جامعـــة عمار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الأدوات القانونية و التنظيمية المقيدة لمبدأ سلطان الإرادة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص:عقود و مسؤولية مدنية.

إعدادالطالب:

لحـــــول عبد القادر

بإشراف:

أ/د. بطيمي حسين

لجنة المناقشة:

الأستاذة:	الدكتورة عكاكة فاطمة الزهراء	رئيســـــــا
الأستاذ:	الدكتور بطيمـــــي حســـــين	مشرفا ومقررا
الأستاذ:	الدكتور الدح عبـــــدالمـــالك	ممتحنـــــــا

السنة الجامعية: 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

المعنى باللغة العربية	المعنى باللغة الفرنسية	الكلمة المختصرة
القانون المدني الجزائري	c.c.a : Cod civil algérienne	**قمج**
القانون التجاري الجزائري	c.c.a : Cod comercail algérienne	**قتج**
القانون المدني الفرنسي	c.c.f : Cod civil français	**قمف**
القانون المدني المصري	c.c.e Cod civil Egyptien	**ق.م.م**
صفحة	Page	**ص**
دون طبعة	sans édition	**د. ط**
الجريدة الرسمية عدد	Journal officiel numéro	**ج ر ع**

شكر وتقدير وعرفان

نشكر بكل محبة وتقدير:

الأستاذ الدكتور المحترم: بطيمي حسين.

الذي ساعدنا بالتوجيهات العلمية الصائبة والقيمة بتوفيق من الله عز وجل.

الى جميع الاصدقاء وكل من كان له فضل في اتمام هذا العمل المتواضع .

" **من لم يشكر الناس لم يشكر الله** "

.

لإهـــــداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك والآخرة إلا بعفوك والجنة إلا برؤيتك ... الله جل جلاله

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة، نبي الرحمة ونور العالمين "سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم"

إلى التي أردت التعبير عن معانيها فلم تستطع كلماتي أن تعطيها حقها لكرامتها التي ميزها البارئ من بين الخلائق جل شأنه إلى بلسم يشفي جراحي ويلهمني غيثه ويسقي فؤادي، ببهائه يرسم الآمال في روحي ويزكيه في زواياها أمي الحبيبة...

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار، وعلمني العطاء بدون انتظار، فحملت اسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمره ....

الى سندي في الحياة ورفيقة الدرب زوجتي الغالية والى فلذة كبدي وانسي في الحياة ابنتي العزيزة ايمان عائشة .

و إلى جميع الاخوة والاخوات كلا باسمه وبمكانته عندي .

والى كل من احتواهم قلبي ولم يكتبهم قلمي اصدقائي الاعزاء .

✓ **لحول عبد القادر**

مقدمـــة:

إن الحياة داخل هذا المجتمع وما يحتويه من غموض واتساع وتضارب بين مصالح الناس لا تستقيم غلا بوجود نظام يعمل على تنظيم هذه المصالح وتوجيهها الوجهة الصحيحة، تفاديا لتقلقل هذه المعاملات وحفاظا على التماسك والوحدة الاجتماعية.

فكان أن ظهر مبدأ سلطان الإرادة الذي اعتبر آنذاك الركيزة الأساسية التي تبني عليه كل المعاملات مهما كانت صفتها ونوعها، متخذة في ذلك طابع العقد، حيث قام في بادئ الأمر على إنقاض المذهب الفردي، الذي يقوم على مجموعة من المبادئ والأفكار الفلسفية والاقتصادية.

ضف إلى ذلك أن العقد لا يحترم لذاته، باعتباره توافق إرادات وإنما يحترم إعمالا للتضامن الإنساني وتحقيقا للمصلحة العامة، فالعقد ضرورة من ضرورات الحياة الاجتماعية، وهو وسيلة لتحقيق الخير العام ولا يمكن التكلم عن العدالة العقدية خارج هذا الإطار.

ففي نطاق القانون العام نجد أن الإرادة وسلطانها يكاد يختفي من نطاق هذه العلاقات، ويرجع ذلك إلى طبيعة وأساس هذه العلاقات، وهي المصلحة العامة وليست مصلحة الفرد نفسه، أما في نطاق القانون الخاص فإذا كان لها دور كبير في تكوين العقد، فإنها تتلاشى في نطاق تحديد الآثار القانونية المترتبة عن هذه العقود، وفي العلاقات المالية يتسع دور الإرادة في الحقوق الشخصية والعينية، بينما يضيق في تحديد أثار الحقوق العينية.

كما أن الإرادة مقيدة في مجال العلاقات التعاقدية بفكرة النظام العام والآداب العامة، فأي اتفاق يخالف هذا النظام يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، كما تتقيد الإرادة بالشكل الذي يحدده القانون في بعض العقود.

لذلك كان من اللازم استبدال مبدأ سلطان الإرادة بنظام أكثر عدالة وإنصاف وقد ساعد في ذلك مجموعة من المتغيرات وأهمها ظهور المذهب الاجتماعي الذي يقيم فلسفته على الجانب الاقتصادي والاجتماعي للعلاقات العقدية وليس على إرادة أطرافها، وتطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في المعاملات التعاقدية بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه وهذا ما يطلق عليه "عيممة العقد"، أي المجالات الشوعبة والتنظيمية المقيدة لمبدأ سلطان الإرادة.

والتدخل عن طريق تسيير وتوجيه العقد ما هو في حقيقة الأمر إلا سعيا لحماية الطرف الضعيف اجتماعيا واقتصاديا.

إضافة إلى ذلك تطور الفقه والقانون المقارن للعقود، والذي كان نتاج التطورات الحديثة في الحياة العملية والقانونية أو على مستوى العلاقات القانونية والتعاقدية الواسعة، حيث أفرز مجموعة من الأفكار الجديدة ليتم الإعتماد عليها كبدائل لمبدأ سلطان الإرادة، وهذه البدائل هي النفع والعدل والمنفعة المقصودة في هذا الخصوص هي المنفعة العامة، أما العدل فيقتضي أن العقد لا يكون ملزم إلا لكونه يحقق التوازن والعدالة التجمعية.

فحدث أن ظهر القانون كأساس للتعاملات التعاقدية إذ يلجأ المشروع في بعض الأحيان إلى التدخل تلقائيا مستبعدا العقد شريعة المتعاقدين، فتحل إرادته محل إرادة الأطراف وذلك لتكريس العدالة العقدية، وحماية الفئة الضعيفة كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

وتدخل المشروع يكون في مرحلة انعقاد العقد أو في مرحلة تنفيذه، وإذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز تدخل المشروع في العلاقات العقدية، التي تم الاتفاق عليها أثناء إبرامه والتي تشكل قانونا للأطراف، فإن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها، لا سيما وأن الأطراف غالبا ما يجدون أنفسهم أمام تقلبات اقتصادية واجتماعية أو سياسية لم تؤخذ في الحسبان.

وفي حقيقة الأمر فإن تدخل المشروع في العقود له صور عديدة، فقد يتدخل بقواعد آمرة لتنظيم مسألة من المسائل المعينة، ويمنع على الأشخاص المساس بها، كما هو الشأن في الأمور المتعلقة بالنظام العام بنوعيه.

فالنظام العام التوجيهي أو الاقتصادي يتدخل المشروع بمقتضاه لتنظيم الاقتصاد تنظيما دقيقا عن طريق ضمان المنافسة الحرة، وتشجيع السوق، والدفاع عن المبادئ الأساسية والمصالح العليا للدولة، أما النظام العام الاجتماعي أو النظام الاقتصادي الحمائي هو نظام يسعى إلى حماية المصالح الخاصة لفئات معينة يرى المشرع أنها جديرة بالرعاية، وذلك لضعفها اقتصاديا واجتماعيا، فالنظام العام الحمائي يقتصر على حماية الطرف الضعيف في بعض العقود، وذلك بأن يخضع المشرع بعض العقود إلى قواعد آمرة بدل من ترك مبادرات التبادل للأطراف الذين ليس لهم القدرة على تغيير الحقوق والواجبات بحسب طريقتهم لأن العقود تكون تنظيمية بصفة آمرة كما هو عليه عقد العمل.

وقد يتدخل القانون بصورة أخرى، وذلك بما يمنحه للقضاء من سلطة تقديرية تمكنه من التدخل في العقود، وتعديلها وإعادة التوازن المختل بها، حيث أنه منح له سلطة التدخل في العقد عبر مراحله ففي مجال انعقاد العقد منح له سلطة التفسير والتكيف وتطويع العقد، وتعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان

وفي مرحلة تنفيذ العقد منح له سلطة تعديل الالتزام التعاقدي في حالة حدوث ظروف طارئة، وتخفيض الشرط الجزائي ووقف تنفيذ العقد والنظر في الآثار العرضية للعقد الباطل.

فالإدارة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها، وما مهمة دور القانون إلا تحقيق ومنع التعارض بين هذه الحقوق، وحماية هذه الحريات بحيث لا تتعارض مع حريات الآخرين.

وهذا التوازن هو ما يجب على المشروع مراعاته، وليس له بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع صالح الجماعة.

وعلى ذلك تطلق الحرية مناط مبدأ سلطان الإرادة العنان لدور الإرادة، بل ويذهب أنصار المبدأ إلى أبعد من ذلك إذ جعلوا منها مصدر جميع الحقوق والواجبات.

لكن هذا لم يدم حيث لم يعد للإرادة الحرية والدور المطلق الذي كانت تتمتع به من قبل، إذ تم تقيد هذا الدور إلى الحدود التي يقتضيها إستقرار المعاملات ومراعاة مصالح الجماعة.

حيث لم تعد الحرية متفقي القانون الحديث مع المبادئ الاجتماعية التي ظهرت، فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ هذا المذهب في رحابها، وسارت التشريعات نحو الإعتداد بمصالح الجماعة قبل مصالح الفرد.

وهو ما اقتضى منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، بل ينبغي أيضا تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير.

وهذا ما جعل المبدأ يفقد من قيمته وينحسر أمام التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي مست المجتمعات وأدت إلى ظهور مذاهب تنظر إلى العقد كنظرتها إلى أي نظام اجتماعي غايته تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة لأجل ذلك.

وهو ما أدى إلى تقييد الإرادة والحد من دورها، وذلك من خلال تدخل المشرع وبحدود معينة من أجل حماية الطرف الضعيف من الإكراه الاقتصادي الذي يسلطه عليه الطرف القوي.

وكذا حماية الضعيف من ضعفه وقبوله شروطا تعاقدية مجحفة في حقه باسم سلطان الإرادة.

كما كان للتقلبات الاقتصادية دور يفرض على المشرع، ومن خلاله القاضي التدخل لإعادة التوازن الاقتصادي للعقود، لاسيما عندما ينهار هذا الأخير جراء ظروف تطرأ بعد تكوينه.

ولقد أدت هذه التقلبات إلى ضرورة إعادة النظر في التنظيم القانوني لعقود الإيجار، العمل، والاستهلاك ... الخ ذلك.

ولم يقتصر الأمر على الحد من دور الإرادة بل وصل إلى حد إلغائها، وذلك بظهور أنماط جديدة من العقود كالتعاقد الجبري: "إجبارية التأمين مثلا"، والذي فرضته مقتضيات ظهرت على الساحة، لم يكن يعرف المجتمع من قبل مدى خطورة انعكاساتها، كالكوارث الطبيعية، الزلازل، الفيضانات، ... الخ ذلك حيث كانت العوامل هذه العوامل سببا في الحد من دور الإرادة.

ويظهر مبدئيا من خلال نصوص القانون –لاسيما الواردة في مواد من القانون المدني باعتباره الشريعة العامة– أن المشرع الجزائري يكرس مبدأ سلطان الإرادة.

وهو ما يستشف من تقريره لمبدأ الرضائية، وحرية التعبير، واعتداده بعيوب الرضا، والعمل بمنطق ومقتضيات نظرية الإرادة الباطنة، القوة الملزمة للعقد ... الخ ذلك.

غير أنه عند النظر في الموضوع يظهر العكس فالمادة 59 مدني تنص على مبدأ الرضائية إلا أنه يرد على ذلك عدة قيود موضوعية وشكلية يجب مراعاتها، حيث لم يعد ما كان مقررا في ظل مبدأ سلطان الإرادة، وصارت العبرة بتقابل التعبيرين لا بتقابل الإرادتين.

كما يظهر أنه لم تحدد طريقة خاصة يتعين أن يتم بها التعبير، وذلك من منطلق أنه مجرد وسيلة مادية لا قيمة له، ومن ثم فلا يؤثر بشكل من الأشكال على الإرادة.

وهذا هو السائد في منطق نظرية الإرادة الباطنة، إذ المعمول عليه هي الإرادة الكامنة في نفس صاحبها لا الوسيلة التي تم التعبير بواسطتها عن مكنونها.

وعلى ذلك فلا يشترط شكل خاص، وكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح كتعبير عليها، فيصلح التعبير بالكلام، أو الكتابة، أو الإشارة، أو باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته على مقصود صاحبه كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، بل قد يكون السكوت في بعض الأحيان تعبيرا عن الإرادة وكل الطرق متساوية القيمة في نظر القانون.

إلا أنه لم يعد التعبير مجرد وسيلة لا تؤثر على الإرادة بل صارت هاته الأخيرة تتقيد بمقتضياته، ذلك أنه أمر ضروري وهام، وله من القيمة القانونية ما يجعل إثبات عكسه أمرا مستحيلا فهو مثل ما يقال: "ترجمان الإرادة".

وعلى هذا الأساس لم تعد الإرادة هي تلك التي يريدها صاحبها، وإنما التي يفهمها المخاطب بها، فالإرادة تقيد بالتعبير الذي دل عليها، إذ لا يمكن الإدعاء بخلاف ذلك.

ما لم يتم عكس ذلك من الوقائع، وللقاضي عندها إعمال سلطته التقديرية في الكشف عنها، كما يقر المشرع كذلك في المادة 106 مدني بمبدأ القوة الملزمة للعقد، بما يوحي أنه أطلق دورة تنفيذها العقد إلا أنه بالمقابل يورد عليها قيود كثيرة ومختلفة تحدد كلها الإطار الملائم الذي تقوم به.

إلى غير ذلك من التطبيقات، والتي يستشف منها توجه المشرع نحو الإعتداد بمصلحة الجماعة وبالرجوع كذلك إلى مشروع عرض الأسباب للقانون المدني نجد أن الهدف المرجو من طرف المشرع ليس وضع أو تحرير تقنين تقليدي، وإنما هو ضرورة وضع قانون يتلاءم مع ظروف المجتمع.

وهذا الأخير هو محتوى بحثنا ومنه فالتساؤل الذي يطرح .

ماهي مقومات مبدأ سلطان الارادة و الى اي مدى كانت المجالات القانونية والتنظيمية كافية لتقيد مبدأ سلطان الإرادة ؟

و بإتباع المنهج الوصفي التحليلي مع الاستعانة بالمنهج المقارن في الحدود التي تقتضيها الدراسة.

ومن هنا تبرز فكرة هذا البحث او الدراسة الارادة بين التنظيم والتشريع ودوره في تقييد الارادة والحد من الحرية التعاقدية من خلال تقييد ارادة الاطراف بما فرضه المشرع وتحديد مضمون العقد وحلول إرادة المشرع محل مبدأ سلطان الإرادة وفي حالات اخرى تدخل القاضي في مراجعة مضمون العقد.

ويظهر جليا في مقومات مبد سلطان الارادة من جهة الفصل الاول وفي المجالات القانونية والتنظيمية المقيدة لمبدأ سلطان الإرادة من جهة اخرى اي الفصل الثاني .

الفصل الأول:

مقومات مبدأ سلطان الإرادة

حتى يتسنى لنا دراسة هذا الفصل لابد من التعرف أولا على الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة، والنتائج المترتبة عليه، وبعد ذلك نتعرض لأهم الإنتقادات التي تعرض لها هذا المبدأ في ظل إطار المبحث الأول.

في حين نتعرض في المبحث الثاني إلى التراجع والإنتكاس الذي شهده مبدأ سلطان الإرادة وأهم المبررات التي أدت إلى هذا التراجع، وسنبرز في الأخير

المبحث الأول: مفهوم بمبدأ سلطان الإرادة

قد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين فخصصنا المطلب الأول إلى دراسة أهم الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة بعد التعرف على المقصود بهذا المبدأ.

المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة

إنه لا سبيل إلى التعرف على الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة إلى بعد التعرف على المقصود لهذا المبدأ.

الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإرادة

إن مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بالنظرية التقليدية للعقد، ما هو في حقيقة الأمر إلا إنعكاس لأهم المبادئ التي استقر عليها العقد أثناء فترة ازدهاره في ظل المذهب الفردي، حيث انبثق عن هذه المبادئ القانونية مجموعة من الأفكار الفلسفية و الإقتصادية التي يقوم عليها المجتمع الليبرالي.[1]

أولا: الأفكار الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة

فالتحليل العام للأفكار الفلسفية، يرى أن الناس ولدوا أحرارا ومتساوون، فالإنسان في جوهره حر لا يركن لإرادة غيره، وإرادته مطلقة من كل قيد فهو يلتزم بما شاء ومتى أراد من أجل تحقيق مصلحته، فحسب رأيهم فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للإلتزام التعاقدي.

إذن فالأفكار الفلسفية تعترف للإنسان بوجود حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها، وهي حقوق يكتسبها بمجرد كونه إنسان، وما وجد المجتمع إلا ليكون الوسيلة المثلى لحماية هذه الحقوق، وفي سبيل تحقيق ذلك يجب

[1]- أنظر علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، طبعة 2010م، ص 48.

الإعتراف بأنه ليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره، وأن إخضاع الفرد لقوانين غيره أمرا منافيا للأخلاق ولذلك لا يجب أن يخضع الشخص إلا لشرعيته الذاتية.[1]

فالأساس الفلسفي يقيم حجته في ذلك على فكرتين أساسيتين هما:

أ- فكرة الحرية الطبيعية للإنسان:

حيث يرى أنصارها أن مبدأ سلطان الإرادة –من الناحية الفلسفية– يقوم على اعتقاد راسخ وهو أن هناك حرية طبيعية للإنسان.

وما يجب الإشارة إليه هو أن القاعدة القانونية كان لها ارتباط وثيق بالفلسفة التي كانت سائدة في ذلك القرن (القرن 18) التي كانت تقوم على تأكيد ما للأفراد من حقوق في مواجهة الدولة، وقد أدى ذلك إلى الإعلان عن حقوق الإنسان سنة 1989م، فالمجتمع لابد له من أن يقر للإنسان بأكبر قدر من الحقوق وأن يكرس الحرية التي تخصه بصفة طبيعية، وما مبدأ سلطان الإرادة إلا أحد الأوجه الخاصة لهذه الفلسفة العامة.

هذه الحرية التي أقرت كمبدأ عام نشأ عنها نتيجتان.

فمن جهة: إن الإنسان لا يمكن أن يخضع إلا للإلتزامات التي ارتضاها.

ومن جهة أخرى أن كل ما يرتضيه من التزامات تفرض عليه.

فالإنسان كائن حر، وهذا يعني أنه يستطيع أن يقيد بنفسه هذه الحرية عن طريق ما يبرمه من عقود فلا توجد حرية حقيقية ما لم تتضمن سلطة ذاتية لتحديدها، والإنسان الحر يستطيع أن يقيد نفسه بنفسه.[2]

ب- فكرة العقد الإجتماعي:

ويرى أنصار هذه النظرية أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك، فغذا كانت الإرادة الإنسانية لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع وما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة فإنه يكون من باب أولى أن تنشئ الإلتزامات الخاصة التي تربط بين دائن ومدين.[3]

---

[1]- أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 48.

[2]- أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 35.

[3]- أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 53.

ثانيا: الأفكار الاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة

أما الأفكار الاقتصادية يرى أصحابها أن الإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين، وأن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات، تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقا للمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية.[1]

ويمكن شرح هذا الرأي بالتطرق إلى فكرتين أساسيتين:

أ: فكرة الحرية التعاقدية والعدالة

يرى أنصارها أن مبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا إنعكاس لسياسة الحرية الاقتصادية في إطار القانون الخاص، والتي تأكدت خلال القرن (18م)، والتي تقوم على مبدأ "دعه يعمل دعه يمر" (laisser fair et laisser passer).

والفكرة الأساسية لسياسة الحرية الاقتصادية تكمن في السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاؤون (تبادل الثروات والخدمات بمحض اختيارهم)، وهذه هي أحسن وسيلة لقيام علاقات أكثر فائدة من الناحية الاجتماعية .

فالتزام المدين في العقد يكون نتيجة تحقيق مصالحه، فليس هناك إنسان عاقل يرتضي اتفاقا يسبب له ضرر، أي الإلتزام الذي يرتضيه الشخص لا يكون جائرا، إضافة إلى أنه من وجهة هذا المبدأ فإن الغبن لا وجود له في العقود، وقد صاغوا ذلك في عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة "فمن قال عقد قال عدل".

ب: فكرة المنفعة الاجتماعية

فأنصار المنفعة الاجتماعية يرون أن حرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائيا الازدهار والتوازن الاقتصادي، فقانون العرض والطلب الذي يفترض قيام سوق المنافسة الكاملة –وبالتالي الحرية الاقتصادية– ليس كفيلا بأن يطوع الثمن للقيمة فحسب، وإنما يطوع الانتاج للحاجات، وهذا يعني ببساطة أن هناك آلية اقتصادية (automatisme économique) وانسجاما طبيعيا (L'armonie naturelle) وهذا ما جعل باستيا (BASTIA) يمجده فيما بعد في كتابه الشهير (Les harmonies économique).

[1]- أنظر جاك غيستان (GHESTIN-J) المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 2000، ص 48.

ومن هذا المنطلق فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة أو الفردية.[1]

إذن من هنا يمكن القول أن هذه الأفكار التي تتمحور حول تقديس الفرد وتكريس المجتمع لخدمته جسدت في ميدان القانون بمبدأ يحكم العقد، وهو مبدأ سلطان الإرادة والذي يحكم العقد من ناحيتين:[2]

الأولى: أن الإرادة لها سلطان ذاتي وهذا يعني أنها وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، وهذه هي القاعدة الرضائية.

الثانية: أن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني.[3]

وعليه يمكن أن نستنتج من ذلك أن حرية الأفراد في ظل مبدأ سلطان الإرادة، هي مصدر ومنبع قوة العلاقات التعاقدية المبرمة بينهم، إذ لا أساس للقوة الملزمة للعقد إلا بالإرادة.

