

جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

# مكانة الإرادة في ظل تطور العقد

دراسة لبعض العقود الخاصة

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

المشرف الأستاذ الدكتور:

شهيدة قادة

من إعداد الطالب:

حليس لخضر

أعضاء لجنة المناقشة

- د: شيخ سناء أستاذة محاضرة أ جامعة تلمسان رئيسا  
أ. د: شهيدة قادة أستاذة جامعة تلمسان مشرفا ومقررا  
د: شندارلي توفيق أستاذ محاضر أ جامعة المدينة عضوا مناقشا  
د: زبييري بن قويدر أستاذ محاضر أ جامعة الأغواط عضوا مناقشا  
د: محمودي فاطمة أستاذة محاضرة أ جامعة معسكر عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2016/2015

نوقشت الأربعاء 15 جوان 2016 الموافق 10 رمضان 1437

## قال تعالى:

بسم الله الرحمن الرحيم

وَالضُّحَى (1) وَاللَّيْلِ إِذَا سَجَى (2) مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى (3) وَلِأَخِرَةٍ خَيْرٌ لَّكَ  
مِنَ الْأُولَى (4) وَأَسْوَفَ يُعْطِيكَ رَبُّكَ فَتَرْضَى (5) أَلَمْ يَجِدَكَ يَتِيمًا فَآوَى (6)  
وَوَجَدَكَ ضَالًّا فَهَدَى (7) وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى (8) فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ (9)  
وَأَمَّا السَّائِلَ فَلَا تَنْهَرْ (10) وَأَمَّا بِنِعْمَةِ رَبِّكَ فَحَدِّثْ (11)

صدق الله العظيم

وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن الحبيب صلى الله عليه وسلم قال ﴿ لا  
ضرر ولا ضرار ﴾

رواه أحمد وابن ماجه

" العالم مقسوم إلى شرق وغرب إلى أمم تقدر الفرد وأمم تقدر المجموع، فالذين آمنوا بالفرد إمانا مطلقا على حساب المجموع اضطروا لحقوق المجموع، والذين آمنوا بالمجموع على حساب الفرد اضطروا إلى أن يراعوا حقوق الفرد. فكل الفريقين تطرفا وعادا إلى الوسط؛ إلا أنهما لم يعودا أمانا (طواعية) ولكن طبيعة الظروف ألبتهم إلى ذلك. وهذا هو موقف الإسلام (الإعتدال)، فهو وسطى ليس في مجال معين وإنما في كل مجالات الحياة ".

الأستاذ الدكتور

محمد راتب النابلسي حفظه الله

## إهداء

أهدي ثمرة هذا البحث المتواضع:

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله ورعاهما، سبب وجود هذا العمل وصاحبه، من بعد الله سبحانه وتعالى، مُسَبِّبِ الأسباب ومُدَبِّرِ شؤون أهل الأرض والسماء، مُعَلِّمِ الإنسان ما لم يعلم؛ الذي أكرمنا بخير الأنام ومِسْكِ الختام سيد ولد عدنان، الذي جاء برسالة العلم، عليه وعلى جميع الأنبياء والمرسلين، وعلى آل بيته الطيبين وصحابته أجمعين أفضل الصلاة وأزكى التسليم.

إلى إختوتي وأخواتي... حفظهم الله ونفع بهم.

إلى ياسين، محمد، مرام، زهور الحياة و أملها.

إلى الزوجة العزيزة... حفظها الله.

إلى كل من علمني ودعمني وساعدني... في إنجاز هذا العمل وخصوصا من الناحية المعنوية، من دعاء وتحفيز، خَاصًا منهم بالذكر أخي وصديقي الأستاذ عزوز عبد الحميد، وأخي صيد نور الدين...

إلى أصحاب المراجع والمؤلفات، الدراسات، فضاء الأنترنت... والتي إعتمدت عليها (من بعد الإعتقاد على الله سبحانه وتعالى)، فلهم مِنِّي كامل الشكر والعرفان، وَأَسْتَسْمِحُهُمْ عُدْرًا عن كل خطء أو نسيانٍ أو تقصير بمقتضيات الأمانة العلمية، صَدَرَ عَنِّي (سَهْوًا) فيما نَقَلْتُهُ عنهم من معلومات، فجزاكم الله خيرا.

وإلى كُلِّ طالب علم...

اسأل الله التوفيق لي ولكم.

## شكر وامتنان

الشكر الجزيل والحمد الكثير لله الموفق والمعين، ثم الشكر الموصول لأستاذي الدكتور قادة شهيدة على ما لمستة فيه من سِمَاتِ الأستاذ الباحث والمعلم المتواضع، ثم على قبوله الإشراف على هذا العمل وعلى ما أمدني به من نصائح وإرشادات.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل كل باسمه على قبولهم مناقشة هذه الرسالة ومراجعتها، وصبرهم على عناء السفر والتنقل رغم مشقة الصيام والحر... من أجل هذا أقول لكم جزاكم الله خيرا.

# مقدمة

الإنسان إجتماعي بطبعه، مما يستدعي دخوله في علاقات مع غيره بمناسبة قيامه بنشاطه، ويُعدُّ التعاقد الوسيلة الأمثل للقيام بذلك، ولا غنى للحياة الإنسانية في أي عصر من العصور عن معرفة أحكام العقود لأنها متصلة بها إتصالاً وثيقاً، فلا يُمكن تصوّر حياة دون تعامل بين الأفراد، هذا ما يجعل من دراسة الإرادة أمراً مُهمّاً وضرورياً، وذلك بوصفها مظهراً من مظاهر حريتهم؛ لذلك نجد أثرها الفعال في إبرام العقود وتحديد آثارها.

فالإرادة<sup>1</sup> في مجال المال والأعمال اليوم تعد المحرك الذي تدورُ حوله معاملات الإنسان سواء الخاصة منها، أو في علاقاته مع أفراد المجتمع الذي يعيش فيه، ويسودُّ التشريعات التي تأخذ بمقتضيات المذهب الفردي- الذي يقوم على تبجيل الفرد واعتباره محور القانون وأساسه- مبدأً جوهري يُعرّف بمبدأ سلطان الإرادة، والذي يعني أن الإرادة كافية بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية، وهي التي تُحدّد شروطها.

وصل هذا المبدأ إلى ذروة مجده ابتداءً من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر، ويعترف هذا المبدأ للإرادة بسلطان واسع من حيث الشكل الذي تظهر فيه، وكُلُّ ما يتطلبه هو أن تظهر (الإرادة) إلى العالم الخارجي، بصدور تعبير عنها أياً كانت الصورة التي تم بها.

أما عن موضوعها فالعقد شريعة المتعاقدين، أي أن الإرادة هي التي تُحدّد شروط وآثار التصرف القانوني، وعلى ذلك فالإرادة تستطيع إنشاء تصرفات قانونية، ولو لم يكن القانون قد تولى تنظيمها؛ وتستطيع تغيير وتعديل آثار التصرف القانوني الذي تصدّى له القانون بالتنظيم، وفي هذا الصياغ يُعرّف كانت "Kant" سلطان الإرادة بأنه: " صفةٌ تلحقُ الإرادة، ومُؤداهُ أن الإرادة لا يُمكن أن تتحدد إلا بذاتها، وبمعنى آخر بالقانون العالمي الأخلاقي بعيداً عن أي باعثٍ آخر مَلْمُوس"<sup>2</sup>.

---

1- الإرادة لغة من راد يرود روداً، والإرادة هي المشيئة، وأراد الشيء أي شاءه. انظر لسان العرب لابن منظور، الجزء الأول، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص1616. ومختار الصحاح للرازي، مكتبة لبنان، 1995، ص263.

2- يُعدُّ ما جاء به جان جاك روسو من خلال نظرية العقد الاجتماعي، بمثابة دعامة قوية للمبدأ حيث يرى أن: " الفرد هو أساس القانون وغايته، وقد ولد الفرد حراً وسيدياً لنفسه فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته، وليس القانون في نهاية الأمر إلا صدى لإرادة الأفراد، والتي تُكون ما يُسمّى بالإرادة العامة ". انظر خليفاتي عبد الرحمن، مدى إعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ماجستير، الجزائر، 1987، ص05 وما بعدها.

يذهبُ أنصار هذا المبدأ إلى أن النظام الاجتماعي يتركز على الفرد فهو الغاية، ولخدمته يُسخر المجتمع، وأن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية؛ بل أن المظهر لهذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة، وعلى هذا ولما كان الفرد يعيش في المجتمع، ولما كانت الغاية الأولى هي إحترام إرادته وحريته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من الأفراد في المجتمع أساسها الإرادة الحرة.

فالهدف من تنظيم المجتمع في نظر المذهب هو حماية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة، وطالما كان الإنسان حراً فإن إرادته الحرة هي التي تملك إنشاء العقد، وهي التي تملك أيضاً تحديد آثاره بمنأى عن أي قيد يرد في القانون.

إن القول بأن الشخص لا يلتزم إلا بمحض إرادته، وفي الحدود التي يُريدها، وبالكيفية التي يختارها يرجع إلى أنه يتمتع في الأصل بحق طبيعي ومطلق في الحرية، وأن الإنسان يصاحبه منذ ولادته حقه الطبيعي في الحرية، وهذا ما يتماشى مع قواعد القانون الطبيعي، لأن هذا الأخير يقوم على الحرية الشخصية، ووجوب إحترامها.

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

فمن الثوابت أن القانون وُجد لأجل الإنسان، ولا يقصد بالإنسان هنا الذي يفكر لنفسه وسعادته فقط، وإنما الذي تتحقق سعادته بتحقيق سعادة غيره، ولذلك قيل بأن الحياة الاجتماعية لازمت الفرد منذ وجوده.

هذا التوازن هو ما يجب على المشرع مراعاته، وليس له بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع مصالح الجماعة، وعلى ذلك تُطلق الحرية مناط مبدأ سلطان الإرادة العنان لدور الإرادة؛ بل ويذهب أنصار المبدأ إلى أبعد من ذلك إذ جعلوا منها مصدر جميع الحقوق والواجبات<sup>1</sup>.

---

1- إرتباط حرية الإرادة بهذا المبدأ يعني أن الإرادة هي أساس ومصدر الحقوق والالتزامات وهي أساس تنفيذها، بل أكثر من ذلك هي مصدر للقانون، ويُعتبر مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يُقدس الحرية الفردية، ويُعتبر الفرد هو محور المجتمع. انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2005، ص 134 وما بعدها.

إن الصِّلة بين الإرادة والقانون على دَرَجَةٍ كَبِيرَةٍ من الوَثَاقَةِ، فالقانون يهدف إلى تنظيم وضبط الإرادة ضمن إطارٍ شاملٍ يُحَقِّقُ الغاية بالنسبة إلى الفرد والمجتمع على حَدِّ سواء<sup>1</sup>، وانطلاقاً من هذه المعطيات لم يَبْقَى للإرادة الحرية والدور المطلق الذي كانت تَتَمَتُّعُ به من قبل، إذ تم تَقْيِدُهُ إلى الحدود التي يقتضيها إستقرار المعاملات ومراعاة مصالح الجماعة. حيث لم تعد الحرية متفكّة في القانون الحديث مع المبادئ الاجتماعية التي ظهرت، فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ هذا المذهب في رِحابِهَا، وسارت التشريعات نحو الإعتداد بمصالح الجماعة قبل مصالح الفرد.

فبالنظر إلى المُتَغَيَّرَاتِ المعاصرة اقتصادياً واجتماعياً وحتى سياسياً، أصبحت مسألة سُمو الإرادة محل نَظَرٍ، فالإرادة تتأثر بفعل هذه العوامل، هذا ما جَعَلَ المبدأ يَفْقِدُ من قيمته، وينحسر أمام هذه التطورات التي مست المجتمعات، وأدت إلى ظهور مذاهب تنظر إلى العقد كمنظرتها إلى أي نظام إجتماعي غايته تحقيق التضامن الإجتماعي وتَوَجِيهِ الإرادة لأجل ذلك. فوضعت بذلك القيود على حرية التعاقد، وفُرِضَتِ شَكَلِيَّاتٌ معينة لبعض العقود، هذا فضلاً عن أن الحرية العقدية قُيِّدَتُ بفكرة النظام العام، بحيث لا يَجُوزُ للإرادة أن تَتَّجِهَ إلى إحداث آثارٍ تتعارض مع هذه الإعتبارات، وتزايد تدخل الدولة بقواعد قانونية تستهدف حماية جماعة أو طائفه، وهو ما أقتضى منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، بل وينبغي أيضاً تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير، فأنتكس بذلك المذهب.

كما أدى تَدخُلُ المشرع وبحدود معينة - من أجل حماية الطرف الضعيف من الإكراه الإقتصادي الذي يُسَلِّطُهُ عليه الطرف القوي؛ وكذا حماية الضعيف من ضعفه وقبوله شروطاً تعاقدية مجحفة في حَقِّهِ بإسم سلطان الإرادة، - إلى الحد من دور الإرادة.

---

1- عموماً فإنه يختلف و يتغير مجال مبدأ الإرادة -وما يَرُدُّ عليه من قيود- تبعاً للفلسفة التي تقوم عليها الشرائع المختلفة. انظر صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 1964، ص05-06 إشارة إلى:

Monier, cours de pandectes, paris, 1948-1949, p50-51.

يظهر مبدئياً من إستقراء بعض المواد من القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة، وكذا النصوص الخاصة أن المشرع يُكرس مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يُستشف من تقريره لمبدأ الرضائية، وحرية التعبير عن الإرادة، واعتداده بعيوب الرضا، والعمل بمنطق و مقتضيات نظرية الإرادة الباطنة، القوة الملزمة للعقد، الأثر النسبي للعقد... الخ ذلك.

بالمقابل وعند النظر في الموضوع بدقة أكثر يظهر تصوُّر آخر، فالمادة 59 مدني تُشير إلى مبدأ الرضائية إلا أنه يردُّ على ذلك عدَّة فُيود موضوعية وشكلية يجب مراعاتها؛ حيث لم يَعد ما كان مقرراً في ظل مبدأ سلطان الإرادة.

كما أنه لم تُحدّد طريقة خاصة يتعين أن يتم بها التعبير، وذلك من منطلق أنه مُجرّد وسيلة مادية لا قيمة له، ومن ثم فلا يؤثر بشكل من الأشكال على الإرادة، وهذا هو السائد في منطق نظرية الإرادة الباطنة، إذ المَعوّل عليه هي الإرادة الكامنة في نفس صاحبها لا الوسيلة التي تم التعبير بواسطتها عن مكنونها<sup>1</sup>، غير أنه لم يَعد التعبير مجرد وسيلة لا تؤثر على الإرادة بل صارت تَنقيدُ بمقتضياته، فهو أمرٌ ضروري وهام، وله قيمة قانونية؛ وصارت العبرة بتقابل التعبيرين لا بتقابل الإرادتين.

كما يُقرُّ المشرع كذلك في المادة 106 مدني بمبدأ القوة الملزمة للعقد، بما يُوجي أنه أطلق دور الإرادة في العقد، إلا أنه بالمقابل يُوردُ عليها فُيوداً كثيرة؛ بالإضافة إلى ذلك هناك تطبيقات عدة يستشف منها توجه المشرع نحو الإعتداد بمصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد في مجال العقود<sup>2</sup>.

---

1- لا يُشترطُ شكل خاص فكل ما يَدُلُّ على وجود الإرادة يَصْلُحُ كتعبير عليها، فيصلح التعبير بالكلام، أو الكتابة، أو الإشارة، أو بإتخاذ موقف لا يَدْعُ مجالاً للشك في دلالته على مقصود صاحبه، كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً؛ بل قد يكون السكوت في بعض الأحيان تعبيراً عن الإرادة، وكل الطرق متساوية القيمة في نظر القانون.  
هذا ما جاء في المادة 60 من القانون المدني، الصادر بالأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، العدد 78، السنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، الجريدة الرسمية، العدد 31.

2- انظر المواد 62، 110، 107، 111، 112، 116، 114... مدني، وهناك نصوص خاصة، تتعلق بتنظيم العمل، وأخرى تتعلق بحماية المستهلك، وغيرها من القوانين التي تهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف.

بالرجوع كذلك إلى مشروع عرض الأسباب للقانون المدني نجد أن الهدف المرجُو من طرف المشرع ليس وضع أو تحرير تقنين تقليدي (التأثر المباشر بالقانون المدني الفرنسي)، وإنما ضرورة وضع قانون يتلائم مع ظروف المجتمع، وكذا التوجه الإقتصادي للبلاد؛ وبطبيعة الحال مراعاة الخصوصية الإسلامية للمجتمع الجزائري<sup>1</sup>.

هذه التحولات التي عرفتها الحياة القانونية عموماً أدت إلى المساس بالنظرية العامة للعقد، عموماً، وتحديدًا بعض العقود الخاصة، كالإيجار، العمل، والإستهلاك،... ما أوجب ضرورة إعادة النظر في التنظيم القانوني لها.

كما كان للتقلبات الإقتصادية دورٌ يفرضُ على المشرع، ومن خلاله القاضي التدخل لإعادة التوازن الإقتصادي للعقود، لاسيما عندما ينهار هذا الأخير جراء ظروفٍ تطرأ بعد تكوينه، ولم يقتصر الأمر على الحد من دور الإرادة بل وصل إلى حدِّ إلغائها، وذلك بظهور أنماط جديدة من العقود، كالتعاقد الجبري (في صورة إجبارية التأمين مثلا)، والذي فرضته مقتضيات ظهرت على الساحة، لم يكن يُعرف من قَبْل مدى خطورة انعكاساتها على المجتمع؛ كحوادث المرور والكوارث الطبيعية (الزلازل، الفيضانات.. الخ ذلك)، حيث كانت هذه الأخطار الإجتماعية سببا في تعطيل بعض التصرفات، والحد كثيرا من دور الإرادة فيها.

