصر المشرع على إدخال تعديلات جزئية دون اللجوء للإصلاح الجذري؟

أولا: البعد الديني والمدني وأثره على المرتكزات التي حكمت وضع ظهير الالتزامات والعقود المغربي

قبل صدور هذا القانون بتاريخ 12 غشت 1913 كانت كل المبادلات والتصرفات بالمغرب تخضع في جلها لأحكام الشريعة الإسلامية وللأعراف[2]، وكانت هذه الأحكام غير مدونة بطريقة عصرية، كما لم تكن موحدة مما ترتب عن ذلك اختلاف الآراء بين الفقهاء والعلماء والقضاة في بعض المسائل، ومن أجل تجميع أحكام المعاملات وما يترتب عنها من التزامات في مدونة واحدة تم تكوين لجنة تحضيرية من بعض الأعضاء[3] وأضيف إليهم مجموعة من العلماء البارزين من جامعة القرويين، وكان السيد سانتيلانا هو مقرر اللجنة[4]، وكان مستشرقا يتمتع بدراية كبيرة بأحكام الشريعة الإسلامية ومتمكنا من اللغة

---

[2]- ما عدا ما كانت تحكمه الاتفاقيات الدولية التي أبرمها المغرب مع الدول الأوربية والتي كانت تنص على تطبيق القواعد القانونية للدولة الأوروبية في النزعات التي يكون أحد أطرافها من رعاياها وأمام قضاءها القنصلي.

[3]- كانت اللجنة التحضيرية تتركب من الأعضاء التاليين: Georges teissier, Lapradelle, Berge, Santilana

[4]- يظل سانتيلانا الأب الروحي للمجلة التونسية للالتزامات والعقود التونسية وقانون الالتزامات والعقود المغربي تماما كما هو حال بورتاليس بالنسبة للقانون المدني الفرنسي والسنهوري بالنسبة للكثير من القوانين المدنية العربية، والأسيوطي بالنسبة للقانون المدني اليمني.

للمزيد حول القانون المدني الفرنسي انظر:

A.J ARNAUD, les origines doctrinales du code civil français, thèse de droit. Bid.de PH.Droit IX.LGDJ 1969.

العربية، وكان يشغل مهمة محام بارز ومستشار قانوني بالحكومة التونسية، ثم بعد ذلك لدى سلطات الحماية الفرنسية بالمغرب، لذلك فهذا القانون يكاد يكون صورة طبق الأصل من المجلة التونسية للالتزامات والعقود التي تم وضعها من قبل الحماية الفرنسية بتونس سنة 1906، ويعتبر مزيجا تناسبيا لصالح القوانين الأوروبية من القوانين والأحكام المستمدة من الفقه الإسلامي والتشريعات الأوروبية، ويرى بعض الفقه أن هذا القانون وإن كان قد تضمن بعض الحلول التي يقضي بها الفقه الإسلامي فهو ظل وفيا لأسلوب الصياغة القانونية المتبع في قوانين العائلة الرومانية اللاتينية وبالأخص في القانون الفرنسي[5]، وبالرغم من كون ظهير الالتزامات والعقود ليس تقنينا للفقه الإسلامي بالمعنى المتعارف عليه وبالتالي اقتباسا لقانون أجنبي فليس فيه ما يتعارض مع الشريعة الإسلامية، فهو كان بمثابة توفيق بين الاتجاهين الذين تبلورا بمناسبة إعداده (سانتيلانا والعلماء) فكلاهما واجها إشكالية التوفيق بين القانون الأوروبي وبين الشريعة الإسلامية منطلقين من تصور واحد حول غاية القانون من حيث هي مصالح العباد أو الخير العام وصلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، إلا أن سانتيلانا لم يتخلص من بعض أفكار الاستشراق الأوروبي مفترضا تأثير القانون الروماني على الشرع الإسلامي إلا أن بعض العلماء من أرجع ذلك التشابه إلى أصول القانون الروماني نفسه ليصل بها إلى التوراة باعتبارها أصلا من أصول جامعيات الأحكام من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشريعة الإسلامية هي الحافظة للشرائع السابقة حتى كان شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ[6].

يتضح جليا أن ظهير الالتزامات والعقود له مصادر وضعية تجد مصدرها في بعض القوانين المدنية الأوروبية خاصة منها الفرنسية، الألمانية والإسبانية، كما تم الاعتماد على مصادر شرعية، خاصة المؤلفات والمتون الفقهية المالكية[7]، وتم الاستئناس ببعض المراجع المعتمدة في الفقه الحنفي[8]، فهذا القانون إذن هو خليط من القواعد بعضها نابع من مدونة نابوليون لسنة 1804 والبعض الآخر مستورد من

---

[5]- عمر عزيمان، المهنة الحرة في المغرب، أطروحة من جامعة نيس، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط 1980 عدد 30، ص 244.

[6]- محمد السنوسي، مطلع الدراري بتوجيه النظر الشرعي على القانون العقاري، ص 3.

ورد في: أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى 1996، ص 390.

[7]- مثل المختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس للخليل بن إسحاق، وتحفة بن عاصم.

[8]- مثل كتاب الأشباه والنظائر لزين العابدين.

المدونات الجرمانية واللاتينية، في حين تم اقتباس جزء منها من الفقهين المالكي والحنفي والأعراف المحلية السائدة آنذاك. وقد جاء في التقرير الذي رفع إلى رئاسة الجمهورية الفرنسية بمناسبة وضع هذا القانون سنة 1913 أن" هذا التشريع سيتلقى بارتياح كبير من طرف الكل بالمغرب حيث سيجد فيه الأوروبيون قواعد مشتقة من قوانينهم الوطنية في حين لن يجد فيه المسلمون ما يخالف ضميرهم الديني ولا عاداتهم[9].

وقد اتجهت نية مشرع 1913 إلى اعتبار ظهير الالتزامات والعقود القانون المحلي لمنطقة الحماية الفرنسية بالمغرب المتعلق بالالتزامات الناشئة عن غير العقد وبجميع العقود غير الخاضعة لقانون آخر تطبيقا لظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، وقد أسند تطبيقه إلى المحاكم العصرية التي أحدثت بنفس التاريخ، إلا أن القضاء استبعده عن التطبيق على عدد من عقود الفرنسيين والأجانب إما باعتماد قواعد القانون الدولي الخاص ومفاهيمه وإما تحت ستار التأويل بحيث لم يعد معه هذا التشريع سوى القانون المحلي لمنطقة الحماية الفرنسية المتعلق بالالتزامات غير التعاقدية، وقد انتقد الفقه هذا الاتجاه، فكان ينبغي انتظار مدة زمنية طويلة ليتعود الفقه والقضاء على التعامل مع هذا الظهير باعتباره القانون المحلي لمنطقة الحماية الفرنسية.

وبعد الاستقلال ظهر اتجاهان رئيسيان يذهب أحدهما إلى الدفاع عن إعداد مدونة جديدة للالتزامات والعقود مستمدة من الفقه الإسلامي، في حين يذهب الثاني إلى الدفاع عن الإبقاء على القانون وتوحيد العمل به بعد إدخال بعض التعديلات عليه، ولم يقتصر هذا التباين على موقفهما من هذا الظهير بل شمل القانون المغربي بصفة عامة، ففي الوقت الذي كان فيه الاتجاه الثاني يطالب بتوحيد القوانين التي كانت تطبقها المحاكم العصرية طالب الاتجاه الأول بالتوحيد على أساس المراجعة الشاملة للقوانين المعمول بها والعمل على تدوين الفقه الإسلامي، ومن أجل التوفيق بين هذين الاتجاهين وبعد مناقشات طويلة داخل البرلمان، جاءت صيغة الفقرة الأولى من قانون المغربة والتوحيد والتعريب لسنة

[9]- هنا وجب التذكير بأن هذا القانون وضع بواسطة ظهير سلطاني بالنظر لغياب برلمان يشرع آنذاك لذلك سمي بالظهير وليس القانون.

1965 تقضي بالإبقاء على " النصوص التشريعية والعبرية وكذلك القوانين المدنية والجنائية إلى أن تتم مراجعتها".

ويعد ظهير الالتزامات والعقود من أقدم وأطول القوانين المغربية، فهو يضم 1250 فصلا، وينقسم إلى كتابين رئيسيين، الأول يتضمن أحكام الالتزامات بوجه عام (477 فصلا) ويشمل سبع أقسام هي مصادر الالتزامات، أوصاف الالتزام، انتقال الالتزامات، آثارها، بطلانها وإبطالها، انقضائها وإثباتها.

أما الكتاب الثاني فخصص لمختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها(723 فصلا) ويضم اثني عشر قسما مخصصة لعدة أنواع من العقود وهي: البيع، المعاوضة، الإجارة، الوديعة والحراسة، العارية، الوكالة، الاشتراك، عقود الغرر، الصلح، الكفالة، الرهن الحيازي وقسم أخير مخصص لمختلف أنواع الدائنين.

وتعتبر نظرية الالتزامات ركيزة الحقوق المدنية وهي منها بمثابة العمود الفقري من جسم الإنسان بل إن سلطانها ينبسط على فروع الحقوق جميعا بحيث نجد آثارها في بعض المبادئ السائدة في الحقوق التجارية أو في الحقوق الإدارية أو في الحقوق الجزائية...[10]، كما تعتبر قواعد هذه النظرية أكثر شمولية وأكثر تجريدا، فهي تقوم على مجموعة من المبادئ المشتركة بين مختلف النظم القانونية وتقتصر على التنصيص على القواعد الكلية دون الدخول في تفاصيل الجزئيات، ومن أهم تلك المبادئ نذكر سلطان الإرادة و عيوبها والقوة الملزمة للعقد والأثر النسبي للالتزام وحسن النية في تنفيذ الالتزام والنظام العام والقوة القاهرة والظروف الطارئة ونظرية التعسف والمساواة التي تشكل تعبيرا عن الطابع الأخلاقي الذي أصبغته الديانات على مختلف النظم القانونية.

كما يمتاز القانون المغربي بتكريسه لمبدأ الرضائية والحرية في التعاقد التي لا يحد منها إلا قيد النظام العام وكل ما من شأنه المساس بحقوق الغير، فبالرغم من المرونة التي عرفتها بعض المبادئ التقليدية في ميدان القانون المدني كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية آثار العقد إلا أن هذه المبادئ لا زالت محتفظة بصلابتها في إطار قانون الالتزامات والعقود المغربي.

[10] - مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزامات، دار القلم، لبنان 1994 مقدمة الطبعة ص 3.

لقد ظل هذا القانون شامخا وصامدا ولم يتأثر بالمواقف المتباينة منه سواء خلال عهد الحماية أو حتى بعد الاستقلال وإلى يومنا هذا، فهو يتميز بعدة خصائص ضمنت له هذا النوع من الثبات والاستقرار فقواعده أكثر تعميما وتجريدا وشمولية، فهو قانون جميع الناس وليس قانون طائفة معينة[11].

إن ظهير الالتزامات والعقود اعتبر في تاريخه متقدما عن المجتمع الذي وضع له لأنه جاء ليوجهه نحو نمط معين للإنتاج وليشكل أداة مهمة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية في هذا الإطار، إلا أنه يشكل اليوم كذلك وسيلة للنهوض بالتعاون والتبادل بين المغرب وغيره من الدول.

ثانيا: ظهير الالتزامات والعقود في مواجهة التحولات الداخلية والاكراهات الخارجية، أي قدرة على الصمود والثبات؟

ظل ظهير الالتزامات والعقود طيلة ما يزيد على القرن، بفعل حمولته القانونية والتاريخية المتميزة محافظا على ثبات وضعيته باعتباره نصا أساسيا في المنظومة التشريعية الوطنية رغم التطورات والمستجدات التي عرفها المغرب في ميدان تنظيم المعاملات، ورغم تطور المجال القانوني خصوصا في الجانب الذي تتفاعل أو تتقاطع معه بشكل مباشر مقتضيات قانون الالتزامات والعقود، مما قد يعطي انطباعا بأن هذا القانون أصبح عصيا عن التجاوز لاسيما بعد إلغاء عدة قوانين خرجت إلى الوجود إبان صدوره كالقانون التجاري وإصدار قوانين جديدة كمدونة الحقوق العينية وقانون حماية المستهلك[12] ، مدونة الأسرة ، قوانين الشركات، مدونة الشغل، قانون مؤسسات الائتمان، قانون حرية الأسعار والمنافسة، وقانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية...

فبالرغم من صمود هذا القانون طيلة قرن من الزمن بنفس الصياغة وبنفس الأسلوب والأفكار والمفاهيم التي تضمنها منذ مطلع القرن الماضي فهو لم يقف ولن يقف يوما ما في وجه التحولات التي يعرفها المجتمع خاصة فيما يتعلق بحاجته إلى تحقيق استقرار المعاملات وإرساء أسس العدالة والأمان القانوني، كما أنه لم يتخلف

---

[11] – أحمد ادريوش، الثقافة والقانون، الجزء الثاني، قانون الالتزامات والعقود: مائة سنة من الصمود، تأملات حول تأثير الثقافة القانونية للحقوقيين والسياسيين على موقفهم من القانون المقتبس للالتزامات والعقود، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى 2016، ص 8.