الفرع الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة

لم يكن لمبدأ سلطان الإرادة وجود في القوانين المستمدة من القانون الروماني –باعتباره من أعرق وأقدم الشرائع– إلا بعد تطور طويل، خاصة فيما يتعلق باقتصار التصرف على الإرادة فحسب.

حيث كانت العقود آنذاك تخضع في تكوينها إلى إجراءات ومراسيم وألفاظ يجب أن تتم وفقا لها ومتى تمت هذه الإجراءات تترتب عليها الآثار التي يحددها القانون، فالعقد كان شكليا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه.[4]

لذلك جاءت القاعدة الرومانية "إن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقا ولا يولد دعوى" والسبب في ذلك يرجع إلى تلك المرحلة من مراحل تطور الإنسان، إذ أن الشعوب البدائية كان يصعب عليها إدراك المعنويات ولذلك حاولت تجسيد هذه المعنويات في صور مادية، وإعطائها شكلا ملموسا ومحسوسا.

---

[1]- انظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص36، 37.

[2]- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 49.

[3]- انظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة منقحة ومزيدة، الطبعة الرابعة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2009، ص 44.

[4]- انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 45.

فكان من بين التصرفات الشكلية الناقلة للملكية الإشهاد، وطريقة انعقاده أن يحضر الطرفان خمسة شهود على الأقل وحامل الميزان، ثم يقول مكتسب الملكية صيغة خاصة تفيد اكتسابه للملكية ثم يضرب الميزان بسبيكة نحاسية ثم يسلم هذه السبيكة إلى المتنازل عن الملكية.

ومن النتائج التي كان يفرضها أنه لا أثر لعدم جديته أو نفاذه، ولا مجال لإعمال نظرية عيوب الإرادة.[1]

وباعتبار أن العقد يعيش حياة المجتمع الذي يعيش فيه ويتطور بتطور الأوضاع، فإنه بعد تطور الحضارة واتساع الرقعة الرومانية[2] والتي أدت إلى تطور القانون الروماني، وكنتيجة للتقدم الاجتماعي وتعقد سبل الحياة وتقدم الفكر القانوني، الذي أظهر أن تلك الشكلية أصبحت عقبة أمام ازدهار الحياة المادية وعائقا لسير المعاملات وتبادل الأموال والمنافع[3] عندئذ بدأ التخلص التدريجي والتمييز بين الشكل والإرادة في بعض العقود، حيث أنه إلى جانب العقود الشكلية ظهرت عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسمات، فاقتصر مبدأ سلطان الإرادة على العقود الرضائية، وبالتحديد في أربعة عقود وهي البيع والإجازة والشركة والوكالة، ليظهر فيما بعد في بعض العقود الأخرى عرفت بالعقود البريثورية والعقود الشرعية.

لكن بالرغم من ذلك لم يصل القانون الروماني إلى حد الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة بل ظل العقد الشكلي هو المبدأ العام[4] ونفس الشيء يقال عن القانون الفرنسي القديم، الذي لم يتقبل هو الآخر فكرة مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد دون المراسيم الشكلية، إلا أنه في القرن السادس عشر(16) والذي عاش فيه العالم لوازيل (loisel) وترك القول المأثور" إن الثيران تربط بقرونها والناس بكلامهم" عندئذ بدأ التخلي عن شكلية العقود، ويعود الفضل في ذلك إلى القانون الكنسي والمبادئ الدينية التي قامت على التعاليم المسيحية، والتي توجب الوفاء بالعهد وتعتبر أن عدم الوفاء بالعهد خطيئة دينية، بصرف النظر عن المراسيم الشكلية[5].

ولقد اعتمدت الشريعة الإسلامية مبدأ سلطان الإرادة، ويرجع ذلك إلى أن القوة الملزمة للعقد في الشريعة تستند إلى الوفاء بالعهد الذي أوجبه القرآن الكريم.

---

[1]- محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، من دون سنة، ص86.

[2]- أنظر محفوظ لعشب المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط1992، ص94.

[3]- أنظر إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية (البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد) الطبعة الثانية، دار النهضة العربية مصر، ط1997، ص50.

[4]- أنظر إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص51.

[5]- أنظر إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص51.

ويظهر ذلك في قوله تعالى"... يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود..."[1] .

وقوله تعالى:"...وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا..."[2]

كما جاء في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم:" لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له"[3].

وعليه فإنه لا يمكن إنكار أن ما وصل إليه التشريع الحديث، لا يعدوا عن كونه مبادئ استقر عليها فقهاء الإسلام الذين استنبطوا أحكامها من مصادر التشريع (الكتاب والسنة والقياس). والدليل على ذلك مبدأ حسن النية الذي تقوم عليه العديد من الحلول القضائية والمبادئ القانونية (إنما الأعمال بالنيات، إنما لكل امرئ مانوى)[4] واحترام العهد على مستوى الأفراد أو على مستوى المؤسسات والدول في المعاهدات الدولية (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا)[5].

وفي القرن السابع عشر(17) أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتا ومقررا، حيث وجد الظروف الملائمة لذلك وخاصة ازدهار المذهب الفردي الذي يقيم فلسفته على تكريس سعادة الفرد باعتباره الغاية التي يسخر لها المجتمع كل إمكانياته، فالخير العام ــ حسب هذه الفلسفة ــ يتكون من مجموع الأفراد[6].

إضافة إلى ذلك فإن العوامل السياسية ساعدت بنصيب وافر في ترسيخ دعائم هذا المبدأ، وذلك بسبب بسط سلطة الدولة وتدخلها شيئا فشيئا ف الروابط القانونية للأفراد، وحمايتها للعقود التي تتم بمجرد الاتفاق.

ما يجب الإشارة إليه في هذا هو أن هذه النظريات قد مهدت للثورة الفرنسية فجاء قانون نا بليون مكرسا لمبدأ سلطان الإرادة.

في القرن الثامن عشر (18م) خلص الفقهاء إلى أن إرادة الإنسان هي التي تلزمه وهي التي تحدد مدى التزامه والقانون لا يتدخل في حرية الأفراد، فعند انعقاد العقد تتمتع الإرادة بالحرية التعاقدية –أي الحرية في التعاقد أو الامتناع– وإذا ما تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين إذ لا يصوغ تعديل مضمونه إلا باتفاق الأطراف.[7]

---

[1]- الآية رقم: 01 سورة المائدة.
[2]- الآية رقم: 34 سورة الإسراء.
[3]- أبي زكريا محي الدين يحي بن شرف بن مري النووي، صحيح رياض الصالحين، الطبعة الأولى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط2002، ص42.
[4]- المرجع نفسه، ص19.
[5]- أنظر لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص96.
[6]- أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص42.
[7]- انظر فاضل إدريس، المرجع السابق، ص42، 43.

وهكذا كانت مسيرة مبدأ سلطان الإرادة في تدرج حيث انطلق من عدم الإعتراف به إلى أن وصل إلى أن لإرساء قواعده كمبدأ في مجال العلاقات التعاقدية، ليصبح في الأخير الشريعة العامة التي تؤسس وتبنى عليها العقود.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

تترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج هامة وهي:

1- الالتزامات الإرادية هي الأصل.

2- حرية التعاقد.

3- الحرية في تحديد آثار العقد.

4- العقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الأول: الالتزامات الإرادية هي الأصل.

مفاد هذه النتيجة كأصل عام أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته، وإذا كان من ضرورات وحاجات المجتمع في بعض الأحوال أن تفرض عليه بعض الالتزامات، فإنه ينبغي كإجراء أولي حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، إذ لا يمكن تقرير الالتزامات اللاإرادية إلا في الحالات الاستثنائية لأن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، وبالتالي تكون التزاماته عادلة إذا تمت بإرادته[1].

والواقع أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد تطرفوا في الانتصار له عندما أقاموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة فحسب، بل وصل بهم الأمر إلى نتيجة منافية للعقل والمنطق فحسب رأيهم ليست الإرادة مجالا تنصب فيه حرية التعاقد فحسب، بل هي قوام التصرف القانوني.

هذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الالتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة[2]ولا تقتصر الإرادة على إنشاء العلاقة العقدية

[1]- أنظر محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص46.

[2]- أنظر خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق،ص18.

وتحديد مضمونها وأحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدر للقانون إذ يقول المبدأ الفلسفي:" إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية والإرادة الفردية هي مبدأ العقد"[1].

فالرابطة القانونية تنشأ باتفاق الإرادتين وقوتها الإلزامية هي انعكاس لهذا الاتفاق، وانعقاد العقد يقاس على مقياس الإرادات الفردية التي تجعل المتعاقد منفرد في حلقة قانونية مميزة ومنفصلة عن الآخرين وينشئ داخل هذه الحلقة قانون بواسطة سلوك وحيد وهو الإرادة[2].

والمعنى الصحيح والأدق لمبدأ سلطان الإرادة هو أن إرادة الإنسان يمكن أن تنشئ في مجال التصرف القانوني الحقوق والمراكز القانونية، فالالتزامات التعاقدية لا تنشأ من القانون وإنما من إرادة الأطراف في العقد، والقوة الملزمة للعقد لا تنشأ من القانون وإنما من الإرادة كذلك، وكل ما تفعله السلطة العامة هو تقديم المساعدة للدائن من أجل تنفيذ ما تعهد له به المدين.

إن القائلين بمبدأ سلطان الإرادة يعتبرون أن الأفراد أحرار بحسب طبيعتهم، فالحرية هي الأصل ولا يتقيد الفرد بحسب هذا الأصل ولا يتقيد الفرد بحسب هذا الأصل إلا بإرادته، وهذه الإرادة الفردية هي التي تحقق العدالة، فلا يتصور أن يشكو شخص من الظلم من الالتزام الواقع على عاتقه إذا كان هو الذي ألزم نفسه به، فالفرد هو خير من يعرف مصلحة نفسه ويدافع عنها ولا يتصور أن يعمل ما يضر بنفسه، وإذا كان هناك احتمال لوقوع أضرار منه بمصالح غيره فإن الذي يبعد هذا الاحتمال هو تقابل وتعارض مصالح الطرفين في العقد.

فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه وبذلك يكون هناك توازن في العقد ولا يقع أي ضرر بأي من طرفيه[3].

كما تظهر عدالة العقد في هذا المجال في العلاقات القانونية التي يرتبها العقد، فهي بالضرورة علاقات عادلة متفقة مع القانون الوضعي لأنها متفقة مع الحرية، حيث أن الالتزامات التي تفرض على الشخص دون رضاه هي حتما التزامات ظالمة إذ فيها مساس بحريته واعتداء على حقة[4].

الفرع الثاني: حرية التعاقد.

[1]- أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ط2010، ص49، تهميش رقم: 17.

[2]- p. dauchy. Une conception objective du lien d'obligation. Les apports du structuralisme a la théorie du contrat archives de philosophie du droit, T26, 1981, p270 .

[3]- أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص77-78.

[4]- أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع نفسه، ص80.

ترسخ مبدأ سلطان الإرادة فأصبح قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية، فجميع الالتزامات والنظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وهذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للالتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له[1] .

بناء على ذلك فإن إرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل خاص وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد، فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها [2](Le non vouloir) وهذا هو المظهر السلبي ونلتمس ذلك مثلا في الشرط الذي يدرجه الأفراد في العقود والمخالصات تحت كل التحفظات (sous toutes reserves).

أي أن الفرد لا يريد أن يتعرض لنتائج ضارة به لم ينصرف قصده عند التعاقد إليها[3].

وغني عن البيان أن العقد هو المصدر الرئيسي لكل التزام، وذلك واضح فيما يتعلق بالالتزامات التي تنشأ من العقود المبرمة بين الأفراد، لكن هناك التزامات أخرى مصدرها القانون والتي قد تنشأ بطريق مباشر كالتزامات الجوار مثلا، أو بطريق غير مباشر كما في تقرير المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية، وحتى هذه الالتزامات يمكن اعتبار العقد هو المصدر الأصلي لها، لأن القانون الذي فرضها ما هو في الحقيقة إلا من عمل الإرادة الجماعية، وأساس العلاقات في هذا المجتمع هو العقد الاجتماعي(contrat social)والذي نادى به الفقيه جون جاك روسو (John jack reusseu) في كتابه الذي يحمل نفس هذا الاسم.

فأساس الملكية هي حرية الأفراد وحقوق الأسرة تنشأ عن عقد الزواج بل أن الميراث نفسه ما هو إلا وصية مفترضة، والعقوبات الجزائية مبررها أن المجرم قد ارتضى مقدما أن ينال جزاء ما اقترف، وبناء على ذلك يمكن القول أن الأفراد هم الذين أرادوا هذه القوانين وما ينشأ عنها من التزامات أو عقوبات، فالإرادة تعلو عن القانون نفسه ولا يظهر القانون إلا حيث تتخلى له الإرادة عن موضع أو حيث يتعلق الأمر بالنظام العام والآداب العامة[4] .

[1]– أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص80.
[2]- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص46.
[3]- أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص83.
[4]- أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص80.

إذن فإرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام[1] والحالات التي تتعلق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة خاصة أين يمكن المساس بحريات الآخرين.

والإرادة التي يعتد بها في هذا المجال هي الإرادة التي اتجهت اتجاها صحيحا وسليما نحو غايتها- أي الإرادة التي لم تكن مشوبة بعيب من العيوب – فالإرادة المكرهة أو التي يشوبها غلط أو المدلس عليها لا تنشئ عقدا صحيحا، ويكون لصاحبها أن يتمسك بالعيب ويبطل العقد[2].

الفرع الثالث: الحرية في تحديد آثار العقد.

عندما يدخل طرفان في رابطة عقدية فإنه يكون لهما مطلق الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الالتزام به فالفرد حر في أن يتعاقد وفقا لم يريد وبالشروط التي يرتضيها[3] .

والعقد لا تنصرف آثاره إلا للمتعاقدين، فالحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد تلحق بالمتعاقدين دون غيرهما، وهذا المبدأ له قوته الفلسفية حيث أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة وبالتالي فإن العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا بالمتعاقدين[4].

وإذا كانت الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة من العقود فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، وللإرادة مطلق الحرية في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى فلذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسمات أحكاما مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتفق أطراف العقد على خلافها، وإن كانت هناك قواعد آمرة في هذه العقود فهي قليلة[5].

الفرع الرابع: العقد شريعة المتعاقدين.

والمقصود بذلك أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، ولذلك فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه [6].

---

[1]- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص46.
[2]- أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع نفسه، ص89.
[3]- أنظر على فيلا لي، المرجع السابق، ط2010، ص51.
[4]- أنظر على فيلا لي، المرجع نفسه، ص51.
[5]- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص47.
[6]- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص47.

ومن هذا نستخلص أن العقد هو بمثابة القانون المصغر بين الأطراف ولذلك يعبرون عن هذه الحقيقة بأن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد ملزم تماما كالقانون بل هو من نفس طبيعة القانون لأن القانون عقد كبير يبرمه كل الأفراد في المجتمع، وتوجد إلى جانبه عقود صغيرة في ما بين الأفراد ولذلك لا ينبغي أن يقال أن العقد لا ينعقد إلا بإذن من المشروع لأن المشرع لم يصبح سلطة عامة إلا نتيجة للعقد الذي تم بين الأفراد وهو العقد الاجتماعي.

ويترتب على ذلك أن الأفراد المتعاقدون يرتبطون بعقدهم ولا يستطيعون الامتناع عن تنفيذه إلا في حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وإذا امتنعوا أجبروا على التنفيذ بواسطة السلطة العامة.

كما لا يمكن إجراء أي تعديل فيه إلا باتفاق جديد بين الأطراف وهذا الاتفاق ليس انتهاكا لمبدأ سلطان الإرادة، بل العكس هو إعلان لانتصار جديد لهذا المبدأ.

ويتسع نطاق القوة الملزمة للعقد حتى أنه يكون حائلا دون تدخل القاضي الذي يطرح النزاع أمامه، إذ لا يصوغ له أن يحيد عن إرادة الأطراف إذا كانت واضحة بحجة تفسير العقد أو أنها تجافي العدالة، ولا يستطيع أن يعدل من آثار العقد ولا أن يستند إلى تغير الظروف عما كانت عليه عند التعاقد كتغير الأسعار مثلا ليعدل هذه الآثار[1].

وكما يلزم العقد أطرافه والقاضي فهو ملزم للمشرع هو الآخر، إذ لا يستطيع المشرع أن يلغي شروطا من أي عقد ولا أن يضيفها إليه إذا لم يردها أطراف العقد ولا يمس صدور القانون الجديد بالعقود التي أبرمت قبله في ظل قانون سابق، ولا بالآثار التي تمت في ظل قانون سابق.

بل وأن العقد حتى في ظل القانون الجديد يظل منتجا لآثاره كما كان ينتجها في ظل القانون السابق، فالأفراد في نطاق عقدهم هم المشرعون ولكن على هذا المشرع الصغير أن يستمتع بحريته في تنظيم علاقاته الخاصة مع الآخرين، دون أن يمس بذلك حرية الآخرين، أو بعبارة أخرى لا يمكن أن يمس العقد بغير أطرافه سواء بترتيب التزامات عليهم أو بإنشاء حقوق لهم.

إذن فالعدالة لا تنشأ من العقد وإنما العقد يتمتع بقرينة بسيطة وهو أنه يلحق به العدل، وهذه القرينة قد تنهدم أمام ما تظهره الحقائق، وهذا صحيح لأن الحرية والمساواة المدعاة بين المتعاقدين هي مساواة إسمية تخفي وراءها عدم مساواة حقيقية، فغالبا ما يتوصل المرء إلى أن الالتزامات لا يتم التراضي عليها بحرية وإنما هي مفروضة من قبل الأكثر قوة على الأكثر ضعفا وعليه فإن الإرادة الحرة لا تحقق دائما

[1]- أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص82-83.

العدالة العقدية وبالتالي ينبغي علينا استبدال عبارة " هذا يعتبر عادلا لأنه أراده الأطراف" بعبارة " هذا ما يجب أن تتجه إليه الإرادة لأنه يعتبر عادلا"[1].

المبحث الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة وتقييده.

في أواخر القرن التاسع عشر(19) وبداية القرن العشرين(20) أصبح مبدأ سلطان الإرادة يعاني من القيود، منها من يمتد إلى أساسه فاهتز بشدة وأدت هذه الهزة إلى ما كاد أن يؤدي به[2] بسبب ما نتج عنه من إفراط في تمجيد الإرادة واستخفافه بالعقل والمنطق[3].

كما أن التطور الحاصل في المجتمع في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية والفكرية أظهر نقائض المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد[4].

هذه العوامل كثيرا ما قلصت من المبادئ التي وضعتها النظرية التقليدية، الأمر الذي دفع أصحاب المذهب الفردي للتنديد بالأزمة التي لحقت العقد في تصوره ومبادئه[5] .

فظهر المذهب الاجتماعي الذي جاء بفلسفة جديدة تسمح بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية، حماية للطرف الضعيف في مواجهة الطرف الأقوى[6].

المطلب الأول: أهم المبررات التي ساعدت في انتكاس مبدأ سلطان الإدارة.

إن أهم المبررات التي ساعدت في انتكاس مبدأ سلطان الإرادة هي: بروز المذهب الاجتماعي وتطور الفقه والقانون المقارن وسوف نقوم بعرض ذلك في فرعين أساسين.

---

[1]- أنظر آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص396.
[2]- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص47.
[3]- أنظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني، العقد الإرادة المنفردة لطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط2004، ص43.
[4]- أنظر علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، طبعة 2010، ص51.
[5]- أنظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص53.
[6]- علي فيلالي، المرجع نفسه ، ص41.

الفرع الأول: ظهور المذهب الاجتماعي.

لقد جاء المذهب الاجتماعي ـ كما سبق الإشارة إليه ـ بفلسفة جديدة يقوم على أساسها العقد والمبنية على الجانب الاجتماعي والاقتصادي.

إذ يرى أنصاره أنه من الواجب إقامة عدالة جديدة بين أفراد المجتمع، وذلك باقتراح تصور جديد للعلاقة الأساسية التي تربط الفرد بالمجتمع والتي تقوم على مبادئ جديدة[1]، حيث تسمح بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية دون الإعلان عن نهاية مبدأ سلطان الإرادة وإنما الحد من الإعمال المطلق له، وحماية الفرد على حساب المجتمع وهذا ما أسماه أنصار المذهب الفردي بالأزمة التي لحقت العقد [2]، إضافة إلى خضوع الإرادة للنظام العام وتطور وظيفة الدولة.

أولا: سيادة المذهب الاجتماعي:

والذي يقيم فلسفته على الجانب الاقتصادي والاجتماعي للعلاقة العقدية وليس على إرادة أطرافها فقط، الأمر الذي أدى إلى ظهور أزمة جديدة للعقد، حيث ساد الفقه الفرنسي نقاشا واسعا حول القوة الملزمة للعقد إما بتأكيده أو برفضه متمثلا في ثلاثة اتجاهات وهي:

أ– الاتجاه الراديكالي: ومن أكبر رواده الفقيه روهات (rouhette) حيث يقول: "... العقد ليس باتفاق إرادتين،...القوة الملزمة لم تؤسس عند محرري التقنين على احترام الإرادة ولكن على الضرورة الاجتماعية، استقرار التعهدات التعاقدية ...وإعمالا لسنة التطور الحاصل في العالم منذ سنة 1804م فقد اندثرت الفردانية ولم تعد الإرادة ملزمة إلا لأنها تحت سلطة القانون[3].

فلو تصفحنا هذا القول بتمعن نجده يتجاهل مبدأ القوة الملزمة للعقد ويقصي وجوده.

ب ـ الاتجاه الثاني: يسميه الفقيه "فرانسوا جيني"(francoisgeny)حرية البحث العلمي إذ يؤكد على المبدأ بقوله "...علينا الإبقاء على المبدأ مع ملاحظتنا أن قوة الإرادة ليست مطلقة، إنها تصطدم بحقائق خارجة عنها وبضرورات التنظيم الاجتماعي، وما يلاحظ أن هذا الرأي أكثر اعتدالا من الأول.