أمام هذه المعطيات الصعبة، صار الكلام عن زوال واختفاء دور الإرادة في مجال العقود، إلا أن هذه النظرة والتي إنطلقت من حقائق واقعية ليست بنظرة يُنَعَدُّ الإجماع حولها، ما أدى بطائفة أخرى من رجال القانون إلى التفاضل والقول أن العقد ودور الإرادة فيه لم يَضمحل ويختفي بل تطور، وكان تطوره هذا استجابة لتطويع وملائمة التصرفات القانونية لظروف الحياة الحديثة؛ وفق ما عُبر عنه ببعث وإعادة الإعتبار للإرادة ودورها من جديد في المجال التعاقدية، وإن كان على غير الصورة التي عُرفت من قبل.

---

1-...Avant d'aborder L'analyse de ces quatre Livres, il importe de rappeler que le but recherché par le législateur n'a pas été d'établir une codification classique seulement adaptés à la situation et aux conditions économiques de L'Algérie, ni de concevoir un Code fondé sur des bases nouvelles découvrir et à formuler.

انظر عرض الأسباب للقانون المدني (RP1998 مكتبة كلية الحقوق، الجزائر)، ص02، نسخة ملحقه بهذه الدراسة، ص250.

**عن أهمية الدراسة** يُمكن القول أنه ترجع أهمية هذه الرسالة للأدوار القانونية التي لعبتها وتلعبها الإرادة في مجال العقود تحديداً، فمبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الرئيسية التي تدور حولها القواعد القانونية التي تُنظم العقد في مختلف أدواره، وهو كذلك من الأسس التي تقوم عليها الشرائع التي تأخذ بمقتضيات المذهب الفردي.

تَجْدُرُ الإشارةُ بِدَايَةٍ وَقَبْلَ البَدْءِ والدخول في حَيثِيَّاتِ الموضوع إلى تَبْيَانِ وتَوْضِيحِ بعضِ المُعْطِيَّاتِ التي تَبْدُو على قَدَرٍ كَبِيرٍ من الأهمية؛ إن هذه الدراسة لا تَتَعَلَّقُ ولا تَبْحَثُ في الدوافع أو المبررات - كما قد يبدو أو يَتَبَادَرُ إلى ذِهْنِ القارئِ مختصاً كان أم لا- والتي دفعت بالمشرع إلى الحد من دور الإرادة أو تقييد هذا الدور في بعض التصرفات كما سيتم تبيانه إن شاء الله من خلال بعض العقود، فذاك مَجَالٌ آخر تَعْرَضَتْ له دِرَاسَاتٌ خَاصَّةٌ، كأهمية وفوائد الشكلية في العقود، ودور النظام العام في العقود، الوظيفة الاجتماعية للملكية... الخ ذلك.

**فجوهر هذه الدراسة سَيَتَرَكُزُ في البَحْثِ و التتبع لمكانة و دور الإرادة في العقود، أي أن التركيز سَيَنْصَبُ على تَبْيَانِ المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، من خلال التَّعْرُضِ إلى مكانة الإرادة وفعاليتها في هذا المجال، إنطلاقاً مما كانت تُحَوِّزُ عليه من مَرَكِزٍ مُعْتَبَرٍ، ووصولاً إلى ما طرأ عليها نَتَاجَ النَّظَرِ القانوني عُمومًا، وتطور العقد بصفة أخص.**

لقد ثَارَ الجدل والنقاش حول دور الإرادة في التصرفات القانونية، وسأحاول بيان هذا الدور الذي تقوم به الإرادة في هذا المجال، وما يَرِدُ عليها من قيود (في الشكل أو الموضوع)، فَنُبَيِّنُ إلى أي حَدٍ كانت أو لا تزال تَكْفِي الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية، وإلى أي حَدٍ تستطيع تحديد شروط وأثار التصرف القانوني.

للإلمام قَدَرِ المَسْتَطَاعِ بهذا الموضوع، فإنه ستنصب الدراسة على **نظرية العقد** بإعتباره كما سبق بيانه صُلبَ نظرية الإلتزام وأهم مصادره، وعلى بعض العقود المسماة؛ كما ننتبع مركز ومكانة الإرادة في بعض العقود الأخرى التي لم يتعرض لها القانون المدني، نظراً لأهميتها، ولشروع تداولها بين الأفراد.

لقد جاءت هذه الدراسة للتحليل والبحث، وبيّان حقيقة خضوع مبدأ الإرادة للقانون، وصولاً إلى تحديد مفهوم الموضوعية التي يجب أن تُحيط بعملية التعاقد وتنظيمها، مثل ما يُنادى به كثيراً في الآونة الأخيرة، والإستناد إلى هذه المعطيات في محاولةٍ لِمَرَافَقَةِ العقد منذ المراحل التي تسبقُ بداية تكوينه (المفاوضات) وصولاً إلى تنفيذه؛ وهو الأمر الذي يُوجبُ البحث في مظاهر وتطبيقات تدخلات المشرع ومن خلاله القاضي في التصرفات التي يُبرمها الأفراد على الرغم من سلامتها، كونها لا تُخالفُ نظاماً عاماً ولا آداباً، وبالرغم كذلك من سلامة إرادة أصحابها.

**عن أسباب إختيار الموضوع،** فكما هو معلوم فإن إختيار أي موضوع يرجع أساساً إلى مُيول ورغبة الباحث من جهة، وإلى الإمكانيات المتوفرة و طبيعة الموضوع من جهة أخرى، وعليه فإن دوافع إختياري لهذا الموضوع ترجع إلى دوافع شخصية وأخرى موضوعية؛ فعلى المستوى الشخصي، فالحقيقة أن إختيار موضوع يتعلق بمكانة الإرادة ومدى قدرتها على كسب الحقوق وتحمل الإلتزامات، يرجع إلى مرحلة التدرج من خلال دراسة مقياس القانون المدني وخصوصاً نظرية الإلتزام، حيث لفت إنتباهي وشَدَّ فُضولي هذا الموضوع.

يُقال أن الإنسان ابن بيئته، ومعنى ذلك انه يتأثر بما يحدثُ له، ولا سيما عندما تعترضه مسألة ما في حياته اليومية، ولو على سبيل الصدفة، وهو ما وَقَعَ مَعِي؛ فمن الوقائع التي زادت من فضولي لهذا الموضوع أنه بمناسبة إبرام عقد بيع عقار طلب السيد الموثق وثيقة التأمين على العقار، وهذا إجراء أوجبه المشرع بموجب الأمر 03-12 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض أصحابها (سيتم التعرض له في هذه الرسالة).

فالشاهد من هذه الواقعة أن أركان العقد المُتعارف عليها هي الرضا مُتمثلاً في الإيجاب والقبول "من البائع والمشتري" وهو أمرٌ محقّقٌ، وثانياً المحل وهو المعقود عليه أي المبيع بالإضافة إلى الثمن، الأمر نفسه إلى ركن السبب، وركن الشكلية من تحرير العقد أمام ضابط عمومي، وما ينجم عنه من إشهار وتسجيل... فتسألُت مع نفسي: إن الركن كما هو معلومٌ ما لا يقوم الشيء إلا به، فهل صار التأمين على العقار هنا ركن من الأركان؟ ولماذا أُلزِمُ وأجبرُ بأمرٍ قد لا أريده؟ الأمر نفسه مع إجبارية التأمين على السيارات والمركبات، وحتى التأمين على الحياة في بعض الرحلات الجوية، والذي قد يُعمَمُ مستقبلاً تحت تأثير ما قد يَسْتَجِدُّ من معطيات.

الأمر الذي زاد من رغبتني لمعالجة هذا الموضوع في إطار دراسة متخصصة عاملاً على إعطاءه - قدر المستطاع - ما يستحقه من البحث.

أما الدوافع الموضوعية التي أدت إلى إختيار هذا الموضوع فهي المعطيات الجديدة والتطورات التي باتت تشهدها نظرية العقد عموما وسلطان الإرادة خصوصا، حيث زاد واشتد (الصراع) بين من لا يزال ينظر ويتمسك بمبدأ سلطان الإرادة، كونه يُعدُّ من أهم المبادئ المقررة في الشريعة العامة؛ ودُعاةُ الإعتداد بالنزعة الموضوعية، والمصالح الإجتماعية، ولو على حساب المصالح الفردية.

فالحرية التعاقدية اليوم تعتبر من أهم الموضوعات والقضايا التي يُحاولُ المشرع أن يُؤاكَبَ ويؤمِّنَ مِصادِقِيَّتَها في إطار نظرية العقد بوجه عام وبعض العقود الخاصة تحديدا؛ كما تهدف الدراسة إلى الوقوف على مدى إمكانية الإعتداد على وسائل الحماية التقليدية الواردة في القانون المدني، وذلك بغرض توفير حماية فعالة وشاملة لِكُلِّ المتعاقدين، في ضلِّ التطورات والمعطيات الجديدة.

هذا ما سَأحاولُ إن شاء الله مناقشته وتحليله من خلال هذه الرسالة، بالتركيز على بعض العقود التي أمل أن يُسَهِّمَ إختيارها في إثراء هذه الدراسة، وخصوصا تلك التي يظهر جَلِيًّا تأثرها بالتطورات التي مست نظرية العقد.

**عن الدراسات السابقة** يُمكنُ القول أن هناك مُعالجات من الباحثين كُلِّ حَسَبِ وجهة نَظَرِه للموضوع، وإن كان يُحْمَدُ لها ويرجَعُ لها الفضل لا محالة في إثراء المكتبة القانونية، بإضافاتٍ حول هذا الموضوع الفلسفي في روحه والقانوني في تأثيراته وتطبيقاته، إلا أنها تُعالجُ زوايا ونواحي منه، وذلك بالنظر لِتَشَعُّبِ ثَنَايَا الموضوع.

فهناك دراسات نقدية إنطلقت من مراجعة ما قام عليه سلطان الإرادة، في مُحاولَةٍ لِتَبْيَانِ أوجه قُصُورِه، وأخرى تبحث في أسس المبدأ ونتائجه، وأخرى تهدف إلى إبراز الجوانب الاجتماعية والاقتصادية لِحُقُوقِ عُدَّتْ من دعائم المذهب الفردي كحق الملكية مثلا...، ومع أسبِقِيَّةِ هذه الدراسات لمعالجة أوجه من هذا الموضوع<sup>1</sup>، إلا أنه يَبْقَى القديم الجديد الذي يحتاج كل مَرَّةٍ للمعالجة من زاوية أخرى، لاسيما عند ظهور نماذج وصور جديدة من العقود، الأمر الذي إنعقدت هذه الدراسة لتحليله وتَقْصِي أبعاده، واستشراف مَضامِينِه، على نحو علمي دقيق.

---

1- كالوظيفة الإجتماعية للملكية، وحتى الوظيفة الإجتماعية للعقد، ودراسات تبحث في تأثيرات وانتقادات سلطان الإرادة بوجه عام، وفي القانون الجزائري بشكل خاص على كل من تكوين العقد وتنفيذه. انظر قائمة المراجع.

فيما يتعلق **بالصعوبات** التي واجهتني في هذه الدراسة فلا أدعي من البداية السبق في معالجة مثل هكذا موضوع، فهو يبقى مثلما سبقت الإشارة إليه الموضوع القديم - قدم الدراسات الإنسانية بوجه عام والقانونية تحديداً- الجديد الذي يحتاج كل مرة المعالجة من زوايا مختلفة، وقد يرى أي باحث من وجهة نظره وتصوره للموضوع أهمية أحد جزئياته بالبحث والطرح من جديد؛ وبعد هذه التوطئة الوجيزة وككل عمل إنساني، فإنه - ولقصور الإرادة الإنسانية قصور الإنسان ذاته - تعترني أي باحث صعوبات، وتقف أمامه عوائق وحواجز تُصعبُ من عملية البحث، ولعل من **الصعوبات الجمة** التي واجهتني:

- الإقرار من البداية بعدم إلمام الدراسة بكل العقود المسماة في القانون المدني، وذلك لكثرتها وعدم إمكانية التعرض لكاملها<sup>1</sup>، وقد عملتُ على الخروج من هذه المشكلة **(بتوجيه من الأستاذ المشرف)** باختيار نماذج من العقود، لما لها من أهمية علمية، ولما تحوزه من أهمية عملية من خلال رواجها وكثرت تعامل الأفراد بها.

- صعوبة أخرى لا تقل عن سابقتها تتعلق بالطبيعة الفلسفية التي تمتاز بها مثل هذه الدراسات، فمحاولة الجمع أو المزج ما بين الجانب الفلسفي والجانب القانوني لهذا الموضوع ليست بالأمر الهين؛ وحاولت تخطي ذلك بعدم الغوص في الجانب الفلسفي كثيراً، لأن الدراسة قانونية ومن ثم فلا بد من القيام بإسقاطات على نماذج من العقود بغية التوصل إلى نتائج (أو على الأقل الخروج بحكم أستند إليه).

---

1- العقود المسماة في القانون المدني فقط هي: (عقد البيع، عقد المقايضة، عقد الشركة، القرض الإستهلاكي، الصلح) وهذه العقود جاءت تحت الباب السابع: العقود المتعلقة بالملكية، ثم نظم المشروع في الباب الثامن العقود المتعلقة بالإنقاذ بالشيء (عقد الإيجار، العارية)، وفي الباب التاسع نظم تحت عنوان العقود الواردة على العمل (عقد المقاولة، عقد التسيير، عقد الوكالة، الوديعة، الحراسة).

كما نظم في الباب العاشر عقود الغرر (القمار والرهان، المرتب مدى الحياة، عقد التأمين)، وفي الباب الحادي عشر والأخير نظم عقد الكفالة.

أما عن إشكالية الدراسة فمثلما هو مُتعارفٌ عليه في الدراساتِ الأكاديمية فلا بُدَّ من إشكالية، وتُحِينًا دراسة مكانة الإرادة الفردية في مجال التعاقد إلى السؤال الفلسفي: هل الفرد في خدمة المجتمع أم المجتمع في خدمة الفرد؟، هذا من جهة ومن جهة أخرى البحث في الجدلية بين الإمعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى، والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود.

كما يُحْتَمُّ ذلك التعرض والإجابة على سؤالٍ آخر يَبْدُو كذلك على قَدْرٍ من الأهمية: كيف للعقد كتأسيس أو نِتاجٍ فرديٍّ أن يكون مُدرَكًا و مُتصورًا كمفهوم إجتماعي؟.

فمما هو معلوم أن الصِلَةَ بين الإرادة والقانون كبيرة، فالقانون وُجِدَ لحماية الإرادة جِئًا وللوقوف في وجهها حينًا آخر إذا تَعَدَّتِ الحدود المرسومة لها؛ إلا أن الحاصل في الآونة الأخيرة أن كثير من العقود مفروضٌ في الشكل والمضمون، وجُلُّها صارت مراقبة أو منظمة أو حتى ممنوعة في بعض الأحيان، وعليه فالإشكالية المَحْوَرِيَّة التي نعتمدها في دراستنا هي:

هل مَبْنَى وَمَنْحَى العقود اليوم يرجع ويعود للإرادة تحديدًا؟ أم أن هناك توجهات ومعطيات أخرى تُسَهِّمُ في ذلك؟ وهل في تطور نظرية العقد إرتقاء لدور الإرادة أم إزالة و تهميش لها؟ ندعم هذه الإشكالية ببعض التساؤلات الفرعية:

ما المقصود بمبدأ سلطان الإرادة في ظل المعطيات والمستجدات الراهنة؟ وكيف تطور هذا المبدأ؟ وإلى أي حد لا تزال تكفي الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية، وتحديد شروطها وأثارها؟

ما موقف نظرية العقد، وما موقف الإتجاه القانوني المعاصر عموماً من المبدأ؟ وأين تبدو مكانته الآنية والمستقبلية؟.

إجابة على الإشكالية وتساؤلاتها الفرعية سأعتمد المنهج التاريخي الذي يتلائم وطبيعة الدراسة، وذلك بِتَبْتَعِ المراحل التي مَرَّ بها المبدأ، وانعكاسات ذلك على العقد، مع توظيف المنهجان الوصفي والتحليلي، لأجل وَصْفِ وتحليل الجزئيات المتعلقة بالدراسة، وعَرْضِ الآراء الفقهية؛ في مُحاوَلَةٍ لتطبيق ذلك على العقد في أطواره المُختلفة، وكذا الإستعانة بالمنهج المقارن في الحدود التي تقتضيها الدراسة، من خلال عَرْضِ ما وصلت إليه بعض التشريعات الأخرى (من خلال تأييد ما رَجَحَ منها، وتَجَنُّبِ ما وجه لها من نقد).

من دون إهمال وتجاهل نظرة وموقف الشريعة الإسلامية الغراء، وماتناوله فقهاؤها في هذا الشأن.

يَنْتَقِلُ بنا الحديث عن الخطة المُتَبَعَة في الدراسة -والتي نَعْرِضُهَا مُوجِزَةً- إلى القول بأن طبيعة الموضوع أَمَلَتْ أن يُعَالَجَ وَفْقَ النَسَقِ التَّالِي:

إن الدِّراسَة (مكانة الإرادة في ظل تطور نظرية العقد)<sup>1</sup> تبحث في تَتَبُع مسار دور الإرادة في المجال التعاقدية، حيث تتعرض بدايةً إلى التَطَوُّرات التي عرفتها الحرية التعاقدية، وانتقالها في بعض الصور من الإفراط في الحرية إلى الوجود النسبي؛ وفق مَسَار الإرادة من الحرية إلى بَوَادِر مظاهر التقييد (الباب الأول).