[12] – منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة النصوص القانونية، العدد 14، يناير 2009.

أبدا عن مواكبة التطور التكنولوجي في مجال الاتصال والتعاقد، ولنا في تتبع التعديلات والإضافات التي أدخلت على هذا القانون أو على غيره من القوانين ذات الصلة خير دليل على يقظة المشرع واستجابته لحاجيات المجتمع وعلى درجة مواكبته لجميع التحولات التي يشهدها عالم اليوم دون مساس بالثوابت والمبادئ العامة المؤطرة للالتزامات والعقود[13]، فالمشرع إذن حافظ على مكانة قانون الالتزامات والعقود ضمن منظومة القانون المغربي باعتباره معلمة متميزة تقوم على مجموعة من القواعد العامة الدائمة والمستمرة كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحسن النية... مع مواكبة حاجيات المجتمع إلى مزيد من التنظيم لممارسات وسلوكيات جديدة وذلك بتقنينها خارج هذا القانون أو إدماج ما يليق منها ضمن صلبه.

فبعد سنة 1965 التي تم فيها تعريب هذا القانون وإدخال بعض الإصلاحات الشكلية ليصبح منسجما مع وضع المغرب المستقل، عرف قانون الالتزامات والعقود فيما بعد تعديلات أخرى همت بعض المجالات بواسطة القوانين التالية:

– الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.93.345 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المتعلق بتتميم الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود بإضافة "ثانيا مكرر" والذي أدرج الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها ضمن قائمة الديون الممتازة على كل المنقولات ووضعها في الرتبة الثالثة.

– القانون رقم 27.95 المتمم للفصل 264 بإضافة حكم التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، حيث تمت إجازة الاتفاق مسبقا على مقدار التعويض وتم الاعتراف صراحة للمحكمة بالحق في التدخل لتعديله، وكل شرط مخالف لذلك يعد باطلا.

– القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز، حيث تم تتميم القسم المتعلق بعقد البيع بفرع رابع من 20 فصلا عرف فيها هذا العقد وحدد نطاق تطبيقه وعرض مختلف مقتضياته مع التمييز فيها بين البيع الابتدائي وبين البيع النهائي.

– القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

[13]- احمد ادريوش، الثقافة والقانون الجزء الثاني، مرجع سابق ص 9.

– القانون رقم 09.15 بتغيير الفصل 2.1 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على إمكانية إعداد وحفظ الكتابة بشكل إلكتروني عندما تشترط الكتابة لصحة تصرف قانوني.

– القانون 107.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز.

– إضافة باب رابع في القسم الأول من الكتاب الأول والخاص بالمسؤولية المدنية الناجمة عن المنتجات المعيبة، وذلك بموجب المادة 65 من القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات، حيث تم تحديد مفهوم مسؤولية المنتج وشروط تحققها وكذا شروط الإعفاء منها وكذا شروط الحصول على تعويض عن الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة.

وبالموازاة مع هذه التعديلات عرف قانون الالتزامات والعقود تأثيرات أخرى بفعل تعديلات تمت خارج نصوصه، فصدرت قوانين جديدة كمدونة الأسرة، مدونة التجارة، مدونة الشغل، قوانين الشركات.... تضمنت في بعض الأحيان مقتضيات مخالفة لتلك التي يتضمنها القانون المدني لاسيما فيما يرتبط بمواضيع الأهلية أو عقد العمل أو عقد الشركة أو ترتيب الديون الممتازة أو التقادم.

ومن الأمثلة على التضارب الحاصل بين ظهير الالتزامات والعقود وقوانين أخرى، ذلك الحاصل مع مدونة الأسرة التي تقضي بأن تصرفات الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، في حين ينص ظهير الالتزامات والعقود على أن تصرفات القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم لا يلزمان بها وتكون قابلة للإبطال ويمكن تصحيحها بإجازة من أحد الأطراف الثلاث.

ومن الأمثلة على التضارب مع مدونة التجارة تنصيص هذه الأخيرة على كمال أهلية الأجنبي لمزاولة التجارة ببلوغه عشرين سنة ولو كان قانون جنسيته يفرض سنا أعلى[14]، في حين تخضع الأهلية حسب ظهير الالتزامات والعقود للقانون

[14]- مع الأخذ بعين الاعتبار ما ينص عليه قانون الجنسية الذي اعتبر في مادته الرابعة على أنه يعتبر راشدا في مفهوم هذا القانون كل شخص بلغ ثمان عشرة سنة شمسية كاملة.

الوطني للشخص باعتبارها جزءا من الأحوال الشخصية التي يسري عليها قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها.

كما أن القضاء استبعد من مفهوم التوقيع بصمة الإبهام بناء على مقتضيات الفصل 426 من ظهير الالتزامات والعقود وهو ما يتعارض مع بعض القوانين الخاصة التي اعترفت بالبصمة كتوقيع كمدونة الانتخابات وقانون المسطرة الجنائية وقانون كفالة الأطفال المهملين...[15]

وكان من المفترض أن تتضمن النصوص الجديدة موادا صريحة تنص على نسخ المقتضيات المخالفة في ظهير الالتزامات والعقود، إلا أن إرادة المشرع على ما يبدو كانت تنصرف بمناسبة كل تشريع جديد إلى عدم المس بهذا الظهير مما جعل بعض مقتضياته متجاوزة بفعل تطبيق النصوص الجديدة، فقد اقتضت مثلا عملية إصلاح قانون الأعمال ضبط الإحالة إلى ظهير الالتزامات والعقود بعدما كانت المسودات التمهيدية تنسخ وتعوض بعض أحكام القانون المذكور، لكن تم التراجع عن هذا الإلغاء خلال عملية الصياغة النهائية لهذا المشروع أو ذاك.

إن أهم المقتضيات الجديدة التي مست ظهير الالتزامات والعقود هي تلك التي جاء بها إصلاح القوانين الاقتصادية سواء على مستوى النظرية العامة أو على مستوى العقود المسماة، وتتميز هذه المقتضيات بطابعها التوجيهي، أي تمكين الأطراف من ممارسة حريتهم التعاقدية في إطار القانون وبترخيص منه، كما تتميز بطابعها الحمائي لأنها ترمي إلى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد لتحقيق نوع من العدالة التعاقدية و بالتالي محاولة الحفاظ على استقرار المعاملات و حماية المراكز القانونية تدعيما للثقة في الاقتصاد المغربي.

ونشير في هذا الصدد إلى قانونين اثنين هما القانون المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة والقانون المتعلق بحماية المستهلك اللذان تضمنا مقتضيات توجيهية وحمائية في نفس الوقت أثرت على النظرية العامة للعقد وكذا على القواعد المتعلقة بالعقود المسماة.

---

[15] - محمد بونبات ومحمد مومن، قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة، أشغال الملتقى الدولي الذي نظمه مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش ونادي قضاة المغرب، يومي 14 و15 يونيو 2013، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 42.2013، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2013 ص 29 و30.

فقانون حرية الأسعار والمنافسة تضمن مبادئ مغايرة لتلك الواردة في ظهير الالتزامات والعقود، على أساس أن هذا الأخير يقوم على الحرية العقدية للأفراد، المستندة على مبدأ سلطان الإرادة بحيث أن إرادة طرفيه هي التي تحدد مضمون العقد والتزامات الطرفين، في حين أن الأول يقوم على الحرية التنافسية والتي تستند بدورها على مبدأ العرض والطلب كمحدد للأسعار في السوق، وأن العقد في ظلها مجرد آلية لتحريك الثروات وتوزيعها، والغاية هي ضمان الشفافية وحماية المصلحة العامة الاقتصادية. كما تضمن هذا القانون العديد من الوسائل القانونية المختلفة عن تلك المتعارف عليها في النظرية العامة للالتزامات، لأجل تحقيق التوازن العقدي، بحيث جاء بمجموعة من الضوابط منع من خلالها كل الممارسات المنافية لقواعد المنافسة، وجاء بالعديد من الالتزامات لم تكن معروفة في ظهير الالتزامات والعقود، بحيث ألزم المهنيين بإعلام المستهلك وتقديم الفاتورة له، كما مكن المستهلك من حرية التعاقد لحماية رضاه من الوسائل غير الأمنية أو غير الشريفة التي يأتيها المهنيون ضدهم، رغم وجود نظرية عيوب الرضا، كما تم حظر الاتفاقات المخالفة لقواعد المنافسة، وكذا الاتفاقيات التعسفية المخلة بقواعدها[16].

أما القانون المتعلق بحماية المستهلك[17] فقد جاء هو الآخر بعدد كبير من المقتضيات تجاوز تأثيرها النظرية العامة للعقد إلى الأحكام التفصيلية للعقود المسماة والمسؤولية المدنية، ومن هاته المقتضيات تلك المتعلقة بعيوب الإرادة من خلال إقرار مجموعة من الحقوق لحماية المستهلك وأهمها الحق في الإعلام، وأحكام الشروط التعسفية والتي مست بشكل كبير بمبدأ سلطان الإرادة التي لم يعد لها دور غير محدد في وضع العقود التي تبرم بين المستهلك و المحترف وانما تم تحديد ذلك الدور عن طريق فرض التزامات وشروط على عاتق المورد في سبيل تحقيق هدفين اثنين وهما اعلام المستهلك واعطائه صورة واضحة عن العقد المبرم و عن المنتوج المستهلك ومنع المورد من وضع الشروط التعسفية. ومن الحقوق المقررة في هذا القانون الحق في الحماية من الإشهار الكاذب أو الخادع، وتلك المتعلقة بالعقود المبرمة عن بعد... مرورا بقلب عبء الإثبات وجعله على المورد استثناء في

[16] - للمزيد حول هذا الأمر، راجع القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 4810 بتاريخ 6 يوليو 2000.

[17] - القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 7 أبريل 2011.

نزاعات الشروط التعسفية والعقود عن بعد عكس ما ينص عليه قانون الالتزامات والعقود من جعل عبء الإثبات على المدعى.

كما جاء هذا القانون بعدة مقتضيات لحماية المستهلك من بعض العقود أو الشروط، فنظم بعضها ومنع البعض الآخر. فقد نظم البيع خارج المحلات التجارية والبيع بالتخفيض وضمان عيوب المبيع والخدمة بعد البيع، كما منع، حماية للمستهلك البيع مع مكافأة وتعليق البيع على شروط معينة... وكذلك فعل بالنسبة لعقد القرض حيث أفرد له قسما خاصا عالج فيه القروض الاستهلاكية والعقارية بما يضمن حماية المستهلك في جميع العقود والتصرفات التي يلجأ إليها لضمان أداء هذه القروض وخاصة منها عقود الإيجار المقرون بوعد بالبيع أو مع خيار الشراء أو المفضي إلى البيع[18].

ويمكن أن نضيف أيضا المقتضيات المتعلقة بالتأمينات حيث أصبح التعاقد من أجله إجباريا في بعض الحالات كالتأمين الإجباري على السيارات، وفي مجال القنص، والتأمين الإجباري في مجال المسؤولية المهنية، وكذا حوادث الشغل، بالإضافة للصفقات العمومية.

إذن فهذه المستجدات ترمي إلى توجيه الاقتصاد من أجل تحقيق الغايات والأغراض المسطرة، وكذا الممارسة التعاقدية بما لا يخالف النظام العام الاقتصادي مع حماية الطرف الضعيف، فإذا كان ظهير الالتزامات والعقود يعترف للإرادة بدور مهم في تكوين العقد وفي تحديد آثاره، فإن التطور قد جاء من خارج هذا القانون حيث أضحت إرادة المشرع تتفوق على إرادة المتعاقدين، بمعنى أن دولة القانون في الميدان الاقتصادي تقتضي أن تحترم الإرادة القانون، وأن لا يكون لها إلا الدور الذي أراده المشرع، وقد استتبع هذا التطور قيودا معينة على الإرادة اقتضاها النظام العام الاقتصادي إما بهدف التوجيه أو بهدف الحماية.

يتضح إذن أن المشرع المغربي ورغم التطورات التي شهدتها الساحة الاقتصادية وتفاعلها مع ما يقع على الصعيد العالمي، ورغم صدور قوانين جديدة في هذا الإطار مست بعض المبادئ الراسخة في ظهير الالتزامات والعقود، فإن المشرع ارتأى الحفاظ على هذا القانون وعدم تغييره مع الاقتصار على بعض التعديلات

[18] - احمد ادريوش، الثقافة والقانون، مرجع سابق ص 165 و166.