ج ـ وهناك اتجاه ثالث ينتقد الأساس الفردي لقوة العقد بتأكيده على "...احترام القوة الملزمة للعقد قد ينتج عنه اللاعدل والقوة الملزمة يجب أن تكون محدودة بفكرة التضامن التعاقدي أو بالنظرية الاجتماعية

[1]- المرجع السابق، طبعة2010م، ص53.
[2]- أنظر علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، طبعة 2001، المرجع السابق، ص41.
[3] - Malaurie ph. Aynes , et stoffelMUNK , droit civil des obligation defrenois, paris 02 edition, 2005, p375.

للعقد..."إن الرفض المعاصر لهذه النظرية هو مصدر الأزمة الجديدة للعقد، وتطبيق هذه النظرية يتطلب تدخل قضائيا ومركزا[1].

ومنه يمكن القول أن تقديس حرية التعاقد هي التي أفرضت هذه الأزمة، وإن كان لا بد من ترجيح بعض الآراء فإنه ينصب على الرأي الثاني والثالث لإعتدالهما في طرح المبررات التي تجعل من مبدأ القوة الملزمة للعقد محدودا وغير مطلق، وذلك بإعطاء المشرع والقاضي سلطة التدخل للموازنة بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية للرابطة العقدية.

ثانيا: محدودية الإرادة وخضوعها للنظام العام.[2]

بظهور وازدهار المذهب الاجتماعي إنتكس المذهب الفردي وتقيدت الحرية العقدية وفق ما تستلزمه مقتضيات النظام العام والآداب العامة[3].

وهناك توافق على الاعتراف بأنه يجب أن يتمكن المشرع والقاضي من تأمين تطابق العقد مع المصلحة العامة والنظام العام أو الخير العام لأن المصلحة العامة أسمى من الحرية[4].

ولقد تطور النظام التعاقدي إلى أن اتصف بالحماية حيث أنه أداة لحماية مصالح المتعاقد في مواجهة الطرف الآخر، في عقد من شأنه أن يفرض عند انعقاده شروط تنعدم فيها حرية التفاوض بين الأطراف، فالنظام العام يفرض عند تكوين العقد ويخضعه إلى شروط موضوعية وشكلية إلزامية يقررها القانون، وإن عدم مراعاة هذه الشروط يؤدي حتما إلى البطلان.

والأرضية المثلى لهذه الحماية العقدية تكون في عقد الإذعان الذي يفسر ويقرر بإرادة أحد المتعاقدين، في حين يقف الطرف الآخر جامدا ويقتصر دوره في قبول العقد دفعة واحدة، وذلك بالإمتثال لما يقرره ويفرضه المتعاقد الأول وإن كل تفاوض من أجل التنازل عن الشروط مستبعد[5].

ثالثا: تطور وظيفة الدولة.

أصبحت الدولة تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه من جهة، وتتكفل بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا من جهة أخرى، ولقد تأثرت نظرية العقد بهذه المهام الجديدة للدولة،

[1] - Malaurie ph, aynes l, et stoffel, munk ph, op, cit p359.
[2]- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد المرجع السابق، طبعة 2001، ص208-209.
[3]- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ط2009، ص107.
[4]- أنظر جاك غيستان، المرجع السابق، ص130.
[5]- christian l'arroumet, droit civil, les obligations, le contrat tonm3… 4eme édition p101.

فاهتمام الدولة بالميدان الاقتصادي عن طريق تسييره وتوجيهه جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية، والتي يباشرها الأفراد وذلك بتنفيذ إرادتهم من عدة جوانب، وعبر الفقه عن هذه الظاهرة بتعميم العقد(publicisation du contrat) ، أي أن العقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة، بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه.

وقد يحل القانون ولو جزئيا محل إرادة الطرفين في تكوين العقد وتحديد مضمونه وقد يستغني المشرع في بعض الأحيان عن فكرة العقد تماما، ومن ناحية أخرى لم يبق العقد قاصرا على التعامل بين أشخاص القانون الخاص باعتبار المساواة والعدل التبادلي اللذان تقوم عليهما علاقاتهم المختلفة، بل أصبح أيضا وسيلة يتعامل بها أشخاص القانون العام في مختلف تعاملاتهم، ويرجع ذلك إلى محاسن هذه التقنية في تحقيق المصلحة العامة.

وأما تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا قد جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعته الجماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم يهم المجتمع، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية وأداة لتحقيق النفع العام وعبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بجمعية العقد (du contrat socialisation)[1].

إن هذا التطور في وظيفة الدولة ليس معناه القضاء على مبدأ سلطان الإرادة، بل هو تحول من مبدأ حرية الإرادة الفردية إلى مبدأ سلطان الإرادة الجماعية[2]، وفي هذا يقول الفقيه جوسران (Josserand): "إن العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد اتفاقا منعقدا في ظل الحرية التعاقدية ومجزء بفعل الإرادة المتساوية الحرة، وأصبح موجها سواء من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى".[3]

الفرع الثاني: تطور الفقه والقانون المقارن للعقود

كنتيجة للتطورات الحديثة في الحياة الحديثة العملية والقانونية سواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي، أو على مستوى العلاقات القانونية والتعاقدية الواسعة، وبعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام نمو ورقي التضامن والعدالة الاجتماعية، وعدم قدرة المبادئ الكلاسيكية المنظمة للعلاقات التعاقدية على

[1]- انظر علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، طبعة 2010، ص 53.
[2]- انظر محفوظ لعشب، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط 1990 ص 174.
[3]-انظر في ذلك عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2006، ص 115.

مواكبة هذه التطورات والمواقف التي أنتجها الواقع، وتطور القانون أفرز أفكار ومبادئ جديدة جاءت لتجدد وتكيف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولتسبغ انطلاقة عصرية للمفهوم التعاقدي[1] وفق المعطيات الجديدة التي جاء بها الفقه، وتتمثل في نظريتين هامتين وهما نظرية النفع والعدل في الفقه اللاتيني ونظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي.

أولا: نظرية النفع والعدل في الفقه اللاتيني

يقول الفقيه جاك غيستان (Ghestin.J) أن تراجع مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لما لقيه من انتقادات أفرز بدائل جديدة تقوم مقامه وهذه البدائل هي النفع والعدل، ومؤدى هذا الكلام أن العقد يتمتع بالقوة الإلزامية إلا إذا كان مقيدا.

وبالحديث عن النفع فإن المنفعة نوعان:

إحداهما خاصة تعود على الشخص بعينه وأخرى تعود على المجتمع[2]، والقانون الوضعي لا يعترف إلا بالمنفعة العامة، لذلك تتدخل النصوص الآمرة لفرض النظام العام وإخضاع العقد لمقايضته، كما هو الشأن في إلغاء الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك لأن ذلك يمثل إساءة المهني لاستخدامه قوته الاقتصادية، وعليه أصبح ممكنا قبول مشروعية تبعية العقد للمصلحة العامة.[3]

ويضيف الأستاذ غيستان (Ghestin.J) أن العقد أداة مهمة ومفضلة لدى الأفراد للتبادل وتحقيق المنفعة الاقتصادية المبنية على الإئتمان والتبصر والتوقع، وهو ما يتناسب مع توجه الاقتصاد الحر المعاصر الذي يأخذ منحى خاص في الحضارة الغربية.[4]

ويقول الفقيه جونو (Gounot) ... يشعر الناس بالحاجة إلى إدراك المستقبل في عمل توقعي ... والحصول مقابل خدمات آنية على منافع مستقبلية، أو مقابل منافع مستقبلية للخدمات الحالية[5]، أما عن العدل فإن العقد لا يكون ملزم إلا لكونه يحقق التوازن والعدالة، التي تقتضي إعادة التوازن بين الإلتزامات والتعهدات بواسطة العدالة التجميعية أو التصحيحية.

ثانيا: نظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي

[1]- انظر جاك غيستان (GHESTIN.J)، المرجع السابق، ص 188.
[2]- انظر في ذلك جاك غيستان، المرجع السابق، ص 231، 232
[3]- انظر عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 35.
[4]- انظر عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع نفسه، ص 37.
[5]- انظر في ذلك جاك غيستان، المرجع نفسه، ص 252.

تقوم هذه النظرية على فكرة موضوعية جديدة وهي الثقة والتوقع المعقول والمشروع للدائن في الالتزام.[1]

أي أن العقد عمل منطقي بين الدائن والمدين تلتقي فيه العناصر الشخصية التي هي الإرادة والرضا، والعناصر الموضوعية التي هي قواعد التوازن والمنطق، والمنطق في تنفيذ العقد يتطلب التنفيذ بحسن نية، وتلك هي المعقولية والمشروعية المطلوبة التي تقابل مشروعية السبب والمعقولية أثناء مرحلة التكوين تتطلب أن يتدخل القاضي غالبا أو المحكم أو لجان الشروط التعسفية ولجان حماية المستهلك للنظر في توقعات المتعاقد، ومدى معقوليتها ومنطقيتها من عدمه لتصحيح عدم التوازن بين الأداءات التعاقدية، إذا كان هذا الاختلال يتعارض مع ما يقتضيه المنطق والعقل من تناسب وعدالة.

ففي مجال القانون الخاص نجد أن العقود الاستهلاكية لم تعد تطبق عليها القواعد العامة المتعلقة بعقود البيع المؤسسة على الإرادة، بل اكتسحتها قواعد خاصة تحدد حقوق والتزامات الأطراف لحماية المستهلك، والسبب في ذلك يعود إلى فكرة موضوعية جديدة وهي التوقع المشروع للمستهلك.[2]

ولقد كانت القوانين الغربية سباقة إلى تبني هذه المرونة في مختلف أحكامها، خاصة القانون الفرنسي وذلك من خلال المواد (من 1386 مكرر 1 إلى المادة 1386 مكرر 18) من القانون المدني حيث خصص 18 مادة لتنظيم مسؤولية المنتج في مجال حماية المستهلك.

كما أن القانون المصري كرس ولو جزئيا نظرية النفع والعدل بإسباغ المرونة على مبدأ سلطان الإرادة، ولقد قال الأستاذ السنهوري في هذا السياق: "... وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفا معتدلا فلا هو انتقص منه إلى حد جعله يفنى في سلطان المشرع وسلطان القاضي، إذا لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وتحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة ومقتضيات العدالة".[3]

أما المشرع الجزائري فقد تأثر هو الآخر بهذا التطور وذلك من خلال اتساع مجال العلاقة العقدية بين المتعاقدين، فبعد أن كانت العلاقة العقدية في الفكر التقليدي لا تتعدى أطراف العقد، وأن الالتزامات الناشئة عن العقد هي التي تلزم الجانبين دون سواها، فإن القضاء الجزائري سعيا منه لتوفير الحماية الأمثل للطرف الضعيف فقد حد من تطبيق مبدأ الأثر النسبي للعقد، الذي لا يجيز للمتعاقد الرجوع إلا

[1]- انظر عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 37.
[2]- انظر عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع نفسه، ص 42.
[3]- انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ط 2004، ص 70.

على الطرف المتعاقد معه حيث أصبح مقرر لصالح الضحية دعوى مباشرة ضد المنتج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.[1]

ولقد اعتمد المشرع هذه الاجتهادات القضائية في إحداث وإصدار تشريعات خاصة لصالح الضحايا، منها ما يتعلق بحماية المستهلك[2]، ويظهر ذلك من خلال المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، حيث تعتبر هذه المادة من بين ما استحدثه المشرع مؤخرا في القانون المدني حيث أضيفت بموجب القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.[3]

إضافة إلى هذا فقد رتب القضاء إلتزامات عدة على عاتق البائع منها الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالإفضاء والالتزام بالتحرير والالتزام بالتحرير والالتزام بالسلامة ... الخ حيث اعتبرها القضاء من بين الالتزامات المتعلقة بطبيعة العقد[4]، وهذا ما سنراه في وقته.

المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة

إن التطورات التي طرأت لا حقا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية –كما سبق التطرق له– وبروز الفكر الاشتراكي، الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل في نطاق العلاقات التعاقدية من شريعة العقد، وذلك بقصد إقامة التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية، مثل طائفة المستأجرين والعاملين ... الخ ومحاربة الاستغلال والغبن في العقود[5]، وبناء على هذا المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكم العقد[6] منها:

الفرع الأول: القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد

إذا كان منطق سلطان الإرادة يقضي حرية الفرد في التعاقد وعدم التعاقد، فإنه وردت قيود على هذه النتيجة.[7]

---

[1]- انظر علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، ط 2007، ص 272، 273.

[2]- انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 268.

[3]- م 140 مكرر (ق. م. ج) تنص على "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

[4]- انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 267.

[5]- انظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 120.

[6]- انظر علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 54.

[7]- انظر محمد سعدي صبري، المرجع السابق، ص 47.

فعلى نطاق إنعقاد العقد يتجه كل من الفقه والقضاء إلى تقييد الحرية التعاقدية أكثر فأكثر وفي سبيل تحقيق هذه الغاية لجأ إلى طريقتين.

الأولى تتلخص في إعطاء معنى واسع لفكرة النظام العام أو الآداب العامة، وهذا أمر وارد بطبيعة الحال حيث أن هذين الفكرتين تتسمان بالمرونة إذ أن القانون لم يضع تعريفا جامدا لهما.

الثانية تتلخص أن كل من الفقه والقضاء يتجهان –على عكس ما هو مستقر تقليديا– إلى تطبيق فكرتي النظام العام والآداب العامة.[1]

فحرية التعاقد تجد قيدا أخطر في النظام العام والآداب العامة، فإذا ما أبرم عقد يخالف النظام العام والآداب في المجتمع فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذا القيد موجود منذ زمن بعيد ونص عليه في المادة السادسة من المجموعة المدنية الفرنسية.

ولما كانت فكرة النظام العام نسبية ومتطورة فإننا نجد في الوقت الحاضر توسعا كبيرا في نطاقها خاصة كلما ساد الاتجاه الإشتراكي في الدولة يزداد النظام العام اتساعا.[2]

إذ أنه من المقرر قانونا أنه إذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

وهذا ما حكمت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1987/01/26 ملف رقم 44571 ... لما كان من الثابت في قضية الحال أن أساس دعوى الطاعنة يتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أي قرابة سواء منها النسب أو المصاهرة تربطها بأبوي البنت، فإن قضاة الموضوع بقضائهم إرجاع البنت إلى والديها طبقوا صحيح القانون.[3]

والقرار المؤرخ في 12–03–1997 ملف رقم: 144108 والذي جاء كما يلي: " ... حيث مما لا شك فيه أن التعامل في الجزائر بين جزائريين بالعملة الصعبة خارج الإطار الرسمي الجاري العمل به طبقا للقوانين السارية في مجال النظام النقدي قد يكون مخالفا لتلك القوانين وبالتالي فهو يمس النظام العام، حيث أن العقود التي يكون محلها مخالفا للنظام العام تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، وعليه فالوجه المثار غير سديد ويترتب على ذلك رفض الطعن.

---

[1]- انظر نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 42.
[2]- انظر محمد سعدي صبري، المرجع نفسه، ص 48.
[3]- انظر المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الرابع، ص 49.

كما أن حرية عدم التعاقد قد قيدت هي الأخرى فظهرت صور للعقود الجبرية التي يجبر الشخص على إبرامها، فقد يلزم الشخص بإبرام عقد معين تحت طائلة عقوبات مدنية أو جزائية، كما هو الوضع في التأمينات طبقا للمادة الأولى من الأمر 74-15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، وقد يجبر الشخص على التعاقد مع شخص معين كما هو الأمر في حالة الإحتكار بالنسبة للمحتكر.

وقد يحرم الشخص من بعض العقود كما هو الحال في احتكار الدولة للتجارة الخارجية(سابقا)، وهذه القيود تتعلق بالحرية الأولية (الأساسية) أي حرية إبرام العقد أو الإمتناع.

أما القيود الواردة على الحرية الثانوية تتمثل في ثلاث مجالات رئيسية هي: فرض المتعاقد معه (بالنسبة للمستهلك في حالة الإحتكار)، فرض شكل معين للعقد (العقود الشكلية)، تنظيم مضمون العقد (عقد العمل)[1].

الفرع الثاني: تقييد حرية تحديد آثار العقد.

لقد كان من بين تأثير الأفكار الإشتراكية أن قامت القوانين بتحديد آثار بعض العقود بقواعد آمرة، ومن أهمها عقد العمل الذي حددت فيه التزامات وحقوق كل طرف وهو العامل ورب العمل تحديدا يكاد أن يكون شبه كامل، حيث نصت المواد 05و 06 من الباب الأول من مدونة العمل على حقوق العامل وفي المادة السابعة على واجباته.

كما نصت في المادة 15 إلى المادة 21 على شروط التوظيف وكيفياته، ونظم من خلال المواد من 27 إلى 29 المدة القانونية للعمل...إلخ، كل ذلك سعيا من المشرع لتوحيد النظام التعاقدي في مجال عقد العمل، بشكل لا يدع مجالا للشك أو التأويل[2] .

ونجد كذلك في عقد الإيجار أنه قد تضمنت القوانين علاقة المؤجر بالمستأجر حيث أن القانون المدني يعتبر عقد الإيجار عقد شكليا بعدما كان رضائيا، فبدأ المشرع بموجب المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في01 مارس1993 المتضمن النشاط العقاري في مادته 01/21 منه بالنص على أن تتجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى.

[1]- أنظر علي فيلالي، الالتزامات النظرية العمة للعقد، المرجع السابق، ص54، تهميش رقم: 30.
[2]- أنظر محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص48.

وأتبع المشرع هذا المرسوم بالمرسوم التنفيذي رقم94-96 المؤرخ في 19 مارس 1994 صادق من خلالها على النموذج الذي يجب أن يكتب وفقه عقد الإيجار.

ورتب في المادة 01/21 منه على معاقبة المؤجر إذا خالف هذا الحكم طبقا للأحكام التشريعية السارية مع بقاء عقد الإيجار ساري المفعول لمدة سنة من تاريخ معاينة المخالفة شرط أن يحوز المستأجر على وصل يثبت العلاقة [1].

وإنه من المقرر قانونا أن كل بيع إختياري أو وعد بالبيع، أو بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا.

وأنه من المقرر أيضا زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها لشكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحري العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها في شكل رسمي.

ومن المقرر أيضا أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة الإستئناف لما إعتبروا العقد العرفي المتضمن بيع قاعدة تجارية، عقدا صحيحا مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن ويترتب عليه التزامات شخصية متمثلة في إتمام إجراءات البيع، يكونوا بقضائهم هذا قد خرقوا القانون الذي يعتبر الشكل الرسمي في بيع قاعدة تجارية شرطا ضروريا لصحة البيع، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا كونه يمس بالنظام العام ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار[2].

وفيما يتعلق بأن العقد شريعة المتعاقدين فقد أجازت القوانين الحديثة تدخل المحاكم في كثير من الحالات لتعديل بنود العقد ومراجعة شروطه، إذ أصبح أمرا مألوفا وذلك قصد تحقيق هدفين أساسين هما:

أ ـ تجنب عدم العدالة والتي تنشأ من المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد .

ب ـ كما أن تعديل العقد قد يقصد به تحقيق المصلحة العامة .

[1]- أنظر هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، ط2010، ص14.

[2]- قرار مؤرخ في 18-02-1997 ملف رقم136456 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول، ص10.

وهذا ما جسده المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال المادة 03/107 حيث يخول للقاضي سلطة إعادة النظر في التزامات إحداهما مرهقة وهي نظرية الظروف الطائرة، والمادة 110 من نفس القانون تخول للقاضي تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

الفرع الثالث: إتساع نطاق الالتزامات اللاإرادية.

في الأصل العام أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد، أي أنهم أحرار في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد[1] .

ولكن كثيرا ما يغفل الأطراف بعض العناصر الأساسية في عقودهم فيكون العقد ناقصا، وطبقا لنظرية سلطان الإرادة لا أثر لهذا العقد الناقص لأنه لا يمكن تكملة هذا النقص بغير إرادة الأطراف، فإذا أغفل في عقد عمل تحديد أجر العامل فإن هذا العقد لا أثر له في نظر مبدأ سلطان الإرادة، بينما يلجأ القضاة في هذه الحالات إلى البحث عن الشروط المتعامل بها وإلى العادات الاجتماعية ، وذلك ليجعل لإرادة الأطراف قيمة بدلا من إهدارها نهائيا، وواضح أن هذه العناصر التي يبحث عنها القضاء هي غريبة تماما عن إرادة المتعاقدين[2]وهذا ما يفرضه المبدأ الذي يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية[3].

وهذا ما قررته المادة 107 فقره 01 /02 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على:

" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب لا يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وهذا ما سنتوسع فيه جيدا في الفصل الأول.

وعلاوة على ذلك هناك التزامات لا إرادية تنشأ عن مصادر غير تعاقدية يجب الإشارة إليها، ومن ذلك الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار.

والتزامات يفرضها القانون، إذ تطور نظام المسؤولية التقصيرية نتيجة لظهور للثورة الصناعية وانتشار إستخدام الآلات الخطيرة في المجتمعات الحديثة فبعد أن كان الالتزام بالتعويض عن الضرر

[1]- أنظر نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص48.
[2]- أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص91.
[3]- أنظر علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط2010، ص364.

مبني على أساس إثبات الخطأ، فقد زادت حالات الأخير والذي أصبح مقرر دون حاجة إلى ثبوت خطأ من جانب المسؤول[1] .

في نهاية هذا الفصل يمكن القول أن مبالغة أنصار مبدأ سلطان الإرادة في تأييده، ومناداتهم بالإرادة أساسا لجميع أنواع الحقوق والنظم القانونية، أدى إلى مبالغة المعارضين له في الحط من شأنه لدرجة إنكارهم أن تكون الإرادة أساس لأي حق أو نظام.

والحقيقة أن مجال الإرادة يتوسط هذين الطرفين وهذا ما نادى به المعتدلون الذين انتصروا للمبدأ لكتهم وقفوا به عند الحدود المعقولة[2]، فلا هم انتقصوا منه إلى حد جعله يفنى في سلطان المشرع وسلطان القاضي، ولا هم تركوه يطغى فيستبد في إنشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دون نظر في إلى المصلحة العامة ولمقتضيات العدالة[3] .

فالإعتدال يقضي بأن لا يكون للإرادة سلطان في نطاق القانون العام باعتبار قواعده تتصل بالمصلحة العامة فقط، أما في نطاق القانون الخاص فدور الإرادة محدود في قضايا الأحوال الشخصية[4] فإذا كان له دور كبير في تكوين عقد الزواج إلا أن هذا السلطان يخبو في نطاق تحديد الآثار القانونية التي تترتب على هذا العقد، ويستقل القانون بذلك ابتغاء حماية المصلحة العامة[5].