ثم بعد ذلك ولا سيما في ظل المُتَغَيِّرات الاجتماعية المعاصرة، وعلى ضوء التوجهات الاقتصادية الجديدة بدأت مظاهر ومعالم إنكماش وانحسار مجال ودائرة تطبيق المبدأ -والتضييق عليه بِشَتَّى القيود- تَبْدُو وتظهر أكثر فأكثر، حيث أنه وبعد حراك طويل تحولت الحرية التعاقدية وأنتقلت مرةً أخرى من بدايات التقييد إلى التنظيم والتوجيه، من خلال (طغيان) النصوص الأمرة، لِتَشْهَدَ بعد ذلك الإرادة نَهْضَةً وَبَعَثًا لِدَوْرهَا مرة أخرى. لأجل ذلك كان مَنَحَى هذا الجزء من الرسالة تَحْتَ مُسَمَّى الإرادة من التنظيم والتوجيه إلى إعادة البعث من جديد (الباب الثاني).

سَيَبِيحُ الإِسْتِدْلَال على هذه المكانة، وعلى هذا المركز من خلال التعرض إلى بعض المظاهر والتطبيقات من النصوص القانونية، مع تعزيز الدراسة بالقرارات القضائية المتوفرة قدر المستطاع، وحتى الآراء الفقهية، بالنظر للطابع الفلسفي الذي تتميز به الدراسة، وللاسهامات الكبرى التي جاء بها رجال الفقه للموضوع.

---

1- المكانة في علم اللغة هي المنزلة والمرتبة، وأما التَطَوُّرُ فيعني التَحَوُّلُ من طَوْرٍ إلى طَوْرٍ (التحول من مركز إلى مركز). أنظر في هذه المعاني إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، لمجمع اللغة العربية بالقاهرة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، الطبعة 2004، 04. من ذلك نجد أن التحول هو الإنتقال من مركز أو مكانة معينة إلى أخرى؛ والتطور في مجال هذه الدراسة ليس بالضرورة التحول والإنتقال إلى الأحسن أو إلى مركز أفضل.

## الباب الأول:

الإرادة من الحرية إلى بدايات التقييد

إن غاية القانون هي الإنسان، وهذا يُبررُ ضرورة وجود دراسات مُستفيضة من حين لآخر لظروفه وظروف المجتمع الذي يعيش فيه بُغيةً التوصل إلى تحقيق توازن بينهما، ولأن الإنسان يسعى بطبعه إلى سد حاجياته المادية والمعنوية- وهذه حقيقة واقعية - فإنه سيُزيحُ ويزيل ما يعرقل الحصول على ما يريده بإزالة القيود التي تمنعه من تحقيق غرضه، ومن ثم سوف ييقوم بصورة ولو تعسفية إلى تحقيق هدفه.

فالظاهرة التي يحكمها القانون هي ظاهرة إرادية وعلى وجه التحديد هي إرادة إنسانية، وهاته الأخيرة لا يمكن السيطرة عليها بطريقة حاسمة، ولطالما أثارت الحرية ولا تزال تثير الكثير من الأفكار، ويظهر أثر هذه الحرية في مجال إبرام العقود وتحديد آثارها، فالتعاقد حرية من الحريات العامة التي تثبت للفرد بوصفه إنساناً، ولا يمكن حرمانه منها بصفة مطلقة وإلا عد ذلك عدواناً على شخصيته ذاتها.

لأجل ذلك ستصبح هذه الإرادة هي القدرة على أن تُخضع نفسها لنفسها، وأن تتصور قوانين معينة (بشرط أن تكون هذه القوانين موضوعية)، فالمبدأ هو الحرية والإستثناء مقصور على قدر ضئيل من القيود، ضروري لتمكين الفرد من التمتع بها.

فسلطان الإرادة من وجهة نظر أنصاره هو المبدأ الأسمى للأخلاق، والذي يحافظ على كرامة الإنسان، وبذلك تكون الإرادة هي مصدر الأمر المطلق، على رغم خضوعها للقانون الأخلاقي العالمي، وعلى فرض أنها -الإرادة التعاقدية- تصدر عن مبدأ إفتراضي ولا تُعبرُ عن سلطان الإرادة، إلا أنها تستمد قوتها الملزمة من ضرورة الوفاء بالعهد المقطوع، وهو في ذاته مبدأ أخلاقي.

يعد العقد من أهم الأدوات الأساسية للتعامل المالي بين الأفراد، وقد كانت ولا تزال نظرية العقد تعكس أفكار سلطان الارادة السائدة في المجتمع سواء الفلسفية أم الاقتصادية، الثقافية وحتى السياسية، وتلعب الإرادة دور في نشأة العقد وفي ترتيب آثاره، ونستعرض في بداية هذه الدراسة مضمون إطلاق حرية الإرادة، كما نتتبع مظاهر وتطبيقات ذلك في نطاق القانون الجزائري، وفي مجال فلسفة القانون عموماً (الفصل الأول).

إنه وعلى الرُغم من حرية الإرادة إبتداء إلا أن ذلك لا يعني عدم تأثرها بالوسط الذي يعيش فيه الفرد، لأنه لا يُتصَوَّر أن يعيش الفرد منعزلاً عما يحيط به من مؤثرات، فهناك عوامل تؤثر عليه، وبالتالي فإن ذلك سينعكس على إختياره ويُوَجِّهُ إرادته نحو هذا الإتجاه أو ذاك، وعليه يجب مراعاة التطورات الحاصلة، وعلى المشرع كذلك أن يتطور مع المجتمع، وإلا أصبح التشريع عائقاً يحوّل دون تطور المجتمع.

ما أوجِبَ وضع الضوابط على حرية الفرد في التصرف، وأن تُرسَمَ له الحدود العامة لئلا يتعدى على حقوق الآخرين في المجتمع، ولأجل ذلك تُسنُّ القواعد التي من شأنها أن تُقيِّمَ التوازن بين الحريات والمصالح المتعارضة، ويتحقق بذلك النظام والعدل والأمن في المجتمع.

فكان هذا هو دور الدولة **بالقدر الضروري** لمنع أي تعارض واعتداء، وذلك في مُختلفِ مجالات الحياة، على شرط أن لا ينتهى الأمر إلى التَحَكُّم والإستبداد؛ وبذلك بدأت تظهر وتتبلور مَعَالِمُ تَقْيِيدِ القانون للإرادة.

فمما لا شك فيه أننا في فترة قد تطورت فيها المعطيات بالنظر للمرحلة التي سُنَّ فيها القانون المدني (عام 1975)، لأن واضعي القانون المدني تصوروا حينها أنهم بنصهم على المساواة في الحقوق قد حققوا المساواة الفعلية.

فإذا كان من اليسير أن يفرض القانون الحديث مبدأ المساواة القانونية بين الأفراد إلا أن هذه المساواة تبدو زَائِفَةً، فهي مساواة نظرية بحتة لأنها في الشروط القانونية وليست فعلية في القوة الاقتصادية ما بين الطرفين.

بناء على هذا تغيرت المعطيات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للمجتمع؛ حيث بَانَتْ مظاهر تدخل الدولة في مضمون العقود، فالفرد يؤثر ويتأثر في/ وبالوسط الإجتماعي الذي يعيش فيه، كما تتأثر إرادته بالإرادة الإجتماعية، مما يؤدي إلى إهدار الحقوق وتعطيلها، فتتقيد الإرادة إلى حد ما.

ما أدى بالبعض بعد ظهور بواذر هذا التقلص لدور الإرادة إلى القول والأخذ بإصطلاح السلطان الجزئي للإرادة **(الفصل الثاني)**.

## الفصل الأول: الإفراط في الإعتداد بحرية الإرادة

ارتبط مفهوم الإرادة ودورها في الحياة القانونية بشدةٍ بالأفكار الفلسفية والأخلاقية والإقتصادية التي كانت سائدة في المجتمع، فالعقد بإعتباره عملاً لإرادة حرة هو الأداة المثالية للفلسفة الفردية والإقتصاد الليبرالي، وتُعرف القوانين للإرادة بالقدرة على إحداث آثارٍ قانونيةٍ مُجردٍ إلتقاءها بإرادةٍ أخرى، وذلك دون الحاجة إلى أي إجراءٍ خاصٍ أو شكل معين، أي لزومٌ مبدأ التراضي.

لقد وصلت الإرادة في ظل المذهب الفردي حَداً أصبحت معه حُرّةً طليقةً من أي شكلٍ أو قيد، إذ ليس للقانون من غَرَضٍ سوى تحقيق الخير للفرد وسعادته، ويرى أنصار الإلتجاه المؤيد لسلطان الإرادة أن لها كامل الحرية في تكوين العقد، وفي ترتيب ما تشاء من آثارٍ عليه، فهو إلتفاقٌ مُؤلِّدٌ للإلتزام، يقوم بسبب توافق إرادتين، كما يقوم على أساس حرية الإرادة التي يتمتع بها جميع أطرافه.

فالإرادة الواعية والمختارة، وتحت دافع إشباع المصالح والحاجيات هي التي تُنشئ العقد، وتحدد محتواه من حقوق والتزامات ووسائل تنفيذ، وزمان ذلك...، ولما كانت الإرادة حرة وواعية فإن على كل متعاقد أن يتولى حماية نفسه ومصالحه حين يتعاقد، فلا يختار من العقود إلا ما يتماشى مع مصالحه ورغباته، وليس له أن يتوقع أية حمايةٍ إضافيةٍ خارجيةٍ لا سيما حين لا يتجاوز المتعاقدون الآخرون حدود المشروعية في التعامل.

بهذا يكون مبدأ حرية الإرادة وسلطانها أساساً للتعامل دون أية حاجةٍ لتعديله أو تهذيبه فهو سبب نشأة العقود وهو حَامِيهَا؛ ويتجاوز أنصاره ذلك إلى مُحاولَة إقامة كُلِّ أحكام القانون على الإرادة المجردة (المبحث الأول).

لقد أدى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه إلى عدة انعكاسات و نتائج على النظرية العامة للعقد وبعض العقود الخاصة، ولعل من أهم هذه النتائج ما نلّمسُه في مبدأ الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، ومبدأ الأثر النسبي للعقد (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: مضمون ومقتضيات سلطان الإرادة

العقد مفهوم هام وأساسي في القانون المدني، ويرجع ويعود إلى الأفكار والمبادئ الفلسفية والسياسية التقليدية؛ فسلطان الإرادة نظرة فلسفية وقانونية تتجه إلى تفسير العقد، فهو نتيجة مباشرة للفلسفة الفردية التي لاقت رواجاً كبيراً، وللحرية الاقتصادية التي إنتشرت آنذاك. حيث برزت أفكار المذهب الفردي الذي يعتبر الفرد غاية في ذاته، وهو هدف الدولة الأسمى، فهي لم تُوجد إلا لحمايته وتمكينه من التمتع بحقوقه واحترامها، وواجب التوفيق بينها عند تعارضها (المطلب الأول).

لذلك تأثر القانون المدني بهذه المعطيات كثيراً، ذلك أن العقد هو أداة مُعدّة لإرضاء حاجات من هم أهل للحق المُعبُورن عنها بتبادل رضاهم، فهو في المُحصلة نتاج وتأسيس فردي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: حرية الإرادة في الفلسفة القانونية

ازدهر سلطان الإرادة في البداية حيث وجد عصره الذهبي تحت تأثير الفلسفة الفردية والمذهب الإقتصادي الحر، فالعقد صار دعامة وأساساً لمبادلات الأفراد، وتعمل الدولة على تنظيم علاقات الأفراد في المجتمع، وتعتبر العلاقات التعاقدية من أهمها، وتسعى من خلال ذلك إلى تحقيق مصلحة الفرد، وذلك تبعاً للأفكار السائدة (الفرع الأول).

بعد استعراض المراحل التاريخية التي مر بها مبدأ سلطان الإرادة نستعرض أسسه وبيان آراء الفقه الحديث في تحديد عناصره (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: إرهاصات المبدأ

العقد باعتباره أهم التصرفات فإنه يستمد وجوده من المجتمع ذاته، وبالتالي فإنه سينعكس ذلك عليه؛ وسلطان الإرادة ذاته تأثر بتلك الظروف (أولاً)، فالتعاقد من أقدم التصرفات التي عرفت البشرية، ونشأة فكرة العقد في القانون المدني، لأجل تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض (ثانياً).

### أولاً: نظرة التشريعات القديمة للمبدأ

مرّ سلطان الإرادة بمراحل مختلفة، كان يمثل في كل منها صدى لما يسود في كل عصر، فالفكر القانوني هو عصاره المبادئ التي سادت وتسود، وكذلك نتيجة للظروف ذات المضامين المتغيرة<sup>1</sup>.

---

1- الفكر القانوني ليس وليد صدفة مارة ولا نزعة عارضة، وإنما هو نتيجة تطوّر مستمر للفكر الإنساني. انظر محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الإمارات، 2012، ص169-173.

تُعتبرُ الإرادة التعاقدية نتيجة لعملية فكرية نفسية، تبدأ في تصور ما يتوقُّ إليه صاحبها من إجراء عقدٍ بينهُ وبين شخصٍ آخر<sup>1</sup>، والإرادة المُعتبرة قانوناً هي المُتبصرة الواعية، لذا يجب أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو مُقدّمٌ عليه، بما يُرتبهُ من حقوق والتزامات<sup>2</sup>. بالنظر في الشرائع القديمة نجد أنه لم يتبين الطرائق التي يتم بها العقد، على الرغم من بيانها لبعض من أحكام العقود، بمعنى أنها قد عرفتُ العقد ولكنها لم تضع نظرة عامة له، ثم ظهرت شريعة حمورابي التي يعتمد التعاقد فيها على الشكلية، لأنها تشترط على المتعاقدين تدوين العقد، فضلاً عن اشتراط إسهاد الشهود للتوثيق<sup>3</sup>.

### 1- مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الرومانية

ارتبط نظام التعاقد في القوانين الرومانية بطبيعة حياة الرومان الإجتماعية وتفكيرهم الديني، فقد كان هذا المجتمع في طوره الأول مجتمعاً محصوراً في نطاقٍ ضيقٍ، فالتعاقد البسيط اليوم هو حدثٌ هام وكبيرٌ عندهم، يحتاج إلى الإحتفال به. فكان يُنظرُ إلى العلاقة بين المتعاقدين بوصفها علاقة دينية وليست قانونية؛ وعليه فالسائد هو طابع الشكلية، ولم تكن الإرادة كافية بمفردها لإبرام العقد، فالعقود كانت قديماً شكلية وكان يُنظرُ فيها إلى الشكل واللفظ دون النية والقصد، تلك كانت حالة القانون الروماني في مرحلته الأولى، وفي الجاهلية قبل الإسلام<sup>4</sup>.

---

1- الإرادة ظاهرة سيكولوجية كامنة في ذات صاحبها، تستدعي نشاطاً ذهنياً معيناً، ويرى علماء النفس أن الإرادة ظاهرة نفسية تصدر من وحي العقل والفكر، تفيد إنعقاد العزم على أمر معين؛ حيث تتمثل في قدرة الكائن المفكر على إتخاذ موقف أو قرار. انظر مختار لبنى، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون الجزائري المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1984، ص15-16.

2- انظر عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1984، ص89، والعقد في اللغة هو الربط والإتفاق، والربط ضد الحل، ويقال عُقد الحبل فأنعقد. مختار الصحاح للرازي، المرجع السابق، ص186.

ومن الجانب القانوني عرفه المشرع بأنه: " العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". انظر المادة 54 مدني، المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، ص21.

أما في الفقه الإسلامي فهو عبارة عن إرتباط الإيجاب بالقبول، مثل ما جاء في مجلة الأحكام العدلية، حيث تعرفه مادتها 103 على أنه: " العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن إرتباط الإيجاب بالقبول ". انظر مجلة الأحكام العدلية، منشورات سلسلة الكتب القانونية، عمان، الأردن، 1998، ص07.

في هذا الشأن يرى الأستاذ السنهوري أن أصل فكرة العقد ترجع إلى إتفاق الخصمين على التحكيم بينهما. انظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 1998، ص19.

3- الملك حمورابي أشهر ملوك بابل، من 1728 إلى 1686 قبل الميلاد، وظلت هذه الشريعة المحور الأساسي لأية دراسة تاريخية قانونية في العراق القديم. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص175.

4- حتى أن العاقدين إذا ألبسا عقدهما شكلاً معيناً أو ألفاظاً معينة صح العقد ولزم مهما كان قصدهما في الحقيقة، ومهما كان في رضاهما من عيوب؛ وبالعكس إذا لم يراع العاقدان ذلك الشكل وتلك الألفاظ بطل العقد ولم يكن صحيحاً. انظر سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1987، ص82.

فقد كان العقد إذا ما أُريدَ أن تكون له آثارٌ مُلزِمة أن يُلبَسَ ببعض الشكليات، يؤدي تخلفها إلى بطلانه، ويُستبعدُ معه كل دور داخلي للإرادة في تحديد آثارها، كما يُستبعد كل دور خارجي للأوضاع بتعديل مضمونها؛ فالعقد متى نشأ ولا ينشأ إلا بالشكل المرسوم مسبقاً يفرض تنفيذه<sup>1</sup>.

كان من النتائج الطبيعية لما جاء في القانون الروماني عدم الإعراف بفكرة الغبن، فالغبن لا يعيب الرضا ولا يؤثر في صحة العقد ما دام العقد قد إستوفى الشكليات المقررة، وما على المتعاقد إلا أن يُنفذ التزامه، وبعد تطور المجتمع الروماني واقتران ذلك بتقدم التفكير القانوني صار هناك تمييزٌ ما بين الشكل المطلوب و الإرادة في العقد، وظهرت الحاجة إلى إعطاء قسطٍ من الأثر القانوني.