الضرورية، وهو الأمر الذي سار عليه المشرع التونسي الذي اقتصر في مراجعته سنة 2005 على الألفاظ والمصطلحات دون الجوهر، أما في فرنسا فبعدما دافع بعض الفقه في الذكرى المائوية للقانون المدني الفرنسي سنة 1904 عن عدم جدوى المراجعة الشاملة[19]، رأى جانب آخر في نهاية القرن الماضي أن البناء المنطقي للعلاقات بين الدائنين والمدينين يعتبر أقل من غيره من مجالات القانون المدني عرضة للتطور...أما نظرية الالتزام فتشكل جزيرة مقاومة وسط قانون متحرك وهو سر كونية قانون الالتزامات[20]، وكان ينبغي انتظار الاحتفال بالذكرى المائوية الثانية ليدافع جمع كبير من الفقهاء عن جدوى مراجعة وإصلاح بعض مقتضيات القانون المدني، إلى أن صدر مؤخرا في فبراير 2016 مرسوم لإصلاح هذا القانون حيث تم على مستوى الشكل إعادة صياغة بعض المواد لتكون واضحة ومبسطة، وعلى مستوى المضمون تم تكريس بعض الاجتهادات المستقرة مثل جزاء الاستغلال التعسفي للتبعية، مكان وزمان نشوء العقد بين الغائبين ومراجعة العقد بسبب الظروف الطارئة، وتم تكريس عدة مبادئ كمبدأ حسن النية والرضائية، وإلغاء السبب كشرط لصحة العقد وإن كانت معالمه ظلت حاضرة في فصول أخرى كتلك المتعلقة بحماية النظام العام[21].

إن ظهير الالتزامات والعقود المغربي قد صمد لما يزيد عن القرن، فهو" نص قانوني أساسي يحتل مركز الصدارة في المشهد القانوني والقضائي ببلادنا، ويعد معلمة ذات حمولة قانونية وتاريخية واجتماعية واقتصادية متميزة[22] "، وقد استطاع المشرع أن يواكب حاجيات المجتمع بتنظيم المستجدات الجديدة التي فرضها التطور الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي، وذلك إما بتقنينها إما خارج هذا القانون أو إدماج ما يليق منها ضمن صلبه، وبذلك استمر هذا النص من حيث

19-Voir Marcel Planiol, L'inutilité d'une révision générale du code civil, dans société d'études législatives, Le code civil 1804-1904, livre du centenaire, T2, Paris, Arthur Rousseau, éditeur.1904 p.953 à la page 961.

20 -Voir Jean, Henri et Léon Mazeaud, François Chabas, Leçons de droit civil, Tome 2, premier volume, Obligations, Théorie générale, monchrestien,1998.

21-Evane Pereira-Engel, Réforme du droit des contrats, qu'est ce qui va changer ? www.lepetitjuriste.fr.

22 - مقتضب من كلمة السيد وزير العدل والحريات في افتتاح الندوة العلمية الكبرى التي نظمتها كلية الحقوق اكدال بجامعة محمد الخامس بالرباط حول مئوية صدور قانون الالتزامات والعقود أيام 14 و15 و16 مارس 2013.

أسلوب صياغته وشموليته لمجموع المقتضيات المنظمة لنظرية الالتزامات، قادرا على معالجة العديد من المستجدات التي تفرضها المعاملات اليومية للأفراد بدليل أن جل القوانين الحديثة الصادرة مؤخرا تحيل على مقتضياته، إلا أن هذا الأمر لا ينفي حاجته إلى التنقيح أو الترميم لتجاوز بعض الأخطاء والهفوات التي تخللت بعض مراجعاته أحيانا في مجال الصياغة وأحيانا أخرى في مجال ضبط المفاهيم والمصطلحات.

تناقض الاجتهاد بين القضاء العادي والقضاء الاداري، ما الحل ؟
انتقال الملكية العقارية بالوفاة نموذجا

أ. أحمد شاعة، أستاذ مساعد
كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

ينقسم الاختصاص النوعي في نظام الازدواجية حسب طبيعة النزاع بين القضاء العادي والقضاء الإداري على اساس المعيار العضوي، ويتمخض عن ذلك ازدواجية في القانون من حيث الموضوع ومن حيث الاجراءات، فالقواعد القانونية التي يطبقها القاضي المدني تختلف عن القواعد التي يطبقها القاضي الاداري. لكن بالرجوع إلى بعض الاجتهادات القضائية بين النظامين نجد أن القاضي المدني طبق على النزاع المطروح امامه نفس القواعد القانونية التي طبقها القاضي الاداري، وكنموذج طبق القواعد السارية في مجال الملكية العقارية وبالخصوص نقل الملكية عن طريق الوفاة، فكلا النظامين طبقا القانون المدني (م 793) والأمر رقم 75/74 والمرسوم رقم 63/76 وقانون التسجيل رقم 105/76. ورغم تطبيق نفس القواعد القانونية والاختلاف بين النظامين في اطراف النزاع حسب المعيار العضوي إلا أن الاجتهاد القضائي جاء متناقضا اين اعتبر القضاء العادي صفة الوارث هي صفة المالك، بينما اعتبر القضاء الاداري أن صفة المالك تثبت بموجب الشهادة التوثيقية.

الكلمات المفتاحية: مجلس الدولة- المحكمة العليا- الشهادة التوثيقية- الوارث- نقل الملكية- الفريضة.

Résumé

Dans le système consacrant la dualité de juridictions, la répartition des compétences entre les juridictions de droit commun et les juridictions administratives se fait sur la base d'un critère organique. Il arrive cependant que les litiges soumis aux juridictions de l'ordre judiciaire et ceux relevant des juridictions administratives sont soumis au même texte de loi. Si l'on se réfère cependant, à la jurisprudence des deux ordres de juridictions, il apparait que le juge civil et le juge administratif appliquent différemment le même texte, d'où des décisions contradictoires, tel l'exemple du transfert de la propriété immobilière par cause de décès.

Mots-clefs: Conseil d'état- cour suprême - certificat notaire-héritier - transfert de la propriété -frédha.

مقدمة

إن وحدة القانون تتماشى مع وحدة النزاع ووحدة الهيكل القضائي، فطبيعة النزاع المطروح أمام القاضي واحدة، ينتج عنه تطبيق قانون واحد على جميع القضايا دون تمييز بين المتقاضين. لكن في فكرة ازدواجية القضاء المطبقة في الجزائر، نجد أن الاختصاص القضائي ينقسم إلى نوعين، حيث ينظر القضاء العادي في كل القضايا التي يكون أطرافها أشخاص القانون الخاص، وينظر القضاء الإداري في القضايا التي يكون احد أطرافها أو أطرافها من أشخاص القانون العام، وهذا حسب المعيار العضوي.

يفيد هذا أن هناك ازدواجية القانون من حيث الإجراءات والموضوع، وان القواعد القانونية التي تطبق على الأشخاص العاديين أمام القضاء العادي تختلف عن القوانين التي تطبق على أشخاص القانون العام أمام القضاء الإداري، لكن المشرع رغم اعتماده على فكرة ازدواجية النظام القضائي في دستور 1996[1] إلا انه اعتمد على قانون إجراءات واحد، ونلاحظ أنه في بعض النزاعات المطروحة أمام القاضي العادي بوقائع مماثلة لنزاعات مطروحة أمام القاضي الإداري طبقا فيها

[1]- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2013، ص 66.

نفس النصوص القانونية من الناحية الموضوعية، إلا أن الأحكام جاءت متباينة رغم أن الاختلاف فقط في أطراف الدعوى، ما الحل؟

إن القضاء العادي ممثلا بالمحكمة العليا يفصل في القضايا المطعون فيها بصفتها محكمة قانون في حين أن القضاء الإداري ممثلا بمجلس الدولة يفصل في بعض النزاعات بصفته محكمة موضوع، ورغم أن المحكمة العليا ومجلس الدولة يطبقون نفس النصوص القانونية مع اختلاف الأحكام التي تنظم النظامين، واختلاف الدرجة بين المحكمة العليا التي هي محكمة قانون على رأس القضاء العادي ومجلس الدولة محكمة موضوع على رأس القضاء الإداري، فهل يمكن اعتبار المحكمة العليا أعلى درجة من مجلس الدولة في هاته النزاعات؟

نص المشرع على وجود محكمة تنازع تعلو النظامين القضائيين، تختص في الفصل في منازعات الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري السلبي – بعدم اختصاصهما في الفصل في نفس النزاع- والايجابي – باختصاصهما في الفصل في نفس النزاع-[2]، ومن اجل توحيد الاجتهاد القضائي بين النظامين عندما يثار مشكل حول تطبيق نص قانوني واحد أمام القاضي العادي والقاضي الإداري، يكمن الاختلاف فقط في الأطراف ينتج عنه أحكام متناقضة، فهل يمكن إضافة اختصاص آخر لمحكمة التنازع يتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي من حيث الموضوع بين النظامين القضائيين للوصول إلى العدل؟

لقد اخترت نموذجا يبين التباين في الأحكام القضائية بين القاضي العادي والقاضي الإداري أين طبقا على النزاعات المتعلقة بانتقال الملكية العقارية عن طريق الوفاة نفس النصوص القانونية متحدة من حيث الوقائع والموضوع والسبب والاختلاف فقط يتمثل في الأطراف. نلاحظ من خلال هاته النصوص القانونية -التي طبقها القضاء الإداري والقضاء العادي- في البداية تناقضات فيما بينها، بين اعتبار الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة أو تنتقل إليهم بموجب الشهادة التوثيقية، ولتحليل هاته النصوص القانونية لا ننسى أننا نتكلم عن تركة هالك ستنتقل إلى الورثة صافية من كل ما يثقلها بعد تسديد الديون وتنفيذ الوصايا، فصفة الوارث تستحق بمجرد الوفاة أم بعد تصفية التركة؟

---

[2]- راجع المادة 03 و16 من القانون العضوي رقم 98-03. ج ر، 1998، العدد39، يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ص 3.

إن إلزام الورثة بتقديم شهادة توثيقية لنقل الملكية، باعتبار أن الوفاة واقعة مادية تعطي للورثة حقا على العقار الموروث، والإجراء الوحيد الذي يرتب الحق العيني يتمثل في تحرير الشهادة التوثيقية وإجراء الشهر حتى تنتقل الملكية، هاته الشهادة تعتبر الوسيلة الوحيدة لشهر حق الملكية عن طريق الإرث، والتي تفيد انتقال الملكية العقارية لصالح الورثة وهو إجراء مسبق يجب القيام به من طرف الورثة قبل رفع أي دعوى قضائية (رأي مجلس الدولة).

أما بالنسبة للقضاء العادي(رأي المحكمة العليا) لا يشترط الشهادة التوثيقية إلا إذا أراد الورثة التصرف في العقار ويتعين عليهم اللجوء إلى الموثق من أجل إعدادها في الأجل المحدد قانونا[3]، فواقعة الوفاة تكفي لنقل الملكية العقارية لفائدة الورثة ويكفي لإثبات الصفة لممارسة الدعاوى القضائية تحرير عقد الفريضة.

المبحث الأول: انتقال الملكية بالشهادة التوثيقية

إذا كانت التصرفات القانونية مثل عقد البيع تنقل الملكية بمجرد إبرامها كأصل، فانه في نقل الملكية العقارية لا يرتب التصرف أي أثر إلا بعد شهره في المحافظة العقارية، وتنتقل كذلك الملكية عن طريق الوفاة إلى الورثة، فالوفاة كواقعة مادية لا تكفي لنقل الملكية إلا من تاريخ تحرير الشهادة التوثيقية من الموثق، ومن هذا التاريخ يعتبر الورثة مالكين للعقار(المطلب الأول)، أما إذا تم رفع دعوى القسمة أمام القاضي في الآجال المحددة قانونا فلا نحتاج إلى الشهادة التوثيقية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انعدام صفة المالك في الوارث (رأي مجلس الدولة)

لقد فصل مجلس الدولة في استئناف مقدم من ورثة المرحوم ط-م-ولد ب-ولد بن ضد والي ولاية تلمسان ومن معه في 2000/10/25، الذي أيد القرار المستأنف وصرح بتأييد القرار وعدم قبول دعواهم بسبب عدم تحرير الشهادة التوثيقية لانتقال الملكية العقارية المتمثلة في قطعة ارض فلاحية مملوكة لمورثهم، حيث جاء في حيثيات القرار:[4] "**حيث انه من جهة أخرى فانه في حالة وفاة مالك**

[3]- د. جبار جميلة، الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، 2012، العدد ، ص 212.

[4]- مجلس الدولة، ملف رقم 4851، مؤرخ في 2001/09/24، مجلة مجلس الدولة، 2002، الغرفة 01، العدد 02.

العقار فان حق ملكية هذا العقار تحول إلى الورثة حسب إجراء نقل منصوص عليه في المواد 36 و46 ومن 65 إلى 71 و80 و171 و281 من قانون التسجيل، والمواد 62 و73 و2/76 و88 و1/91 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه.

وإن كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة المادة 01/91 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه."