أما بالنسبة للمعاملات المالية فللإرادة دورها الهام وإن كانت في الحقوق العينية أقل منها شأنا في الحقوق الشخصية، لأن الحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر، أما في الحقوق الشخصية فالإرادة هي قوام التصرف القانوني وإن كان يقوم بجانبها مصادر أخرى غير إرادية كالعمل الغير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون[6].

ومن حيث القيود الشكلية نشير إلى تلك المتعلقة بالعقود ذات الشكل الرسمي وبقواعد الإثبات وبالعقود النموذجية، فالعقود ذات الشكل الرسمي يتطلب إنشاؤها تدخل مأمور رسمي تكون مهمته تنظيم تلك العقود وكتابتها وتسجيلها في سجل خاص، ومن هذه العقود العينية وكل ما يتعلق بإنشائها أو نقلها أو إعلانها وتعديلها وإبطالها، فإن هذه الأعمال لا تكون تامة جميعها حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ

---

[1]- أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص49.
[2]- أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص55.
[3]- أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص70.
[4]- أنظر إلياس ناصيف، المرجع نفسه، ص55.
[5]- أنظر خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، لطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، ط2005، ص19.
[6]- أنظر إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص56.

تسجيلها وفقا للأصول المقررة في السجل العقاري، ومن بين هذه العقود: الوعد بالهبة، عقد الضمان، عقود إيجار العقارات وعقد الشركة والوكالة.

إضافة إلى ذلك قد وضع القانون أصول خاصة لبعض قواعد الإثبات كعدم قبول البينة الشخصية في إثبات الدعاوى التي تزيد قيمتها عن مبلغ معين.

أما العقود النموذجية كعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابات العمال وأرباب العمل ويسري على جميع أشخاص المهنة حتى الذين لم يشتركوا فيه، تختص هذه العقود بأن أحكامها تمثل رأي الأغلبية من أصحاب المصلحة المشتركة تسري على الأقلية التي لم توافق عليه.

وتتقيد الإرادة كذلك في مجال الالتزامات التعاقدية بالقيود الناتجة عن فكرة النظام العام والآداب العامة، فأي اتفاق يخالف النظام العام والآداب العامة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا[1]، كما قيد من سلطان الإرادة عند تكوين العقد حيث وسع من نطاق الغبن وحوله من نظرية مادية إلى نظرية ذاتية، وعند تنفيذ العقد فجعل نظرية الحوادث والظروف الطارئة سبب لتدخل القاضي في تعديل الالتزام[2].

وخلاصة القول أن مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ حرية التعاقد في إنشاء التصرف وتحديد آثاره مازال يمثل القاعدة الأساسية في التعاقد، وإن كانت ترد على هذه القاعدة قيود تزايدت في الوقت الحاضر عما كانت عليه في الماضي بسبب تطور الأفكار والنظريات الاجتماعية وضرورة حماية الطرف الضعيف في التعاقد.

[1]- أنظر خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ط2005، ص19.
[2]- أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ط2004، ص70-71.

الفصل الثاني:

المجالات التشريعية و التنظيمية المقيدة لمبدأ سلطان الإرادة

المبحث الأول: االحد من االحرية االتعاقدية

يرتكز الالتزام العقدي على الإرادة بمعنى أن الإرادة التي ساهمت في إبرام العقد هي أساس توليد الالتزام في حقه، وهي مناط تحديد مداه.

إلا أن هذا لم يعد في القانون الحديث حيث تقلصت الحرية العقدية نتيجة لسيادة المذاهب الاجتماعية، فصار بذلك المشرع يتدخل في تصرفات الأفراد (المطلب الأول).

وهو يظهر في تطبيقات عدة، إذ يوجب القانون تقيد الإرادة في بعض الأحوال كوجوب إفراغها في شكل معين، كما لم تعد حرية التعاقد مبدأ مطلقا حيث ورد عليها قيد آخر هو النظام العام والآداب العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقييد الإرادة بما فرضه المشرع.

لم تعد تتفق حرية الإرادة في القانون الحديث مع ما نجم عن التطورات الاقتصادية والصناعية والاجتماعية، وما نتج عنها من مبادئ وقواعد.

ونستعرض التدخل في إرادة الأطراف والحد من دورها، وذلك في مجال الالتزامات التعاقدية باعتبارها المجال الفسيح للإرادة .

كما يعد التدخل لأجل حماية الفئات الخاصة أو الضعيفة تعاقديا مجالا آخر تقيد فيه الإرادة ويحد فيه من فاعلية دورها.

الفرع الأول: في مجال الالتزامات التعاقدية.

كان الفكر السائد في ظل مبدأ سلطان الإرادة أن للإرادة الدور المطلق في مجال التصرفات القانونية[1].

ويعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام، وثمة نظرية فلسفية مؤداها أن الإرادة البشرية هي التي تضع قانونها لنفسها، فإذا التزم شخص بمقتضى تصرف قانوني، أو بعقد بصفة خاصة فلأنه أراد ذلك فالعقد هو مبدأ الحياة القانونية، والإرادة الفردية هي مبدأ العقد.

[1]- أنظر خليفاتي عبد الرحمن مدى إعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه،ماجستير،الجزائر ، 1997ص05.

1 ـ مقتضيات التقييد:

ينطلق مضمون هذه الفكرة من مناقشة ما كان سائدا في ظل الإرادة، وما أسفر عنه من نتائج ومبادئ، حيث تصب كلها في خانة تقديس الإرادة وحرمة ما ينتج عنها من آثار، وهو ما كان له كبير الأثر على التصرفات القانونية.

فالإرادة عندهم هي جوهر التصرف القانوني ولب التصرف الإرادي، وهذا الطرح يؤدي كما يرى جانب من الفقه[1] إلى أن القانون نفسه وليد الإرادة.

فالإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات، وبمقتضى هذا الحق تستطيع إنشاء ما تشاء من التصرفات وتحدد مضمونها، وهي التي تكسبها قوتها الإلزامية[2].

والغاية الأولى هي احترام حرية الفرد وإرادته، وأن كل التزام أساسه الرضا والاختيار، وهذا ما يتمشى مع القانون الطبيعي لأن هذا الأخير يقوم على الحرية الشخصية، ووجوب احترامها. فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنعه، وكذلك القيود التي ترد على حريته لا بد أن يكون مرجعها إلى هاته الحرية نفسها[3].

إلا أن تطبيق مذهب الإرادة وما أسفر عنه من مظالم أدى إلى الخروج عنه، حيث أخذ ذلك يتزايد في العصر الحديث على إثر التطورات الاقتصادية التي حدثت نتيجة للثورة الصناعية والتكنولوجية، وما نجم عنها من انتفاضة في القوانين الاقتصادية وانتشار للروح الاجتماعية.

فتقلصت بذلك الحرية في مجال الالتزامات التعاقدية نتيجة لسيادة هذه المذاهب، حيث كان لظهورها دور كبير في الانتفاض من دور وحرية الإرادة، ولم تعد هذه الأخيرة حرة في تحديد مضمون الالتزامات التعاقدية، كما لم تعد حرة في إنهاء العقد بالاتفاق أو تعديله[4].

---

[1]- أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص287. ويرى أنه يستخلص من المادة 106 أنه: لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الأطراف، فيحرم على المتعاقد نقض أو تعديل العقد بإرادة منفردة. حيث شبه العقد فيما يتعلق بقوته الإلزامية بالقانون. والحقيقة أن القانون هو الذي يكسب العقد قوته الإلزامية، من ثم فلا يكون في درجة القانون.

[2] -Benslimane née Hadj Mokhtar Leila , de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit contractuel algérien, Magister, Oran 1983, p18.

[3]- أنظر خليفاتي، المرجع السابق، ص05. ويضيف قائلا "...إن هناك من يرى أنه ليس هناك سلطان للإرادة فهي دائما تخضع لقيود معينة حتى في ظل المذهب الفردي". وأنظر كذلك عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص17.

[4]- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص20.

ووصل تقهقره إلى درجة أن أصبح تدخل المشرع في تنظيم العقود على غير إرادة المتعاقدين أمرا شائعا ومألوفا، بل وظهرت طائفة من العقود تنشأ ضد إرادة أحد طرفيها وكرها عنه[1] .

كما لم يعد كامل الصحة اليوم، أن القوة الملزمة للعقد تنشأ من الإرادة وحدها، فقد يأتي القانون ويتدخل في العلاقة العقدية، وقد يجبر الشخص على إبرام عقد معين[2].

ويستند أنصار المذهب الاجتماعي إلى الإرادة ودورا متواضعا، ويذهبون إلى الاعتراف بأن دور الإرادة يكمن في ارتباطها مع الغير، والقانون هو الذي يعرف لماذا ترتبط ويحدد مداها.

وينتقد بعضهم الاعتراف بالدور المطلق للإرادة، فالعقود عندهم لا يكون لها قيمة إلا إذا وظفت في خدمة الجماعة، فالحرية عندهم هي: "حرية ذات وظيفة"[3].

كما أن هناك مانع اجتماعي يمنع معه أن تكون الإرادة مصدر الالتزام الوحيد، فمع التسليم بأن للفرد حقوقا يجب احترامها فهو قبل كل شيء فرد في جماعة يلتزم بالتزامات معينة.

إن العقد واقعة اجتماعية، ومن ثم فلا يجوز أن تترتب على الإرادة الفردية أثار إلا بقدر ما تتفق هذه الآثار مع البيئة الاجتماعية وقوانينها.

كما لم تعد حرية الإرادة متفقة مع ما نجم عن التطورات الاقتصادية والصناعية والاجتماعية، ذلك أن الإرادة في خدمة القانون وليس القانون في خدمتها، ووظيفة القانون هي العمل على تحقيق العدل بين الأفراد، وليس يتفق مع العدل أن يكون للإرادة سلطانها المطلق.

2 ـ تدخل المشرع في العقد:

فالعقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية (أي إرادة أطرافه فقط) أصبحت تتدخل فيه الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه، وتتحقق العيممة بتدخل الدولة، فيحل القانون في شتى

[1]- أنظر سعيد عبد السلام، الإجبار القانوني على التعاقد، مقال منشور بمجلة المحاماة المصرية، السنة68، عدد 03 و04، 1988، ص78.

[2]- أنظر رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2003، ص20 وما بعدها.

[3]- "ذلك أن تقرير الحرية المطلقة للعقود هو على حد تعبير "إهرينج" بمثابة منح ترخيص بالسلب للقراصنة وقطاع الطرق وتقرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع أيديهم عليه". أنظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص20-21.

مراحل العقد ولو جزئيا محل إرادة الطرفين، ولا تستطيع الإرادة إنشاء التزامات إلا بالقدر الذي يتفق مع تحقيق العدل[1].

ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد فقد يستغني في بعض الأحيان عن فكرة التعاقد تماما[2].

وبناء على هذا النص استطاع القضاء في فرنسا أن يرتب على بعض العقود التزامات لم يرتبها المتعاقدان أو أحدهما، فتدمج هذه الالتزامات في نطاق العقد بإسم العدالة.

ومثال هذه الالتزامات: الالتزام بالسلامة obligation de sécurité حيث أدرج هذا الالتزام في كثير من العقود كعقد العمل، وعقد نقل الأشخاص، وعقد الاستهلاك...إلخ ذلك.

والالتزام بالإعلام والذي يعتبر التزاما مستقلا عن العقد وسابق عليه، وهو التزام بعمل، يتمثل في الإدلاء ببيانات صحيحة وكافية، كما أنه التزم بتحقيق غاية فلا يكفي من المهني أن يثبت أنه بذل العناية اللازمة في إيصال البيانات والمعلومات للمستهلك[3].

فهذه الالتزامات وغيرها تعد بمثابة قيود تحد من الإرادة، إذ تصبح بموجب القانون ملزمة بها وإن كانت في الأصل لا تريدها ولا ترغب فيها.

الفرع الثاني: في مجال حماية الفئات الخاصة.

تقتضي المعطيات الجديدة التدخل لأجل حماية الفئات الضعيفة تعاقديا، وهو ما يعد مجالا آخر يحد فيه من دور الإرادة، وذلك لأجل منع تسلط الطرف القوي في العقد على الطرف الضعيف، كما يعد لأحكام النظام العام الاقتصادي لا سيما الاجتماعي منه بالغ التأثير على الحرية التعاقدية.

---

[1]– حجازي عبد الحي،النظرية العامة للإلتزام،دراسة مقارنة،الجزء الأول،مصادر الإلتزام،مطبوعات جامعة الكويتت،1982.، ص267.

[2]- مثل ما هو الحال فيما جاءت به المادة 136 من قانون11/90، والتي تنص: " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون".

[3]- ويرى حجازي أن "...وهذه الالتزامات التي يدرجها القضاء ليس أساسها التراضي، وإنما سلطة أو (إرادة) القاضي، وبقدر ما يضع القاضي، وينشئ من التزامات جديدة يتراجع سلطان الإرادة.
وبذلك لم يعد الأفراد هم وحدهم الذين يضعون أو يصنعون قانونهم التعاقدي، فهناك سلطة أعلى من إرادتهم تراقب استعمالهم لهذا القانون التعاقدي، وتحدد مدى كفايته.
وهذا التدخل من المشرع في العقد يؤدي إلى إضمحال سيادة أو دور الإرادة الخاصة (إرادة الأطراف) فتهيمن عليها، وتوجهها الإرادة العامة (المشرع ومن خلاله القاضي).
وهذا مظهر آخر من مظاهر عيممة العقد الذي تغيرت بذلك ملامحه حيث قل طابعه الفردي il devient moins individuel وتقلص طابعه التعاقدي.il devient moins contractuel . المرجع نفسه، ص275.

1 ـ المعطيات الجديدة:

لم يقتصر تطور المجتمع على تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي بتحكمها في تسييره وتوجيهه بل امتد إلى تكفلها بحماية الفئات الضعيفة فيه اقتصاديا واجتماعيا وحتى ثقافيا[1].

وهو ما أدى إلى خروج العقد من نزعته الفردية إلى نزعته الجماعية، فأصبح يهم المجتمع وهو الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم[2].

إن العقد أداة نافعة لتبادل الثروات والخدمات، فلا يجب أن تستعمل هذه الأداة لإستغلال الأشخاص، ولهذا فلا بد من توجيهه، ويعد هذا التوجيه أحد الظواهر الهامة في القانون المعاصر، إن العقد واقعة اجتماعية، ولذا يجب أن تكون أداة لتحقيق النفع العام إلى جانب كونها أداة للإرادة الفردية[3].

وقد عبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بجمعية العقد **socialisation du contrat**.ويقصد بجمعية العقد: الخروج به من نزعته الفردية التقليدية إلى نزعة جماعية جديدة، والنظر إليه على أنه وسيلة الحياة الجماعية، وأنه واقعة جماعية لا تهم المتعاقدين وحدهما بل تهم الجماعة.

فالقانون ومسايرة منه للتطورات التي يشهدها المجتمع، وحفاظا منه على أمن واستقرار هذا الأخير في شتى المجالات يعمل على حماية الأطراف الضعيفة[4].

ووفقا لهذا الأمر بدأت تبرز المظاهر الجديدة أو التصور الجديد للعلاقة العقدية حيث تتدخل الدولة لأجل تحقيق المساواة عن طريق تقييده إرادة القوي لصالح الضعيف حتى تصل بهذه التصرفات القانونية لشيء من المساواة الفعلية فيما بين الطرفين.

ومن وسائل جمعية العقد: فكرة النظام، فالكثير من الاتفاقيات تهدف اليوم لا لإنشاء التزامات وحسب، بل تهدف كذلك إلى إنشاء نظام دائم له من الثبات في الزمان والمكان ما ليس للعقد.

---

[1]- "يتميز تطور المجتمع عموما بالبطيء أخذا في ذلك بالتجارب والقناعات السابقة، ومع ذلك فقد يتم بطريقة ثورية فيتبنى المجتمع تصور جديد كثيرا ما يكون مخالفا لما كان عليه، ولكن لا يعني تجاهل بعض الحقائق".
أنظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص15.
- Voir, ch. Larroumet, op. cit.p9.

[2]- أنظر علي فيلالي نظرية العقد، المرجع السابق، ص41.

[3]- أنظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص280.

[4]- أنظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع نفسه، ص12. حيث يرى: "أن القانون أصبح أداة لتقدم المجتمعات وتطورها اقتصاديا واجتماعيا وثقافيا".

ولأجل هذا يرى أنصار المذهب الاجتماعي أنه من الواجب إقامة عدالة جديدة بين أفراد المجتمع وذلك نظرا للتفاوت الموجود بين العمال وأرباب العمل، وبين المنتجين والموزعين، وبين الحرفيين والمبتدئين، وبين المنجين والمستهلكين...إلخ.

ولقد استحدث الأقوياء طرقا جديدة للتعاقد تعزز قدرتهم على فرض شروط العقد، فبواسطة العقود النموذجية، والعقود المحررة مسبقا من قبل المتعاقد أو عن طريق الشروط العامة التي تقررها المنظمات المهنية، أو عن طريق الإذعان، تستبعد القواعد المكملة لتحل محلها شروط المتعاقد القوي فتصبح ملزمة.

واقترحوا تصورا جديدا للعلاقة الأساسية التي تربط الفرد بالمجتمع.[1]

تقوم على أن:

–المصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة: أي أن تقديم مصلحة الجماعة أولى وأجدر بالحماية .

– استقرار المعاملات أولى من حماية التعاقد.

– المجتمع هو الذي يمنح الحقوق للأفراد، ولا حق إلا إذا سنده القانون.

– حقوق الأفراد ليست مطلقة بل مقيدة بالمصلحة الاجتماعية التي رسمها القانون.

– مراعاة ومعالجة التفاوت الاقتصادي والثقافي والاجتماعي بين أفراد المجتمع.

ما أدى إلى أن جعل المشرع من عقود الإذعان نظرية عامة، لحماية الطرف الضعيف الذي أذعن لشروط الطرف الآخر، بمختلف تطبيقاتها في عقود العمل، التأمين، النقل...[2]

ويرى الأستاذ L, Josserand أنه "لا بد من تجديد المفاهيم نظرا للتحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ويجب استبدال المساواة المجردة بالمساواة الحقيقية، وذلك بتدخل المشرع في تنظيم العلاقة التعاقدية حماية للطرف الضعيف".

[1]- أنظر علي فيلالي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص41، هامش27.
[2]- أنظر سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص85.

ويقول كذلك إن: "المفاهيم القانونية تنشأ، وتتطور وتنجز في مناخ فردي، ومناخ اجتماعي والاتجاه الحالي أن المناخ الاجتماعي يطغى على المناخ الفردي، لأن الحرية العقدية أصبحت دون معنى بين الأقوياء والضعفاء. ولا تخدم إلا مصالح الأقوياء".

وهو ما يجعل العقد أداة لتحقيق أهداف اجتماعية، وهو الأمر الذي ينعكس كذلك على مفهوم العدالة الذي يجب أن يتماشى والتطور الذي تشهده العلاقات التعاقدية.

كما تم المساس أيضا بمبدأ نسبية العقد، حيث لم يعد عند أنصار المذهب الاشتراكي قصر أثاره على طرفيه، ولو كانا هما اللذان أبرما العقد بإرادتهما الحرة.

ذلك لأن قيمة العقد في هذا المذهب لا تقوم على إرادة طرفيه، بقدر ما تقوم على مدى ملائمته للضرورات الاجتماعية، وهو ما أدى إلى أن صار العقد الذي يعني ويهتم بتنظيم مصالح طرفيه فيما يتعلق بالحقوق والواجبات التي تترتب عليه، أصبحت أثاره تتصرف إلى أطراف خارجية وأجنبية عنه، فصار يستفيد منه من لم يكن طرفا فيه.

ومن مظاهر الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقد أن أصبح التعاقد يباشر بواسطة جماعات فتتصرف أثاره إلى أطراف كثيرة ، كاتفاقيات العمل الجماعية[1].

ويتبين فيما تقدم كيف أخذ الطابع العام أو الجماعي يتزايد في العقود حيث صار العقد إلى جانب كونه ذا طابع خاص صار ذا طابع جماعي ولم تعد الحرية هي ذلك المبدأ السامي المنظم للعقود حيث برز مبدأ التنظيم régime de réglementationومبدأ الحماية régime de protectionnisme على أنقاض مبدأ التبادل الحر régime de libre échange الذي لم يعد يستجيب لحاجات الجماعة[2].

وقد أدى هذا الأمر إلى إظهار نقائص المذهب الفردي، والتقليص من المبادئ التي وضعتها النظرية التقليدية.[3]

وبناء على هذا يذهب البعض إلى أن العقد الذي أدى دور كبير وهام، أخذ الآن يضمحل ويوشك أن يختفي من عالم القانون.

---

[1]- أنظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص36-43.

[2]- أنظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص283-284.

[3]- "وهو الأمر الذي دفع بأصحاب المذهب الفردي للتنديد بالأزمة التي لحقت بالعقد في تصوره ومبادئه". انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 41.

إلا أن هذه النظرة لا تحظى بالإجماع، فمن الشراح من يتفاءل ويقول: أن العقد لم يضمحل بل تطور وكان تطوره استجابة لقانون سوسيولوجي هو قانون تطويع النظم القانونية لظروف الحياة.

ومن الشراح من يقول: أن الأزمة التي يوجد فيها العقد هي أزمة مبالغ فيها، ذلك أن من أسبابها ظروفا عارضة، ولئن كان صحيحا أن العقد قد تراجع في بعض الميادين فصحيح كذلك أنه اتسع في كمه وفي كيفه: أما اتساعه في كمه فيتجلى في ازدياد عدد العقود على ما كانت من قبل.