فظهرت عقود إبتعدت عن الشكلية البحتة في الحركات والألفاظ عند التعاقد، وفي الوقت نفسه إشتربت تسليم العين محل التعاقد ليتم إبرام العقد

كما أشتربت التسليم وأعتبرَ شرطاً للإنعقاد وليس للتنفيذ، وهو الأمر الذي لم يساعد المتعاقدين على التخلص من الشكلية التي تقيدهم، وعليه فالتراضى لا يكفي للإنعقاد مالم تصحبه واقعة مادية هي التسليم، ومن هذه العقود عقد القرض، والمعروف عندهم بإسم "الموتيوم".

كما لم يكن يُعتمدُ في بادئ الأمر بالتعاقد ما بين غائبين، ويقوم مجلس العقد على وحدة المكان والزمان، وأي اختلاف أو استخدام على طريقة مختلفة عن ماهو مقرر ومرسوم يعتبر هذا المجلس منفضاً<sup>2</sup>.

---

1- فيتم ذلك في الساحة العامة مع مراعاة قيود وقوالب تحوط تعاقداتهم من حركات وإشارات ترجع في أصولها إلى اعتبارات دينية، فمجرد توافق الإرادتين لا يكون عقداً ولا يولد التزاماً، فكانت الشكلية الطابع الذي ميز العقود في المراحل الأولى للقانون الروماني.

فلم يكن للإرادة وحدها أي نتيجة حقوقية بل لا بد للعمل إذا ما أُريدَ أن يكون له وجود ويرتب نتائج أن يلبس ببعض الشكليات، وأن يُسبغَ عليه بعض المراسيم ذات الطابع الشكلي، وذلك ضمن ألفاظ علنية محددة، وسبب الإلتزام هو إستقاء هذه الشكليات والطقوس، فالإلتزام صحيح حتى لو كان سبب التزامه غير صحيح أو مخالف للأداب. انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص82.

2- حقت هذه الشكلية في القانون الروماني مزايا لا سيما من حيث سهولة الفصل ما بين مرحلة التكوين ومرحلة المفاوضات، وتأكيد لإنعقاد العقد، إلا أن هناك مساوئ تتعلق بعرقلة المعاملات لما تستلزمه من حضور الطرفين في مجلس واحد، واستخدام صيغ محددة يعبران فيها عن الإيجاب والقبول. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص179-182.

لقد أعترف للإرادة بدور في مجال التصرفات القانونية، إلا أنه وبالرغم من هذا التطور فإن الشراح يذكرون أن القانون الروماني وحتى في عهد "جستينيان" كان يَعتبر الشكلية هي الأصل، ولا يعترف بمبدأ سلطان الإرادة إلا على سبيل الإستثناء<sup>1</sup>.

فعلى الرغم من التخفيف من حِدّة الشكليات في العقود الأكثر أهمية، إلا أنه لم يُبلغ التطور إلى الحد الذي يعترف فيه بالمبدأ بوجه عام، فظل العقد الشكلي هو الأصل أو القاعدة، ومن ثم يمكن القول أن سلطان الإرادة كان مَسْلُوبًا في القانون الروماني كلا أو جزاء، كما لم تُكُن الشخصية في روما لكل إنسان، بل كانت إمتيازاً لمن يَتَمَتّع بمواصفات خاصة<sup>2</sup>.

## 2- مبدأ سلطان في النظام الكنسي

لم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد في النظام الكنسي القديم إلا تدرجاً، وقد إستمرت الشكلية في أوضاعها السابق بيانها إلى نهاية القرن 12 ثم أخذ أثر الإرادة يَقتوى في تكوين العقد شيئاً فشيئاً.

ساعد على هذا التطور الذي حصل تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة، حيث كان عَدَمُ الوفاء بالوعد جريمة دينية، فيلزمُ المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده، ولو لم يُفرغهُ في شكلٍ مخصوص.

فبتأثير من الكنيسة تم الإبتعادُ عن الشكلية التي طُبِعَ بها العقد الروماني، وكرس مبدأ الإرادة كأساس للإلتزام، وكل إخلال بالعهود يُؤلِّدُ خطيئة<sup>3</sup>.

---

1- ينعقد الإجماع بين شراح القانون الروماني على أن هذا القانون لا يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة لإن الإرادة لا تكفي بذاتها لإنشاء تصرف قانوني وهي عاجزة أيضاً عن تحديد شروطه وأثاره؛ فالتصرف لا ينشأ إلا إذا حدث التعبير طبقاً للشكل أو الصورة التي حددها القانون (وهنا يتساءل عن المقصود بالقانون في هذا المقام وماشكله...).

لقد ظل نظاماً الشكلية والرضائية يعملان جنباً إلى جنب، كفرسي رهان خلال العصور المختلفة للقانون الروماني، وكانت الغلبة دائماً للرضائية، وأنتهى الأمر إلى تراجع الشكلية وانتصار الرضائية. انظر صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، صص 16-09.

2- من هذه العقود المستثناة: البيع والإيجار والشركة والوكالة، وأضيف لها فيما بعد ما عرف بالإتفاقات البريتورية، كإتفاقات القسم، واتفاق تأجيل الدين، والاتفاق على دفع دين الغير.

فمع مرور الوقت عمل الرومان على تهذيب الأوضاع والأشكال التي وفقاً لها ترمم العقود، وقد سائر في هذا التهذيب تطور القانون ومقتضيات إتساع المبادلات، حتى إنحصر هذا الشكل آخر الأمر في التلفظ بالفاظ معينة، يتعين إستعمالها كي يرتب العقد آثاره. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، صص 184-183.

3- انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، صص 43.

## ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من المبدأ

عُرِفَ التعاقد عند العرب قبل الإسلام<sup>1</sup> فُوَجِدَتْ العقود وكانت لها أحكام، ولما جاء الإسلام أَقْرَ منها ما كان صالحاً وحرماً الضار؛ فالأصل في إستحقاق مال الغير أو إستحلال شيءٍ من حقوقه هو الرضى<sup>2</sup>.

يقول الأستاذ "الزرقاء" إما على سبيل التجارة والتبادل، وإما على سبيل المِنَحَةِ والتنازل عن طِيبٍ واختيار<sup>3</sup>، وهناك من يرى أن الشريعة الإسلامية عَرَفَتْ مبدأ سلطان الإرادة بمعناه الدقيق، ومفهومه الصحيح، ويستشهدون بقول الله تعالى ﴿...وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا﴾<sup>4</sup>، فهذا الحُكْم لا يُخَصُّ علاقة الشخص بربه فقط، بل علاقة الشخص بنفسه وبغيره يسري عليها هذا الحكم أيضاً، وتخضع كذلك لحكم هذه الآية الكريمة<sup>5</sup>.

إن الشريعة الإسلامية تُعَدُّ من الشرائع المتطورة تطوراً بالغاً، لأن طريقة مُعالجتها لشؤون الحياة الإجتماعية لا تَعْتَمِدُ على منطق الجزاء والعقوبة فقط، وإنما تَسْتَنِدُ إلى دعوة الإنسان للتمسك بالفضائل الرفيعة ومكارم الأخلاق<sup>6</sup>.

---

1- تتمثل في الفترة الزمنية التي تقارب القرنين قبيل ظهور الإسلام، ولم يكن للعرب فيها تشريع أو قانون بالمعنى الصحيح، فكانت الأعراف والعادات والتقاليد المستمدة من المجتمع الفطري البسيط، وحتى من الأخلاق والمعتقدات. فكانت العقود المنتشرة بينهم بسيطة بساطة حياتهم، وأقتصرت على بعض العقود المنتشرة والتي تتم بالمقايضة، ومع إزدياد المعاملات واختلاط العرب بغيرهم أخذ التعامل بالنقود والذهب والفضة، ما أدى إلى ظهور أنواع أخرى من العقود، والتي تقوم على عنصر التراضي مع بعض مظاهر الشكلية.

فقد عرف العرب أنواع من البيوع الشكلية، والتي منها: عقد بيع الملامسة والذي ينعقد البيع بلمس المبيع دون النظر إليه، وعقد بيع المنابذة والذي يسمى ببيع الإلقاء، وهو أن يلقي أحد المتبايعين إلى الآخر متاعاً ويلقى إليه الآخر مثله، ويجعل هذا النبد أو الإلقاء موجبا للبيع قاطعاً للخيار؛ وهناك نوع آخر من البيوع هو عقد بيع الحصاة والذي فيه أحد المتبايعين للأخر إرم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص90.

2- يقول الله سبحانه وتعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ الآية 29 من سورة النساء، وفي السنة المُطَهَّرَة عن عمرو بن عوف المُزَنِي رضي الله تعالى عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ﴿المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حَرَمَ حَلَالًا أو أَحَلَّ حَرَامًا﴾. أخرجه الترمذي في سننّه، الأحكام، رقم 1352.

3- انظر مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، طبعة 1967-09-1968، ص467. وسامي بديع منصور، المرجع السابق، ص91.

4- الآية 15 من سورة الأحزاب، ويرى جانب من الفقه أن تمسك الفقه الإسلامي بمبدأ الرضائية في العقود لا يعني أنه يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فهذا المبدأ وليد المذهب الفردي الذي إنتشر في القرن 19 في أوربا. فالفقه الإسلامي نظام له إستقلالية تميزه، كما أنه توجد عقود لا يكفي فيها توافق الإرادتين كضرورة عنصر التسليم في الهبة والرهن. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص215-216.

5- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص26.

6- فإرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة التصرف، لا تقيد إلا بما حرّمه ونهى عنه الله تعالى، وهو ما يجب الإبتعاد عنه؛ بالإضافة إلى منع الإعتداء على حقوق الآخرين، وعند تصادم الإرادات يُحَفَظُ التوازن بينها بحكمة الشرع، بالميزان الذي هو العدل الإلهي.

لذا ينطوي إطارها التنظيمي على ما يَضْبُطُ علاقات الفرد بربه وبنفسه وبغيره من جماعته<sup>1</sup>، وعند تجاوز هذه الحدود تصير باطلة، فيجب أن لا يشتمل العقد على أمور نهى عنها الشارع، وحرمتها، وإلا بطل التصرف<sup>2</sup>.

فقد تجاوزت الشريعة الإسلامية الحدود الرومانية الضيقة، فأعتبرت أن الرضى وحده في الأصل الركن الكافي لإنشاء العقود إلا في حالات إستثنائية<sup>3</sup>، وإن كان هناك خلاف تفصيلي حول مدى سلطة الإرادة في تحديد شروط العقد<sup>4</sup>.

ففي القوة الملزمة للعقد ورد في القرآن الكريم آيات تدل على أن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، وإنطلاقاً من أن الإنسان حر فبالضرورة من حيث الأصل أن تكون إلتزاماته بإرادته، ولا يمكن أن تأتي إلا من إرادته<sup>5</sup>، وإجمالاً يمكن القول أن مجال البحث في الفقه الإسلامي مجال واسع، فلأصل في العقود والشروط الحل والإباحة<sup>6</sup>.

---

فحاربت الشريعة الإسلامية كل استغلال، وحكمت بقمع ومنع كل ربح وفائدة يقوم على استغلال ضعف الطرف الآخر. انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، دار النهضة العربية بدون سنة طبع، ص2. 1- يقول تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ الآية 188 من سورة البقرة، وعن أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ﴾ أخرجه ابن ماجة في سننه، رقم 2185.

2- فيتوخى الإسلام قيام مجتمع فاضل، يقوم على أساس التعاون في شتى مجالات الحياة، والتقليل من فوارق الطبقات في المجتمع، فالعقود شرعت للحاجة والمصلحة، فتنشأ وتوجد بإرادة العاقد، على شرط عدم مجاوزة الحدود التي بينها الشارع الحكيم. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص219-220. ومحمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996، ص3.

3- فمبدأ احترام العهود ومجرد التراضي أصبح منتهي للعقد، وما يترتب عليه من إلتزامات دون تقييد لأنواعها إلا في حدود الموانع القانونية كالنظام العام والأداب العامة، وهو ما تؤكد نصوص الشريعة من الكتاب والسنة في مسائل الإرادة وآثار العقود، فعموم هذه النصوص ومرونتها وموقف الإجتهاادات الإسلامية منها هو الإلتفاق الكلي على مبدأ حرية التعاقد والرضائية في العقود. انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص90.

4- ففي مدى سلطة الإرادة في تحديد شروط العقد وجد إتجاهان: الأول يقيد من دور الإرادة في تحديد تلك الشروط، وهو الذي يتمسك بنظرية مقتضى العقد، والثاني يعتبر أن الأصل في تلك الشروط هو الإلتفاق. فالإتجاه الأول يعتبر أن لكل عقد أحكاماً أساسية تسمى مقتضى العقد نص عليها الشرع صراحة أو استنبطت، وأثبتها الإجتهااد حفظاً للتوازن في الحقوق بين المتعاقدين؛ وبالتالي ليس لهما أن يتفقا على ما يخالفها. أما الإتجاه الثاني فيرى أن الأصل بمقتضى نصوص القرآن والسنة النبوية هو حرية العقد، أنواعا وشروطا، وتفرض تنفيذها ما لم يكن في هذه النصوص ما يمنع من عقد أو شرط، عندها يتمتع بخصوصه إجراء إتفاقات مخالفة وإلا أبطل الإلتفاق.

فالإلتفاق بين الإتجاهين هو في النتيجة بمنع الإتفاقات المخالفة للنصوص الملزمة، ولكن الإختلاف هو في النظرة؛ هل القاعدة هي التقييد أو الإلتفاق؟ ويمزج الشيخ محمد أبو زهرة بين الإرادة في إنشاء العقد وبين القوة الملزمة للعقد، ففي معرض تحديده لدور الإرادة يرى أن: " آثار العقد في النظر القانوني تنشأ بإرادة العاقدين الحرة بناء على القاعدة القانونية القائلة أن العقد شريعة المتعاقدين، فكل ما يرتضيه العاقد من أحكام يكون صحيحاً واجب الوفاء، أما في الشريعة الإسلامية فالإرادة إنما تنشئ العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد. انظر محمد أبو زهرة، المرجع السابق، فقرة 135، ومصطفي الزرقاء، المرجع السابق، ص475 وما يليها. وسامي بديع منصور، المرجع السابق، ص90-91 هامش 07.

5- ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظْهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتَيْمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُتَبِعِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾ سورة التوبة، الآية 3-5، ويقول تعالى ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ سورة الإسراء، الآية 34.

6- تتكون العقود في الفقه الإسلامي من نوعين هما العقد الصحيح والعقد غير الصحيح، فالعقد الصحيح هو العقد الذي يقره الشرع ويرتب عليه الآثار، وهذه العقود سلمت أركانها وأوصافها من كل خلل.

يستثنى من ذلك أن يكون الشرط مُخالفاً للمقصود من العقد، وأن يكون الشرط يُناقضُ الشرع فيجُلُّ حرام أو يحرم حلالاً<sup>1</sup>، وينصرف الفقه الإسلامي إلى إيجاد التصرف الشرعي الذي إتجهت إليه الإرادة، أي أن صلاحيتها سببا في حصول هذا التصرف.

في هذا المعنى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: " أن الأحكام الثابتة بأفعالنا، كالملك الثابت بالبيع...، نحن أثبتنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا"، ويقول الإمام الغزالي: " أن لِحْل الأموال والأبضاع أسبابا ظاهرة من نكاحٍ وبيعٍ وطلاقٍ وغيره، وأن نَصَبَ هذه الأسباب أسبابا للأحكام إنما هو بِحُكْمِ الشَّرْع، فهي لا تُوجِبُ الحُكْمَ بذاتها، بل بإيجاب الله تعالى، فهو الذي شرعها، ورتب عليها أحكامها"<sup>2</sup>.

كما يقول " الإمام الشاطبي": " أن السبب غيرُ فاعلٍ بنفسه بل إنما وَقَعَ المسببِ عندهُ لا به"، ومن هنا جاءت النظرية المسماة **بالجعلية** في الفقه الاسلامي، فالإرادة تنشيء العقد فقط، ولكن أحكامه وآثاره من الشارع لا من إرادة المتعاقد<sup>3</sup>.

فالشخص حر في أن يبيع أو أن يشتري أو أن يُعرض عن ذلك، ولكن بمجرد أن يُقَدِّم على ذلك صار خاضعا للآثار المترتبة، سواء أرادها أم لا<sup>4</sup>، وليس للمكلف سِوَى تعاطي الأسباب، وإنما المُسبباتُ من فعل الله تعالى وحُكمه، وأنها ليست في مقدور المكلف، والسبب غير فاعلٍ بنفسه بل إنما وَقَعَ المسببِ عندهُ لا به، فإذا تسبب المُكلف، فالله خالق السببِ، والعبد مُكتسب له<sup>5</sup>.

---

أما العقد غير الصحيح فهو الذي نهى عنه الشارع ولم يُقره، وذلك نظرا لتعرضه لخلل في وصف من أوصافه؛ ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية " أن الأصل في العقود رضاء المتعاقدين ونتيجتها ما أوجدها على أنفسهما بالتعاقد". نقلا عن محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 214-223.

1- هناك آيات عديدة في القرآن الكريم توجب الوفاء بالعهد، منها قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُجِّلْت لَكُمْ بِهِمَةٌ الْأَنْعَمَ.....﴾ الآية 1 من سورة المائدة، وقوله تعالى ﴿...وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ الآية 34 من سورة الإسراء.

2- هنا يطرح تساؤل: هل إرادة الشخص ستكون العامل الحاسم في تحديد آثار العقد، أم أن آثار العقود وأحكامها سيحددها الشارع؟ بداية يمكن القول أنه لا يتكافأ معنى الإرادة في الفقه الإسلامي مع مدلولها في القانون الوضعي، فالإرادة في المدلول القانوني يقصد به قدرتها على إنشاء وترتيب الآثار القانونية. انظر محمد صديق عبد الله، المرجع السابق، ص 234-235. إشارة إلى بن تيمية، الفتاوى الكبرى، المرجع السابق، ص 214. والإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج 1، ط 1، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1324 هجري، ص 93.