وقد اعتبر مجلس الدولة أن المادة 91 من المرسوم 76-63 هي الأساس مقارنة مع باقي النصوص القانونية الأخرى، ويظهر من خلال القراءة الأولى أن هناك تناقض في النصوص القانونية خاصة المادة 15 و المادة 16 من الأمر 74-75 التي نصت على انتقال الملكية كاستثناء بمجرد الوفاة، عندما اعتمد مجلس الدولة على المادة 91 من المرسوم ولم يعتمد على المادتين 15و16 من الأمر رغم أن القانون من حيث المرتبة أعلى من المرسوم الذي يسعى إلى تحديد كيفيات تطبيق التشريع العادي فهو أقل درجة من التشريع العادي.[5]

ويرى مجلس الدولة انه في حالة وفاة مالك العقار، أن حق الملكية لا ينتقل إلى الورثة مؤكدا أن صفة الوارث لا تعطي لصاحبه صفة المالك، وهذا وفق مجموعة من النصوص القانونية المذكورة أعلاه، بالنظر إلى القانون المدني اشترط الشهر لنقل الملكية، والمادة 91 من المرسوم 63/76 مع باقي المواد القانونية وخاصة المادة 15 و16، من الأمر 74/75، ولكن لدينا أيضا قانون التسجيل الذي اشترط أن تنتقل الملكية إلى الورثة صافية من كل الديون، هل نطبق قاعدة العام يقيد الخاص، أم نطبق فكرة القانون اسما من المرسوم، وفي حالة التساوي أي القانونين واجب التطبيق؟

لدينا مجموعة من النصوص القانونية أهمها المادة 793 من القانون المدني على ما يلي :" لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار، ونصت المادة 127 من قانون الأسرة على ما يلي "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

[5]- علي فلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، 2010، ص 220.

المادة 65 من قانون التسجيل: "إن الآجال المحددة من اجل تسجيل التصريحات ماعدا الأحكام الخاصة المنصوص عليها في المواد من 66 إلى 71 أدناه والتي يجب على الورثة أو الموصى لهم، تقديمها عن الأموال المستحقة إليهم أو المنقولة لهم عن طريق الوفاة، هي:

- ثلاثة أشهر ابتداءا من يوم الوفاة عندما يكون الشخص الذي ترك التركة قد توفي في الجزائر.

- ستة أشهر إذا توفي في الخارج. "

المادة 66 : "لا يبتدئ اجل الثلاثة أشهر إلا من يوم الوضع في الحيازة، فيما يخص تركة محكوم عليه إذا كانت أمواله موضوعة تحت الحراسة للتركة التي وضعت عليها الحراسة لأي سبب كان، أو لتركة مدافع عن الوطن إذا توفي و هو يؤدي واجبه وأخيرا لتركة تركها شخص على الشياع مع الدولة."

المادة 67: "إذا حاز الورثة الأموال قبل ثلاثة أشهر الأخيرة للآجال المحددة فيما يخص التصريح بتركات أشخاص متوفين في الخارج، فانه لا يبقى اجل أخر لتقديم التصريح إلا اجل ثلاثة أشهر ابتداء من يوم الحيازة."

المادة 68:"إن الورثة أو الموصى لهم المدعوين لممارسة حقوق مرتبطة بوفاة شخص صرح بغيابه يجب عليهم أن يقدموا خلال الأشهر الثلاثة من يوم الإرسال بالحيازة المؤقتة، التصريح الذي يكونون ملزمين به إذا كانوا مدعوين نتيجة الوفاة وأن يسددوا الرسوم على القيمة الإجمالية للأموال أو الحقوق التي يتلقونها.

المادة 69:" فيما يخص جميع الأموال الموصى بها إلى الولايات وإلى جميع المؤسسات العمومية الأخرى أو ذات النفع العام فإن الأجل، فيما يخص دفع رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة لا يسري مفعوله بالنسبة لجميع الورثة أو الموصى لهم المعنيين بالتركة، إلا من اليوم الذي تكون فيه السلطة المختصة قد بتت في الطلب بالترخيص بقبول الوصايا من دون أن يؤجل دفع الرسوم إلى ما بعد السنتين ابتداء من يوم وفاة صاحب التركة ."

المادة 70 فقرة 1 من نفس القانون:" يجب أن تطبق على كل التركة التي تتضمن أموالا موصى بها إلى الولايات والمؤسسات العمومية الأخرى أو ذات النفع العام، أحكام المادة 69 أعلاه المتعلقة بالأجل الذي يجب خلاله على الورثة أو

الموصى لهم المعنيين بالتركة أن يدفعوا رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة عن هذه الأموال و لا يسري هذا الأجل بالنسبة لكل وارث، إلا ابتداء من اليوم الذي تبت فيه السلطة المختصة في الطلب بالترخيص بقبول الوصايا من دون أن يؤجل دفع الرسوم إلى ما بعد سنتين ابتداء من يوم وفاة صاحب التركة".

المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري نصت على أن: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

ونصت المادة 16 من نفس الأمر على أن: " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها اثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".

ونصت المادة 91 فقرة 1 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي: "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".

ومن خلال قراءة لهاته النصوص نستطيع أن نستخلص فكرة وهي أن انتقال الحقوق العينية بالوفاة لا يكون إلا بعد تصفية التركة من الديون العالقة بها، ولا يمكن اعتبارهم خلال هاته المرحلة مالكين، وإنما لهم صفة الحائز فقط، وبالتالي يستفيدون من حق التمتع (الاستعمال والاستغلال) دون حق التصرف إلا بعد تحرير الشهادة التوثيقية من الموثق ولا يستطيع الموثق تحرير هاته الشهادة إلا بعد تأكده من تصفية التركة، وتتم التصفية بعد سداد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع، والديون الثابتة في ذمة المتوفى من بينها رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة، والديون التجارية إن وجدت ثم تنفيذ الوصية، وفي حالة وجود فائض، يتم اقتسامه، عندها فقط، تأخذ صفة الوارث معناها الكامل.[6]

فعند حدوث واقعة الوفاة لا يعتبر الوارث مالكا بمجرد الوفاة، بل يجب تصفية التركة أولا ثم تحرير الشهادة التوثيقية وشهرها بالمحافظة العقارية، والتي

[6]- غنيمة لحلو، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2010، الجزء الثالث، ص 206.

تعتبر الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية[7]، لكي تمكنه من امتلاك العقار الموروث، فالشهر هو الآلية الوحيدة التي تعطي للورثة حقا عينيا على عقار، وتسمح بإعلام الغير بانتقال حقوق عينية إلى الورثة بسبب وفاة مورثهم، وهو من الناحية العملية " تقنية تستهدف إلى إعلام الغير ومن ثم الاحتجاج عليه ببعض التصرفات القانونية الواردة على عقارات" [8].

وفي القرار الصادر عن مجلس الدولة المذكور أعلاه لم يعتد بصفة الوارث في الدعوى المرفوعة ضد الوالي ومن معه كونهم لم يقوموا بتحرير الشهادة التوثيقية، ليس لهم الصفة في رفع دعوى الملكية، واعتبرت أن الملكية لا تنتقل إلا عن طريق الشهر بالمحافظة العقارية سواء كانت بالتصرفات القانونية أو عن طريق الشهادة التوثيقية في حالة الوفاة، وبتفحص القرار جيدا في الحيثية الأولى من حيث الموضوع: "**حيث أنه يستخلص من المستندات والوثائق المرفقة بالملف أن فريق بن طبال رفعوا دعوى أمام قضاء الدرجة الأولى لطلب إبطال مقرر والي ولاية تلمسان المؤرخ في 1991/10/30 المتضمن إنشاء تعاونية فلاحية على قطعة الأرض التي يطالب بها فريق طبال وكذا العقد الإداري الصادر عن مديرية أملاك الدولة لولاية تلمسان المؤرخ في 1991/12/02 الذي سجل في 1992/02/02 وشهر على مستوى المحافظة العقارية بموجب شهادة المحافظ أو تقديم نسخة مؤشر عليها بعبارة الشهر**"، نجد أن الورثة لا يمكن لهم أن يقوموا بتحرير الشهادة التوثيقية كون أن الملكية انتقلت إلى الدولة وتصرفت فيها بإنشاء تعاونية فلاحية وتم شهر العقد الإداري في المحافظة العقارية لولاية تلمسان، ويبقى الحل الوحيد لهم هو رفع دعوى التعدي على ملكية السلف وتثبت لهم الصفة في رفع الدعوى بمجرد تقديم عقد الفريضة، وحتى هذا الحل قد يحرم الورثة من حق التعويض إذا اعتبر مجلس الدولة أن حق التعويض لابد من إثبات صفة المالك عن طريق الشهادة التوثيقية وهو مستحيل في هاته الحالة كون أن المحافظ العقاري يرفض شهر الشهادة التوثيقية لانتقال الملكية إلى الدولة، مما يعني تجريد الورثة من حقهم في نقل الملكية، وكذلك فكرة الحائز لا تنسجم إطلاقا مع انتقال الحيازة إلى الورثة دون الملكية في حالة عدم تحرير الشهادة التوثيقية كون أنه هناك انقطاع في الملكية بين المورث والورثة

[7] - ليلى زروقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة، 2015، ص 229 .

[8] - غنيمة لحلو، المرجع نفسه، ص 210.

فمن المالك في الفترة الممتدة بين واقعة الوفاة وتاريخ تحرير الشهادة التوثيقية خاصة عندما لا يقوم الوارث بتحريرها إلا بعد مرور زمن طويل قد يمتد إلى سنوات من تاريخ الوفاة إلى غاية تحرير الشهادة التوثيقية، وفي بعض الحالات قد يتوفى الورثة أو احدهم مما يعقد المسألة حسب رأي مجلس الدولة فالوارث المتوفي ليس له صفة المالك إطلاقا فكيف يبرر انتقال الملكية من الجد إلى الأحفاد!!؟

وإذا وقعت الوفاة أثناء قيام الخصومة يبلغ الورثة بالدعوى نكون أمام انقطاع الخصومة المادة 210 و211 ق ا م ا، تنتقل إليهم وجوبا ويمنح لهم اجل ستة أشهر من وفاة المورث من اجل القيام بتحرير الشهادة التوثيقية وإلا ترفض الدعوى، وهذا لا ينسجم إطلاقا مع الواقع كون أن الفريضة تستغرق وقتا في بعض الحالات سنوات نظرا لامتناع الورثة أو احدهم من تقديم وثائق الحالة المدنية أو نظرا لاحتجازها من طرف النيابة مما يؤدي إلى سقوط الخصومة وتعقيد الإجراءات القضائية وإرهاق المواطن بأروقة العدالة.

المطلب الثاني: دعوى القسمة: استثناء

نصت المادة 91 فقرة 3 من المرسوم 76-63 على انه : " لا يتم إعداد شهادة موثقة إذا كان عقد القسمة المتضمن لمجموع العقارات الموروثة، قد تم تحريره وإشهاره ضمن الأجل المنصوص عليه من أجل إشهار الشهادة المذكورة "، إن عقد القسمة تبين فيه صفة الوارث باعتبار أن عقد السلف انقضى ولابد أن ينتقل إلى غيره، وبتحرير عقد الفريضة التي يحدد فيها كل الأشخاص الذين يستحقون الإرث وتحديد نصيب كل وارث ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير كونها وثيقة رسمية وما يجب الإشارة إليه أنه من الناحية التاريخية قبل صدور قانون 88-27 المؤرخ في 12-06-1988 المتضمن تنظيم التوثيق فبالنسبة لهاته الفترة الموثق هو موظف لدى الدولة مكلف بتحرير العقود التوثيقية، عددهم كان ضئيلا بالنظر إلى عدد السكان، فلم يستطيعوا مواجهة المعاملات العقارية[9]- يتلقى كل الوثائق والعقود التي يتعين على الأطراف أو يرغبون إعطاءها الصبغة الرسمية الخاصة بعقود السلطة العامة- يخضع لسلطة النائب العام ، و عندما يتم رفع دعوى قضائية

[9] - بلعربية فاطمة الزهراء، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 249.

أمام القاضي المدني المختص موضوعها إنشاء مشروع عقد قسمة العقارات التي تركها السلف بين الورثة، يقوم القاضي بخطوتين الأولى تتمثل في نقل الملكية من المورث إلى الورثة والخطوة الثانية قسمة العقارات كل حسب نصيبه في الإرث والدعوى تغني عن تحرير الشهادة التوثيقية .

إن الأصل في نقل الملكية العقارية يكون أساسا " مهما كان طبيعة العقد بواسطة شهادة توثيقية محررة من الموظف المختص الذي يتلقى تصريحات الأطراف ووثائقهم وهي الأداة الوحيدة التي تثبت صفة المالك، إلا في حالة الوفاة و فيما يتعلق بعقد القسمة فقط دون سواها من العقود نصت الفقرة 3 من الأمر 74-75 كاستثناء على أن الملكية العقارية تنتقل بين الورثة في حالة رفع دعوى قضائية من طرفهم موضوعها عقد القسمة في الآجال المحددة في المادة 99 من المرسوم 76-63 في هاته الحالة الاستثنائية لا يحتاج الورثة إلى شهادة توثيقية كون أن القاضي المدني في نقل الملكية العقارية وإعداد عقد القسمة بين الورثة يحتاج فقط إلى إثبات ملكية السلف وإثبات صفة الوارث، ويكون ذلك بإحضار وثائق الملكية العقارية الخاصة بالمورث وعقد الفريضة الخاص بالورثة، وتشهر الدعوى والحكم حتى تكون لهما الحجية فيما بين الأطراف و في مواجهة الغير، أما فيما عدا هاته الحالة حتى فيما بين الورثة لا يمكن لهم أن ينشئوا أو يعدلوا العقد التوثيقي الخاص بالسلف أو أي تصرف آخر إلا عن طريق تحرير شهادة توثيقية وبذلك يتوافق هذا الاستثناء مع النصوص المرتبطة به .