ومن حيث الكيف فيتمثل في اتساع مضمونه الملزم حيث زادت التزامات لم تكن فيه من قبل.[1]

2- تأثيرات النظام العام الحمائي:

تتقيد الإرادة بأعمال قواعد أحكام النظام العام لاسيما الحمائي منه، حيث يحضر عليها مباشرة بعض التصرفات بدافع الحفاظ على مصالح الفئات الخاصة.[2]

تجدر الإشارة في بداية الأمر إلى أن حرية التعاقد، والتي كانت دعامة لا يتصور المساس بها تأثرت بمقتضيات النظام العام الاقتصادي الاجتماعي، فلم يعد اليوم ما كان سائد من نتائج المفهوم التقليدي للعقد (الحرية العقدية، القوة الملزمة، مبدأ نسبية العقد ...).[3]

ويقصد بهذا النظام: حماية المتعاقد الضعيف في العقد كقاعدة عامة، بغض النظر عن كون العقد من عقود الإذعان أم لم يكن، فهو مبدجأعا يطبق على كل عقد فيه اختلال بين مركز طرفيه ولقد ازدهر هذا النظام بعد ما ازداد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، ولم يعد ما كان يقوم عليه الاقتصاد الليبرالي من قبل.[4]

وتحت ضغط الفئات الضعيفة بشتى الطرق تتكفل الدولة بحماية بعض المصالح لجماعات محددة منها: مصالح العمال، الفلاحين، المستأجرين، المستهلكين، ... الخ ذلك.

[1]- عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص 284- 285.
[2] -Voir, Jean-Luc Aubert, Le Contrat, Dalloz, ed 1996, P302- 303.
[3]- ميرني حنان، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، ماجستير، الجزائر، 2004، ص 12.
[4]- سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 85 وما بعدها.

أ- تنظيم العلاقة العقدية:

عندما يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه وتسيير الفرد، يجبره على المساهمة في غاية اقتصادية واجتماعية قد لا يرغب فيها، ومن ذلك التأطير القانوني عن طريق أحكام النظام العام الاجتماعي لعقود العمل، الايجار، ... الخ ذلك.

فبالإضافة إلى نظرية الغبن والإستغلال–والتي تمثل حماية موضوعية وتوازن يتم الحد من خلالها من الإختلال الفادح بين الالتزامات المتقابلة– يتولى المشرع تنظيم العلاقة العقدية، حتى يجنب المتعاقد الضعيف كل تعسف من قبل المتعاقد معه.[1]

فيضع المشرع قانونا أساسيا يدير العلاقة العقدية المعنية، حيث يتناول بنوع من التفصيل والدقة كل الشروط التي تحكم هذه العلاقة.

وعموما يعني القانون الأساسي بالحد الأدنى من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطرف الضعيف والتي لا يمكن إنقاصها في حين يسمح بالزيادة فيها.[2]

إن مثل هذا التنظيم للعلاقة الاقتصادية ينال كثيرا من حرية المتعاقدين، ومن الفقهاء من لا يعتبر مثل هذه العلاقة عقدية، وإنما هي مركز قانوني منظم.[3]

ب- فرض واجبات على المتعاقدين:

وسيلة أخرى تتقيد بها الإرادة ويحد من دورها، وتتمثل في فرض بعض الواجبات على المتعاقد حتى تتحقق المساواة بين الطرفين، ويتجنب كل تعسف من أحدهما.

ويحمي المشرع من خلالها الفئات الضعيفة ومن ذلك على سبيل المثال: الالتزام بالإفضاء الذي رتبه المشرع على المتعاقد كلما تعلق الأمر بواقعة يجهلها المتعاقد الآخر.[4]

---

[1]- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 221.

[2]- " وتجدر الإشارة إلى أن القوانين الأساسية وضعت لتنظيم العلاقة العقدية تنظيما من شأنه حماية المتعاقد الضعيف من سيطرة الطرف الأقوى تعاقديا، وتختلف كذلك القوانين الأساسية عن العقود المسماة التي تتولى بدورها تنظيم العلاقة العقدية ولكن من زاوية مساعدة المتعاقدين على تنظيم علاقتهما، ولهما أن يخالفا الأحكام القانونية المكملة أو المنظمة لهذه العلاقة". المرجع نفسه، ص 226.

[3]- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 285.

[4]- وهو الالتزام نفسه الذي يتحمله بائع المحل التجاري. انظر المادة 79 تجاري. ويرى حجازي أن: "... وهذه الالتزامات التي يدرجها القضاء ليس أساسها التراضي، وإنما سلطة أو (إرادة) القاضي، وبقدر ما يضع القاضي، وينشئ من التزامات جديدة يتراجع سلطان الإرادة، المرجع نفسه، ص 285.

المطلب الثاني: تطبيقات تتقيد فيها الإرادة

نجد من خلال البحث في نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة خروج من المشرع على مبدأ سلطان الإرادة، وهي حالات يحد فيها من دور الإرادة .

وهو الأمر كذلك بالنسبة لتشريعات العمل، وقواعد حماية المستهلك باعتبارهما مجالين هامين تقتضي فيهما قواعد العدالة الحد من دور الإرادة .

الفرع الأول: في الشريعة العامة

لم يعد للإرادة دور مطلق، فحتى في مجال الالتزامات التعاقدية المجال الفسيح للإرادة هي محدودة بقيود النظام العام، وبالإضافة إلى ذلك فهي لا تزال خاضعة لشكلية تتطلبها بعض العقود كالكتابة واحترام قواعد الشهر بالنسبة للتصرفات التي لا تقوم إلا باحترام هذا الإجراء، وكذا قواعد الإثبات، هذا وقد تجبر الإرادة على التعاقد أو تمنع منه.[1]

1-مقتضيات النظام العام:

يستلزم احترام مقتضيات النظام العام والآداب العامة الحد من حرية الأفراد، والتقيد من دور الإرادة، وهو ما ينجم عنه منعهم من التعامل في بعض التصرفات.[2]

ولم تعد حرية التعاقد مبدأ مطلقا بورود هذا القيد عليها، فقد يتعرض العقد للبطلان المطلق عند مخالفته لمقتضيات النظام العام والآداب العامة.

وقد تضمن القانون المدني على سبيل المثال عدة تطبيقات وأخذ في الكثير من هذه الحالات بمقتضيات النظام العام والآداب العامة.

ومما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام يضيق مبدأ سلطان الإرادة، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ.[3]

ويمتاز النظام العام باتساع مجالاته، فهناك نظام عام سياسي يهدف إلى احترام تنظيم الدولة وحماية الأسرة والدفاع عن الآداب العامة، وهو ما يمثل أو يعتبر المجال التقليدي للنظام العام.

---

[1]- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.
[2]- المرجع السابق، ص 270.
[3]- انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 492- 493 هامش 2.

وإلى جانب ذلك يوجد نظام عام آخر، ظهر من أجل مسايرة التطورات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي مست المجتمعات، وهو النظام العام الاقتصادي بشقيه التوجيهي الذي يعبر عن الأسس التي يقوم عليها المجتمع بحيث يرمي إلى تجسيد السياسة الوطنية بتدخل السلطة في حرية الأفراد، وبالتالي التدخل في العلاقات التعاقدية بما يتماشى وسياستها العامة.

والحمائي الذي يهدف إلى بسط الحماية على الأطراف التي توجد في مركز تعاقدي ضعيف بسبب حاجاتها الملحة للسلع وللخدمات، أو لتعقيدها التقني والتكنولوجي.

ويحظى هذا الأخير بأهمية بالغة حيث يظهر جليا في العديد من النشاطات والمعاملات المهنية والاقتصادية، كما كان نتاجا لظهور أشكال وأوصاف جديدة من العقود.[1]

فبعد أن كانت أغلب القواعد القانونية الواردة في باب العقود قواعد مكملة صار يوجد إلى جوارها عدد كبير من القواعد الآمرة، مما أدى إلى ظهور فكرة العقد الموجه contrat dirigé.

حيث يتم تدخل المشرع من خلال جعل النصوص التي تنظم العقد نصوصا آمرة.

ويمكن أن ينصب التنظيم على أي عنصر من عناصر العقد:

-فقد ينصب على محر العقد: فتمنع الدولة التعامل في بعض الأشياء أو تضع شروطا لذلك.

- وقد ينصب التنظيم على السعر فلا يكون للطرفين الحرية في تحديده، ولم يعد قانون العرض والطلب هو الذي يحدد السعر بل قانون الدولة هو الذي يتدخل في تحديد ذلك بحجة جعل العقد عادلا، وبفعل ذلك يفقد قانون العقود كثيرا من طابعه الخاص ويتعمم بمقدار ما فقد من طابعه هذا، وتحديد السعر على هذا النحو هو تحديد آمر، ومن ثم يكون كل اتفاق على سعر أزيد منه اتفاقا مخالفا للقانون يمكن أن يقع تحت طائلة تطبيق أحكام القانون الجنائي.[2]

2-إقتضاء شكلية معينة:

[1]- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 209 وما بعدها.
[2]- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 271.

كان المبدأ السائد هو الرضائية consensualismeوهذا تأكيد لسيادة الإرادة، فليس على الأفراد إتباع شكلية خاصة في التعبير عن إرادتهم، فالتراضي كاف لإنشاء الالتزام.[1]

وهذا على خلاف ما كان سائد عند الرومان[2]، فالتراضي عندهم غير كاف إذ لابد من تبادل عبارات معينة أو القيام بحركات معينة.

وقد جاء المذهب الفردي مدافعا على الحرية الفردية، فالإرادة مصدر الحقوق والواجبات ولذلك فلها أن تفعل ما تشاء، ولعل أهم ما نتج عنه هو مبدأ الرضائية.

إلا أن ما كان يذهب إليه سلطان الإرادة من كفاية التراضي في ترتيب الآثار القانونية لم يعد متفقا مع الصالح العام للجماعة، حيث الدعوة إلى وجوب تقييد الإرادة في بعض الأحوال، أو في وجوب إفراغها في شكل معين تحقيقا لهذه المصلحة.

ويؤثر الشكل على دور الإرادة فلا يقوم التصرف صحيحا إذا لم يراع الشكل المطلوب، وذلك بالرغم من وجودها، وهو ما يعتبر مجال آخر من مجالات تقيد الإرادة والحد من دورها.

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ خليفاتي أن: ما يذهب إليه العض فيه مبالغة من اعتداد كبير لدور الإرادة واعتبار الشكل تأكيد لها أكثر مما هو قيد عليها، إلا أن الشكل المطلوب لا يعد تأكيدا للإرادة بقدر ما هو قيد وحد من دورها.[3]

ولم تعد في الوقت الحاضر الشكلية بذات الإطلاق الذي كانت عليه قديما، حيث لم يعد الشكل تلك الطقوس المعقدة التي لا غنى عنها، بل أصبحت الشكلية اليوم ذات هدف.

فهي إما للتنبيه من خطورة التصرف أو لغرض إعلام الغير كما قد تكون لفائدة الدولة (مقابل رسوم أو غير ذلك ...).

ويشترط المشرع أحيانا شكلية للإنعقاد حيث يراها لازمة لقيام العقد، ويرتب على تخلفها بطلان التصرف.[1]

---

[1]- عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986، ص 17.

[2]- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 07.

[3]- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 67. إشارة إلى أ محمد أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، دكتوراه القاهرة، 647، ص 73. حيث يرى أن: "الشكل في القانون الحديث لا يزيد عن كونه أداة للتعبير عن الإرادة، دون أن يغتصب دورها في تكوين التصرفات لا كليا ولا جزئيا".
ويرى كذلك: " أن العنصر الجوهري للتصرف هو دوما الإرادة وتخلف الشكل ليس معناه تخلف التصرف، فالشكل لا يجور على الإرادة بل هو تأكيد لها وعلى جدية اتجاهها لإحداث أثر قانوني". المرجع السابق، ص67.

ومن ذلك المادة 324 مكرر 01، والمادة 883 مدني[2]، كما قد يقرر المشرعكتابة بعض العقود من دون اشتراط الصيغة الرسمية، ويرتب على تخلف ذلك بطلان التصرف، ومثاله ما جاء في المواد 627، 615، 418 مدني.

كما توجد إلى جانب ذلك شكلية أخرى غير متطلبة للانعقاد، وتعتبر هي الأخرى قيد على إرادة الأطراف، كما هو الحال في ضرورة تسجيل بعض التصرفات القانونية وشهرها.[3]

ويرى أ. جوسران: "أن إجراءات الشهر ليست في الواقع إلا أحد أوجه عيممة العقود".[4]

وكتابة بعضها كشرط للإثبات، كاشتراط الكتابة كقاعدة عامة لإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج. المادة 333 مدني.

وتتميز الشكلية كركن في العقد عن شكلية الإثبات، حيث يترتب على إغفال ركن الشكلية بطلان التصرف القانوني بطلانا مطلقا، أما إغفال شكلية الإثبات بالنسبة للعقود الرضائية التي تفوق قيمتها 100.000 دج فلا تؤثر في صحة العقد إذ ينشأ صحيحا، ولكن عند إنكار أحد المتعاقدين يتعذر على المتعاقد الآخر إثبات وجود العقد.[5]

كما يرى المشرع ضرورة توافر إجراءات خاصة كضرورة الحصول على رخصة معينة حتى ينشأ تصرفهم صحيح كإلزام الأجنبي بالحصول على رخصة لممارسة نشاط مأجور في الجزائر، وبالإضافة إلى ذلك يعد التسليم في العقود العينية صورة من الشكلية.[6]

3- تنظيم العقد:

---

[1]- انظر قرار المجلس الأعلى رقم 68467 المؤرخ في 1990/10/21، المجلة القضائية 1992، العدد 01، ص 84.

[2]- وهو الحل الذي انتهى إليه كذلك القضاء، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1982/12/18: "إذا كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرد حصول اتفاق بين الإرادتين، فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون وبصورة استثنائية توفر شكل من الأشكال الرسمية، حيث يصبح تدخل الموثق تحت طائلة البطلان واجبا". انظر القرار رقم 25016 منشور في الاجتهاد القضائي 1987، ص 47. وكذلك القرار رقم 25699 الصادر في 1982/07/07، نشرة القضاة، عدد خاص 1982، ص 171.

[3]- ومثال ذلك: ضرورة شهر التصرفات تاواردة على عقار كي تحقق آثارها القانونية. انظر المادة 793 مدني، والمادة 16 من الأمر 74/75. والقرار رقم 53630 المؤرخ في 1989/04/30، المجلة القضائية 1991، العدد 04، ص 145.

[4]- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 269، هامش 12.

[5]- انظر علي فيلالي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 55. ويشير كذلك إلى أنه: "قد تتقرر الشكلية كركن في العقد من قبل المتعاقدين، كأن يتفقا مسبقا على أن إبرام العقد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية، وإلا كان باطلا". ص56.

[6]- انظر عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص 458- 459. وخليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 79.

تحصل هذه الطريقة في جعل النصوص التي تنظم العقد نصوصا آمرة تتعلق بالنظام العام، إذ يمكن أن ينصب التنظيم على أي عنصر من عناصر العقد.

فالأصل أن الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وهو حر كذلك في اختيار المتعاقد الآخر، هذه هي القاعدة العامة ولكن في بعض الأحيان يكون الأشخاص مجبرين على الدخول في علاقة تعاقدية ولو لم تكن إرادتهم تريد الدخول فيها.

وقد يمنع الشخص من التعاقد فلا يجري العقد، ولو اتجهت إليه إرادته، كما قد يجبر عليه.[1]

أ- الإجبار على التعاقد:

حرية الفرد في إبرام ما يشاء من العقود أو امتناعه عن إبرام عقد معين لم تعد كما كانت، فقد يأتي القانون ويجبر الفرد على إبرام عقد معين.

فيجبر الشخص أحيانا على التعاقد، ولو لم يكن يريد ذلك، وذلك نظرا لضرورات تستوجب ذلك، وفي هذا ضغط على الإرادة ولكنه ضغط مشروع لا يؤثر على صحتها.[2]

ونجم عن ذلك أن لم تعد الإرادة حرة في تحديد مضمون الالتزامات التعاقدية، كما لم تعد الإرادة حرة في إنهاء العقد بالإتفاق أو تعديله.

وأدى هذا التدخل من المشرع إلى ظهور فكرة العقد الموجه contrat dirigéومن أمثلة التوجيه التعاقدي dirigisme contractuelضرورة الحصول على إذن مسبق من السلطة العامة قبل التعاقد، وكذلك تدخل الدولة بتحديد أسعار السلع والأجور.

ففي حالة الالتزام بالبيع بالنسبة للسلع المسعرة كالمواد الأولية الأساسية، يعتبر الامتناع عن التعاقد في هذه الحالة جريمة يعاقب عليها القانون.

كما يذهب المشرع إلى تجريم الرفض المطلق للبيع إذا كان في استطاعة البائع أن يلبي الطلبات المعقولة التي يتقدم بها من يريد التعاقد، ويعطي لهذا الامتناع حكم البيع بسعر غير مشروع.[3]

[1]- وفي مثل هذه الحالات لا تكون الإرادة حرة بل تتقيد، وهذا لمقتضيات المصلحة العامة، المرجع نفسه، ص 29- 30.
[2]- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ص 58- 61.
[3]- المرجع نفسه، ص 61. وانظر المادة 15 من القانون 04-02.

وقد يحصل توجيه العقد داخل حدود صارمة يرسمها المشرع نزولا عند مقتضيات الضرورات الاجتماعية، فيتضاءل بذلك نصيب الإرادة إلى حد أنه في بعض العقود تفرض على الأفراد باسم هذه الضرورات التزامات تعاقدية لم يرتضوها، وهذه هي ظاهرة العقد الجبري contrat imposé ou forcé.

وهكذا تطورت قاعدة أن الشخص لا يلتزم إلا بما يريد، إذ صار في كثير من الأحوال يلتزم بما لا يريد كما تطورت قاعدة أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد حيث أصبح يلتزم دون أن يريد.

ولم يقف توجيه العقد ورقابته عند حد إبرامه بل تجاوزه إلى مرحلة تنفيذه، مراعاة للتوجه الاجتماعي وبذلك أخذ تأسيس العقد على الرضا يتناقص شيئا فشيئا، في حين أخذ تأسيسه على السلطة يتزايد شيئا فشيئا.[1]

ب- المنع من التعاقد:

على عكس الصورة السابقة قد يمنع القانون الشخص من التعاقد، وفي ذلك حد من حرية الإرادة، ويرجع هذا المنع والحظر من التعاقد نظرا لخطورة محل العقد أو للأسباب التي يراها ذات أهمية، كمنع الأشخاص من التصرفات المتعلقة ببيع أو اقتناء أو حيازة عتاد حربي.[2]

وكذلك احتكار الدولة للتجارة الخارجية، وذلك سابقا أما اليوم فمقتضيات حرية واقتصاد السوق غيرت من ذلك حيث زاد وتوسع نشاط الأفراد في مجال التجارة الخارجية.[3]

ج- فرض التعاقد الآخر:

قد يجبر الشخص على التعاقد مع شخص معين كما هو الأمر في حالة الإحتكار بالنسبة للمحتكر وكذا الحالة التي أشار إليها المشرع في المادة 679 مدني.[4]

كما يعد تنظيم المراكز القانونية من أهم العناصر الموضوعية المقيدة لمبدأ الرضائية والحرية.

وتعد فكرة العقد الجامع والنموذجي تطبيقا مباشرا لها. لأنه يلزم إرادة الأطراف المنظمين للجماعة التي عقدته، رغم أنهم لم يكونوا طرفا فيه، وحتى رغم اعتراض بعضهم عليه، أو انضمامهم إلى الجماعة بعد إبرامه.

---

[1]- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 35. إشارة إلى أن العبارة لجو سران " le contrat est de moins à base du consentement et de plus à base d'autorité"

[2]- المادة 01 من المرسوم رقم 85/63 المؤرخ في 1963/03/16، المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب وحيازة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات.

[3]- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 64-66. وانظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 213.

[4]- المرجع نفسه، ص 43 هامش 30.

ويظهر ذلك في عقد العمل الجماعي: حيث تبرمه قلة من العمال وتنصرف آثاره إلى كل العمال الذين يكونون في نفس العمل الذي يمارسه من أبرموا العقد.

فتسري أحكامه على الجميع رغم اعتراض بعضهم وإظهار عدم رضاه، ويعد هذا تقيدا لإرادتهم.

ومثال ذلك أيضا ما ورد في القانون التجاري، ففي الصلح الواقي من الإفلاس تنصرف آثاره إلى جميع الدائنين العادين حتى من عارض منهم في الصلح، حيث تخضع الأقلية لرأي الأغلبية.[1]

الفرع الثاني: في التشريعات الخاصة

نتعرض إلى عقد العمل وتشريع حماية المستهلك باعتبارهما مجالين هامين، تقتضي خصوصيتهنا العمل على الحد من دور المتعاقد معه.

1- في عقد العمل:

تفرض طبيعة هذه العقود اختلاف في مركزي طرفي العلاقة، فيكون صاحب العمل في مركز أعلى، ويتدخل كسلطة لإصدار الأوامر، في حين يكون العامل في مركز أقل يتلقى الأوامر وينفذها، ولأجل هذا فقد قيل أن عقد العمل الجماعي هو من قبيل العقد الجبري، الذي لا تقوم الإرادة فيه بأي دور.[2]

إلا أن في هذا القول شيء من المبالغة إذ لا يزال للإرادة في عقد العمل الجماعي دور تؤديه وإن كان دورا صغيرا جدا، فالعامل يستطيع أن يترك العمل إذا لم يرد الخضوع لذلك العقد، وهذه الحرية الضئيلة لا توجد في العقد الجبري.[3]

ولأجل إعادة التوازن في علاقة العمل: تتدخل الدولة لوضع حد للممارسات التعسفية، فبعد ما كانت مسألة إنتهاء علاقة العمل تقوم على ذات الأسس التي تبنى عليها (مسألة حرية التعاقد، واستقلالية الإرادة، ... الخ ذلك) لم يبق مبدأ حرية العمل مطلقا.

ونتيجة لما نجم عن هذه الممارسات من تعسف تدخل المشرع لوضع حد لذلك، فنجده صار يضفي عليه طابعا تنظيميا من خلال فرض قيود على هذه العلاقة.[1]

---

[1]- انظر سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 85- 86. وعبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص 271 هامش 15.

[2]- انظر بن احمد عبد المنعم، علاقة العمل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري، ماجستير، الجزائر، 2004، ص 34.

[3]- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 271 هامش 15.

وتتصرف أغلب هذه القيود التنظيمية أساسا إلى صاحب العمل، من خلال ضرورة توافر شروط خاصة في تشغيل الأجانب، وكذا تقييد عمل الأطفال والنساء، و ... الخ ذلك.

كما يتم تحديد الحد الأقصى لساعات العمل، والحد الأدنى للأجر، والسن الأدنى لتشغيل الأحداث، ... الخ ذلك.[2]

كما تقيد حرية العامل في ممارسة حقه في الإضراب، وحقه النقابي ... الخ ذلك من جهة، ومن جهة أخرى نجد المشرع يجبر العامل على العمل منتهكا بذلك عنصر الرضا المكون لعقد العمل ومن ثم حرية العمل تحت غطاء التسخير، والتكليف حيث تغيب فيهما الإرادة.