3- إذا كان المتعاقد في نظر الشريعة الإسلامية الغراء يمكن أن يساهم في إبرام العقود بمجرد التعبير عن إرادته الحرة، فإن آثار العقد لا تكون كذلك لأن الشارع فقط هو الذي يتدخل لتحديد شكلها ونطاقها. انظر أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول، ج 1 و ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 2001، ص 196.

4- من الفقه من يقول أن للعقود أسباب جعلية شرعية وليست أسباب طبيعية، ويريدون بذلك أن الآثار المنسببة عن العقود ليست من إعتبار العقد وما أشتمل عليه من عبارة تدل على إرادة حرة راضية، بل لذلك ولأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود. انظر محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 71. نقلا عن محمد صديق عبد الله، المرجع السابق، ص 235-236.

5- انظر الشاطبي، المرجع السابق، ص 124-129.

إن الإرادة في الفقه الإسلامي يقتصر دورها على إحداث التصرف، أي تنحصر في دور السبب المؤجّد للتصرف فقط، دون أن يكون لها أي دور في إحداث الآثار أو ترتيب النتائج<sup>1</sup>، فالتعاقد عملٌ يتصف بالذاتية، يخص الفرد و يتأثر به، ولا يكاد له تأثير في الجماعة، ولا تتدخل الشريعة كأصلٍ في مجال إنشاء التصرف، أما تحديد الآثار فهي جعلية من الشارع، فالموجب للأحكام هو الله تعالى.

كما تبيّن أن للإرادة دورٌ محدودٌ في إنتاج آثار التصرف، كونها لا تعدو سبب حصول التصرف، أو إرادة تحقق التصرف، وظهوره للوجود، بينما الآثار تترتب بحكم الشرع الحنيف، أي بجعل من الله تعالى، وليس بالإرادة البشرية؛ فالإرادة تتجه فحسب صوب تلك الآثار مُخَيِّرة الأداة الشرعية الملائمة لإنتاجها<sup>2</sup>.

إن العقود في ظل الشريعة الإسلامية غير واردة على سبيل الحصر، ومن ثم فيجوز تحت رحابها ممارسة أي عقد ما دام فيه نفع للناس، فالأصل هو احترام العقود والعهود التي يقطعها المسلم على نفسه ما دامت غير مُخالفة للشرع<sup>3</sup>.

مما سبق يمكن القول أن القوانين الوضعية لا يمكنها الإحاطة بجميع نواحي الحياة بالتنظيم، لذلك تترك بعض التفاصيل للأخلاق، وهنا يظهر علو كعب الشريعة والفقه الإسلامي الذي يرصد جزاءات أخروية لها، فحرية الإرادة يجب أن تنقيد بشرط عدم مخالفة أصلٍ أساسي من أصول الشرع الحنيف، وبعبارة القانون اليوم عدم مخالفة مقتضيات النظام العام<sup>4</sup>.

---

1- يرى جانب من الفقه أن آثار العقود هي ضبط وتحديد الشارع لا المتعاقدين، فالشارع وحده هو من يخصص لكل عقد آثاره ويجعل من هذا العقد طريقاً موصلاً لهذا الأثر. انظر محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1998، ص 579.

2- فأساس العقد في الفقه الإسلامي هو التوازن ما بين المصلحة الفردية -ويظهر ذلك في إنشاء التصرف- والمصلحة العامة المتمثلة في جعل آثار العقود من عمل الشارع وحده، هادفاً من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة والعدل.

ثُعنى الشريعة الإسلامية بإقامة التوازن في مضمون العقد ولا تأثير لهذا التدخل على حرية الإرادة، فالحكمة الشرعية هي الحيلولة دون ترتيب آثار على تصرف قد يناقض أياً من أصول الشريعة، فلا بُد من الإنضباط ابتداءً بحدود أوامر الشرع ونواهيه.

يتبين مما سبق أن الإرادة في التصور الإسلامي موضع إعتبار رئيسي، بيّد أنها تتباين مع الإرادة في التصور الوضعي من جهة إطلاق سلطانها، فالإرادة في التصرف الشرعي إرادة مقيدة منتظمة ابتداءً بحكم الشرع، منتظمة إنتهاءً بالأمر الشرعي المُقرّر نصاً أو إجماعاً أو قياساً معتبراً. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 238-240.

3- هذا ما جاء في حديث النبي صلى الله عليه وسلم في سنن الترمذي، «المسلمون على شروطهم» ﴿ الحديث رقم 1352، سبقت الإشارة إليه.

4- لم يكن الفقه الإسلامي بحاجة إلى إبتداع فكرة كالنظام العام، لأن النظام الشرعي في الإسلام لا يجذُ إحتياجاً فنياً ولا تقنياً لإبتداع فكرة كهذه تلعب دور المقيد، والمُحدّد لسلطان الإرادة، وهي بصدد التصرفات الشرعية، من خلال ما يُعرّف بنظرية المصلحة. انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 83.

فالقيد واردٌ ابتداءً والحد معينٌ شرعاً، والنسبةُ إلى الله تعالى في آثارِ التصرف مَقْطوعٌ بها؛ (أي مسلم بها)<sup>1</sup>، فوضعت الأمور في نصابها حينما أعطت للإرادة مكانتها في تكوين التصرف من غير شكلية تذكر، ثم أحاطتها بقيود عادلة حدثت من سلطانها؛ فكانت تشريعاً حياً وعملياً<sup>2</sup>.

إجمالاً يمكن القول في نهاية هذا الفرع أن القانون الروماني قد عرف في مراحل المتأخرة أنواعاً من العقود أبرزت مبدأً جديداً في الأعمال القانونية هو مبدأ الإرادة<sup>3</sup>، الذي أصبح أساس القوانين الوضعية، ومصدر الإلزام العقدي، فالإرادة هي التي تنشأ العقد، وهي التي تُفرضُ تنفيذه.

كما ظهر أثر التطور في محاولة إيجاد حلولٍ للوقائع التي لم يرد بشأنها قواعد قانونية، فالظروف الجديدة التي غيرت حياة المجتمع الروماني سواء في النواحي الاقتصادية أم الإجتماعية أم الفكرية دفعت الفقهاء إلى تحليل عناصر التصرف القانوني، والإهتمام إلى أن الإرادة ذاتها هي جوهر التصرف القانوني.

فأساس القوة الملزمة للعقد يرجع لفكرة دينية تلزم وتوجب الإحترام بالعهود، وهو ما كان للشريعة الإسلامية سبق إليه<sup>4</sup>، وقد ظهر صدى تغلب الإرادة في تفسير النصوص التشريعية، ويقول "شيشرون": "على القاضي أن يُغلبَ الإرادة على اللفظ"<sup>5</sup>.

---

1- ليس ثمة حاجة إلى إيجاد آليات تقييد خارجية عن نسق التكوين الداخلي للتصرف، للحد من سلطانها، لأن ذلك السلطان للإرادة غير وارد في التصور الشرعي الإسلامي، والآثار لا يمكن تصور مناقضتها للنظام الشرعي، فهي بترتيب من الله تعالى، ولا يتصور ترتيب آثار تناقض أحكامه، وأي تصرف يفقد عناصر المشروعية إنما هو باطل ابتداءً، مُنهدراً إنتهاءً، غير قادر على ترتيب آثاره غير المشروعة، أي أنه ليس بحاجة لأداة قانونية تدخل على التصرف القانوني المتكامل صحة وتكويناً. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص242.

2- انظر ليلي عبد الله سعيد، دور الإرادة في تقييد حق الملكية، مجلة الحقوق، الكويت، السنة السادسة، العدد04، ديسمبر1982، ص184.

3- لم يصل القانون الروماني - على عراقتة - إلى قاعدة الرضائية في العقد، إلا في آخر مراحل تطوره، وتحت ضغط التطور، وعلى أثر إتساع الحياة الاقتصادية. انظر عبد الحميد محمود البعلي، ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة1989، ص14.

4- فمصدر الإلزام في القانون الروماني هو التنظيم القانوني للعقود المحددة حصراً، وتوافر شروط هذه العقود يفرض تنفيذها، ومصدر الإلزام في الشريعة الإسلامية هو الوفاء بالعهود، وتأثير الأفكار التي كانت سائدة والنزعة الفردية في القانون الفرنسي القديم. انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص93.

5- عبارة شيشرون المشهورة: "المغالاة في التمسك بحرفية النصوص مغالاة في الظلم" "Summum jus Summa injura". انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص26.

## الفرع الثاني: أسس ومحتوى المبدأ

تجتهد نظرية سلطان الإرادة في أن تَجِدَ لكل نظام قانوني تفسير عقدي أو إرادي على الأقل، وتَنْصَحُ ماهية سلطان الإرادة من خلال استعراض الأسس التي يقوم عليها المبدأ (أولاً)، فمن حيث المبدأ ليس هناك إنسان مدين لأخر، وحتى في مجال الإلتزامات التي تُفَرِّضُ بقصد الحفاظ على ترابط المجتمع يجب ألا تقوم إلا إذا أرادها الأطراف (ثانياً).

### أولاً: الأساس الفلسفي

تنطلق هذه النظرة -الفلسفة الفردية- من مُسَلِّمةٍ بديهيةٍ ألا وهي حرية الأفراد، فالسياسة التي تُشجِّعُ على الحرية تُعدُّ بيئة ملائمة لنمو العقد وأزدهاره<sup>1</sup>، ويسعى الإنسان منذ الأزل إلى تكيف حياته مع الظروف الطبيعية المحيطة به، وتخضع القوانين الوضعية لقانون أعلى منها، فأصل التشريع هو من الله سبحانه وتعالى فهو خالق الكون وخالق الطبيعة ذاتها، ومع هذا ظهر فقهاء جاؤا بنظريات كل وفق تصوره ومنظوره.

### 1- مبادئ القانون الطبيعي

يَعْنِي القانون الطبيعي مجموعة القواعد العامة الأبدية التي تتضمن المُثُل والقيم العليا التي يكتشفها الإنسان بعقله وتفكيره، وهي تُعَبِّرُ عن أصل الأشياء بحسب قانونها المنشئ لها، دون تدخل أو تزييف من خارجها<sup>2</sup>.

مضمون ذلك أن الإنسان حُر بطبعه ولا يمكن إلزامه بشيء إلا إذا إرتضاه، فالإرادة الإنسانية هي التي تنشئ العقد وتحدد مضمونه بحرية<sup>3</sup>، وعلى الدولة احترام حقوق الفرد وتمكينه من التمتع بها، وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها؛ فالمبدأ هو الحرية والإستثناء مقصور على قَدْرٍ ضئيلٍ من القيود، يُعد ضروريا لتمكين الفرد من التمتع بهذه الحرية<sup>4</sup>.

---

1- "بالمقابل فإن السياسة ذات النزعة الإشتراكية والإقتصاد الموجه تفرض قيودا عديدة على حرية الأفراد ومسئوليتهم مما يفقدها الكثير من مزاياها لدرجة أن العقد فقد مكانه في المجتمع الماركسي الذي يحل فيه الإنتاج الموجه محل قوانين السوق والتوزيع الموجه أيضا محل التبادل والتجارة". انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص ص 05-26.

2- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 35.

2-Voir Gérard Légiér, droit civil, les obligations, 16ed, Dalloz, 1998.p17.

Le contrat, institution individualiste. Voir Billement (J), le contrat dans la pensée d'Emmanuel levy. D.E.A. droit des contrats université de lille (2).2003.p 25-26.

4- ففي بداية القرن 17 ظهرت أفكار المذهب الفردي الذي يعتبر الفرد غاية في ذاته، وهو هدف الدولة الأسمى، فهي لم توجد إلا لحمايته وتمكينه من التمتع بحقوقه، لأن طبيعته الانسانية تمنحه من الإرادة والحرية. انظر أحمد عيسي، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدى، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، تلمسان، ص 51.

لقد أستعمل " كانت " للمرة الأولى سلطان الإرادة، وبين أن الإرادات الفردية تقوم مقام القانون فيما بين الأطراف، وهي مصدر كل إلتزام<sup>1</sup>، وقد أعطى لهذه الأفكار الصبغة القانونية، فحرية الفرد هي حقه الأساسي، وكل إلتزام لا يكون قائماً على أساس إرادة الفرد هو الإلتزام يتنافى مع العدالة، والمنطق الطبيعي للأمر.

فسلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد لكل القوانين، ولكل الواجبات التي تُملئها هذه القوانين، فالقانون الوضعي السليم هو الذي يستلهم قواعده من قواعد القانون الطبيعي، فهو أساسه وأصله، ويقوم هذا المذهب على فكرة أولية، وهي أنه تُوجد في الطبيعة قواعد قانونية أو مبادئ أساسية تعتبر مقياساً لصلاحيات القانون الوضعي وعدالته<sup>2</sup>.

لذلك اعتقد أنصار هذا الطرح بوجود قوة تُدير الأعمال والأفعال وسَمَوْهَا الطبيعة، وأرجعوا الأعمال إلى قوة الطبيعة؛ وما يميز هذا القانون أنه لا يعود لإرادة المشرع، كما أنه مستقل عن القانون الوضعي، ويرون أنه يعلو عليه؛ فوجود الفرد سابقاً على وجود المدينة، إلا أن هذه المدرسة تصورت وجود الدولة قبل تصور وجود الفرد، فالدولة كما يقول "أرسطو" أول شيء إقترحته الطبيعة، والكل بالضرورة يسبق الجزء<sup>3</sup>.

فالتبيعة البشرية هي مصدر القانون الطبيعي لأن ما يميز الإنسان حاجته للمجتمع، فالقانون الطبيعي هو القاعدة التي يُملئها علينا العقل القويم الذي وفقاً له نقيم الأفعال، ويضفي أنصار القانون الطبيعي طابع القانون الأمر، فجعلوا من صفاته العلو، فهو يسمو على الإرادة، فليس لها أن تخالفه بل يجب عليها طاعته.

لذلك فإن التضحية بالإرادة المطلقة للفرد تكون من أجل قيمة أسمى منها، وهي العدل أو الأخلاق أو القانون الطبيعي؛ ذلك أنها تُعبر عن ما ينبغي أن تقوم على أساسه الدولة من أجل تحقيق وجودها الحقيقي، وهو الوجود الذي لا غنى عنه من أجل وجود الأفراد أنفسهم، وتحقيق السعادة لكل منهم<sup>4</sup>.

---

1- كانت من أبرز فلاسفة الحرية الألمان، ويرى: " أن الإرادة حرة، لأنه ليس من الممكن أن يكون الواجب موجوداً دون وجود الحرية في الإرادة، فالقانون علة علمنا بالحرية والحرية علة وجود القانون". انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 05-06. وجميل محمد بني ياس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص "دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص 76.

2- انظر عبد الرحمن عياد، أساس الإلتزام العقدي، دكتوراه، القاهرة، بدون ذكر تاريخ، ص 05.

3- انظر سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 131.

4- فالإرادة هي أساس القانون وغايته وما القانون إلا صدى لها، فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنعه، وحتى القيود التي ترد هي تعبير عن الحرية. انظر سمير عبد السيد تناغو، المرجع نفسه، ص 135-137.

## 2- خضوع القانون الوضعي للقانون الطبيعي

إن قول أرسطو بأن القانون الوضعي هو العدل يَحْمِلُ الأفراد على الخضوع للقانون الطبيعي، ويَحْمِلُ في الوقت نفسه المشرعين بأن يَسْتَوْحُوا أحكامهم من مبادئ العدل، فالمشرع عند وضعه للقانون لا يضعه على أساس مصالحه ومصالح الطبقة التي ينتمي إليها، بل على أساس العقل وحده، فهو المعيار الصحيح للعدل والأخلاق<sup>1</sup>.

فالعدل هو القانون العقلي الذي يُدركه العقل السليم، وفكرة العقد الإجتماعي تعني التحول من الحالة الطبيعية الافتراضية إلى مُجتمع يتوافق فيه الجميع على قواعد يتنازلون بِموجبها عن حريتهم المطلقة مقابل توفير الأمن والاستقرار، أي خضوع الإرادة الحرة للإرادة العامة، وقد انْتَقَدَ مفهوم القانون الطبيعي بما انتهى إليه حسب تصوّر مذهب العقد الإجتماعي، وذلك من منطلق أن فكرة القانون الطبيعي تتضمن مُغالاةً في المثالية.

على الرُغم من هذه الإنتقادات، فإن أنصار المبدأ صَمَدُوا في الدفاع عنه، وطَوَّرُوا مفهومه لأجل تَجَنُّبِ ما وُجِدَ له من إنتقادات، حيث أن حُرِيَّةَ الإنسان وأهميه إرادته هي المناخ المهم للإرادة، والذي يظهر ونَجِدُهُ في إطار القانون العام، تحت مُسمّى نظرية العقد الإجتماعي التي نادى بها "روسو".

هذا العقد الذي تنازل فيه الأفراد بإرادتهم، لأن القانون ماهو في الأخير إلا تعبيراً عن الإرادة الجماعية<sup>2</sup>، وتنادي هذه الفلسفة بتحرير الفرد من الضغوط الإجتماعية التي تنشأ من القانون، فلا يمكن تقييد هذه الحرية أو الحد منها إلا بإرادته الخاصة وَحَدَهَا.

فليس هناك قاعدة أفضل من تلك التي تنشأ من الإتفاق الذي يُبْرَمُ طواعية واختياراً، بحيث يكون قانوناً لهم، يتوافق مع إستعمالهم الخاص، وهذه القاعدة من شأنها تحقيق العدالة؛ وعلى المستوى الإقتصادي فإنها تُعَدُّ أفضل وسيلة لحماية المال العام<sup>3</sup>.

---

1- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص39-41.