المبحث الثاني: انتقال الملكية بمجرد الوفاة (رأي المحكمة العليا)

جاءت المحكمة العليا بمبدأ مخالف تماما لمجلس الدولة، أين اعتبرت أن القاعدة العامة لنقل الملكية تكون بموجب العقد والاستثناء تنتقل الملكية العقارية عن طريق الوفاة من تاريخ الواقعة إلى الورثة لضمان تسلسل انتقال الملكية من السلف إلى الخلف، فالعلاقة بين المورث والوارث هي علاقة حلول في الذمة المالية بصفة مستمرة بينهما، ويكسب الوارث كل الحقوق التي كانت للمورث (المطلب الأول)، ووضع المشرع قيدا يمنع الورثة من التصرف في العقار الموروث إلا بعد تحرير الشهادة التوثيقية حماية للغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صفة الوارث صفة للمالك

بالرجوع إلى النصوص القانونية نلاحظ أن الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا إذا تم تحرير العقد الرسمي وتم شهره بالمحافظة العقارية كقاعدة عامة، أما بالنسبة لواقعة الوفاة فالملكية تنتقل بمجرد حدوثها، نجد هناك استثناء تضمنته هاته النصوص وقصد تحقيق التطبيق السليم لها، لابد من تحليل دقيق لكي نصل إلى التفسير الصحيح لها، مع العلم أنه في حالة الوفاة تنقضي كل حقوق الهالك وتنتقل إلى من يخلفه وهم الذين يباشرون هاته الحقوق باسمهم ولحسابهم.

لقد نص المشرع على أن كل العقود التي ترمي إلى إنشاء أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون له اثر إلا من خلال تحرير الشهادة التوثيقية وشهرها في مجموعة البطاقات العقارية، إلا عقد القسمة الذي ينظر فيه القضاء عن طريق الدعوى القضائية المرفوعة من الورثة، فلا نحتاج إلى إعداد الشهادة التوثيقية وسنتطرق لهذه الحالة لاحقا.

فصلت المحكمة العليا في عدة قرارات فيما يتعلق بالشهادة التوثيقية وانتقال الملكية العقارية عن طريق الوفاة جاء بمبدأ مفاده أن : " **الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة ، ولا تشكل الشهادة التوثيقية قيدا على ممارسة الدعوى أمام القضاء**" جاء في حيثيات القرار[10] "**حيث بالرجوع للقرار المطعون فيه، فان قضاة المجلس في تصديهم بدعوى القسمة بين الورثة أشاروا في تسبيب قرارهم إلى أن انتقال الملكية بفعل أو بسبب الوفاة لا يتم إلا بعد تحرير الشهادة التوثيقية، طبقا لنص المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وانه بإغفال هذا الإجراء تعتبر ملكية العقار محل النزاع لم تنتقل إليهم، ولا يمكن اعتبارهم مالكين على الشيوع.**

وحيث من المقرر قانونا أن نقل الملكية عن طرق الوفاة يسري من وقت وفاة أصحاب الحقوق العينية وهذا طبقا للمادة 2/15 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد السجل العقاري ومسح الأراضي، فضلا عن كون المادة 127 أسرة نصت على انه يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكما.

---

[10] - المحكمة العليا، الغرفة العقارية ، ملف رقم 391380، بتاريخ 2007/01/31، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد خاص ، الجزء03، ص 191.

وحيث أن المادتين المذكورتين لا تشترطان الإعداد السابق للشهادة التوثيقية لممارسة دعوى قسمة التركة.

حيث أن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد خالفوا القانون سيما المادة 02/15 المذكورة أعلاه مما يجعل مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون".

وجاء بمبدأ أخر يتعلق موضوعه بالشهادة التوثيقية والملكية الشائعة :" لا تشترط الشهادة التوثيقية بين الشركاء في الشيوع مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم، و تشترط الشهادة التوثيقية في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث.

إذ ورد في حيثيات هذا القرار[11] " **حيث يتضح من القرار موضوع الطعن أن الطاعن قدم عقد ملكية لجده و فريضة ومحضر معاينة، وزيادة على ذلك لم ينفي المطعون ضدهما أنهما تعرض له في الشروع فيما سماه استصلاح الأرض، وما سمياه حفرا وتصليحا من اجل البناء، مبررين تعرضهما بان الأرض موروثة على الشيوع بين الطرفين وأطراف أخرى، وأن الطاعن يريد الاستيلاء على جزء كبير منها لوحده ووضعهما أمام الأمر الواقع، قبل إجراء القسمة.**

ومادام الأمر يتعلق بعدم التعرض للحيازة بين مالكين على الشيوع ، على حد ما إفادته كتابته فان الصفة و المصلحة متوفرتان عند كلا الطرفان بمفهوم المادة 159 إجراءات، لثبوت العلاقة المباشرة الواقعية بين الأرض موضوع النزاع وكل واحد من الطرفين. أما الشرعية و التأسيس القانوني للطلبات فذلك ما كان يجب مناقشته في الموضوع.

حيث إضافة إلى ذلك وفي حالة ما إذا ثبت أن الطرفين حقيقة شريكين في الشيوع فان الشهادة التوثيقية لا تشترط بين الشركاء في الشيوع مهما كانت طبيعة الدعوى بينهما، لان إثبات نقل الملكية من الهالك إلى الوارث يطلب في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث فقط.

حيث كان يتعين بالتالي على قضاة الموضوع التأكد من مدى ثبوت الحقوق التي ادعى بها الطرفين على الأرض موضوع النزاع، وإذا ثبتت حالة الشيوع بينهما، الفصل في الدعوى طبقا للقواعد الخاصة بالملكية الشائعة.

---

[11] - المحكمة العليا، الغرفة العقارية ، ملف رقم 463305، بتاريخ 2008/09/10، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد خاص، الجزء 03، ص 195.

حيث بامتناعهم عن ذلك وعدم قبولهم الدعوى شكلا يكون قضاة الموضوع قد اخطئو في تطبيق القانون."

اعتبرت المحكمة العليا في قراراتها أن من يحل محل السلف في ممارسة الحق هم الورثة، تثبت هاته الصفة بمجرد الوفاة ويكون الإثبات فيها عن طريق تحرير عقد الفريضة وتكون له الحجية في مواجهة الغير من يوم الوفاة، و له أن يباشر كل الدعاوى التي كان يمكن للسلف أن يقوم بها، ويعد طرفا باعتبار أن الصفة لم تتغير إذا كان الأمر يتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

إن الأصل في نقل الحقوق العينية يكون بالتصرفات القانونية كالبيع والهبة، ولا تكفي التصرفات وحدها لنقل الملكية بل لابد أن تشهر بالمحافظة العقارية حتى يكتسب صاحبها الحق العيني على العقار، وكاستثناء عن هاته القاعدة تنتقل الملكية دون التصرف في حالة الوفاة مباشرة من السلف إلى الخلف دون حاجة إلى شهر الوفاة كون أن الورثة يكتسبون حق الملكية مباشرة من المورث، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المذكورة أعلاه، وواقعة الوفاة لا علاقة لها بنص المادة 91 من المرسوم رقم 63-76 كونها تتعلق بالتصرفات القانونية دون واقعة الوفاة لها علاقة بالمادة 16 من الأمر رقم 75-74 وتنسجم معها والتي تشترط حتى على الأطراف نشر العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، فالغرض من الشهادة التوثيقية ليس نقل الملكية إلى الورثة التي تنتقل بمجرد الوفاة وإنما يتمثل في منع الورثة من التصرف في العقار إلا بعد شهر حق الملكية حماية لأطراف العلاقة العقدية واثبات كل تداول للعقار في البطاقة العقارية الخاصة به للحفاظ على سلسل نقل الملكية.

المطلب الثاني : الشهادة التوثيقية أداة تصرف

إذا كانت الملكية تثبت إلى الورثة بمجرد وقوع الوفاة، ويستحقون بذلك الإرث، ومعنى استحقاق الإرث يكون بعد سداد الديون وتنفيذ الوصية إن وجدا وما بقي يكون من حق الورثة، إن حق الورثة في الملكية العقارية يثبت لهم بمجرد وقوع الوفاة وهي مصدر حق انتقال الملكية إلى الورثة وهو أساس الانتفاع به لا يستطيع الغير أن ينكره، ونحتاج إلى الشهادة التوثيقية من أجل إبرام التصرفات القانونية وليس لإثبات مصدر حق الملكية، وقيد المشرع التصرفات القانونية التي

يكون الغرض منها انتقال أو إنشاء أو انقضاء أو تعديل الحقوق العقارية بفعل الوفاة بالشكلية الرسمية المتمثلة في الشهادة التوثيقية، كما أن المشرع اشترط للتصرف في الملكية العقارية بالإضافة إلى الشهادة التوثيقية شهر حق الملكية العقارية، فلا يحق للورثة التصرف في الملكية بمجرد الوفاة، بل لا بد من احترام إجراءات الشهر، وهو الوسيلة الوحيدة التي تعطي للورثة حق التصرف، فالمشرع قيد الورثة بعدم إمكانية التصرف في العقار مؤقتا إلى غاية تحرير الشهادة التوثيقية وشهرها التي بموجبها يمكن لهم التصرف في العقار، والغرض من التقييد هو تسجيل كل تداول وكل معاملة واردة على العقار بالبطاقة العقارية الخاصة به التي تبين الوضعية القانونية للعقار والتصرفات الواردة عليه من اجل المحافظة على تسلسل انتقال الملكية حماية للورثة وللمتعاقدين وللغير.

إجتهـــاد القضـــاء الجزائـــري في مسائل الزواج المختلط

أ.د. الطيـب زروتـي: أستـــاذ التعليم العالي
كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

يتمحور الموضوع المعالج حول تطبيق القضاء للنصوص الثلاثة الخاصة بتنازع القوانين في مسألة الزواج المختلط من حيث انعقاده وآثاره وانحلاله (المواد 11، 12، 13 مدني). وقد تبين من تحليل تلك النصوص أنها عامة يتطلب تطبيقها على المسائل التفصيلية ترويضا ملائما لمختلف الحالات الواقعية. وهو ما عمد اليه القضاء الجزائري في المنازعات المطروحة عليه الخاصة بها، فمن خلال الأحكام القضائية المستشهد بها تبين أن أغلب الحلول التي انتهى إليها تتفق مع روح النصوص القانونية، وإنْ كان تسبيبها قانونيا وفنيا تعوزه الدقة وعدم التحكم التام في آليات تنازع القوانين. فضلا عن عدم كفاية قواعد تنازع الاختصاص الدولي للقضاء الجزائري الحالية، مع أن ذلك يؤثر مباشرة في تحديد الاختصاص التشريعي الدولي. مما جعل موقف القضاء بالنسبة للاختصاصين القضائي والتشريعي غير مستقر على مبادئ أساسية.

الكلمات المفتاحية: الأحوال الشخصية-الاجتهاد القضائي-الاختصاص الدولي-الزواج-الحضانة-الوصية والميراث.

مقدمة

يختلف نطاق الأحوال الشخصية من نظام قانوني لآخر، لعدم الضبط الدقيق لهذا المصطلح الذي يعتمد على التصور وما تقتضيه طبيعة الأشياء[1]، وهو

[1]- هذا مصطلح دخيل على لغة القانون في قوانين الدول العربية، يرجع أصله الى فقه المدرسة الايطالية القديمة التي استعملت كلمة Statutum بمعنى القانون المحلي، ثم استعمل بمعنى القانون الخاص بالشخص Statut personnel، مقابل القانون المتعلق بالأموال Statut Réal.

عرفت محكمة النقض المصرية الاحوال الشخصية في حكم قديم لها (1934/6/21) بأنها "مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب عليها القانون أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الانسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو إبنا شرعيا وكونه تام الاهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الاهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية"، وأضافت الى هذا التعداد "بعض المسائل المتعلقة بالمال كالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف انواعها، باعتبارها تقوم على فكرة التصدق المندوب اليها ديانة". وعرف بعض الفقهاء الاحوال الشخصية بانها

مصطلح مستورد من القوانين الغربية لا يعرفه فقهاء الشريعة الاسلامية، لذلك تورد مسائل الأحوال الشخصية في القوانين العربية على سبيل التعداد ولكن دون حصر. ففي القانون الجزائري تندرج كل النظم المذكورة في قانون الأسرة ضمن الأحوال الشخصية يضاف إليها أحكام الأهلية المنظمة في القانون المدني. ويهمنا بشأنها في هذه الدراسة الزواج المختلط بوصفه علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.

ويتقاطع الزواج في ارتباطاته القانونية، ولاسيما بعد انحلاله مع الحضانة والميراث والوصية.