ويعد الطابع التنظيمي، ومن خلاله النظام الداخلي التزاما وليس حقا للعامل، حيث مكن المشرع صاحب العمل بالإنفراد في تكوينه، وهنا نجد أن العامل يجبر على الخضوع لنظام لم يشارك فيه.[3]

وتتلاشى في عقد العمل الحقوق المتساوية النابعة من الفكرة العقدية، فيلتزم العامل بما جاء في النظام الداخلي لا على اعتبار أنه جزء مكمل، وإنما على أساس أنه قانون العمال الذي يعتبر صاحب العمل فيه بمثابة المشرع.

كما تعد الاتفاقيات الجماعية للعمل والتي تعتبر من أهم المصادر لقانون العمل وإصابة أخرى لحرية العمل تعكس الطابع التنظيمي وهيمنة السلطة على هاته العلاقة.[4]

ولقد أدى عدم المساواة الموجود بين العمال وأصحاب العمل، إلى حدوث اختلال تعاقدي، وعدم وجود توازن بينهما.

ولأجل هذا ذهبت النصوص القانونية إلى إعادة التوازن الموضوعي لهذه العلاقة، وذلك من خلال تشريع

---

[1]- انظر حسان نادية، علاقات العمل الفردية في القانون الجزائري: تكريس ثنائية حرية التعاقد والتأطير القانوني، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، ص 177.

[2]- "وهذا ما يسمى بالتأطير القانوني لعقد العمل عن طريق أحكام النظام العام، والذي نجم من جراء اتساع دائرته، وبروز النظام العام الاقتصادي، إذ لم يعد يقتصر تدخل المشرع لأجل حماية فئة من المتعاقدين بل تعداه لحماية المصلحة العامة.
وما يمكن قوله في الأخير أن قانون العمل قد تطور بحيث انسحب العقد أمام القانون، ثم انسحب القانون أمام التفاوض الجماعي، لذا نجد في بعض الدول كفرنسا ما يسمى بالنظام العام الاستثنائي (l'ordre public Dérogatoire). المرجع نفسه، ص 177- 178.

[3]- " ولم يتطرق قانون 11/90 إلى التسخير كقيد على حرية التعاقد". انظر بن أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 28.

[4]- "وقد انتقد هذا الطرح على أساس أن أنه لا يمكن تشبيه صاحب العمل والقانون الداخلي بالمشرع والتشريع في ظل دولة قائمة لأن هذا يتعارض مع فكرة تدخل الدولة في تنظيم علاقة العمل". المرجع نفسه، ص 25-28.

العمل "تنظيم كامل من القواعد الآمرة" مثل ما هو الحال فيما جاءت به المادة 136 من القانون 11/90[1].

وفي الأخير فإنه يعد عقد العمل الجماعي[2] من أبرز العقود النموذجية، والذي تتقيد بإدارة الأطراف فيه بحيث لا يمكن تجنب التنظيم المقترح، ولا الشروط الواردة في العقد المنظم.

ويقتصر دور الإرادة على إعمال النظام القانوني الذي ينشئه ويقره المشرع، إذ ليس لها الحرية سوى في إيجاد العلاقة العقدية، ولكن في حدود الأطر المحددة قانونا.

2 ـ قانون حماية المستهلك:

تعالج هذه الصورة ضعف مركز المستهلك، إذ تتقيد إرادته في مواجهة المنتج والحرفي، وتعد هذه الصورة من أحدث مجالات الروابط العقدية التي فرضت نفسها، حيث يضطر المستهلك بسبب حاجته إلى الدخول في عقود فيها اختلال كبير وملموس يعكس خضوعه لسيطرة المنتج.

وكمثال عن ذلك: العقود التي تبرم بين جمهور المستهلكين وبين الشركات الإحتكارية، فأين المساواة في الإرادة الحرة بين شركة كبيرة، ومستهلك ضعيف؟

إن المساواة هنا هي مجرد مساواة نظرية فحسب فهل نجد مشتركا (مستهلكا) يستطيع مناقشة الشروط التي يضعها مثلا مرفق المياه أو الكهرباء؟

ويظهر تقيد الإرادة حينما يقدم المستهلك على إبرام عقد الاستهلاك، والذي كثيرا ما يستغله الطرف الآخر، الشيء الذي يحد من حرية الطرف الضعيف في التعاقد من عدمه.

فالمستهلك ونتيجة للتفاوت في المراكز المالية الذي يوجد فيه لا يستطيع مجابهة الشروط التعسفية التي تملي عليه، والتي تكون في كثير من الأحيان مجحفة في حقه.

فقد يمتنع التاجر أحيانا عن التعاقد دون مبرر مشروع، وفي أحسن الأحوال قد يقبل البع لكن يقرنه بعقد أخر لا يرغب فيه المستهلك، الشيء الذي ينال من حرية هذا الأخير في اختياره للعقد.

---

[1]- والتي تنص "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون".

[2]- ا خليفاتي عبد الرحمن المرجع السابق، ص 118.

ومن جهة أخرى قد يتعلق الأمر بالمساس بحرية اختيار محتوى العقد، حين يتعذر على المستهلك مناقشته، خاصة إذا تضمن شروطا تعسفية.

كالشروط التي تخفف من مسؤولية التاجر التعاقدية، أو تلك التي تشدد من مسؤولية الطرف الآخر.

إلا أنه اليوم ولكثرة هذه العقود حيث غدا الاستثناء هو الأصل، فلا يصح أن يبقى الحال على ما كان عليه (عدم المساواة بين المنتجين والمستهلكين).

وهو الأمر الذي أدى بالمشرع إلى إحاطة المستهلك بالحماية، وذلك من خلال استحداثه للنصوص القانونية التي تكفل ذلك فقرر أن الممارسات غير المشروعة تشكل إخلالا بالنظام العام لا سيما النظام العام الاقتصادي الحمائي.

وانطلاقا من أن من أخص مهام القانون هو التوفيق بين حرية التعاقد ومعنى المصلحة العامة، يعمل

المشرع في مثل هذه العقود على حماية المستهلكين من جشع المحتكرين، وذلك بتخويل القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد[1].

ولعل إعادة التوازن في عقد الاستهلاك تعد من أهم صور هاته الحماية، وخاصة من الممارسات التجارية غير الشرعية، حيث منع المشرع من خلال القانون ممارسات غير نزيهة تتعلق بحرية التعاقد، حينما منع رفض التاجر للبيع أو تأدية الخدمة 04-02 من غير مبرر.

كما تؤدي ندرة بعض السلع ذات الاستهلاك الواسع مقابل وفرة أخرى محدودة الاستهلاك، بعض التجار إلى استغلال هذا الوضع.

ولأجل هذا فقد كرس المشرع حماية من رفض التجار للبيع، تنطلق من الأحكام المقررة في القواعد العامة والمتمثلة في إلزامية الإيجاب الموجه للجمهور.

فعرض السلع في المتاجر وواجهات المحلات مع بيان أثمانها يعد إيجابا صريحا، فيبقى ذلك ملزما للبائع ما لم يعدل عنه بسحبه للبضاعة، أو أي وسيلة أخرى تعبر عن عدوله عن العرض.

ونص المشرع في المادة 59 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة[1]. والمعدلة بموجب المادة 15 من القانون 04-02 على أنه: " تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع.

[1]- وذلك بإعفاء الطرف المذعن منها أو بإلغائها. أنظر علي فيلالي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص228-229.

ويمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع وكانت الخدمة متوفرة".

ويرى الأستاذ السنهوري أنه: "لا يجوز لصاحب المتجر أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته، إلا إذا استند في ذلك إلى أسباب مشروعة"[2].

المبحث الثاني: تحديد مضمون العقد.

أصبح المشرع يعني بالظروف التي تبرم فيها العقود، حيث صار يعمل على بسط راقبته لها ومن ثم التدخل في تحديد مضمونها.

وأكثر ما يتدخل المشرع في تحديد مضمون العقود، في عقد العمل، وعقد التأمين،...وذلك بنصوص قانونية أو تنظيمية دون نظر إلى إرادة الطرفين .

كما أنه يعد من أخص مهام القانون التوفيق بين حرية التعاقد ومعنى المصلحة العامة، وهو ما أدى إلى تدخل القاضي في بعض المواضيع، وذلك حفاظا على موازنة مصالح الأطراف عندما يختل التوازن خصوصا وقت التنفيذ .

المطلب الأول: حلول إرادة المشرع محل الإرادة.

يتدخل المشرع في تحديد مضمون الرابطة العقدية باسم العدالة وذلك لمراجعة العقد، ومن ثم إعادة التوازن له. وهو ما يظهر في حالة الغبن والاستغلال (الفرع الأول).

كما تعد محاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان حالة أخرى يتدخل المشرع لتنظيمها بهدف مراعاة مصالح الطرف الضعيف تعاقديا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحالة المتعلقة بالغبن والاستغلال.

لا تترك القوانين التي تقوم على أساس مطلق مبدأ سلطان الإرادة في أحكامها وقواعدها مكانا للغبن، لأن الأصل عندها أن كل إنسان حر في تصرفاته والعقد شريعة المتعاقدين، وليس للقانون أن يتدخل فيما أقبلا عليه الطرفان بإرادتيهما السليمتين.

---

[1]- الجريدة الرسمية العدد09 السنة 1995.

[2]- السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص47 وما بعدها.

وما يلاحظ أنه لا يوجد في القانون المدني مبدأ عام يضمن بشكل مباشر توازن العقد[1].

بل وأكثر من ذلك فالمشرع يقر ويأخذ بعقود تقوم كأصل على عدم التوازن[2].

لذلك كان من الواجب البحث عن وسائل لتحقيق التوازن العقدي التزامات الأطراف، مادام من الثابت أن التوازن لن يتحقق تلقائيا في ظل انفراد الطرف القوي بتحرير عقد نموذجي يضمنه ما يشاء من الشروط التعسفية كاشتراط تحديد ثمن المبيع، أو تخفيف الضمان، أو احتفاظه بحق تعديل مواصفات المبيع دون تخفيض الثمن،...إلخ ذلك.

فلا يتحقق التوازن هنا إلا بوضع نظام قانوني يسهم في ذلك، وهو ما يظهر في الحلول أو التقنيات التي يعمل القانون من خلالها على محاربة عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد. ومن ذلك ما تعلق بمحاربة الغبن والاستغلال.

وفي هذا تقييد للإرادة وخروج عن مبدأ سلطان الإرادة الذي يترك مجال المعاملات المالية بين الأشخاص لقانون المنافسة الحرة بطريق أو عن طريق قانون العرض والطلب، حيث لا دخل للدولة في نشاط الأفراد، والذي يستقر في مرحلة لاحقة محققا بذلك الصالح الخاص، والذي يقتضي معه تحقيق الصالح العام على أساس الالتزام بالإرادة الحرة والمختارة[3].

1- الغبـــن:

لم يكن يهتم القانون الفرنسي القديم بتعادل التزامات المتعاقدين، ويرجع ذلك لاعتداده بمنطق مبدأ سلطان الإرادة، فالعقد هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة وضمانها بين الأفراد، انطلاقا من أن: "كل ما هو تعاقدي فهو عادل". ويؤدي هذا التصور إلى الاعتداد بالتعادل المجرد équivalence Abstraite.

ومع هذا فقد أخذ المشرع الفرنسي بالنظرية المادية في الغبن والمتمثل في عدم التعادل (التوازن) بين أداءات الأطراف، إلا أنه لم يأخذ به على إطلاقها وإنما حصرها على عقود معينة. فيحدد درجة الإختلال بحد أو رقم معين[4].

---

[1]- علي فيلالي، دروس غير منشورة القيت على طلبة الماجيستر، الجزائر، 2007/2006.
[2]- انظر المواد 57،612 مدني.
[3]- أنظر المادة 106 مدني.
[4]- أنظر علي فيلالي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص146 وما بعدها.

ويعرف الغبن بأنه: عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه[1]. فالعقد يكون معيبا إذا بلغ التفاوت بين التزامات المتعاقدين الحد الذي عينه المشرع[2].ومثال ذلك أن يزيد الغبن عن الخمس(5/1) في بيع العقار أو قسمته. المواد 358 و732 ق م.

والعبرة بالتفاوت المادي بين التزامات الأطراف لا بحالتهما النفسية، وعلى هذا يعتبر الغبن عيب قائم بذاته، وهو عيب في العقد لا الرضا.

وتقتضي التوجهات التي يشهدها المجتمع ضرورة معالجة اختلال التوازن بين التزامات الأطراف وفي هذا يقترح الفقه حلولا من شأنها الإسهام في معالجته[3].

فأقترح التصور الموضوعي المتمثل في عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يتحصل عليه، واعتبروه كافيا لإبطال العقد بغض النظر عن الإعتبارات الشخصية والنفسية لكل متعاقد.

ويعتد هذا التصور بالتعادل الحقيقي équivalence concrète والمتمثل في التعادل الفعلي للالتزامات التي يرتبها العقد.

فلا يكفي التعادل الذي ارتضاه المتعاقدان بل العبرة بالتعادل الموضوعي لمضمون علاقة التبادل القانونية، أي التزامات المتعاقدين[4].

ويستمد هذا التصور الذي يكيف الغبن على أنه عيب قائم بذاته، مما كان يسميه رجال الكنيسة "الثمن العدل"، و"الأجر العدل".

إلا أنه يعاب عليه صعوبة تطبيقه من حيث المشاكل التي يمكن مواجهتها بخصوص تحديد الأسعار[5] .

2 ـ الاستغلال[6]:

---

[1]- أنظر السنهوري، المرجع السابق، ص386.

[2]- أنظر المواد 887،1674 مدني فرنسي، والحد أو المقدار عندهم هو 12/7.

[3]- " ويقتصر عادة الغبن على العقود التبادلية والمحددة، لأن العقد الملزم لجانب واحد يرتب التزاما واحدا، كما يتنافى الغرر الذي يميز العقود الاحتمالية مع الغبن". أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص147.

[4]- انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص147، هامش08. إشارة إلى:
A Marabti. Contribution à l'étude critique de la lésion, opu. Vol l.p23.

[5]- أنظر السنهوري، المرجع نفسه، ص387.

[6]- الاستغلال لغة هو الانتفاع من الغير بدون حق، أما اصطلاحا فهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض.
أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص151.

تتقيد الإرادة بإعمال نظريات الاستغلال، ذلك أن مقتضيات العدالة تقتضي حماية المتعاقد الذي وقع في هذا الاستغلال.

وتعد نظرية الاستغلال أو مثل ما تسمى النظرية الشخصية للغبن ،نظام حديث يعمل على تحقيق الحماية للمتعاقد الذي يحتاج لذلك.

فالمشرع يهدف من خلال استحداثها إلى حماية الطرف الضعيف، ذلك أن العقد المتفاوت في التزامات أطرافه يكون منافيا للعدل.

ومفاد هذه النظرية أن التفاوت الذي قد يوجد بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذا لالتزاماته والفائدة التي يحصل عليها يكون ناتجا عن ضعف المتعاقد المغبون من جهة وإلى استغلال الطرف الآخر لهذا الضعف من جهة أخرى[1].

وتكون العبرة هنا بالضعف النفسي الذي نال من سلامة رضاء المتعاقد المغبون، ويجب أن يكون هذا الضعف النفسي مؤثرا، ومستغلا من طرف المتعاقد المستفيد من العقد[2].

ويشترط المشرع بموجب المادة 90 مدني أن تكون التزامات المتعاقد متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك من يرى[3]. أن هذه الفقرة تعد تعريفا إلى الغبن بمفهومه المادي .

ومعيار التفاوت قد يكون بي السعر الحقيقي للشيء وقيمته عند الشخص، ويبدو هذا المعيار ذاتيا نوعا ما، وقد ينظر إليه نظرة موضوعية تكون بحسب قيمة الأشياء في الأسواق.

وتتقيد الإرادة ويحد من دورها، إذ يتعين محاربة الاستغلال مما يتعين معه الإعتداد بالمساواة الحقيقية وليست المجردة.

ولا نعني بالمساواة الحقيقية المساواة التامة، ولكن التعادل النسبي مع المضمون الحقيقي للعقد[4].

---

[1]- "وقد يتمثل هذا الضعف في الطيش البين، أو الهوى الجامح، أو الحاجة الملحة، أو الخفة وعدم الخبرة...".
أنظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص148، هامش10.

[2]- أنظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص1065. وعلي فيلالي، المرجع نفسه، ص148.

[3]- أنظر عسالي عرعارة، نظرية الاستغلال، ماجستير، الجزائر، 1997، ص07.

[4]- المرجع نفسه، ص08-46.

ويذكر الأستاذ بلحاج العربي: أن العبرة في تقدير الاختلال هي بقية الشيء وقت التعاقد وليس بعد ذلك، وأن يعتد بقيمة، الشيء في نظر المتعاقد المتضرر، أي القيمة التي كان على استعداد لدفعها في سبيل حصوله على هذا الشيء[1].

ويرى الأستاذ علي فيلالي أنه: "يجب أن تفوق شدة هذا الميول الحد المعقول، بحيث لا يستطيع المغبوندفعها أو تحملها".

ويضيف قائلا: "هذه الحالة النفسية التي تنال من إدراك وتمييز المتعاقد تتطلب حماية قانونية، وهذا ما يبرر إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء"[2].

وتمثل سلطة القاضي في مجال محاربة الاستغلال مساسا وقيدا يرد على حرية الإرادة، وهو ما يتحتم معه التدخل في الرابطة التعاقدية التي نشأت بالتراضي على نحو يحقق التوازن بين التزامات الأطراف ويمنع هذا الجور والاستغلال.

ويرى الأستاذ علي فيلالي في ما يتعلق بأحكام المادة 90 مدني عموما:

أن المشرع تقدم خطوة إلى الأمام في اعتداده في نظرية الغبن بالتفاوت المادي، وفي هذا أخذ بالمعيار الموضوعي إلا أنه تراجع خطوة إلى الوراء عندما أرجع الأمر إلى المعيار الشخصي، وذلك بالنظر إلى ظروف المتعاقد [3] .

الفرع الثاني: الحالة المتعلقة بعقود الإذعان.

صاحب ظهور الهيئات الكبيرة التي تقوم على تقديم السلع والخدمات الضرورية، ظهور نوع من العقود يسمى بعقود الإذعان.

حيث تلجأ هذه المؤسسات كما هي شركات التأمين، والبنوك.. تسهيلا للتعامل معها إلى إعداد عقود نموذجية سلفا، لتطبيقها على جميع المتعاملين، والذي لا يكون لهم في أغلب الأحوال سوي قبولها سلفا برمتها أو رفضها دون أن يكون لهم مناقشتها .

1 ـ تقييد القبول في العقود:

[1]- أنظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص96.
[2]- أنظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص157.
[3]- علي فيلالي، المرجع نفسه،ص 155.

الوضع العادي في إنعقاد العقد أن تسبقه مفاوضات يتناقش فيها الطرفان في شروطه وأحكامه، إلا أنه قد يحدث– وهذا كثير الوقوع– أن ينفرد الطرف القوي من الناحية الاقتصادية بفرض إرادته على الطرف الآخر، فيعرض عليه شروطا يتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة.

وتشكل النصوص المتعلقة بالمزايدات والمناقصات اعتداء على قواعد القبول والإيجاب، إذ تمثل انتقاضا من حرية التعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه.

ويزداد الأمر شدة في عقود الإذعان[1] . إذ يبدو هذا الاعتداء وذلك الانتقاض بدرجة أكبر، ويظهر ذلك جليا في هذا النوع من العقود احتكار بعض الهيئات والأشخاص لخدمات وسلع ضرورية يكون البقية في حاجة إليها.

وتعرف هذه العقود بعقود الإذعان لأن أحد الأطراف يذعن للشروط التي يمليها عليه المتعاقد الآخر، إذعانا اقتضى تدخل المشرع بنصوص خاصة لحمايته.

ولا ينازع المشرع الجزائري في الصفة العقدية لعملية الإذعان، ويضفي عليها الخصائص التالية:

- أنها شروط مقررة: تقرر من طرف الموجب، والذي يكون هو الطرف القوي في العلاقة.
- أن هذه الشروط غير قابلة للنقاش: ومفاد ذلك أنه لا يحق لمن وجه إليه الإيجاب مناقشته أو اقتراح أي تعديل عليه، فله أن يقبله أو يرفضه جملة واحدة.
- القبول في عقود الإذعان هو مجرد التسليم لشروط مقررة أو موضوعة سلفا.[2]

والنتيجة المترتبة عن هذا الإحتكار هي: إنفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد وبنوده دون قبول مناقشتها أو الإعتراض عليها، وفي هذه الحالة تنعدم إرادة الطرف الضعيف في التفاوض، ويظهر سلطان الإرادة هنا في جانب واحد هو قبول العقد أو رفضه.

حتى أن هناك شكا في مدى توافر هذا الجانب أيضا إذ أن الاحتياج إلى السلعة يدفع إلى القبول.

ويكون القبول هنا مجرد إذعان لما يمليه الموجب، ولا نعني بهذا أن القبول في هذه الحالة لا يعد رضاء، ولكن نريد أن نقرر أن العقد لم يصدر بعد مناقشة ومفاوضة ولا يستطيع الموجب إلا ان يأخذ أو يدع.

---

[1]- وتقضي في هذا الشأن المادة 70 مدني بأنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

[2]- "يظهر أن المشرع اختار هذا التعبير لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه والذي قد يتعسف في ذلك كما يظهر أيضا سيطرة وقوة الموجب بالنسبة للطرف المذعن". انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 60-61.

وتعتبر من قبيل عقود التأمين والنقل وعمليات البنوك ... بالإضافة إلى عقود الإذعان بالمفهوم التقليدي كالعقود المبرمة مع مؤسسات الماء، والكهرباء، الهاتف ... وقد كان من نتائج ذلك أن تدخل المشرع في بعض المواضيع ليضع بنفسه ما يتعين أن يشمل عليه العقد، وذلك حفاظا على موازنة مصالح الأطراف المتنازعة، وحتى لا يطغى طرف على طرف نتيجة إلى عدم التكافؤ في المقدرة التفاوضية.

فتحتم هذه الظروف والمعطيات الجديدة على المشرع ضرورة إعادة التوازن لصور جديدة من الإحتلال التعاقدي على الرغم من أن عدم المساواة الفعلية بين الطرفين ليست فكرة جديدة، إلا أنها أصبحت تتخذ صورا ومظاهر جديدة.[1]

ولعل من أهم هذه الصور محاربة الشروط التعسفية التي يضعها الطرف القوي في العقد، والتي لا يمكن للطرف الضعيف إلا أن يذعن لها بسبب حاجته لها.