2- هذا ما تأثرت به إجابا الثورة الفرنسية حيث تبنت فكرة العقد الإجتماعي، وذلك من خلال الإعتراف بوجود حقوق طبيعية لكل إنسان، وقد ظهر هذا واضحا وجليا في إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، ووفقا لهذا الإعلان أصبحت قواعد القانون الطبيعي مبادئ مقننة رسميا في صلب القانون الوضعي، وجاء في نص المادة الأولى منه: " الناس يولدون ويستمررون أحرار متساوين في الحقوق". انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع نفسه، ص ص 39-44.

3- انظر أيمن ابراهيم العشموي، المرجع السابق، ص13.

إن شخصية الفرد لا تكتمل إلا بالحرية، ويترتب على ذلك أن الإنسان لا يمكن أن يخضع للإلتزامات لم يُردها لأنها قد تكون جائرة أولاً، وثانياً يجب عليه أن يحترم جميع الإلتزامات التي قبلها برضاه واختياره.

فكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية، فإن رجال القانون يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية (من وجهة نظر القانون)، وبحسب هذا الطرح تأتي الإرادة في المقام الأول، فهي قوام التصرف<sup>1</sup>.

يظهر من هذا التحليل أن هذه الفلسفة القانونية جعلت من العقد أداة لتفسير النظام القانوني بأكمله، فالمجتمع نفسه نشأ من العقد الإجتماعي بحسب تعبير جان جاك روسو: "الإتفاق هو أساس كل سلطة بين الأفراد، تنازل كل فرد طواعية عن جزء من حقوقه"<sup>2</sup>، وعلى ذلك يصبح العقد مصدراً بالغ الأهمية للقانون، فالإرادة يمكنها أن تصنع بنفسها قانونها الخاص<sup>3</sup>.

فمعظم المراكز القانونية تُبررُ بالإرادة، فالنظام المالي للزوجين ليس نتيجة إتفاق قانوني، وإنما نتيجة إتفاق ضمني بينهما، والميراث ليس سوى تعبير عن وصية مفترضة؛ والملكية مبنية عن حرية الإرادة بل هي الحرية في مظهرها المادي؛ وحقوق الأسرة سببها عقد الزواج الذي تسيطر عليه الإرادة، وحتى العقوبة الجنائية نفسها تجد ما يبررها في الإرادة، حيث إرتضى المجرم مقدماً أن يوقع عليه الجزاء<sup>4</sup>.

كما تأثر القانون الفرنسي القديم بأفكار وفلسفة مدرسة القانون الطبيعي والتي تعتبر الإرادة والحرية حالة فطرية في الإنسان، وهي القرين له فلا يُتصور أن يُلزم إلا بإرادته الحرة الواعية، وكل تجاوز على الإرادة هو تعدي على الحقوق الطبيعية للإنسان<sup>5</sup>.

1- انظر السنهوري، المرجع السابق، ف41 ص141.

2- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص17-18 إشارة إلى:

ROUSSEAU(Jean-Jacques), Du contrat social, 1994, Liv1, chap5.

3- " كل إلتزام أساسه الرضا والأختيار يتماشى مع القانون الطبيعي، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها". انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص15.

4- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع نفسه، ص18، ولكن الذي يظهر أن هذا الطرح يُجانب منطق وروح القانون، فهذه المبررات لا يقبلها المنطق والعقل السليم، فكيف بالقانون؟

5- لقد صاغ المشرع الفرنسي مبدأ سلطان الإرادة في المادة 1134 من القانون المدني على الوجه التالي: "الإتفاقات التي تتم وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها".

إن هذه الصياغة في حقيقتها ليست سوى تحويراً تم على أيدي رجال الكنيسة، والفقهاء دوماً لقاعدة رومانية وردت في موسوعة جستنيان على لسان الفقيه البياتوس. انظر صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص3 ومابعد.

(موسوعة: 6، 1، 3، 16) نقول العقود تستمد قوتها من الإتفاق "» contractus legem ex conventione accipiunt «»

## ثانيا- مذهب التضامن الإجتماعي

نادى الفقيه الفرنسي "ليون ديغي" بفكرة التضامن الإجتماعي أساسا للقانون، فالإنسان حسبه كائنٌ إجتماعي يمتنع عليه الإخلال بنظام الجماعة وأمنها، ويقوم هذا المذهب على رفض التفسيرات غير الواقعية لأصل القانون، ومنها أفكار القانون الطبيعي.

### 1- القانون ضرورة

أثبت "ديغي" أن الإرادة لا تُرتب الأثر القانوني بل هو الشرط الأساسي لتطبيق القانون، ومن هنا كان المجتمع الإنساني مجتمع ديناميكي مملوء بالحركة والنشاط، لذلك كان لا بد من وسيلة لتنظيم هذه الحركة منعا للتعارض والإضطدام، فكان القانون ضرورة حتمية لذلك<sup>1</sup>، والقانون عادة لا يُعنى بالمواقف الفردية، وإذا كان يُوجهها أحيانا فإن ذلك يكون في الحدود التي يكون فيها لتلك المواقف تأثير أو مظهر إجتماعي، فلا يُعنى القانون بالفرد إلا من خلال الجماعة التي ينتمي إليها.

"فالقانون يقف عند عتبة الحياة الفردية للإنسان ولا يمتدّ تدخله إلا إلى نشاطه الإجتماعي، وفي هذا النشاط الذي ينسج حوله القانون خيوطه لا بُد وأن يترك للفرد مجالا لحرية الحركة... فالطابع الإجتماعي للقانون، والذي يبدو لأول وهلة ثقيل الوطأة على الشخصية الفردية، يعود فيضحي ناجحا في إحترام الإستقلال الفكري والروحي للإنسان"<sup>2</sup>.

فبمقدار توافق وانسجام قوانين الدولة وقوانين الواقع الذي هو واقع البشر أنفسهم، ومن إنتاجهم، وتتحول بذلك القوانين إلى قانون أخلاقي يجعل من إحترام حقوق الآخرين وحياتهم سمة الإنسان المتحضر.

مع ذلك وعلى الرغم مع ضعف الوازع الديني في النفوس إنتشرت النظريات الفلسفية والإقتصادية وحتى السياسية، والمتشعبة بروح الفردية التي تقس الفرد وتُطلق العنان لإرادته<sup>3</sup>، وهذا ما يُؤكد على وجود مبادئ القانون الطبيعي السابق بيانه<sup>4</sup>.

1- انظر صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص65.

2- انظر حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص152.

3- من ذلك ما جاء في المادة 106 مدني، والتي تشير إلى مبدأ الحرية العقدية، على أن لا تخالف الإتفاقات الخاصة القوانين التي تتعلق بالنظام العام والأداب العامة، وكذا ما جاء في نص المادة 1134 مدني فرنسي من أن الإتفاقات التي تُعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيها.

4- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص187.

لقد تُلقت الثورة الفرنسية هذه الإتجاهات، وهو ما ظهر في توجه المشرع في أوائل القرن 19 حيث أن قانون نابليون جاء متشعبا بتقديس حرية الفرد وأحترام إرادته، والتي أصبحت أصلا لكل الالتزامات، وهي المرجع الأعلى في ترتيب الآثار عليها<sup>1</sup>، فيكون الإنسان حرا مستقلا في إرادته، فإذا إلتزم بشيئ كان من العدل أن يقوم بما إلتزم به.

كما أنه يكفي لإنشاء الحقوق مجرد تبادل الرضا بين الطرفين؛ ومن هذا نلحظ إهتمام القانون الفرنسي بالعقد وتمسكه بالعنصر الإرادي، وهو ما يُعبرُ بوضوح عن الإنتماء أو الأخذ بمقتضيات المذهب الفردي؛ ووفقا لهذا المبدأ فإن العدالة العقدية هي أمر طبيعي تُحدده حرية المنافسة، وهو ما يحوّل دون أي تدخل في العقود التي أبرمت بحرية لتصبحها بحجة الإنصاف<sup>2</sup>.

## 2- العقد دعامة المبادلات الفردية

من أجل تسهيل وتشجيع التبادل الضروري لللازم للتطور الإقتصادي كان لا بد من إزالة جميع العقبات التي تُعوق الحرية التعاقدية، فمبدأ "دعه يعمل دعه يمر" مناط حرية التجارة وحرية العمل هو الذي يكمل ضمنا مبدأ "دعه يتعاقد"<sup>3</sup>.

ينطلق هذا الطرح من شعار "دَعُهُ يَعْمَل دَعُهُ يَمُر" الذي يُعد من الشعارات أو المبادئ الإقتصادية المُنادى بها في تلك الفترة، وفي الإطار القانوني "دعه يتعاقد"، وهكذا أصبح العقد يسمح بإقامة علاقات فردية أكثر عدالة وأكثر نفعاً، فالإرادة الفردية الحرة لا يمكن أن تحقق إلا العدالة، والمتعاقد هو أفضل من يدافع عن مصالحه الخاصة؛ فلا يُتصور أن هناك إنسان يسعى بوعي وإدراك إلى ما يُخالف هذه المصالح، فصار يُنظرُ بذلك إلى العقد على أنه أساس ودعامة المبادلات بين الأفراد<sup>4</sup>.

1- انظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص155.

2- "إلا أن هناك من الفقه الفرنسي من يرى أن هذا الإنضمام جزئي فقط وليس كلياً، فالإتفاقات في حد ذاتها لا تكون لها قوتها الإلزامية إلا إذا إنعقدت بشكل قانوني". انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 20-114 وما بعدها.

Gounot(E), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme, thèse, Dijon, 1912, p44-45.

-Voir Gérard Légier.op cit.p17 3

- Le contrat, support des échanges individuels.Voir Billement (J),op cit .p13.

من ناحية أخرى فإن العمل الحر للإرادة الفردية من شأنه أن يحمي التوازن الإقتصادي، والبحث عن المصالح الشخصية للأفراد لا يمكن أن يؤدي إلا إلى تحقيق المصلحة العامة التي هي عبارة عن مجموع المصالح الخاصة.

فسلطان الإرادة هو أفضل وسيلة لضمان تحقيق ما يُسمَّى الثمن العدل والرواج العام، والمصلحة الشخصية هي الدافع أو المحرك للحياة الإقتصادية، وهو ما يُحتمُّ ضرورة تحرير الإرادة من كلِّ العقبات التي قد تعرقل عملها، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى تحقيق السعادة لغالبية الأفراد داخل المجتمع<sup>1</sup>.

فمضمون أو محتوى قوة الإرادة يعني أن العقد في بعض جوانبه يسمو على القانون ذاته، وهذه القوة الإلزامية تُستمدُّ من الإرادة لا من القانون، وهناك عوامل سياسية أسهمت في ذلك حيث بدأت الدولة تتدرج في بسط نفوذها وتتدخل في الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الإتفاق<sup>2</sup>.

ما تقدم يُعطي صورة لما يُقدِّمه (الفن) القانوني من إيجاد تصورات قانونية إستجابة لحقائق الحياة الإقتصادية، وقد أدت هذه التصورات القانونية خدمةً كبيرة للحياة الإقتصادية ذاتها، فالتأثير بين القانون والإقتصاد مُتبادل، وإنه من المفيد أيضاً النظر إلى القانون ليس كأداة قهرٍ فحسب بل أيضاً كصياغة وفن، لإنشاء تصورات قانونية تستجيب لحقائق أساسية في الحياة الإقتصادية، وليس معنى ذلك أن دراسة الجانب الآخر من القانون كأداة قهر أقل أهمية، بل لعل العكس هو الصحيح<sup>3</sup>.

لقد كان من شأن العوامل السابقة أن أدت إلى هجران الأوضاع القديمة، وحلَّت محلَّها أشكال أخرى أقل حدة وإغراقاً.

---

1- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص21-22، إشارة إلى ستارك، المرجع السابق، فقرة 8، ص05.  
2- فالقانون يظهر من خلال قواعد مُكملة إذا لم يُبيِّنْها المتعاقدان، وبما أن العقد هو وليد إرادتين حرتين فهو بالضرورة على حد قول "فولي" عادل، فكل ما هو تعاقدى فهو عادل.  
كما كان لإزدياد النشاط التجاري، واتساع وقوة حركة العمال دور إقتضى إزالة ما يُعوق المبادلات التجارية، فكانت المحاكم التجارية في إيطاليا في القرن 14 تحكم طبقاً لقواعد العدالة، والتي لا تُميز بين العقد الشكلي ومُجرد الإتفاق من حيث الإلزام.  
انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص186-187.  
3- انظر حازم الببلاوي، الحقائق الإقتصادية والفن القانوني، مجلة مصر المعاصرة، السنة 71، العدد 280، القاهرة 1980، ص 110.

## المطلب الثاني: تأثير التشريع بالمبدأ

أثر هذا المبدأ تأثيراً كبيراً، وقد كان مما يتفق مع اتجاهات المذهب الفردي وما نجم عنه أن تحاط نظرية العقد بعناية كبيرة، ذلك أن العقد هو أداة معدة لإرضاء حاجات من هم أهل للحق، المعبرون عنها بتبادل رضاهم (الفرع الأول).

فخاصية العقد هي إنشاء آثار قانونية نتيجة لإلتقاء إرادتين، ووصفه هذا لا يتوقف عند كونه مسعى موضوعي، محدود بتحليل الإلتزامات التي يولدها، لذا يجب ألا نتجاهل في هذا الإطار مظهره الذاتي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: العقد نتاج وتأسيس فردي

منحت التشريعات عند سنّها للقانون المدني مكانة كبيرة وقوية للحرية للأفراد، لا سيما في مجال العقود، فالعقد هو الوسيلة القانونية التي يقوم عليها النشاط الإقتصادي (أولاً)، وقد كان للإرادة في ظل النظام الفردي الحرية الكاملة في أن تنشئ ما تريد من عقود، وأن ترتب عليها ما تشاء من الآثار (ثانياً).

### أولاً: مهمة القانون تحقيق حرية الأفراد

ينطلق مذهب الإرادة من أن النظام الإجتماعي يقوم أساساً لإسعاد الفرد فهو الغاية، ويُسخر أفراد المجتمع من أجل ذلك، وما مهمة القانون سوى تحقيق حرية كل فرد، ولا يهّم بعد ذلك إذا تحققت العدالة الإجتماعية أم لم تتحقق؛ ومن ثم فلا يخضع إلى أي التزام لم يكن قد ارتضاه مختاراً ومقوماً، فالقيود على الحرية تُعتبر مُبررة في الحدود التي كانت فيها ضرورية للمحافظة عليها<sup>1</sup>.

فالإرادة هي التي تضع قانونها بنفسها، فالعقد هو مبدأ الحياة القانونية، والإرادة الفردية هي مبدأ العقد<sup>2</sup>.

---

1- الحرية على حد قولهم هي الوحيدة والأحسن ضماناً للعدالة، وتتعدى مجال العقود لتسع المجتمع ككل، فمبدأ الحرية الفردية ضماناً للعدالة العقدية، والوصول إلى هذه المكانة لم يكن وليد البارحة أو اليوم، فالنظام الحر في العقود هو نتاج البحث لقرون سألته لجملة من الأفكار الفلسفية والتاريخية والثقافية والقانونية، حتى صارت الحرية مبدأ في قانون العقد، وكما سبق بيانه فإنه يعد "كانت" أول من أطلق عبارة مبدأ سلطان الإرادة كأساس فلسفياً للعلاقات بين الأفراد، إذ يعتبر العقد أعلى مرتبة من التشريع. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص156.

2- انظر عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص264. وسمير عبد السيد تناغوا، المرجع السابق، ص164.

بذلك صار الإتجاه إلى أن تُسيطر الإرادة في كافة الميادين، ففي الميدان الاقتصادي هي الكفيلة وفقاً لقانون العرض والطلب بتنظيم الحياة الاقتصادية تنظيمًا يُحقق العدل التوزيعي، ولل فرد الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، ويذهب البعض إلى القول بأن تقدير عدالة العقد نفسه يرجع إلى المتعاقدين، ولا يُمكن تقيّمه بمنظور موضوعي، أو من قبل شخصٍ آخر، وحتى ولو وُجد تنظيمٌ تشريعي فلا يمكن إلا أن يكون مُكملاً لإرادة المتعاقدين.

فإذا ظهرت الحاجة إلى التفسير فيجب على القاضي أن يبحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، ولقد سادت نظرة موداها أن القانون نظام يكفل عدم التدخل عندما يقوم الناس بتأدية أعمالهم، بدلاً من نظامٍ للترتيب والتنظيم لمنع الإحتكاك، وإهدار الطاقات لتمكين الناس من أداء أعمالهم.

بهذا يكون القانون قد أدى دوره وحقق العدل القانوني إذا حَفَظَ النظام الإجتماعي ومَكَّنَ إرادات الأفراد من التعايش جناً إلى جنب، ولا يَهْمُ بعد ذلك إذا تحققت العدالة أم لم تتحقق، ومن ثم فإن حقيقة مبدأ سلطان الإرادة تكمن في أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميادين كافة؛ و دور الإرادة سيبدو واضحاً بالنسبة إلى العقد وقت التعاقد وبعده، وحتى مسألة تقدير مدى عدالة العقد ترجع إلى المتعاقدين نفسيهما<sup>1</sup>.

لأجل ذلك يكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، كما لها الحرية في التضيق منها أو توسيعها وحتى حذفها، فبموجب مفهوم سلطان الإرادة فإن النظام الاجتماعي يتركز على الفرد فهو الغاية ولخدمته يسخر المجموع، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية؛ بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة<sup>2</sup>.

على هذا ولما كان الفرد يعيش في المجتمع، ولما كانت الغاية الأولى هي إحترام إرادته وحريته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من الأفراد في المجتمع أساسها الإرادة الحرة<sup>3</sup>.

---

1- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص158.

2- انظر رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2003، ص27.

3- كما أن المختصون بالفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية، فإن المختصين بالقانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية. انظر السنهوري، المرجع السابق، ص153-161.