ورغم تنظيم المشرع تنازع القوانين في مسائل الزواج، إلا أن ذلك التنظيم يتصف بالعمومية، تعوزه الدقة والتفاصيل أحيانا، وفي أحيان أخرى يؤثر في الرابطة الزوجية المختلطة النظام العام فيستبعد القانون الأجنبي المختص أصلا باسم النظام العام.

سوف أحلل في هذه المداخلة موقف الاجتهاد القضائي الجزائري بشأن مسائل الزواج المختلط ضمن ثلاثة محاور، لتداخلها فيما بينها.

1- الزواج المختلط وانحلاله.
2- الحضانة بعد انحلال الزواج.
3- الميراث والوصية بوصفهما أثرا لانحلال الزواج.

المطلب الأول: الزواج وانحلاله

إن الزواج المختلط من مسائل الأحوال الشخصية التي تطرح بشأنها منازعات بكثرة على القضاء، نظرا لإقبال الجزائريين والجزائريات على الزواج من طرف أجنبي ونظرا لحجم الجالية الجزائرية في الخارج ولاسيما في الدول الأوروبية التي تسند منازعاته لقانون الموطن في حالة اختلاف جنسية الزوجين.

ونظرا للاعتبارات الاجتماعية، الدينية، الخلقية، والقانونية التي يقوم عليها الزواج فقد اختلفت القوانين في تنظيمه وإسناده، كما أن تدخل قانون القاضي باسم النظام العام يؤدي إلى شل تطبيق القانون الاجنبي المختص واستبعاده من التطبيق.

القوانين أو النصوص التشريعية وقواعد العادات التي تنظم حالة الاشخاص واهليتهم. كما عرفها أخرون بانها مجموعة المواد الخاصة بالقانون الذي يتبع الشخص.

راجع كتابنا، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، طبعة 2013، ص144 و145.

H.Batiffol ; P.Lagarde, Droit international privé, T2, 1967, n°386.

أولا - الإشكالات القانونية المطروحة

لقد وضع المشرع الجزائري قواعد إسناد خاصة بالزواج المختلط (المواد 11، 12، 13 مدني) ولكن عمومية تلك القواعد وعدم كفايتها، يطرح إشكالات قانونية على القضاء لإيجاد الحلول للمشاكل الواقعية، أهمها:

1- بأي طريقة يعمل بشأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج، التطبيق الجامع أو التطبيق الموزع، لاسيما بالنسبة للمسائل الأساسية، كاختلاف الدين وشرط المحرمات وشرط الخلو من بعض الأمراض الخطيرة المعدية؟

2- إن تغيير الجنسية بعد إبرام الزواج الوطني، من أحد الزوجين أو هما معا، يحوله إلى زواج مختلط، فما آثار ذلك عليه مستقبلا؟

3- المعروف أن الاختصاص القضائي الدولي يؤثر في تحديد القانون المختص، وهكذا سوف يختلف القانون الواجب التطبيق، بحسب البلد الذي رفعت فيه الدعوى، فقد يلجأ أحد الزوجين الذي من مصلحته ألا يطبق عليه القانون الجزائري إلى افتعال اختصاص قضائي لدولة أخرى تهربا من تطبيق القانون الواجب التطبيق: الوطني عليه، والعكس صحيح.

4- بعض الجزائريات يتزوجن في الخارج من أجانب غير مسلمين، قطعا طبقا للقانون الجزائري هذا زواج باطل، ولكن تترتب عليه آثار واقعية، بل وقانونية[2]. فكيف يكون حكمها؟

هذه الإشكالات الواقعية والاعتبارات القانونية، جعلت الزواج المختلط من أكثر المسائل القانونية تعقيدا في تنازع القوانين. وتحليل اجتهاد المحكمة العليا في هذا الخصوص يكشف عن مدى تحكمها في آليات تنازع القوانين في الزواج المختلط.

ثانيا- الأحكام والنصوص القانونية

خص المشرع الجزائري تنازع القوانين في الزواج المختلط بالمواد 11 و12 و13 و19 مدني، ونصوص أخرى واردة في قانون الحالة المدنية تتعلق باختصاص السلك الدبلوماسي والقنصلي الجزائري بإبرام عقود الزواج.

[2]- من ذلك اكتساب الجنسية الجزائرية، مع أنه ناتج عن زواج باطل.

فالمادة 11 مدني تنص: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". والراجح هو الأخذ بالتطبيق الموزع، فيطبق على كل طرف قانونه الوطني، إلا بشأن موانع الزواج وشرط الخلو من بعض الأمراض المعدية الخطيرة، حيث يعمل بالتطبيق الجامع.

ونصت المادة 12 مدني: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها الزواج...ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى."

هذا النص خاص بآثار الزواج الشخصية والمالية (الفقرة الاولى) وانحلاله (الفقرة الثانية) مع الإشارة أنه بموجب تعديل 2005 تم إدراج أيضا الانفصال الجسماني ولو أنه نظام مقرر في القوانين الغربية ولكن يثير منازعات في روابط الزواج المختلط خاصة بتنفيذ آثاره في الجزائر خلال فترة الانفصال بشأن الحضانة المؤقتة ونظام الأموال المشتركة بين الزوجين[3].

أما المادة 13 مدني فتنص: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص شرط أهلية الزواج".

وكما أشرت سابقا ولو أن هذا النص ورد كاستثناء على المادتين 11 و12 إلا أنه أولى بالتطبيق كلما كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج، ولو غيّر الطرف الجزائري جنسيته لاحقا. وبالتالي فالعبرة في صحة وآثار وانحلال الزواج بما يقضي به القانون الجزائري وحده إلا فيما يخص أهلية الزواج الذي يظل الطرف الأجنبي خاضعا لقانونه، ولا ينفرد بهذا الاستثناء القانون الجزائري وحده وإنما مقرر في جل القوانين الأخرى[4]، وتكمن أهميته في تقرير صحة الزواج وبيان آثاره وطرق حله إذا

---

[3] - أقر القانون الجزائري هذا النظام الاتفاقي: استثناء على النظام القانوني المعمول به مبدئيا وهو استقلال وانفصال ذمم الزوجين، وذلك بموجب المادة 37 ف 2 من قانون الاسرة بعد تعديلها سنة 2005.

[4] - راجع بشأن، القوانين العربية: م 14 مدني مصري، م 14 مدني ليبي، م 14 من القانون الاماراتي رقم 5 لسنة 1985، م 15 مدني سوري، م 19 مدني عراقي، /36 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، /7 المعاملات السوداني لسنة 1984،م 13 مدني أردني، راجع في تحليل النص كتابنا القانون الدولي الخاص الجزائري ج 1،م،س، ص163. موحند إسعد، القانون الدولي الخاص،ج 1، ترجمة فائز أنجاك، ديوان المطبوعات الجامعية 1989، ص 297. وراجع في القانون المصري، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مكتبة الجلاء الجديدة، 1996، ص 862.

كان القانون الأجنبي يقضي بخلاف ما هو مقرر في القانون الجزائري، فالعبرة بما هو مقرر في القانون الوطني.

وبخصوص شكل الزواج، يخضع طبقا للمادة 19 مدني إلى قانون محل إبرامه أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك. ويختص السلك الدبلوماسي والقنصلي الجزائري المعتمد في الخارج بإبرام الزواج الذي يكون أحد طرفيه جزائريا، وهذا طبقا لقانون الحالة المدنية.

ثالثا - حلول القضاء الجزائري المعتمدة بشان الإشكالات السابقة

ولو أن القضاء الجزائري يطبق غالبا أحكام التنازع الواردة في المادتين 11 و12 المذكورتين[5]، إلا أن التحليل الدقيق لأحكام المحكمة العليا يكشف عن عدم استقراره على قواعد مبدئية وتطبيقها بإطراد كما أنها قلما تشير إلى تطبيق المادة 13 مدني مع أنها ضابط الإسناد الأولى بالتطبيق كلما كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج. سوف أحلل عينات من مبادئ المحكمة العليا في هذا الشأن.

1- بالنسبة للطلاق خاصة، إن المحلل لاجتهاد المحكمة العليا يكتشف حرصها ورقابتها لضرورة تطبيق القانون الجزائري إذا كان الزوج جزائريا، وذلك عملا بالمادة 12 / 2 مدني[6].

2- بالنسبة لاختصاص القضاء الجزائري في منازعات الزواج المختلط، يلاحظ عدم استقرار المحكمة العليا على قواعد مبدئية، فلا نجد تعليلا قانونيا سليما لأحكامها في هذا الشأن، ويرجع ذلك في اعتقادي إلى خلو القانون الجزائري من قواعد تشريعية كافية على غرار القوانين الأخرى، فهناك فقط المادتان 41 و42 إجراءات مدنية وإدارية المستنسختين من المادتين 14 و15 مدني فرنسي. هكذا نجد المحكمة العليا في حكم صادر عنها في 2008/3/12[7] والظاهر أنه حكم مبدئي بالنظر لتشكيلة المحكمة (8 قضاة)، نقضت الحكم المطعون فيه مستبعدة اختصاص القضاء الجزائري في مسألة هي من صميم

---

[5]-راجع قرار المحكمة العليا رقم 170082 المؤرخ في 1998/2/17، المجلة القضائية 2000، عدد1، ص167. ورقم 753902 المؤرخ في 2013/3/14، مجلة المحكمة العليا2013، عدد1، ص282.

[6]-راجع القرار رقم 91144 المؤرخ في 1993/6/23، المجلة القضائية، 1994، عدد 1 ص 63، والقرار رقم 170082، المؤرخ في 1998/2/17، المجلة القضائية 2000، عدد 1، ص167.

[7]- مجلة المحكمة العليا ،سنة 2008، عدد1، ص 257.

اختصاصه، واضعة المبدأ الآتي "لا يختص القضاء الجزائري بالمنازعات المنصبة على الجوانب المادية للطلاق بين زوجين جزائريين مقيمين في دولة أجنبية".

طبعا هذا المبدأ ليس له أساس قانوني، وبالتالي على أي أساس رفضت الدعوى كون إقامة الزوجين في الخارج، مع العلم أن المحكمة العليا قبلت الاختصاص في نفس النزاع فيما يخص الحكم بالطلاق ورفضته بشأن الجوانب المادية، فعلى أي اساس قررت التفرقة بين المسألتين[8]، مع العلم أن امتياز الجنسية الجزائرية (م 41 و42 من إجراءات مدنية وإدارية) معيار عام للتقاضي أمام القضاء الجزائري.

3- في اجتهاد حديث (قرار 2013/3/14)[9]، أكدت المحكمة العليا تطبيق المادتين 22 و12 مدني في نزاع زواج مختلط تقاطع فيه الاختصاصان القضائي والتشريعي الدوليين. ونظرا لأهمية هذا القرار والنتائج التي انتهى إليها أتناوله بشيء من التفصيل.

أ-الوقائع والإشكال القانوني المطروح

يستخلص من القرار أن زواجا أبرم بين جزائريين في الجزائر، ومقيمين في الخارج، وبحكم اكتساب الزوج الجنسية الفرنسية (سنة 2004) سجل زواجه لدى مصالح وزارة الخارجية الفرنسية، وعلى إثر نزاع بين الزوجين، رفع الزوج دعوى في الجزائر طالبا الطلاق بالإرادة المنفردة، ورفعت الزوجة دعوى أخرى أمام القضاء الفرنسي طالبة الطلاق وتوابع العصمة، ودفعت في الدعوى المرفوعة أمام القضاء الجزائري بعدم الاختصاص لوجود دعوى بين نفس الاطراف وحول نفس الموضوع منشورة أمام القضاء الفرنسي.

وبتاريخ 2010/10/27 أصدرت محكمة الدرجة الاولى الجزائرية (محكمة بجاية) حكما نهائيا قضت فيه بالطلاق، فطعنت المطلقة بالنقض أمام المحكمة العليا في هذا الحكم، متمسكة بدفعين، الأول مؤداه عدم الاختصاص (ويظهر من سياق الدفع أنها تقصد عدم الاختصاص القضائي والتشريعي معا)، والثاني خاص بالقصور في التسبيب.

---

[8]- راجع التعليق على هذا القرار، زيروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة 2014، ص 140.

[9]- القرار 0753902، منشور بمجلة المحكمة العليا 2013، عدد1، ص282.

ب – الاشكال القانوني المطروح

نظرا لتداخل مضمون الوجهين لتعلقهما بالاختصاصين القضائي والتشريعي الجزائري والهدف منهما استبعاد الاختصاص لصالح القضاء والقانون الفرنسي، فالإشكال القانوني يدور حول أي جهة قضائية مختصة دوليا ويستتبع حل هذا الإشكال تحديد القانون المختص أيضا. وهذا بعد طروء الصفة الاجنبية على العلاقة القانونية التي كانت سابقا وطنية محضة بسبب اكتساب الزوج الجنسية الفرنسية (التنازع التشريعي) والإقامة في فرنسا(التنازع القضائي والتنازع التشريعي أيضا طبقا للقانون الفرنسي).