ولأجل ذلك أيضا تتدخل الدولة في تكوين العقد باشتراكها مع إرادة الطرفين، فهي تحل ولو جزئيا محل إرادتهما، ويأتي تدخلها كطرف ثالث حيث تشترط إذنها لإمكان إبرام التصرف وبهذا لم يعد هذا التصرف خاصا، حيث فقد طابعه الخاص وصار عقدا عاما.

ويسمى العقد في هذه الحالة بالعقد المأذون contrat autoriséكما قد يستغنى عن فكرة العقد بفكرة أخرى جديدة هي فكرة العقد الواقعي أو الفعلي contrat de faitأو ما يسمى كذلك بالعلاقة القانونية relation contractuelleوذلك حين يطيل المشرع أمد العقد بعد انتهاء المدة المحددة له في الاتفاق.[2]

وأكثر ما يتدخل المشرع في تحديد مضمون العقود، في عقد العمل وعقد التأمين، الخ ذلك.

وذلك بنصوص قانونية أو تنظيمية دون نظر إلى إرادة الطرفين.

2- محاربة الشروط التعسفية:

[1]- انظر سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 79-80.

[2]- " ومثاله بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء المدة المحددة للإيجار، حيث لا يعد بقاؤه بعد انقضاء المدة عقدا بالمعنى التقليدي بل عقدا فعليا، ومثاله كذلك العقد الواقعي في الشركة الواقعية أو الفعلية société de faitحيث تخلف الشكل أو إجراءات الشهر حمل بعض التشريعات القول بالشركة الفعلية، فالبرغم من تخلف بعض عناصر العقد، فتترتب عليه آثار معينة لا يجوز تجاهلها.

كما نجد فكرة العقد الغعلي في علاقة العمل التي لا تستند إلى عقد، أو تستند إلى عقد باطل وتترتب عليه أثار ولو على سبيل الإستثناء، فالنظام القانوني ينظم هنا مراكز تعاقديةكان القياس يقتضي تجاهلها بسبب نقص عناصر أساسية فيها. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 279.

خروجا عن الأصل من أنه يحق للمتعاقدين أن يضمنوا عقودهم ما يشاؤون من الشروط بشرط أن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

حاول المشرع التخفيف من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فأجاز للقاضي بناء على طلب الطرف المذعن أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه منها كلية.

ويبرز دور القاضي هنا كاستثناء يرد على سلطان الإرادة، إذ يستطيع مثلا خفض سعر السلع إلى الحد الأدنى الذي يتقرر معه تحقيق التوازن، وذلك رغم اتفاق الأطراف على ثمن محدد.

وفي هذا قيد على حرية البيع والشراء والتي تعتبر قوام مبدأ سلطان الإرادة.[1]

فتخويل المشرع للقاضي سلطة تعديل التزامات احد الطرفين أو الآخر إذا ما توافرت ظروف معينة تجعل مثل هذا التعديل ضروريا لتحقيق العدالة، بالرغم مما فيه من مساس بما للعقد من قوة ملزمة على النحو المتقدم.

ولعل من أهم الحالات التي يجوز فيها للقاضي إجراء مثل هذا التعديل حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ذلك أن هذه العقود تتميز بكون أحد طرفيها يحترف التعامل ويكتسب من هذا الإحتراف خبرة تمكنه من صياغة عقوده بما يحقق مصالحه الخاصة.[2]

فيعمل المشرع على وضع نوع من الحماية القانونية للطرف المذعن تظهر في قواعد التفسير، والتي تتمثل في منح أو تخويل القاضي سلطة تعديل العقد إذا كان قد تضمن شروطا تعسفية تمس بمصالح الطرف المذعن.

وذلك بتعديل هذه الشروط ذاتها من خلال رفع ما فيها من تعسف إذا كان ذلك ممكنا، وإما بإعفاء الطرف المذعن منه نهائيا وفقا لما تقضي به العدالة.

---

[1]- " فالعقد شريعة المتعاقدين، ولكن بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد فمن الظلم القول بأنه شريعتهم.
ويقوم مبدأ حرية التعاقد كأصل على حرية أطراف العقد في التفاوض توخيا لما يصيب مصالحهما، بالإضافة إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يرمي إلى تقرير حرمة العقد.
بيد أن المبدأ يعاني اليوم بظه
ور هذه الطائفة من العقود من اعتداءات تنخر في صلبه وتحد من تطبيقه، أدت إلى الحد من دور الإرادة". انظر أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص 240.

[2]- انظر مصطفى الجمال،مصادر الإلتزام،ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية،مصر،1999 ، ص 310.

ومجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان ما قد يشترطه الموجب فيها لمصلحته من حق في العدول عن العقد، أو وقف تنفيذه أو حق في تعديل الثمن أو إعفاء من المسؤولية، أو تقييد حق الطرف المذعن في إبداء الدفوع، أو تقييد حريته في التعاقد مع الغير... الخ ذلك.[1]

وهناك من يرى أن محاولات الفقه والقضاء، وقبلهم المشرع لحماية الطرف الضعيف لا تحدث الأثر والمفعول نفسه الذي تحدثه المنافسة الحرة في تقديم الخدمات والسلع.

فكلما قل الإحتكار وزادت المنافسة، كانت هناك فرصة أمام المتعاقد للإختيار بين ما يراه أحسن له وأنسب.

وكمثال عن ذلك: فتح المجال لشركات التأمين يضع ويولد حرية اختيار أكبر أمام الراغب في التأمين.[2]

المطلب الثاني: القاضي ومراجعة مضمون العقد

قد تصل أقصى درجات المساس بالإرادة عند حلول إرادة القاضي محل إرادة الفرد في تحديد مضمون التصرف، حيث يمنح القانون له سلطة مراجعة مضمون العقد.

وتعد نظرية الظروف الطارئة حالة أخرى أمكن المشرع من خلالها مراجعة العقد، وتتميز هذه الحالة بكون التفاوت بين الأداءات يكون وقت تنفيذ العقد لا ابرامه (الفرع الأول).

ولقد بين المشرع شروط إعمال أحكام النظرية والطرق والكيفيات التي يمكن من خلالها للقاضي مراجعة مضمون العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مراجعة مضمون العقد

هناك عقود لا تنفذ فورا وإنما بعد فترة من انعقادها أو خلال فترة زمنية قد تطول، وخلال ذلك قد تتغير الظروف التي أبرمت فيها على نحو يهدد أحد الطرفين بخسارة.[3]

ففي هذه الحالة لا شك أن العدالة تقتضي تعديل العقد على نحو يخفف من الخصارة، وهنا تبرز القوة الملزمة للعقد كحائل دون ذلك، فأي هذين الاعتبارين يجب تغليبه؟.

---

[1]- المرجع نفسه، ص 312.

[2]- انظر حسان نادية، علاقات العمل الفردية في القانون الجزائري:تكريس ثنائية حرية التعاقد و التأطير القانوني،مجلة دراسات القانونية،تلمسان،2007، ص 117.

[3]- ومثال ذلك عقود توريد الخدمات، فيصير تنفيذ التزامات المورد بالسعر المتفق عليه يهدده بخسارة فادحة.

بناء على المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكم العقد، حيث تم الحد من الحرية التعاقدية من خلال فرض مضمون العقد، أو فرض بعض أحكامه وشروطه.[1]

وبهذا يوجد المتعاقدان في وضع قانوني يختلف عن الوضع الذي أراده من قبل، إن لم يكن على نقيضه، ويبرر التدخل في تحديد مضمون العقد بهدف بلوغ غرض اقتصادي أو إجتماعي.[2]

1-الأصل تنفيذ العقد وفق مقتضيات حسن النية:

يلتزم الأطراف بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ما دام نشأ صحيحا ملزما، وذلك في النطاق الذي لا يصطدم فيه مع النظام العام والآداب العامة.

فيطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق القانون، لأنه يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية، فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.[3]

ويكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معا، إما باتفاقهما أو إعطائهما هذا الحق لأحدهما عند التعاقد، ويسري هذا التحريم في حق القاضي كذلك ولو بدعوى العدالة[4].

ويضع القانون في تحديد مضمون العقد معيار خصب، يظهر في الضوابط والمعايير التي جاءت بها المادة 02/107 مدني: "...بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته..."

ويستدل من هذا النص أن المضمون الإلزامي للعقد يمكن أن يزيد على مضمونه الإرادي، أي أن إرادة الطرفين تتقيد بهذه المقتضيات، إذ لم تعد هي المصدر الوحيد لالتزامها وحقوقهما، بل يشاركها في هذه المهمة القانون والعرف والعدالة[5].

فإذا ما أغفل المتعاقدان بعض التفاصيل سهوا أو لكونها أمرا مألوفا بين الناس يكون العقد ناقصا، ويتولى عندها القاضي إكماله على ضوء الضوابط السابقة[6].

---

[1]- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 43.

[2]- انظر عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص 274.

[3]- كما لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة واحدة فهو وليد إرادتين، وما تعقده إرادتين لا تحله إرادة واحدة. انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97.

[4]- هذا وقد يكون نقض أو تعديل العقد لسبب يقرره القانون مثل العقود التي ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها كالوكالة والوديعة. كما قد ينص على جواز تعديل العقد كما في جواز تعديل الشرط الجزئي.

[5]- أنظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص35.

[6]- أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص292-293.

وفيما يتعلق بتنفيذ العقد بحسن النية، فإنه تتقيد الإرادة كذلك بمقتضيات هذا المبدأ والذي يقتضي أن يكون التصرف وفق شرف التعامل بين الناس. م02/107 مدني.

فلا بد أن يراعي كل طرف هذا المبدأ، والذي يتمثل بشكل عام في واجبات رئيسية يتحتم على الأطراف مراعاتها. ومنها الصدق والأمانة والاعتدال والتعاون، كما يجب على كل طرف إخبار الآخر بجميع البيانات والمعلومات التي يتطلبها تنفيذ العقد، والابتعاد عن كل ما من شأنه التشديد من أعباءه، أو التقليل من الفائدة التي يرجوها منه.

ويعتبر الشخص كذلك سيء النية إذا صدر عنه أي تصرف لا يصدر عن الشخص المعتاد والموضوع في نفس الظروف، كما يقتضي هذا المبدأ ألا يتعسف كل منهما في تنفيذ حقه الناشئ عن العقد، وإن لم يقم بذلك على الوجه السليم عد سيء النية[1] .

وهناك من يرى أن هذا المبدأ يعد قيد يرد على دور الإرادة في مرحلة تنفيذها للعقد فتتقيد الإرادة باحترام مقتضيات العدالة، ما يؤدي إلى نبذ التصرفات التي تحتوي على استغلال أو اختلال في التزامات الأطراف[2].

2 ـ تغير ظروف التعاقد:

استحدث المشرع نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني لسنة 1975. المادة 03/107 منه، وتعد انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد، وتفيد كذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة، بحيث أصبح المتعاقد في البعض الحالات غير ملزم بما تعهد به.

فالأصل كما سبق تبيانه أن ينفذ العقد وفق الشروط التي وضعها أطرافه، ولكن تقتضي قواعد العدالة مراجعته وذلك بسبب الاختلال الخطير لتوازن العقد من جراء هذا الحادث.

وهنا تتقيد إرادة الأطراف ويحد من دورها ذلك أن الالتزامات التي تم تقريرها بإرادة الأطراف تعدل من طرف القاضي بالرغم من عدم قبولهم.

ويبرر ذلك بمراعاة مقتضيات قاعد العدالة والإنصاف، حيث لا يجوز الإبقاء على الاختلال الفادح بين التزامات المتعاقدين عندما يحدث ذلك جراء ظروف تطرأ بعد تكوين العقد، ولا يد للطرف المرهق يد فيها.

[1]- أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص292-293.
[2]- أنظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص94.

وهناك من يرى: أنه كان ينبغي على المشرع وضع هذه الفقرة استثناءا من المادة 106 مدني.

إذ الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، يجب على كل منهما أن التزاماته الناشئة عنه بكل أمانة وحسن نية، غير أنه قد تجد خلال تنفيذ العقد ظروف لم تكن متوقعة عند انعقاده تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقة تهدده بخسارة فادحة[1].

وتقتضي العدالة هنا مراجعة مضمون العقد بهدف إعادة التوازن للاختلال الذي وقع بين أداءات الأطراف.

وتضع نظرية الظروف الطارئة مبدأ عام سجلته جل التشريعات الحديثة يسمح للقاضي بتعديل العقد– خلافا لما تقضي به القوة الملزمة له– إذا طرأت ظروف استثنائية عامة ترتب عليها إخلال بالتوازن بين التزامات الطرفين.

فقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة آثار قانونية، وعندهم الغبن ضرب من الربا المحرم، وهو إثراء دون حق.

وقد قامت الصياغة الفنية للنظرية عندهم على أساس قاعدة تغير الظروف (REBUS SIC STANTIBUS)

فيفترض أن العقد شرط ضمني مفاده أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغير جوهري، فإذا ما تغيرت وجب تعديل العقد.

أما بخصوص الفقه الإسلامي فإنه: يغلب في الأصل اعتبارات العدالة على القوة الملزمة للعقد كلما دعت الحاجة، لذلك لم تقم الحاجة لديه لوضع نظرية عامة للظروف الطارئة[2].

وبالرغم من ذلك هنالك نظريات شبيهة بها كنظرية العذر، حيث يجيز الفقهاء فسخ العقد للعذر، ويقولون أنه لو لزم تنفيذ العقد لترتب عليه ضرر يلحق بصاحبه[3].

[1]- انظر عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص98. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص321.

[2]- انظر مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص314. ويرى الأستاذ السنهوري أن هذه النظرية تقوم على إسعاف المتعاقد المضرور عندما يختل التوازن العقدي، ولها أثر في الفقه الإسلامي، وسلم رجال الفقه الإسلامي بالنظرية في بعض العقود. خاصة عقد الإيجار فيفسخ بالعذر في المذهب الحنفي. المرجع السابق، ص707.

[3]- انظر عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص98.

ومجال تأثير نظرية الظروف الطارئة هي العقود الملزمة للجانبين، والمقصود من التعديل هو إعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب الظرف الطارئ.

إذ تفترض هذه النظرية عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل كعقد التوريد، وعند حلوله فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه، قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل بذلك التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا.

واو أن الحادث الطارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام[1] ولا تنطبق هذه النظرية على عقود الغرر.

وتعد نظرية الظروف الطارئة الثغرة التي ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضاء الآخر[2].

الفرع الثاني: شروط وكيفية مراجعة مضمون العقد.

لم يقيد المشرع نطاق هذه النظرية بصنف معين من العقود، فيشترط فقط أن يكون هناك فاصل زمني بين وقت إبرام ووقت تنفيذه على أن يحصل الحادث الطارئ خلال تلك الفترة، فقد يكون العقد زمنيا وقد يكون فوريا مالم يكن تنفيذه قد تم حال إنعقاده[3].

فالأساس الذي تقوم عليه النظرية يقتضي أن تكون هناك فترة زمنية تفصل ما بين إحداث العقد وتنفيذه.

ويستثني من نطاق هذه النظرية العقود التي يكون محل التزامها نقودا[4].

ويشترط القانون لإعمال أحكام نظرية الظروف الطارئة شروط لا بد توافرها، كما يحدد كيفية مراجعة التزامات الأطراف، وللفقه دور في هذا الجانب أيضا.

أولا- شروط الظرف الطارئ:

---

[1]- انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص705.

[2]- " تعرضت النظرية إلى المساس فلم يقر بها، وحاول بعض الفقهاء إيجاد سند لها في المبادئ العامة للقانون المدني فقيل أن النظرية تقوم على أساس حسن النية، وهو ما يقتضي عدم تعسف الدائن في استعمال حقه بمطالبة المدين بتنفيذ الالتزام عندما أصبح مرهقا، ويرد خصوم النظرية أن حسن النية يقتضي تنفيذ الأطراف ما اتفقا عليه لا أن يعدله القاضي". انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص709.

[3]- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص299-300.

[4]- انظر المادة 95 مدني.

لم يحدد المشرع الحادث الطارئ: ويشمل كل الأحداث أيا كانت طبيعتها اقتصادية، اجتماعية، سياسية، قوانين، إجراءات إدارية، أو جبائية...إلخ ذلك. ويشترط المشرع أن يكون الحادث: حادث استثنائي، عاما، وغير متوقع.

أ- حادث استثنائي:

هو الحادث غير المألوف، والذي يندر وقوعه، وذلك بحسب السير العادي للأمور.

فهو حادث لا يقع في الظروف العادية. ومثال ذلك الزلزال، الفيضانات، الوباء، الحروب... وهناك من ينسب صفة الاستثنائية إلى أثار الحادث وليس للحادث نفسه، على أساس أن الحادث في حد ذاته مألوفا كالتضخم. غلا أن الآثار التي تترتب عليه تكون كبيرة قد تخرج عما هو معتاد ولا يبدوا ثمة وجه للتفرقة بين الآثار الاستثنائية للحادث نفسه[1].

ب- حادث عاما:

ينبغي أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة، فتمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم، بمعنى أن أثر هذا الظرف لا تقتصر على المدين. كحالة الفيضان.

وألا تقتصر على المدين وحده كحالة إفلاسه أو إتلاف ممتلكاته، أو حريق محصوله ... حيث لا تكفي هذه الحوادث لإعمال أحكام النظرية.[2]

ويعتبر عدم الإعتداد بأي ظرف خاص بالمدين بمثابة ضمانة لعدم الغش من جانبه، وذلك بادعائه خلاف الواقع، وتقدير ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع.[3]

وفي هذا تتميز نظرية الظروف الطارئة كذلك عن القوة القاهرة ذلك أن هذه الأخيرة هي حادث استثنائي غير متوقع، لكنها ليست عامة فهي تتمثل في حادث فردي يخص المدين دون غيره.

ومن هذا يتبين أن شرط العمومية يعتبر وسيلة لتضييق مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة.[4]

ج- حادث فجائي أو غير متوقع:

---

[1]- انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص300.
[2]- انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 322. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص 99.
[3]- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 257.
[4]- " فلا يطلب هذا الشرط في القوة القاهرة وهي أشد خطورة من الظرف الطارئ، حيث تجعل تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا. انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص376.

مفاد ذلك أن يكون الحادث مفاجئا، أي يخرج عن المألوف ولم يكن في الوسع توقعه (Imprévu) حيث لا يستطيع الرجل العادي وخصوصا المدين توقعه عند إبرام العقد، وإلا لاحتاط لذلك.[1]

ويعتبر هذا الشرط في الحقيقة مكمل للشرط الأول ذلك أن الحادث غير المتوقع هو الحادث الاستثنائي، وفي هذا يرى الأستاذ علي فيلالي أن: "المشروع أورد هذه الصفة من باب التذكير والتأكيد على أن مراجعة العقد هي حالة استثنائية فقط".

ويتساءل البعض عما إذا كانت بعدم توقع الحادث في حد ذاته، أم هي بعد توقع النتائج المترتبة على الحادث؟[2]

أن عدم التوقع ينصرف إلى نتائج الظرف الطارئ لأن ما يترتب عنه من آثار هي التي تكون غير متوقعة، وتؤدي إلى الإختلال بين الأداءات المتقابلة.

ويقول آخرون: إذا كان الظرف الطارئ غير المتوقع لا يحدث إلا نتائج غير متوقعة، فإنه قد يحدث عن حادث متوقع نتائج غير متوقعة وغير منتظرة.

والمعيار هنا هو موضوعي يجب أن يكون تحديده في ضوء الظروف المحيطة بالعملية وذلك بالنظر للرجل العادي وليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصية.

فما هو متوقع بالنسبة لشخص قد لا يكون بالنسبة لآخر[3]، فإذا كان في وسع الرجل العادي توقعه فلا يعتبر هذا الحادث غير متوقع، ولو لم يتوقعه المدين.

فإذا كان الحادث متوقعا، وفي الاستطاعة دفعه فلا يؤخذ به لإعمال أحكام هذه النظرية.[4]

ويرى الأستاذ محمد صبري السعدي أنه: " لا يكفي أن يكون الحادث استثنائيا عاما وغير متوقع، بل يجب ألا يكون في الاستطاعة دفعه أو تحاشيه، فالمدين يلتزم بأن يتخطى الحوادث التي تعجزه عن الوفاء بالتزامه إذا كان في وسعه ذلك".[5]

---

[1]- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 256-257. ومحمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 323.
[2]- انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 301.
[3]- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 257. وعلي فيلالي، المرجع السابق، ص 301.
[4]- انظر قرار المجلس الأعلى، المؤرخ في 1968/12/13، النشرة السنوية، 1968، ص 49.
[5]- انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 323. ويضرب مثلا : أن انقطاع المواصلات انقطاعا عارضا يمكن التغلب عليه برجوع المواصلات سريعا إلى ما كانت عليه أو باستعمال طرق أخرى للنقل غير التي انقطعت ومن ثم لا مجال لتطبيق النظرية.

ويضاف إلى الشروط السابقة المتعلقة بالحادث شرط يتعلق بالالتزام في حد ذاته، ومفاده أن يصبح أو يصير الإلتزام مرهقا، وأن لا يبلغ درجة استحالة التنفيذ.[1]

ويعتبر الالتزام مرهقا متى كان يهدد المدين بخسارة فادحة، ونظرا لعدم وضع معيار دقيق لتقدير الخسارة فالمشرع بهذا يخول القاضي سلطة تقديرية واسعة، وخاصة عندما يأخذ القاضي بعين الاعتبار حالة

المدين التي تختلف من عقد إلى عقد ومن شخص لآخر، أي بالرجوع في ذلك إلى معيار ذاتي.[2]

ويتم التقدير بالنسبة للحاضر، ولا شأن للقاضي بالنسبة للمستقبل لأنه غير معروف، فقد يزول الحادث المفاجئ ويرجع العقد إلى ما كان عليه، وترجع له بالتالي قوته الملزمة.