إن مبدأ سلطان الإرادة يُعْتَبَرُ من نتائج المذهب الفردي الذي يُقَدِّسُ الحرية الفردية، وَيُعْتَبَرُ الفرد مَحَوْرَ المجتمع، فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد إرتضاها مُختاراً، وكل التزام أساسه الرضا والإختيار يتمشى مع القانون الطبيعي، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها<sup>1</sup>.

فيقوم مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية على أساسين هما الحرية والمساواة، فالحرية أساس النشاط، والإرادة الحرة قادرة على موازنة المصالح القائمة، أما الأساس الثاني وهو المساواة فلا يُقصدُ بها المساواة الفعلية وإنما المساواة القانونية، فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها<sup>2</sup>.

إن مَهْمَة ودور القانون تكمن في تحقيق ومنع التعارض بين هذه الحقوق، وحماية هذه الحريات، بحيث لا تتعارض مع حريات الآخرين، وهذا التوازن هو ما يجب على المشرع مُراعاته، وليس له بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع مصالح الجماعة، وما تقتضيه المبادئ الخلقية؛ ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون<sup>3</sup>.

فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الإلتزام، وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتيهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه.

أما نظرية الإشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة، ولم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير، فالعقد إذن يركز على الإرادة، بل هو يتمخض عن إرادة خالصة، إذا قلنا أن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه، والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما يفترض في ترتيبها أن المُلتزم ارتضاها في ذمته التزاماً<sup>4</sup>.

---

1- هناك من يرى أن: شرعية القانون أساسها أن القانون تعبير عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا العقد الإجتماعي، الذي تنازل فيه كل فرد بمحض إرادته عن جزء من حريته لتحقيق الصالح العام. انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص134 وما بعدها.

2- انظر عسالي عرعارة، نظرية الإستغلال، ماجستير، الجزائر، 1997، ص08.

3- انظر السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص159-160.

- Terré (F), Simler(Ph) et Le Quette (Y), les Obligations, 6 éd.Delta DALLOZ, 1996, p24.

4- انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص160.

## ثانياً: العقد أداة لإدراك مصالح شخصية

استقر هذا مبدأ الإرادة وصار دعامة تُبنى عليها النظريات القانونية، وهو يقوم على أصلين أولهما أن كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وثانيهما أن الإرادة لا تقتصر أن تكون مصدر للالتزامات بل هي أيضا المرجع فيما يترتب عليها.

إن مبدأ سلطان الإرادة كما سبق بيانه يُعتبر من المواضيع الفلسفية ذات الطابع القانوني، والتي تحور مكانة مهمة في الدراسات الفقهية ماضيا وحاضرا، ويُستخلص منه أن الفرد حرٌّ في التعاقد حرّيته في عدم التعاقد؛ وإذا قيد نفسه بالموافقة على عقد فهذا يكون عن إقتناع واختيار تامين، وهو ما عبر عنه قونو " أنا لست ملزما بأي تصرف قانوني إلا إذا رغبت فيه، وفي الوقت الذي أريد وبالكيفية التي أحبها "1.

### 1- الإرادة تشرع بذاتها لذاتها

مقتضى مبدأ سلطان الإرادة أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها، وتُنشئ بذاتها لذاتها التزامها، فإذا ما إلتزم شخص بتصرف قانوني فإنما يلتزم لأنه أراد ذلك وبالقدر الذي أراد، فالصالح العام يتحقق آليا بمجرد تحقيق الصالح الخاص، ولئن قام تعارض بين الحرية والعدالة فالرجحان يكون للحرية<sup>2</sup>.

### أ. كل الإلتزامات ترجع في مصدرها للإرادة الحرة

نتيجة لذلك فلا يمكن إلتزام شخص بما لا يرغب فيه، وإذا التزم عن طواعية يتعين عليه أن يُنفذ ما إلتزم به<sup>3</sup>، ومُؤدى ذلك أن المبدأ يُقدس حرية الأفراد في تضمين التزاماتهم بما يشاؤون وكيفما يشاؤون<sup>4</sup>.

---

1- انظر عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للإلتزام في القانون المغربي، مطبعة فضالة، الرباط، المغرب، 1995، ص46.  
2- انظر محمد وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، مكتبة دار الثقافة، الأردن، الطبعة 02، 2001، ص116.  
3- هذا ما جعل المشرع ينشغل بسلامة الرضا دون أي اعتبار لتعادل الإلتزامات، فطالما التزم المتعاقد بإرادته الحرة ورضاه السليم الخالي من العيوب، فله الإلتزام بما شاء، ولو كان غير عادل من وجهة نظر الغير. انظر حفيظ دحمون، التوازن في العقد، ماجستير، الجزائر، 2012، ص7.  
4- انظر رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص27.

فأية ذلك أن يُصِحَّ العقد هو القانون الذي يَحْكُمُ العلاقة التعاقدية، بما أن ذلك ناتج عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، كما تَظَلُّ إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يُمكن تقييدها إلا بما قيدت به هذه الإرادة نفسها، فالإلتزامات الناجمة عن الإرادة كيفما كانت وكيفما كان أثرها لا يمكن إلا أن تكون عادلة.

إن سلطان الإرادة لا يَفْتَصِرُ على تَولِيدِ الإلتزامات وحدها بل يُولِدُ كل الحقوق الأخرى، فحتى طرق التنفيذ الجبري تركز على الإرادة الحرة، فهي وإن كانت إجبارية فقد ارتضاها المدين وقت الإستدانة، والقانون ما هو إلا وليد الإرادة، ارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثليهم، واختاروا الخضوع لسلطانه<sup>1</sup>.

#### ب - الإرادة ترتب آثار التصرف

لهذا الأصل ناحيتين، فمن الناحية الأولى كُلُّ ما ارتضاه الملتزم ديناً في ندمته يكون صحيحاً، ويُنتِجُ أثره لأن الإلتزامه بُنِيَ على إرادته، فلا يَصِحُّ أن يُقيد من أثر العقد، بدعوى أن هُناك غبن لِحَقِّ أحد المتعاقدين، مادام ارتضى ذلك.

كذلك العامل الذي يتعاقد مع رب العمل حراً مختاراً يجب عليه أن يُنفِذَ ما التزم به، ولا يَحْتَجُّ بأن الشروط التي ارتضاها جائرة، وليس المُهم في العقد أن يكون هناك تَعادُلٌ بين الشئيين المُتبادلين، بل يَكْفِي أن يكون التَعادُلُ بين الشخصين المتعاقدين.

أما ما يُقَالُ عن قواعد العدالة والنظام العام، والتعسف في استعمال الحقوق<sup>2</sup>، فهذه الأشياء لا ينبغي أن تَغْرَقَ في الحد من سلطان الإرادة، وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تُعْنَى بِشَيْءٍ، فلا أَحَقَّ بِعِنَايَتِهَا من سلطان الإرادة، والتسليم بأثره كاملاً في تفسير العقد، وترتيب نتائجه القانونية<sup>3</sup>.

---

1- انظر عبد الرحيم جمال، نور الدين الكامل، هشام علام، سلطان الإرادة في العقود التجارية- عقود الإذعان والعقود النموذجية نموذجاً، موقع <http://nrnlkamel.blogspot.com> اطلع عليه بتاريخ 2015/02/01.

2- إعتبر المشرع بموجب تعديل القانون المدني سنة 2005 (القانون 10-05) التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ، حيث أوردته في المادة 124 مكرر مدني، أي مباشرة بعد الأصل العام للمسؤولية (المادة 124 مدني)، وقد كان ينص المشرع قبل التعديل على التعسف في استعمال الحق في المادة 41 مدني الملغاة، والتي جاءت ضمن الأحكام العامة.

3- انظر عبد الرحيم جمال، نور الدين الكامل، هشام علام، المرجع السابق، الموقع نفسه.

فالأصل في الإنسان الحرية واستقلال الإرادة، ولا يكون الأمر كذلك إلا في حدود رسمها القانون، كأن يكون المتعاقد قاصراً في السن أو العقل، أو يكون ضحية غلط أو إكراه، أو غش، أما في غير هذه الحدود فالإنسان حرٌّ مُستقلٌّ في إرادته، فإذا التزم بشيء كان العدل القيام بما التزم به<sup>1</sup>.

أما الناحية الثانية من هذا فالأصل هي أن العقد الذي تمّ بتوافق إرادتين مستقلتين لا يجوز تعديله أو إلغائه إلا بتوافق إرادة الطرفين، فلا يستقلُّ أحد من المتعاقدين بتعديله، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يُعَدِّلَ فيه أو يضيف ما ليس فيه، وفي حالة غموض العبارات يكون القاضي ملزم بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين<sup>2</sup>.

إن العدالة التعاقدية ذاتها هي نتاج لإرادة المتعاقدين الذين هم أدري بمصالحهم، ولذلك فإن أنصار هذا المبدأ يرون أنه بإمكان أطراف العقد الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها، أو أن يقترن العقد بشروط تعسفية أو أن يتحمل أحد المتعاقدين تبعاً القوة القاهرة أو الحدث الفجائي<sup>3</sup>.

## 2- تدخل الدولة من أجل ضمان هذه الحرية وحمايتها

مما سبق يتّضح أن مبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا تعبيرٌ حَيٌّ عن المذهب الفردي الذي يقدر الفرد ويعتبر أن حريته لا تقيدها غير إرادته، وأن الدولة لا تتدخل إلا لأجل تحقيق ذلك، وإرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الإلتزامات العقدية، دون قيدٍ على حرية الإنسان الكاملة، كما أنه لا إيجاب عليه في أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها؛ ولا يحدُّ من هذه الحرية إلا الإعتبارات العامة<sup>4</sup>.

---

1- انظر المواد 81-90 مدني.

2- انظر المادة 111 فقرة 02 مدني.

3- كان الفكر السائد في ظل سمو سلطان الإرادة أن لها الدور المطلق في مجال التصرفات القانونية عموماً والعقد بصفة أخص. انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص05.

4 - « La philosophie des lumières professe que chaque homme est fondamentalement libre. Comment admettre dès lors – ce que parait pourtant postuler la vie en société – que des individus puissent être assujettis à d’autres individus, que, par exemple, certains soient créanciers et d’autres débiteurs? La réponse est simple : en faisant de la volonté la source essentielle de ces situation ». Terré (F), Simler(Ph) et Lequette (Y), op.cit,p23.

بالتالي فالعقد يَجِدُ مصدره في إرادة الفرد، تلك الإرادة التي لا يمكن أن تكون في غير صالح صاحبها، مما يُحَقِّقُ مصلحة الطرفين مَعًا؛ ثم إن مبدأ سلطان الإرادة كان يُترجم تشجيع المبادرة الفردية على الصعيد الإقتصادي بإعتبارها أفضل وسيلة لضمان الصالح العام، وتحقيق الزيادة في الإنتاج والإزدهار<sup>1</sup>.

فمن دراسة مبدأ سلطان الإرادة نجد أن الأفكار الفلسفية التي نادى بها كل من "روسو وكانت" ترمي إلى جعل الفرد بمثابة محور المجتمع وغايته، فسلطان الإرادة كنظرية جعل من الإرادة أساسا لكل التصرفات القانونية، وبدرجة أولى العقد، ويتبين أثره جليا في تكوينه وفي أثره.

يلتقي هذ الطرح مع الأفكار الإقتصادية التي تنادي بوجود ترك الحرية للفرد في تحديد نشاطه الاقتصادي من أجل تشجيع روح المنافسة، ونجم عن هذا أن أصبح للإرادة الحرة والواضحة السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي ترتيب آثاره<sup>2</sup>.

فللإرادة إنشاء ما تشاء من التزامات، والعقد ذاته هو وليد الإرادة الحرة، والمتعاقدان يلتزمان بإرادتهما، ويترتب على ذلك أنه ليس من حق المشرع ولا القاضي أن يتدخل بين الإرادة وصاحبها إذا أراد أن يلتزم.

هذا المفهوم الذي أُعْطِيَ لدور الإرادة في إنشاء الروابط التعاقدية وتحديد آثارها هو الذي استقى منه الفقهاء المناصرون لمبدأ الإرادة أهم المُسَلِّمات الأساسية التي يركز عليها، والتي تتلخص في أنه لا يلتزم أحد بغير إرادته، وأن كل التزام حر يعتبر عادلا، وبالتالي فإنه لا أحد يستطيع تعديل شروط أو آثار عقدٍ أبرمَ على وَجْهِ صحيح، دون الرضا الجماعي لكل المتعاقدين<sup>3</sup>.

تبين من معالجة هذه المظاهر لسلطان الإرادة أن الرضا هو الذي يستمد العقد منه قوته في كل مرحله.

---

1- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص113.  
2- انظر علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 3، 2013، ص51.  
3- انظر محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1983، صص 2-8.

ففيما يتعلق بمرحلة تكوين العقد يُعد توافق الإردتين على إحداث الأثر القانوني العنصر الحاسم في عملية التعاقد باعتبار أن هذا التوافق هو العنصر الذي يُكوّن العقد، وهو الذي يطلق العنان لقوته الملزمة، كما يعد (الرضا) العنصر الوحيد الذي يتفحصه القاضي في حالة التنازع في شأن قيام العقد وتمامه.

فمن أهم خصائص الرضا الحرية والوضوح، لذلك جاءت نظرية عيوب الرضا تَحْرِصُ على صيانتها وتجعل العقد معيبا عندما تتخلف إحدى الخاصيتين، وتشكل نظرية عيوب الرضا من وجهة نظر أنصار المبدأ دِراعا واقيا ضد كل ما من شأنه المساس بالحرية الفردية، وضمانة للمحافظة على المصالح الخاصة.

فإذا ما تم تكوين العقد أصبحت له قوة ملزمة ليس فقط إزاء أطرافه بل إزاء القاضي، فالعقد يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديه، لذلك يكون على المدين أن يوفي بما التزم به وفقا لما إنصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وذلك في الوقت المحدد للوفاء، وإلا قامت المسؤولية في حقه<sup>1</sup>.

كما تقوم القوة الملزمة للعقد كحاجز في وجه إمكانية قيام أحد المتعاقدين بتعديل العقد أو إلغائه بإرادته المنفردة، لأن المساس بشريعة العقد لا تجوز إلا عند قيام التوافق بين إرادتي المتعاقدين على هذا التعديل أو الإلغاء<sup>2</sup>.

كذلك فإن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة للقاضي، لذلك لا يكون على هذا الأخير عندما يُعرض نزاعٌ تعاقدى بين يديه إلا أن يقوم بتطبيق (قانون) العقد بعد عمله على تفسيره في ضوء ما انصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، وليس له أن يعمدَ إلى تعديل العقد لأن القوة الملزمة تَأبَى ذلك، وفي هذا توجيه لدور القاضي.

كما أن التقيد بمعيار واقع الأمور يساعد على التوصل إلى الفكرة التي مؤداها أن المبدأ المهيمن في ميدان العقد يتمثل في إعطاء الحرية للفرد في التعاقد أو الإمتناع عنه<sup>3</sup>.

---

1- انظر محمد شليح، سلطان، المرجع السابق، ص290-292.

2- انظر المادة 106 مدني.

3- انظر محمد شليح، سلطان، المرجع نفسه، ص292-293.

## الفرع الثاني: الإرادة فعالة و مؤثرة

تقوم التصرفات القانونية عامة وبصفة خاصة العقود على الإرادة فهي التي تُنشئ الحقوق، وهي التي ترتب آثارها، ويسيطر هذا التصور الهام على قانون العقود بأكمله (أولاً)، فالعقد طالما نشأ صحيحاً فلأطرافه كامل الحرية في تحديد مضمونه كما يُريدان ما داما داخل هذا المجال (ثانياً).

### أولاً: الإرادة تحقق الأثر القانوني

لا بد أن تُنحصِرَ الإرادة وجوداً وغاية في تحقيق أثر قانوني، أي إرادة جديّة تتجه إلى إحداث آثارٍ تُلزمُ صاحبها، وينطلق مضمون هذه الفكرة من مناقشة ما كان سائداً في ظل سلطان الإرادة، وما أسفر عنه من نتائج ومبادئ، حيث تُصبُّ كلها في خانة تقديس الإرادة وحرمة ما ينتج عنها من آثار، وهو ما كان له كبير الأثر على التصرفات القانونية<sup>1</sup>.

إن مبدأ سلطان الإرادة يُعد الترجمة الحقيقية للمذهب الفردي الذي يقدر الفرد، ويعتبر أن حريته لا تقيدّها غير إرادته، وأن الدولة لا تتدخل إلا من أجل ضمان هذه الحرية وحمايتها، وبالتالي فالعقد يُجدُّ مصدره في إرادة الفرد، تلك الإرادة التي لا يمكن أن تكون في غير صالح صاحبها، مما يحقق مصلحة الطرفين معاً<sup>2</sup>.

ثم إن مبدأ سلطان الإرادة كان يُترجم تشجيع المبادرة الفردية على الصعيد الاقتصادي، باعتبارها أفضل وسيلة لضمان الصالح العام وتحقيق الزيادة في الإنتاج والازدهار، فلا يُلزمُ الشخص بحسب الأصل إلا بإرادته، وإذا إقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إنشاء التزامات تُفرض عليه بالرغم من إرادته، فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود.

كما أن تقرير الإلتزامات غير الإرادية لا يكون إلا إستثناء، إذ أن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، ولذا فالالتزامات الإرادية تكون عادلة بالضرورة، إذ أنه عمداً إلى تحمّل هذه الإلتزامات بإرادته<sup>3</sup>.

1- انظر جميل محمد بني ياس، المرجع السابق، ص 169-170.

2- انظر محمد شليح، المرجع السابق، ص 291.

3- انظر منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1992، ص ص 38-47.