ج – تقدير الحل المعتمد

ج-1 : بالنسبة للمسألة الأولى (الاختصاص القضائي) من المعروف ان القانون الجزائري نص في على ضابط واحد لاختصاص القضاء الجزائري دوليا وهو امتياز الجنسية الجزائرية (المادتان 41 و42 من إجراءات مدنية وإدارية) وفيما عدا ذلك درج القضاء الجزائري[10] ، واستقر شراح القانون الدولي الخاص الجزائري[11] على التوسع في تطبيق قواعد الاختصاص المحلي والقياس عليها دوليا. وعليه فالقضاء الجزائري مختص طبقا للمادة 41 المشار اليها ما دام الزوج جزائريا بغض النظر عن جنسية الزوجة وموطن الزوجية.

ج-2: فيما يخص المسألة الثانية (الاختصاص التشريعي)، ضابط الاسناد الخاص بانحلال الزواج هو المادتان 12 / 2 و13 مدني، ويطبق القانون الجزائري عملا بالمادة 13 مدني، مادام الزوجان جزائريين عند إبرام الزواج، بغض النظر ما اذا حصل الزوجان أو أحدهما لاحقا على جنسية أجنبية.

ج-3: بالنسبة لأثر ازدواج جنسية الزوج على الاختصاص التشريعي والقضائي الجزائري، إن المادة 22 مدني حسمت المشكل:

- إذا كانت الجنسيات التي يحملها الشخص أجنبية عن جنسية القاضي، فالعبرة بالجنسية الواقعية أو الفعالة (م 22 ف1).

---

[10]- راجع اجتهاد القضاء الجزائري، المرجع السابق.

[11]- راجع موحند إسعد، المرجع السابق، ص 31. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 2، دار هومة 2008، ص 30. وكتابنا دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، طبعة دار هومة 2010، ص 315 .

- إذا كانت من ضمن الجنسيات التي يحملها المعني بالأمر الجنسية الجزائرية، فالعبرة بها وحدها ويعامل بهذه الصفة ويطبق عليه القانون الجزائري وكفى.

على هذا الاساس ننتهي الى اختصاص القضاء والقانون الجزائري لحكم هذا النزاع، وهوما انتهت اليه المحكمة العليا لكون الزوج جزائري الجنسية.

المطلب الثاني: الحضانـــة

من مسائل الأحوال الشخصية التي يثور بشأنها تنازع القوانين بعد انحلال الزواج، بعض القوانين العربية خصتها بضابط إسناد خاص[12]. بينما اعتبرتها قوانين أخرى من آثار انحلال الزواج ويسري عليها القانون المطبق عليه. ولكن هناك مبدأ عام في شأن الحضانة وهو مراعاة مصلحة المحضون(المادتان67 /2، 69 من أسرة) عند إسنادها لمن يستحقها.

ولم يخص القانون الجزائري الحضانة بقاعدة إسناد خاصة، وبالتالي قاعدة الإسناد المناسبة هي القانون المطبق على انحلال الزواج باعتبارها من آثاره. وهو الرأي الراجح في القانون المقارن[13].

وتثير الحضانة مشاكل قانونية في الزواج المختلط، تتعلق بمستحقها من الأبوين إذا كان غير مسلم أو يقيم في الخارج. ويتضح فيما يلي تطور موقف المحكمة العليا في هذا الشأن من خلال تحليل بعض أحكامها.

ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى في 1989/1/2[14]. وافق على القرار المطعون فيه الذي رفض إعطاء صيغة تنفيذية لحكم أجنبي قضى بإسناد الحضانة للأم المقيمة في الخارج، مذكرا بمبدإ مستقر عليه اجتهاده وهو" في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد في الجزائر فان من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة" معتبرا وجود المحضون

---

[12]- المادة 43 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961، وقد أسندت الحضانة لقانون جنسية الاب. الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998، الذي حدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة بـ : - القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية. -قانون جنسية المحضون. - قانون مقر سكناه.- على أن يطبق القاضي القانون الافضل للطفل من بينها.

[13]- راجع في القانون الفرنسي، باتيفول ولاجارد، المرجع السابق، ص85. وفي القانون المصري، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 846.

[14]- القرار رقم 52207، المجلة القضائية، 1990، عدد4، ص 74.

في الخارج يغير من اعتقاده ويبعده عن دينه وعادات قومه، ويحرم الأب من ممارسة حقه في الزيارة ورقابة ابنه، وقد اعتبر المجلس الأعلى هذه المسائل من النظام العام الذي يحول دون منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي.

وهو نفس المبدإ الذي اعتمدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 1990/2/19[15]، وقرارها المؤرخ في 2001/12/26[16]. مؤكدة أن تربية المحضون على دين أبيه من مصلحته ومعتبرة سكن الأم في بلد أجنبي يحرم الأب حقه في رقابة أبنائه، وإمكانية زيارتهم دوريا. واعتبرت في قرار آخر[17] أن منح الحضانة لمستحقها مشروط ضمنا بالسكن في الجزائر، وأن انتقال الحاضنة للتوطن في بلد أجنبي مشروط بموافقة القاضي لإثبات الحضانة لها أو إسقاطها عنها بالمراعاة لمصلحة المحضون طبقا للمادة 69 من قانون الاسرة.

ولكن في قرار حديث[18]. بالرغم من كون الحاضنة اكتسبت جنسية أجنبية وتقيم في بلد أجنبي غير مسلم، وافقت المحكمة العليا على حكم الموضوع الذي أسند إليها الحضانة مادامت هي مسلمة، وهكذا لم يعد اختلاف جنسية الحاضنة عن المحضونين (خمسة أولاد) وبعد المسافة بين مقر إقامة الأب في الجزائر ومقر ممارسة الحضانة في الخارج، وكأن الصفة الدينية للحاضنة تغني عن حق الاب في رقابة أبنائه وحرمانه من حق الزيارة عمليا. هذا تطور ملفت للقضاء الجزائري في هذا الشأن .

المطلب الثالث: الوصية والميراث

الوصية والميراث من المسائل القانونية المتعلقة بالمال ذات الصبغة الشخصية، تصنف في القانون الجزائري والقوانين العربية ضمن الأحوال الشخصية. فنصت المادة 16/1 مدني على أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته[19] ".

---

[15]- القرار رقم 59013، المجلة القضائية 1991، عدد4، ص 117.

[16]- المجلة القضائية، سنة 2004، عدد1، ص 264.

[17]- القرار رقم 91671، المؤرخ في 1993/6/23، المجلة القضائية، 1994، عدد 1، ص 72.

[18]- القرار رقم 57038، المؤرخ في 2008/9/10، مجلة المحكمة العليا 2008، عدد 2 ص 313 .

[19]- يقابل هذا النص في القوانين العربية :/17فـ1 مدني ليبي، م 17 فـ1 مدني مصري، م 18فـ1 مدني أردني، م 18 فـ1 مدني سوري، م23 فـ1 مدني عراقي، م 10 فـ1 من قانون المعاملات السوداني لسنة1984. م 48 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة

بينما تدرج في القوانين الغربية ضمن التصرفات والأموال. ويتدخل قانون القاضي باسم النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، كأن يحرم البنات من الإرث أو يحرم بعض الورثة بسبب اللون أو يجيز التوارث بين المسلمين وغير المسلمين أو يقر لولد الزنا أو الولد المتبنى حق الإرث. إن هذه المسائل مخالفة لأحكام قطعية في الشريعة الاسلامية التي تعد من النظام العام[20].

ومن القواعد الأساسية بشأن الميراث والوصية عدم جواز التوارث بين المسلمين وغيرهم، ولو بين زوجين، وعدم جواز الوصية فيما يجاوز الثلث، وعدم جواز الوصية لوارث إلا إذا قبلها الورثة، واعتبار كل التصرفات المضافة لما بعد الموت ولو كانت بين الأحياء كالبيع في مرض الموت تصرفات مضافة لما بعد الموت، تخضع لأحكام الوصية.

وفي هذا الصدد يحاول الأفراد التحايل على أحكام الميراث والوصية بافتعال مراكز قانونية صورية تخالف أحكام تلك النظم. وقد فصل القضاء الجزائري في قضيتين تخصان هذه المسألة، من المهم تحليلهما والوقوف على موقفه منهما[21]، ورغم تشابه موضوع النزاع فيهما وصحة الحل الذي انتهى إليه، إلا أن تسبيبه غير دقيق، واعتقد أن السبب يرجع لعدم تحكمه الكافي في تطبيق آليات تنازع القوانين.

القضية الأولى فصل فيها المجلس الأعلى بتاريخ 1968/3/20[22]، ملخص وقائعها أن امرأة أوصت لأخرى بوصية رسمية محررة سنة 1941 بكامل تركتها معلنة اختيار تطبيق التشريع الفرنسي الذي يجيز ذلك. والقضية الثانية فصلت فيها المحكمة العليا بتاريخ 10/17/ 1990[23]. تتمثل وقائعها، أن زوجا من أصل جزائري مسلم أوصى لزوجته بتاريخ 1952/10/10 بكامل تركته، معلنا اختياره تطبيق القانون الفرنسي الذي يجيز ذلك، وتوفي سنة 1956.

1961، م 17ف1 من القانون الاماراتي رقم 5 لسنة 1985. الفصل 55 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998. الفصل 18 من ظهير 1913/8/12 المغربي.

[20]- راجع في تفاصيل أحكام التنازع في الميراث والوصية كتاب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1. م، س، ص7 وما بعدها.

[21]- المرجع السابق، ج 2، ص 41.

[22]- القرار منشور ضمن مجموعة الاحكام الصادرة عن وزارة العدل، المجموعة الاولى ، ص 21.

[23]- القرار رقم 63219، منشور في المجلة القضائية 1991، عدد 2، ص79.

رغم تشابه الوقائع ووحدة الإشكال القانوني المطروح والحل الموحد الذي انتهى اليه القراران إلا أن التأسيس القانوني مختلف، ولم يتحكم فيه كما ينبغي.

في القضية الأولى علل المجلس الأعلى قراره القاضي باستبعاد خيار تطبيق القانون الفرنسي على أساس "عدم جوازه في العقود أحادية الجانب التي تمس بحقوق الغير المثبتة بالقانون المطبق طبيعيا"، بمعنى جواز الاختيار طبقا لمبدأ سلطان الارادة في العقود التبادلية، أما العقود أحادية الجانب (الوصية) فيسري عليها القانون الشخصي (أي أحكام الشريعة الاسلامية في حينه) ومن ثم وافق المجلس على الحكم المطعون فيه ورد الوصية الى الثلث الجائز شرعا.

وفي القضية الثانية، ومن خلال تحليل دفوع طرفي النزاع، اللذين تمسكا بتطبيق المادة 16 مدني، ولكن كل طرف أعطى لها تأويلا حسبما يتفق ومصالحه، يلاحظ أن المحكمة العليا لم تعلل قضاءها طبقا لمضمون النص وكيفية تطبيقه، وتعيين أساس استبعاد القانون الأجنبي، فجاء تأويلها غامضا لتسبيب قرارها مع أنها ألغت القرار المطعون فيه الذي أقر صحة الوصية، وبالتالي أيلولة كل التركة للزوجة وحدها.

إن الاشكال القانوني الحقيقي المطروح في الحالتين، يخص أساس استبعاد القانون المختار، مع العلم أن اختيار القانون السابق (القانون الفرنسي) في حينه جائز، وبالتالي فالوصيتين صحيحتين[24].

إن تنازع القوانين في الحالتين حصل بتعاقب اختصاص قانونين في وقتين مختلفين، حول تنظيم مركز قانوني واحد، أحدهما عند إنشائه (القانون الفرنسي) والثاني (القانون الجزائري الحالي) عند المنازعة في آثاره أو التمسك بتطبيق القانون الأول الذي نشأ الحق في ظله، كحق مكتسب Droit Acquie.

ومن المعروف طبقا لمبادئ تنازع القوانين، أنه لا يجوز التمسك بحق مكتسب طبقا لقانون معين إذا كان مخالفا للنظام العام في غير الدولة التي نشأ فيها. يتضح من هذين القرارين أن أساس استبعاد القانون المختص هو مخالفته للنظام العام. وقد أشار القراران لذلك ولكن بصفة غير مباشرة[25].

---

[24]- وهذا بغض النظر عن الهدف الاستعماري من وراء ذلك، وهو التضييق من نطاق تطبيق القانون المحلي (الشريعة الاسلامية) على الاهالي لصالح القانون الفرنسي.

[25]- رار الاول ذكر أنه " لايسوغ مد آثاره(أي الاختيار) الى عقد أحادي الجانب يمس بحقوق الغير المثبتة بالقانون المطبق طبيعيا". والقرار الثاني جاء فيه" إن الموصي رجل مسلم وجزائري، وتطبق عليه أحكام الشريعة الاسلامية في الجزائر حتى في العهد الاستعماري الفرنسي ..... إن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى لأنه مخالف للشريعة الاسلامية. راجع تحليلا أوفى للقرارين كتاب دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ج 2، ص47 وما بعدها.