فللمتعاقد المهدد بالخسارة أن يطلب من القضاء تعديل العقد بما يزيل الإرهاق عنه تبعا للظروف، وحتى يترتب على الظرف الطارئ تعديل العقد لابد أن تترتب عليه تعرض المتعاقد لخسارة فادحة إذا ما أجبر على تنفيذ التزاماته كما حددها العقد، ومعيار تقدير فداحة الخسارة هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى صفة محل التعاقد.[3]

ثانيا- كيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

يتضح من نص المادة 03/107 مدني أنه إذا توافرت الشروط السابقة **جاز** للقاضي تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

إن الأخذ بالمعنى الحر في نص المادة يوحي بأن القاضي مخير في مراجعة الالتزام، ولكن ذلك يتنافى مع حكمة وهدف المشرع من وراء إقرار هذه النظرية.

وما يمكن ملاحظته في شأن الجزاء الذي تقرره المادة 03/107 مدني أن النص من النظام العام، فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافه.

---

[1]- فإذا كان الحادث يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام كان قوة قاهرة يترتب عليها انقضاؤه طبقا للمادة 307 مدني، ومن ثم انفساخ العقد بقوة القانون.

[2]- انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 377.

[3]- انظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 323.

ولا يحمل لفظ "جاز" الذي أورده المشرع في نص المادة على أن القاضي مخير في تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، وإنما عليه إعمال أحكامها عند توافر شروط الظرف الطارئ.[1]

فيوجب القانون عليه رد الالتزام إلى الحد المعقول حتى يستطيع الندين تنفيذه، بمشقة ولكن من دون إرهاق.[2]

ويرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لإنقاصه للكمية المتفق عليها مثلا، وهناك من يرى أنه يمكن رد الالتزام المرهق بزيادة التزام الدائن كزيادة الثمن المحدد في العقد.

وتعتبر كذلك عملية وقف تنفيذ العقد تنفيذا إلى حين زوال الظرف الطارئ أو آثاره من وسائل رد الالتزام المرهق، كأن يوقف القاضي التزام المورد فترة معينة من الزمن.

وهناك من يرى أنه يمكن فسخ العقد، إلا أن هذا الطرح لم يسلم من النقد.[3]

أ- إنقاص التزام المدين:

هناك من يرى[4] أن هذه الطريقة هي الوسيلة الوحيدة الممنوحة للقاضي والتي يتمكن من خلالها من مراجعة مضمون العقد في إطار نظرية الظروف الطارئة.

ويرجع ذلك إلى الأسباب التالية: بالرجوع إلى النص أو من ظاهر النص يتبين أنه: على القاضي النظر في الالتزام المرهق وهو بطبيعة الحال التزام المدين.

وبالرجوع إلى النص الفرنسي والذي يعتبر هو النص الأصلي للمادة نجد أن المشرع استعمل عبارة "réduire" ومعنى ذلك الإنقاص.

بينما يتبين من النص العربي وهو النص الرسمي استعمال عبارة "رد الالتزام المرهق" وإذا كانت العبارة يمكن تأويلها فتكون على النحو التالي: "إنقاص التزام المدين أو زيادة التزام الدائن ... فإن التأويل الأول يكون أكثر اتفاقا وملائمة مع النص".

---

[1]- انظر السنهوري، المرجع السابق، ص 728. وبلحاج العربي، المرجع السابق، ص 260. حيث يرى أن "حكم المادة 03/107 من النظام العام، فيبطل كل اتفاق يقضي باستبعاده. وقد أراد المشرع بهذا التحريم أن يتفادى تحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف، وبذلك يضمن الأخذ بحكم تمليه قواعد العدالة والإنصاف.

[2]- انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص 723.

[3]- انظر بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 260.

[4]- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 378.

ب- زيادة التزام الدائن:

هناك من يرى أنه يمكن للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق (التزام الدائن) حتى يتوازن مع التزام المدين.[1]

وهذا الرأي قابل للنقد[2] لسببين:

أولا: وضوح النص الذي لا يتطلب أي تأويل، وذلك بالنظر في التزام المدين.

ثانيا: فإن المشرع في الحالات التي يرى فيها أن زيادة التزام الدائن هي وسيلة مراجعة مضمون العقد، فإنه ينص على ذلك صراحة، مثل ما فعل في المادة 03/561 مدني.

والتي تقضي بأنه: "على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد جاز للقاضي بأن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

ويتساءل الأستاذ فيلالي: عن الأساس القانوني لزيادة التزام الدائن، فالتزام الدائن مصدره الإرادة، فكيف يلزم بغيرها خاصة وأن الأمر لا يتعلق بما يسمى بمستلزمات العقد.[3]

وهنا نلمس مظهر آخر من مظاهر تقييد الإرادة حيث يحد من دورها، فتلتزم بغير ما تريد.

ج- وقف التنفيذ مؤقتا:

هناك من يرى أن وقف التنفيذ بعيد كل البعد عن أحكام المادة 03/107 مدني، وهناك من يرى أنه يمكن وقف تنفيذ التزام المدين، إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق بالدائن، ويكون ذلك نوع من نظرية الميسرة التي نص عليها القانون في المادة 181 مدني، ولكن بشرط ألا تزيد مدة الوقف عن السنة.[4]

د- فسخ العقد:

[1]- انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 101. وخليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 113.
[2]- انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص 723.
[3]- انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 380-381. ويرى كذلك أن: "إضافة هذه الفقرة لنص المادة 561 ق م ليس له مبرر سوى الحل الاستثنائي الذي تتضمنه". ويضيف قائلا: "ولو رأى المشرع أن المادة 03/107 ق م يسمح للقاضي بزيادة التزام الدائن لما أضاف هذه الفقرة".
[4]- انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 101.

تثار المشكلة فيما يتعلق بالفسخ، حيث يرى البعض أنه لا يجوز الفسخ، ذلك أن النص لا يسمح للقاضي إلا برد الالتزام المرهق للحد المعقول لا الفسخ، فتوزع بذلك تبعة الحادث المفاجئ بين الطرفين.[1]

ويرى الأستاذ بلحاج العربي أنه: "لا يجوز للقاضي أن يقضي بالفسخ عند توافر الظرف الطارئ، فيلقي بعبء الحادث عاتق الدائن بدل المدين، بل يجب عليه كما ورد في المادة 03/107 مدني رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وتوزيع عبء الحادث على طرفي العقد".

فالفسخ يتنافى مع النظرية التي ترمي إلى إنقاذ العقد، ولا يعتد به إلا عند عدم التنفيذ.[2]

في حين يرى آخرون: أنه يجوز الفسخ كوسيلة لرفع الإرهاق، خاصة في حالة ارتفاع الأسعار ارتفاعا فاحشا يتعذر معه على المدين تنفيذ التزاماته ولو زاد القاضي في التزام الدائن.[3]

كما أن الأستاذ علي علي سليمان يقول بأنه: "ليس للقاضي أن يحكم بفسخ العقد، وهنا يختلف النص عن نص القانون البولوني الذي استمد منه، والذي يجيز للقاضي الفسخ، كما يختلف عن حكم الشريعة الإسلامية التي تجيز فسخ العقد للضرر".[4]

ويرى الأستاذ علي فيلالي ضرورة تميز الفسخ هنا وذلك بهدف الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وفسخه بسبب عدم تنفيذه طبقا للمادة 119 مدني، إذ يطالب المدين هنا بالتنفيذ بمقابل، ويلزم المشرع القاضي عند التعديل بالموازنة بين مصالح الأطراف.[5]

[1]- انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 727.
[2]- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 260.
[3]- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 381 هامش 43.
[4]- انظر علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 101.
[5]- انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 377 وما بعدها.

تعد الإرادة مناط التصرفات القانونية وأساسها، ولأجل ذلك فقد أحاطها القانون بعناية خاصة، تظهر في التنظيم القانوني الذي أولاها به والذي يظهر ويتجلى بوضوح في الشروط التي يجب أن تتوافر فيها كي تكون معتبرة ويعتد بها قانونا.

وهنا يظهر الاختلاف بين الارادة كمفهوم قانوني عنه في العلوم الأخرى إذ الإرادة من المنظور القانوني لا تزال بمثابة واقعة لا يعتد بها ولا يترتب عليها أي أثر ما لم تتوافر لها شروط وتتصف بمواصفات معينة.

وانطلاقا من كون الإرادة ظاهرة نفسية فهذا يستدعي ضرورة نقلها وتحويلها من كامن النفس إلى العالم الخارجي، وذلك من خلال التعبير عليها ذلك أنه لا يعتد بالأمور الخفية ما لم يعبر عنها.

ولقد عرف مفهوم الإرادة تطورا ملحوظا نتيجة للمستجدات وتغير الظروف، فمن إرادة باطنه إلى إرادة ظاهرة إلى إرادة يمكن التعرف عليها أو استخلاصها.

لم تعد الإرادة مصدر الحقوق والواجبات كما كانت من قبل، بل صارت تتقيد من حيث تصورها بالقانون، فهي ليست تلك التي يريدها صاحبها وإنما تلك التي يفهمهما المخاطب بها.

يعتبر التعبير الوسيلة المادية التي يتم الكشف بها عن الإرادة، إلا أنه لم يعد مجرد ثوب ترتديه الإرادة بل صار دليلا عليها لا يقبل إثبات العكس، وعلى أساسه تترتب الآثار القانونية.

نجد أن أساس إلتزامات الأفراد صار يرجع ويعود إلى الإرادة المعلنة، والتي تقف عند المظاهر المادية المحسوسة، أي بمنظور موضوعي بعيد كل البعد عن الأمور النفسية.

في حال عدم التعبير السليم عن الإرادة أو مثل ما يقال "القلب قاصد واللسان عاجز" فاختلفت بذلك الإرادة الباطنة عن تلك التي عبر عنها فإن البحث عن حقيقتها يحتم إتباع قواعد موضوعية في التفسير وهو ما يعتبر هو الآخر قيد آخر عليها.

تتقيد الإرادة عند تأويل الشك في التعرف على الإرادة، إذ يتم تأويله وفق ضوابط قانونية، حيث يؤول الشك لمصلحة المدين في العقود العادية، وفي مصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان، ولو لم تتجه إرادتهم إلى ذلك.

هذا عن مفهوم الإرادة أما بالنسبة لدورها فلقد تبين أن مبدأ سلطان الإرادة لعب دورا رئيسيا في نشأة العقود وفي تحديد أثارها بطبيعة الحال مسايرة للتوجهات التي كانت سائدة، والتي قلصت من سلطة القانون أمام سلطة الأفراد.

فجعلت هذه الأخيرة هي الأساس، أما القانون وإن وجد لتنظيم هذه التصرفات فإنه يكون في شكل قواعد مكملة لإرادة الأفراد وليس موجها ولا ملزما لها.

إلا أن جعل الإرادة مصدر لكل الحقوق والالتزامات فيه إغراق ومبالغة، فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقده لأنه أراد ذلك فحسب، بل هناك إعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافره في المعاملات، والثقة التي يولدها التعاقد في نفس المتعاقدين.

وعلى ذلك يجب من ناحية أن تظل الإرادة مصدر للإلتزام، ولكن يجب من ناحية أخرى ألا تكون هذه الإرادة مطلقة، فلا بد أن تكون هنالك أدوات قانونية وقواعد تنظيمية تقيدها.

ويظهر ذلك في التطور الذي شهدته التصرفات القانونية بصفة عامة والعقود بصفة خاصة، فمن عقود المبادلة إلى عقود التنظيم أو العقود المنظمة (contrat d'organisation) ومن واقع يعتمد على إرادة تقابلها أخرى إلى واقع آخر يتميز بكثافة ومحدودية الإرادات.

هذه التطورات أدت إلى اتساع الناحية الاجتماعية للعقد على الناحية الفردية، إذ لم يعد يخص المتعاقدين فحسب بل أصبح "واقعة اجتماعية تهم الحياة الاجتماعية والاقتصادية في الدولة كلها".

وهو ما أمكن للمشرع أن يتدخل كلما رأى في تدخله تحقيق للمصلحة العامة، وهذا حتى لا تكون الإرادة أداة تستعمل لتحقيق مصالح بعض الأشخاص على حساب بعضهم الآخر.

لم تعد الحرية الفردية هي تلك التي تبيح لصاحبها أن يقوم بما يشاء بل قيدت هذه الحرية إلى الحد الذي تتحقق فيه مصالح الفرد والمصلحة العامة للمجتمع.

ترك المشرع للأفراد في إبرامهم للعقود مجالا سواء في تكوينه أو تنفيذه، ولكن من جهة أخرى تدخل للحد من قوة الإرادة وفرديتها، وذلك بتوجيه هذه العلاقة وإضفاء الصفة الاجتماعية عليها، فهي تتقيد بما يستهدفه الصالح العام والتوازن الاقتصادي.

حيث برزت ضرورات تستدعي الحد من دور الإرادة وحريتها "حرية الفرد في أن يريد أو لا يريد" وتتوقف على ما من شأنه أن يحد منها.

أخذت طريقة التنظيم أو التوجيه التعاقدي التشريحي تحل في العقد محل نظام الرضائية وسيادة الأفراد فالقانون يعترف للإرادة بدور إلا أنه محدود بالقيود الموضوعية المقررة، حيث لم يعد لها سلطان إلا إذا تصرفت وفق الضوابط التي وضعها القانون.

فبعد أن كان توافقيا يتم في إطار الحرية المتمثلة في إرادتين متساويتين مستقلة كلتاهما عن الأخرى صار عملية موجهة، إما بواسطة المشرع تارة والقاضي تارة أخرى أو بواسطة أحد المتعاقدين الذي ينفرد بوضع شروطه وفرضها على المتعاقد الآخر كما في عقود الإذعان وفي هذا تجريد كبير للعقد من طابعه التعاقدي.

أصبحت قواعد النظام العام الاقتصادي لاسيما الاجتماعي منه كثيرة ومختلفة، يجب على الأشخاص مراعاتها في تصرفاتهم التي يقومون بها، وذلك حماية لمصالح الفئات الضعيفة تعاقديا.

لم يعد يصلح ويتلاءم مع المنطق اليوم القول بأن كل ما هو تعاقدي فهو عادل، ولم يعد الإعتداد بالمساواة المجردة في العقود، حيث صارت هناك حاجة لحماية الفئات الضعيفة تعاقديا، لذا وجب التدخل لتحقيق مساواة فعلية وهو ما لا يتحقق إلا بتقييد إرادة الطرف القوي.

يتبين كذلك كيف أخذ الطابع العام أو الجماعي يتزايد في العقود، حيث صار العقد إلى جانب كونه ذا طابع خاص صار ذا طابع جماعي.

وعليه **فالإرادة التي كانت مصدر الحقوق والواجبات، وتمثل السلطان والقانون** الذي يجب أن يحترم، لا يمكن التدخل فيما تقرره، **لم تعد غاية في حد ذاتها، بل أصبحت مجرد وسيلة** لتحقيق خير الجماعة، تتحدد بما تفرضه أدوات قانونية وتنظيمية القوانين من قيود لا يمكن مجاوزتها.

فالمبدأ لا زال موجودا إلا أن القانون وضعه في إطار معقول تتوازن فيه الإرادة مع العدالة، والمصلحة العامة أو مثل ما يقال: "إرادة موضوعة أو مقامة ولكن في إطار القانون والتنظيم".

الخاتمـــة

قائمـــة المراجع

المراجع باللغة العربية

أ_ القران الكريم.

ب_الحديث النبوي الشريف.

أولا: الكتب العامة

1_أبي زكريا محي الدين يحي بن شرف بن مري النووي، **صحيح رياض الصالحين**، الطبعة الأولى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط2002.

2_إلياس ناصيف، **موسوعة العقود المدنية والتجارية (البحث الأول: أحكام العقد، الجزء الأول: أركان العقد)** الطبعة الثانية، دار النهضة العربية مصر.

3_محي الدين إسماعيل علم الدين، **نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، من دون سنة.

4_محفوظ لعشب ،**المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط1992.

ثانيا: الكتب المتخصصة

1_إبراهيم سعد، **النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، طبعة 2004.

2_بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني، العقد الإرادة المنفردة**، لطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط2004.

3_جاك غيستان (GHESTIN-J) **المطول في القانون المدني**، تكوين العقد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 2000.

4_هلال شعوة، **الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني**، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، ط2010.

5_محفوظ لعشب، **عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن**، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط 1990.

6_مصطفى الجمال،**مصادر الالتزام** ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية،مصر،1999.

7_محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية**، طبعة جديدة منقحة ومزيدة، الطبعة الرابعة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط.

8_عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986.

9_علي علي سليمان،**نظرية العامة للإلتزام،مصادر الإلتزامفي القانون المدني**، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،طبعة سادسة،2005.

10_عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون**، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ط 2004.

11_علي فيلالي، **الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض**، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، ط 2007.

12_علي فيلالي، **الالتزامات النظرية العامة للعقد طبعة منقحة ومعدلة**، موفم للنشر، الجزائر، طبعة 2010م .

13_خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، مصادر الالتزام، الجزء الأول، لطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، ط2005، ص19.

14_عبد المنعم موسى ابراهيم، **حسن النية في العقود**، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2006.

15_حجازي عبد الحي،**النظرية العامة للإلتزام،دراسة مقارنة،الجزء الأول،مصادر الإلتزام**،مطبوعات جامعة الكويت،1982.

16_رمضان أبو السعود، **مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2003.

ثالثا: المذكرات والرسائل الجامعية

1- ميرني حنان، **النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية**، ماجستير، الجزائر، 2004.

قائمـــة المراجع

2_حسان نادية، **علاقات العمل الفردية في القانون الجزائري:تكريسثنائية حرية التعاقدو التأطير القانوني**،مجلة دراسات القانونية،تلمسان،2007.

3_ خليفاتي عبد الرحمن، **مدى إعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه**،ماجستير،الجزائر،1997.

4_بن احمد عبد المنعم، **علاقة العمل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري**، ماجستير، الجزائر، 2004.

5_عسالي عرعارة، **نظرية الاستغلال**، ماجستير، الجزائر، 1997.

رابعا: النصوص القانونية

-الدستور

1-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 23 فيفري 1989.

II-النصوص التشريعية :

2-الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج ر ع 78.

الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

القانون 11/90 المؤرخ في 21أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل.

3 القانون 04-02. الصادر في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

-المراسيم

المرسوم رقم 85/63 المؤرخ في 1963/03/16، المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باكتساب وحيازة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات.

المرسوم التنفيذي رقم90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش.

_القرارات

قرار المجلس الأعلى رقم 68467 المؤرخ في 1990/10/21، المجلة القضائية 1992، العدد 01.

قرار مؤرخ في 18-02-1997 ملف رقم136456 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول.

قائمـــة المراجع

القرار رقم 25016 منشور في الاجتهاد القضائي 1987، ص 47.
القرار رقم 25699 الصادر في 1982/07/07، نشرة القضاة، عدد خاص 1982، ص 171.
القرار رقم 53630 المؤرخ في 1989/04/30، المجلة القضائية 1991، العدد 04، ص 145.
قرار المجلس الأعلى، المؤرخ في 1968/12/13، النشرة السنوية، 1968.

المقالات:

1_ حسان نادية، **علاقات العمل الفردية في القانون الجزائري: تكريس ثنائية حرية التعاقد والتأطير القانوني**، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007.

2_سعيد عبد السلام، **الإجبار القانوني على التعاقد**، مقال منشور بمجلة المحاماة المصرية، السنة68، عدد 03 و04، 1988.

المراجع باللغة الفرنسية

1- p. dauchy. Une conception objective du lien d'obligation. Les apports du structuralisme a la théorie du contrat archives de philosophie du droit, T26, 1981, p270

2_ Malaurie ph. Aynes , et stoffelMUNK , droit civil des obligation defrenois, paris 02 edition, 2005.

3_ christian l'arroumet, droit civil, les obligations, le contrat tonm3… 4eme édition .

4_ Benslimane née Hadj Mokhtar،Leila , de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit contractuel algérien, Magister, Oran 1983.

Jean-Luc Aubert, Le Contrat, Dalloz, ed 1996.

قائمة المراجع:

الفهرس:

الفهرس

الموضوع	الصفحةr
قائمة المختصرات	1
مقدمة	6-2
الفصل الأول : مقومات مبدأ سلطان الإرادة	07
المبحث الأول: مفهوم بمبدأ سلطان الإرادة	08
المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة	08
الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإرادة	08
أولا: الأفكار الفلسفية لمبدأ سلطان الإرادة	08
ثانيا: الأفكار الاقتصادية لمبدأ سلطان الإرادة	10
الفرع الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة	11
المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة	14
الفرع الأول: الالتزامات الإرادية هي الأصل	14
الفرع الثاني: حرية التعاقد	15
الفرع الثالث: الحرية في تحديد آثار العقد	17
الفرع الرابع: العقد شريعة المتعاقدين	17
المبحث الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة وتقييده	19
المطلب الأول: أهم المبررات التي ساعدت في انتكاس مبدأ سلطان الإدارة	19
الفرع الأول: ظهور المذهب الاجتماعي	20
أولا: سيادة المذهب الاجتماعي	20
ثانيا: محدودية الإرادة وخضوعها للنظام العام	21
ثالثا: تطور وظيفة الدولة	21

الفرع الثاني: تطور الفقه والقانون المقارن للعقود	22
المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة	25
الفرع الأول: القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد	25
الفرع الثاني: تقييد حرية تحديد آثار العقد	27
الفرع الثالث: إتساع نطاق الالتزامات اللاإرادية	29
الفصل الثاني المجالات التشريعية و التنظيمية المقيدة لمبدأ سلطان الإرادة	32
المبحث الأول: الحد من الحرية التعاقدية	33
المطلب الأول: تقييد الإرادة بما فرضه المشرع	33
الفرع الأول: في مجال الالتزامات التعاقدية	33
الفرع الثاني: في مجال حماية الفئات الخاصة	36
المطلب الثاني: تطبيقات تتقيد فيها الإرادة	42
الفرع الأول: في الشريعة العامة	42
الفرع الثاني: في التشريعات الخاصة	48
المبحث الثاني: تحديد مضمون العقد	52
المطلب الأول: حلول إرادة المشرع محل الإرادة	52
الفرع الأول: الحالة المتعلقة بالغبن والاستغلال	52
الفرع الثاني: الحالة المتعلقة بعقود الإذعان	56
المطلب الثاني: القاضي ومراجعة مضمون العقد	60
الفرع الأول: مراجعة مضمون العقد	60
الفرع الثاني: شروط وكيفية مراجعة مضمون العقد	64
أولا– شروط الظرف الطارئ	64

ثانيا– كيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول	67
الخاتمة	74–71
قائمة المراجع	79–75
الفهرس	