خلاصة لأشغال الملتقى

د. بناسي شوقي، أستاذ محاضر
د. واعراب سليمة، أستاذة محاضرة

لقد كانت الذكرى الأربعون لصدور القانون المدني فرصة مواتية لوضعه في ميزان البحث العلمي من أجل تقييمه شكلا ومضمونا، وهو ما قام به الأساتذة المتدخلون طيلة أشغال الملتقى، وقد توصّلوا إلى ما يلي:

أولا: التفاوت بين القانون المدني والدساتير الجزائرية: إن القانون المدني، باعتباره مكوّنا هاما من مكوّنات المنظومة القانونية الجزائرية، يتعيّن أن يكون منسجما، تمام الانسجام، مع الدستور على أساس أن هذا الأخير يمثل أعلى الهرم القانوني، إلا أن هناك تفاوتا في هذا المجال. يظهر أنه راجع لسببين مهمين: **أولا** صدور القانون المدني في وقت جرى فيه تعليق العمل بدستور 1963. **ثانيا** أنه قد تولى إعداده بعض محترفي القانون من غير السياسيين دون عرضه على مجلس الثورة.

إن صدور دستور 1976 تجاهل هذا الأخير القانون المدني لاسيما في مجالين يُعدان من أهم ركائزه: الملكية والأشخاص. بالنسبة للملكية كان القانون المدني يقدّس الملكية الخاصة ولا يقيّدها إلا ببعض القيود، في حين أن الدستور، على العكس من ذلك، كان يمجّد الملكية العامة ويحارب الملكية الخاصة إذا كانت وسيلة للثراء، ولا يوفر لها حماية إلا إذا كانت مستعملة لإشباع الحاجات الخاصة. أما من حيث الأشخاص فلم يهتم القانون المدني بموضوع الحقوق الأساسية باعتباره قانونا للأموال، في حين أن الدستور كان يهتم بهذه الحقوق ولكن من منظور وظيفي في إطار الإيديولوجية الاشتراكية، فهو لا يعترف بها للشخص إلا إذا شغل وظيفة معينة كما هو الحال بالنسبة لحقوق العمال وحقوق الفلاحين...إلخ. لقد استمر التفاوت بين الدستور والقانون المدني في ظل دستوري 1989 و1996، فقد تم الاعتراف بالملكية الخاصة على نطاق واسع من أجل المساهمة في التنمية الاقتصادية، في حين أن القانون المدني لم يواكب هذا التطور، وبقي محافظا على نظرته التقليدية للملكية الخاصة باعتبارها حقا مقدسا للأفراد يمارس ضمن القيود القانونية. أما في مجال الحقوق الأساسية للأشخاص، وعلى خلاف دستور

1976، فقد اهتم دستورا 1989 و1996 بما يُعرف بحقوق الإنسان، إلا أن القانون المدني بقي بعيدا كل البعد عن هذه الحقوق، مع أنه كان بالإمكان تكريسها ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني كمبادئ عامة حديثة يسير المجتمع المدني في ضوئها، كما هو حال بعض التشريعات الحديثة.

ثانيا: القانون المدني والأصالة: كانت الخطابات الرسمية، قبل صدور القانون المدني، تدعو إلى وجوب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها - إلى جانب الأعراف المحلية - مكوّنا من مكوّنات الهوية الجزائرية، ولكن يبدو أنه، في نهاية المطاف، قد تعذّر الرجوع إلى الأصالة لسببين: **أولا** أن الانتماء للعالم العربي جعل القانون المدني سجين التشريعات العربية، لاسيما القانون المدني المصري لسنة 1948، ويرجع ذلك، بالدرجة الأولى، لعوامل سياسية، فقد كانت جمهورية مصر العربية في تلك الفترة رائدة للعالم العربي من جهة، وكانت القومية العربية هي الشعار الرائج آنذاك من جهة أخرى. **ثانيا** أن واضعي القانون المدني كانوا، بفعل ظاهرة التأثر الثقافي، من خريجي المدرسة الفرنسية ومن ثم بدل الاتجاه إلى الاستفادة من التشريعات المدنية المعاصرة، والعمل على استحداث حلول جديدة تتماشى والمعطيات الحديثة، وقع اختيارهم على التمسّك، على غرار القانون المدني المصري، بالقانون المدني الفرنسي، خاصة وأن هذا الأخير قد بقي ساريا بعد الاستقلال إلى غاية 1975. لقد ظنّ واضعو القانون المدني أن سبيل العصرنة، والتفتح على العالم المعاصر، لن يتحقق إلا من خلال الاقتداء بالقانون الفرنسي، وهذا ما جعل القانون المدني يعتمد الحلول التقليدية التي كرّسها قانون نابليون على جميع المستويات: في مجال الالتزامات والعقود الخاصة، والحقوق العينية الأصلية، والحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية)، وهذا على الرغم من الفارق الزمني الشاسع بين القانونين، واختلاف ظروف المجتمع الجزائري عن ظروف المجتمع الفرنسي التي تم في ضوئها وضع قانون نابليون، ودون مراعاة التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية الكبيرة التي حدثت بعد صدور قانون نابيلون.

ثالثا: القانون المدني والمعاصرة: يظهر، بالنظر إلى تاريخ صدور القانون المدني – 1975-، أنه قانون حديث يستجيب للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي طرأت على المجتمع، إلا أن الاطلاع على نصوصه يدل على أن الأمور تجاوزته كثيرا. بقي

من جهة محافظا على التقسيم الثنائي للحقوق: شخصية وعينية، ولم يكرّس ما يُعرف بالحقوق المعنوية، وإنما أشار إليها إشارة عابرة في ظل وجود تشريعات خاصة تنظم هذه الحقوق. و لم يلتفت من جهة أخرى إطلاقا للحقوق الجديدة، كما هو الحال، بالنسبة للحق في السلامة الجسدية، والحق في البيئة...إلخ. بل يمكن القول أن المشرع قد تردّد كثيرا في إحداث إبداعات جديدة، لاسيما في مجالي العقد والمسؤولية. ففي اطار العقد كان بإمكان المشرع تجاوز مبدأ سلطان الإرادة (الذي عرف تراجعا كبيرا)، و اعتمدا مبادئ جديده تساهم في إعطاء تصور جديد للعقد يقوم على المساواة الفعلية العقدية و التوازن العقدي في جميع جوانبه و تعزيز التضامن بين المتعاقدين. أما في مجال المسؤولية ، فقد عرفت التشريعات الخاصة تكريسا حقيقيا لنظام تعويضي عن الأضرار الجسمانية كما هو الشأن بالنسبة لحوادث العمل (1966)، وحوادث المرور (1974)، ومع ذلك تجاهل القانون المدني، عند صدوره، كل هذه المعطيات الجديدة، وفضّل الإبقاء على المسؤولية عن فعل الأشياء (المادة 138)، مثلما وضعها الاجتهاد القضائي الفرنسي، مما يطرح بجدية فائدة هذه المادة في ظل وجود التشريعات الخاصة. بالإضافة إلى ذلك كانت أحكام المسؤولية في ظل المستجدات محل اختلاف في تأويلها وكذا في تطبيقاتها.

رابعا: القانون المدني والتشريعات الخاصة: لقد تراجعت وظيفة القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة، ويظهر أن ذلك راجع لسببين: **أولا:** استقلالية قانون الأسرة، على الرغم من إحالة بعض نصوصه على القانون المدني، لكونه قد اعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر مادي حصري، ولاشك أن هذه الأخيرة نظام قانوني مستقل له منطلقاته وتصوراته واصطلاحاته الفنية، ومن ثم فهو يتميز، بالضرورة، عن القانون المدني الذي ينتمي للنظام الروماني- الجرماني، بما له من تصورات واصطلاحات وتكييفات تميّزه عن باقي الشرائع. **ثانيهما:** اعتماد التشريعات الخاصة – لاسيما قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة – تصورات جديدة وأساليب معالجة جديدة كانت سببا مهما في بروز مبادئ جديدة أصبحت تشكّل منطقة وسطى بين القانون المدني والتشريعات الأخرى، مما أدى إلى انهيار تصنيف القانون إلى قانون عام وقانون خاص، وأفرز تصنيفات حديثة على شكل طوائف: قانون الأعمال، قانون السوق...الخ.

لقد ساهمت هذه الظاهرة في دفع التشريعات الخاصة إلى الاستقلالية، شيئا فشيئا، عن القانون المدني، وتكوين حلول ذاتية مستمدة من فلسفتها الخاصة في ضوء المبادئ الجديدة، بل إنها أصبحت تهدّد وجود القانون المدني ذاته.

خامسا: القوانين المدنية العربية: إن استقراء القوانين العربية يكشف عن حقيقة مهمة وهي أننا أمام ثلاث عائلات قانونية: تتمثل **العائلة الأولى** في القوانين التي سارت على منوال مجلة الالتزامات والعقود التونسية (1906) وهي: ظهير الالتزامات والعقود المغربي (1913)، وقانون الالتزامات والعقود الموريتاني (1989) ة بدرجة أقل قانون الموجبات والعقود اللبناني (1932). إن ما يميّز هذه العائلة هو اقتصارها على تنظيم الالتزامات والعقود دون باقي مواضيع القانون المدني، كما أنها - باستثناء موريتانيا - وضعت في فترة الحماية الفرنسية، وجرى إعدادها على أساس الاعتماد على القانون الفرنسي فيما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. أما **العائلة الثانية** فتتمثل في القوانين التي حذت حذو القانون المدني المصري (1948) على غرار القانون السوري (1949)، والقانون الليبي (1951)، والقانون الجزائري (1975). وتتميز هذه العائلة بتأثرها الشديد بالقانون الفرنسي، كما أنها نظّمت كل مواضيع القانون المدني، وقد حدث كل ذلك في ظل التمتع بالاستقلال الوطني، والاتجاه نحو الحداثة، مما أدى إلى اعتبار الشريعة الإسلامية مجرد مصدر احتياطي. وأخيرا **العائلة الثالثة** وهي تضم القوانين التي جعلت القانون الأردني (1976) نموذجا لها كالسودان واليمن والإمارات العربية المتحدة، وقد اعتمدت الفقه الإسلامي كمصدر مادي وحيد، من حيث المضمون، مع بقائها متأثرة بالقانون الفرنسي من حيث الشكل. أما القانون العربي الموحّد (1996)، فقد قرر واضعوه، منذ البداية، اتخاذ الفقه الإسلامي مصدرا ماديا لهم، ولهذا جاء قريبا من القانون الأردني ماعدا بعض التحويرات، ويرجع الفضل له في توحيد المصطلحات على المستوى العربي والاستفادة على نطاق واسع من أحكام الفقه الإسلامي، إلا أنه يُحسب عليه اعتماده على القانون الفرنسي في الجانب الشكلي، فكأنه فقه إسلامي في قالب لاتيني، وهو ما انعكس على مضمونه وشوّه الأحكام المستمدة من الفقه الإسلامي. بالإضافة إلى ذلك، وعلى غرار كل التشريعات العربية، تبدو أحكامه، في بعض الجوانب، قد تجاوزها الزمان وتحتاج إلى تحيين من أجل مسايرة مستجدات العصر.

خامسا: إصلاح القانون المدني الفرنسي: صدر قانون نابليون سنة 1804، ومنذ ذلك الحين أدخل عليه المشرع الفرنسي تعديلات عديدة ولكن في غالبيها لم تمس مادة الالتزامات، لاسيما العقود والمسؤولية، إلا نادرا، وطيلة تلك الفترة لعب الاجتهاد القضائي دورا محوريا في الإبقاء على قانون نابليون حيًّا لمواجهة مستجدات العالم المعاصر، ولكن يبدو أن مناسبة مرور قرنين من الزمن على هذا القانون جعلت الفقه يتحرك بقوة للمطالبة بوجوب الإصلاح الشامل، وهو ما تحقق فعلا على إثر تعديل 10 فبراير 2016 وقد مسّ هذا التعديل النظرية العامة للعقد وأحكام الالتزام والإثبات، وكان فرصة لتقنين بعض النظريات الحديثة كالالتزام بالإعلام ومهلة التفكير وحق الرجوع والإكراه الاقتصادي. ومع ذلك يمكن القول أن الإصلاح لم يكن جذريا، فمن جهة احتفظ التعديل بكثير من النصوص السابقة، ومن جهة أخرى كرّس حلول الاجتهاد القضائي المشهورة، وفي الجملة بقي محافظا على تقاليد قانون نابليون باعتباره مفخرة الفرنسيين.

إن بعض الحلول التي اعتمدها تعديل القانون الفرنسي هي أصلا موجودة في القانون المدني الجزائري مثل الظروف الطارئة، ومحاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ..إلخ، ولكن هذا لا يعني أبدا أن القانون المدني تشريع حديث يواكب المستجدات المعاصرة اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا، بل هو، على العكس من ذلك، قانون قد تجاوزه الزمن، في جوانب كثيرة، لاسيما فيما يتعلق بالمسؤولية، والحقوق العينية الأصلية، والحقوق العينية التبعية. يبدو أن القانون المدني، من هذه الزاوية، يحتاج إلى إصلاح عميق، ويظهر أن الجزائر في أحسن رواق لمباشرة هذا الإصلاح، ذلك أنها لا تنظر للقانون المدني نظرة تقديس كما هو الحال بالنسبة لقانون نابليون.