لقد كان الفكر السائد في ظل مبدأ سلطان الإرادة أن لها الدور المطلق في مجال التصرفات القانونية، فدورها مؤثرٌ وفَعَالٌ (puissante)<sup>1</sup>، فإذا التزم شخص بمقتضى تصرف قانوني، أو بعقد بصفة خاصة فلأنه أراد ذلك، فالعقد هو مبدأ الحياة القانونية، والإرادة الفردية هي مبدأ العقد<sup>2</sup>.

فالإرادة عندهم هي جوهر التصرف القانوني ولُبُّ التصرف الإرادي، وهذا الطرح يؤدي كما يرى جانب من الفقه إلى أن القانون نفسه وليد الإرادة، ذلك أن الإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات، وبمقتضى هذا الحق تستطيع إنشاء ما تشاء من التصرفات وتُحدِّد مضمونها، وهي التي تُكسِبُها قوتها الإلزامية<sup>3</sup>.

إن الغاية الأولى هي إحترام حرية الفرد وإرادته، وأن كل إلتزام أساسه الرضا والإختيار، وهذا ما يتماشى مع القانون الطبيعي لأن هذا الأخير يقوم على الحرية الشخصية، ووجوب إحترامها؛ فالقانون الذي يخضع له الفرد هو من صنعه، وكذلك القيود التي تُردُّ على حريته لا بد أن يكون مرجعها إلى هاته الحرية نفسها<sup>4</sup>.

---

1- بتأثير من الأفكار السابقة (الفلسفية الدينية، الاقتصادية، الاجتماعية، وحتى السياسية...) تطور هذا المبدأ منذ العقود الرضائية في أواخر العهد الروماني، وكان تطوره يَمُرُّ بمراحل تؤثر في مدها، حتى استقر في القوانين الحديثة، وأصبح أساساً تُبْنَى عليه نظرية العقد.

لقد نال مبدأ الإرادة شهرة وشيوع كبيرين في كتابات ومؤلفات القانونيين، وكانت الفكرة التقليدية تتمثل بمقارنة العقد بالقانون، وركز فقهاء القرن 19 على حرية الإرادة الفردية، واعتبروها نقطة مركزية في القانون؛ ويعتبر العقد من أهم مصادر الإلتزام، وثمة نظرة فلسفية مؤداها أن الإرادة البشرية هي التي تضع قانونها لنفسها. انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص05.

2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص264 هامش01.

3- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 38-287، ويرى أنه يستخلص من المادة 106 مدني أنه: لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الأطراف فيحُرِّمُ على المتعاقد نقض أو تعديل العقد بإرادة منفردة، حيث تُشَبِّهُ العقد فيما يتعلق بقوته الإلزامية بالقانون؛ والحقيقة أن القانون هو الذي يُكسِبُ العقد قوته الإلزامية، ومن ثم فلا يكون في درجة القانون. كما يرى أيضا أنه: " لا تقتصر الإرادة على إنشاء العلاقة العقدية وتحديد مضمونها وأحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدرا للقانون".

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.

4- يعد الفيلسوف الألماني "كانت" أول من أعطى الصبغة القانونية لسلطان الإرادة فذهب إلى أن حرية الفرد هي حقه الأساسي، وأن كل إلتزام لا يكون قائما على أساسها يكون منافيا للعدالة.

انظر خليفاتي، المرجع نفسه، ص05، وبضيف قائلا "...إن هناك من يرى أنه ليس هناك سلطان للإرادة فهي دائما تخضع لقيود معينة حتى في ظل المذهب الفردي". وعبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص17.

## ثانياً: جميع العلاقات العقدية تعكس بالضرورة قرينة العدالة

العقد هو الركيزة الأساسية التي تقوم عليها التصرفات القانونية في الحياة العملية، وانطلاقاً من كونه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني تُعدُّ الإرادة هي الوسيلة التي تتجه إلى ترتيب هذا الأثر، فهي أساس نشأة التصرف، وهي أساس تحديد أثره.

فلا تحتاج الإرادة في قيامها بهذا الدور لأن تقتصر بأي إجراء أو شكلية معينة إلا إستثناءاً، وبالإرادة تتحدد شروط المعاملات، فهي الأصل إذا اتجهت إلى إحداث آثار قانونية؛ كما أنه تعد عاملاً أساسياً في تحديد مضمون العقد؛ وعلى هذا كانت القاعدة العامة التي سادت حِقبة من الزمن أن الإرادة سَيِّدَة، ومَوْفُورَة السلطان في إتيان التصرفات القانونية وتحديد أثارها، وهي تعمل مُتحررة من كل قيد<sup>1</sup>.

إن القانون المدني يحتوي على بعض من النصوص التي تُنظم عقوداً مختلفة تحت مُسمياتها التقليدية، إلا أن هذه القواعد القانونية لا تُفرض نفسها على الأطراف، وإنما يقدم القانون لهم نماذج معينة لبعض العقود يمكنهم الرجوع لها، مع حريتهم الكاملة في أن يُعدلوا أو يغيروا حسب رغبتهم، كما لهم إنشاء عقود جديدة لم ينظمها المشرع، وهو حال العقود غير المسماة<sup>2</sup>.

فمضمون المبدأ هو أن كل التزام أو حق يرجع في مَصدره للإرادة، فهي أساس تكوين أو نشأة التصرف، وهي أساس أثره، ومنها يستمد العقد إلزاميته؛ بل أكثر من ذلك فهي مصدر القانون، ومنها يَستمدُّ سُلطته، والقانون بتحليله هو مجموع إرادات إرتضت وضعه والخضوع لأحكامه، فكل بَحْثٍ في العقد يَجِدُ مركزه في ركن الإرادة، وكل تَحْدِيدٍ لنطاقه هو تفسير للإرادة<sup>3</sup>.

---

1- انظر إدريس العلوي العبدلاوي، مظاهر حماية القانون لكل من الإرادة والنظام العام في التصرف القانوني، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، العدد 24، السنة 2007، ص 178-179.

2- انظر أيمن إبراهيم العشاوي، المرجع السابق، ص 32.

3- يبدو هذا الطرح محل نقد، فمع كل المبررات الإجتماعية تبقى التصرفات العقدية أعمالاً فردية تهدف إلى تحقيق مصالح خاصة.

تبعاً لمنطق هذا المبدأ تُستبعدُ الإرادة المعيبة أو المشوية بأي عيب، أياً كان نوعه، فوجود الإرادة التي إكتملت أوصافها يفرضُ بالضرورة إعمالها، وكل مَساسٍ أو تعديل للعقد من وجهة نظرهم هو تجاوزٌ وتعدُّ على الإرادة، فأبي ظرف خاص بأطراف العقد كعدم المساواة الإقتصادية في عقود الإذعان، أو إختلال التوازن العقدي لا يقتضي أن يؤثر في صحة العقد. كما يتجاوز مبدأ الإرادة إطار العقد إلى الحقوق الأخرى، فالملكية مبنية على حرية الإرادة بل هي الحرية في مظهرها المادي الملموس، وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة؛ بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا الإرادة، فالمجرم الذي خرج على المجتمع قد إرتضى أن يناله الجزاء<sup>1</sup>.

ذلك لأن القانون نفسه وليد الإرادة إرتضاه الناس وأختاروا الخضوع لسلطانه، والمجتمع البشري ذاته أليست الإرادة دعامة العقد الإجتماعي الذي نادي به روسو، وعلى ذلك فالعقد لا يستمد قوته من القانون ولكن من الإرادة التي تُعبّرُ عنه، أما دور القانون فيقتصر على ضمان تنفيذ الإلتزام التعاقدية عن طريق فرض جزاء على المخالف<sup>2</sup>.

فالأصل أن يترك القانون لطرفي العقد حرية تنظيمه وتحديد أثاره بالطريقة التي يرونها، وإذا ما تدخل المشرع في العقود فإن تدخله يكون عن طريق قواعد مكملة لإرادة الطرفين؛ فهو يضع تنظيمًا نموذجيًا، للأفراد حرية الأخذ به أو وضع تنظيم خاص بهم وإرادتهم، ومن هنا كانت معظم الأحكام التي نظمها المشرع، والواردة بشأن العقود المسماة، أحكاماً مُكملة، تطبق إذا لم يتفق الأطراف على خلافها<sup>3</sup>.

---

1- انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص95-96.  
2- انظر جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص158-159، وهذه المبررات يفندها المنطق والحس السليم، فهي مبررات غير واقعية وغير مقبولة، ومتطرفة في الوقت نفسه إن صح القول، فكيف يقبل كمبرر أن العقوبة الجنائية قد إرتضاها المجرم؟!  
3- انظر وفيق علي المقابلة، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والإستثناءات التي ترد عليها، دراسة مقارنة، ماجستير في القانون المدني، الأردن، 1994، ص46.

من هذا نجد أن العقود تَنجُم عن توافق الإرادتين، بما يدلُّ أن الإعتداد هنا يعود إلى ما تذهب إليه التشريعات التي تأخذ بنظرية الإرادة الباطنة<sup>1</sup>؛ وما دام العقد قد أبرم طواعية واختياراً فإنه لا يحقق في الواقع إلا العدالة، فالعقد يحقق العدالة بما يناسبُ مصالح الطرفين المتعاقدين، والإنسان لا يمكن أن يتصرف ضد مصالحه، ولا شك أن ذلك يؤدي كذلك إلى تحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين؛ فالعدالة كلها عقدية<sup>2</sup>.

على العكس من ذلك فكل إلزام خارج الإرادة هو نوعٌ من الإيجاب غير العادل، لأنه يقييد من الحرية ويحدُّ منها، ولذلك يجب تقليص دائرة الإلتزامات القانونية بقدر الإمكان، من أجل الإحتفاظ للعقد بمكانة مرموقة داخل النظام القانوني<sup>3</sup>.

إن نظرية سلطان الإرادة تُفسِّرُ بالعقد وبالإرادة النظام القانوني بأكمله، وعليه فإن مهمة القانون الوحيدة هي ضمان المساواة بين الحريات المتقابلة، وكل عقد يُبرم بحرية هو عقد عادل أياً كان مضمونه، وعليه تطلق الحرية مناط مبدأ سلطان الإرادة العنان لدور الإرادة؛ بل و يذهب أنصار المبدأ إلى أبعد من ذلك إذ جعلوا منها مصدر جميع الحقوق والواجبات<sup>4</sup>.

لقد ترتب على الأخذ بمضمون مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية على إطلاقه نتائج عديدة<sup>5</sup> في غاية الأهمية، وفي غاية الخطورة في نفس الوقت لأن الإفراط و(التطرف) أمر غير مَحْمُودٍ في كل الأحوال.

---

1- حيث الأهمية من منظورها هي توافق شخصين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، أي أنها مطلقة لا تقرر شيئاً بتأثير ظروف خارجية، بل تقرر بتأثير ظروف ذاتية. انظر خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1994، ص33.

2- من قال "عقداً كما ذكر فوييه Fouillée فقد قال عدلاً" Toute justice est contractuelle, qui dit contractuel dit juste.

3- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص25 إشارة إلى:

MARTY(Gabriel) et RAYNAUD (Pierre) Droit civil , les obligations,tome1, 2e édition , sirey, paris 1988,n° 30,p28.

4- انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص134.

5- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص163-164. و حسن علي الدنون، المرجع السابق، ص27.

## المبحث الثاني: إنعكاسات المبدأ على نظرية العقد

عَدَّ مبدأ سلطان الإرادة بمثابة عقيدة فلسفية، ويؤدي تطبيقه على النظام القانوني للعقد إلى عدة نتائج في غاية الأهمية، وترتبط هذه النتائج ببعضها البعض، فالعنصر الأساسي في العقد هو توافق الإرادتين، وتبين مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد (المطلب الأول).

فاذا ما قرر الأطراف التعاقد فإنهم يسألون عن تنفيذ التزاماتهم العقدية، من منطلق القوة الإلزامية لعقدهم، وهنا تظهر آثاره جلية في مرحلة التنفيذ كذلك (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: إنعكاسات على مستوى تكوين العقد

كانت القاعدة التي هيمنت أن الإلتزام التعاقدية مصدره إرادة الطرفين، بمعنى أن الفرد يلتزم لأنه أراد أن يلتزم وبالقدر الذي أراد، فبانت آثاره جلية في النظرية العامة للعقد، لا سيما في كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء العقد (الفرع الأول).

أما من حيث محتواه فالحرية كل الحرية لطرفيه في تضمينه ما يرون من البنود والإشتراطات، فبمجرد إنعقاده تتولد له قوته الإلزامية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: كفاية الإرادة بذاتها

يترتب على الأخذ بمقتضيات المبدأ أن الإرادة كافية بذاتها لإنشاء العقد أو العمل القانوني بوجه عام، ويُنظر إلى الحرية العقدية من ناحيتي الشكل (أولا) ومن ناحية الموضوع (ثانيا).

#### أولا: من حيث الشكل

المبدأ السائد هو الرضائية (consensualisme) وهذا تأكيدٌ لسيادة الإرادة، فليس على الأفراد إتباع شكلية خاصة في التعبير عن إرادتهم؛ فالتراضي كافٍ لإنشاء الإلتزام<sup>1</sup>.

فبتأثير من المدارس الفلسفية التي ركزت على سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وبتأثير من القانون الكنسي وضرورة إحترام العهود، يعتبر العقد صحيحا بمجرد تراضي طرفيه، من دون شكلية، والقوة الملزمة للعقد تتولد عن الإرادة؛ فبصفة عامة التصرف مُلزم لأنه إرادي<sup>2</sup>.

1- انظر عبد الكريم بلعبور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص17.

2- يعترف الفقه الإسلامي بمبدأ الرضائية فيقر للإرادة بالقدرة على إنشاء العقود وترتيب آثار عليها. انظر محمد جميل بني ياس، المرجع السابق، ص161.

## 1- هيمنة وسُمو الإرادة في القانون المدني

العقد هو القالب الأول والرئيسي لتبادل الثروات بين الأفراد، ويخضع (للبيئة) الإرادية، وأمتد به الأمر إلى أن صار وسيلة لإقامة مشروعات كبرى، وانعكس هذا الإهتمام من المشرع به على المنظومة القانونية شكلا ومضمونا، وضمت هذه الهيمنة حرية إرادة الأطراف بالإلتزام، كما كرست حماية إرادة الأطراف من تسلط القاضي.

على هذا أخذت العقود تبعد رويدا رويدا عن هذه الشكليات، ف جاء عهد العقود الرضائية التي لا يتوقف إنعقادها على شرط ظاهر خاص<sup>1</sup>، فتوافق الإرادتين يكفي لإنعقاد العقد، ولا يهم الشكل الذي تُفرغ فيه الإرادة، وعليه فالعقد من وجهة نظر فلسفية له نفس القيمة والأهمية التي يتمتع بها القانون، والقول بأن العقد لا يُوجد إلا إذا سمح بذلك القانون قول غير سليم<sup>2</sup>.

يرجع مبدأ الحرية هنا إلى مُقتضيات سادت فترة من الزمن، تشبعت فيها الأفكار بما كان سائدا من مبادئ تنادي بحرية الإرادة؛ ومن ثم فلا يتصور تحديد وسيلة خاصة للتعبير، وتقتضي الضرورة التمييز ما بين سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية<sup>3</sup>.

حيث سيعتبر المبدأ الأول (الإرادة) هو الأساس أو القاعدة العامة في مجال العقود، أما المبدأ الثاني وهو مبدأ الرضائية وتحديد مدى كفاية الإتفاقات أو التوافق بين الإرادتين فسيعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية إنعقاد العقد<sup>4</sup>.

فمن منطلق مبدأ الرضائية، العقود صحيحة من مجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين، فالأصل هو الرضائية إلا ما أستثنى، وعموم الشكل المقرر أنه ضروري لإثبات التصرف القانوني لا لصحته<sup>5</sup>.

---

1- انظر لبني مختار، المرجع السابق، ص 19-20.

2- "لو نظرنا إلى شركات الأشخاص مثلا لأكتشفنا أنها توجد لها إرادة عامة وهي القانون، ثم توجد بعد ذلك إرادات خاصة هي التي تنشئ العقود، فليس هناك إذن إختلاف في الطبيعة بين القانون والعقد، ولكن الإختلاف في مدى الإرادة فقط. فالقانون هو العقد الكبير الذي يبرمه جميع الأشخاص في المجتمع، وبجانب القانون تجبيء بعد ذلك العقود الفردية المتعددة التي يبرمها الاشخاص". انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 35 إشارة إلى:

WEILL Alex et TERRE François , Droit civil, les obligations, 4e édition, Dalloz, 1986, p55.

3- "هذا على عكس ما كان عند الرومان، إذ السائد عندهم أن مجرد الإتفاق لا يولد إلتراما". انظر لبني مختار، المرجع السابق، ص 20.

4- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 40 ومابعدها.

5- Voir Gérard Légier.op cit.p18.

أما عند اختلاف الإرادة والتعبير عنها فإن العبرة بالإرادة الحقيقية لا بما دل عليها، وهو ما يفترض منطقياً وجود إرادة حقيقية يعبر عنها، فلا يؤخذ لصحة تكوين العقد بإرادة عديم التمييز أو بالإرادة الهائلة غير الجدية أو إرادة المُجامل.

كما يستتبع وجود الإرادة أعمالها، ولا يؤخذ بظاهر الإرادة كما في حالة الصورية، ويؤخذ بالتحفظ في حالة التحفظ الذهني، كما يعتد بالنية الحقيقية عند تفسير الإرادة حتى في حالة وضوح التعبير عنها؛ وهذا هو منطق نظرية الإرادة الباطنة<sup>1</sup>.

## 2- العقد وسيلة هامة لتحقيق الأمن والاستقرار القانوني

إنطلاقاً من أن كل ما هو تعاقدى فهو عادل، وأن الإلتزام يستمد قوته من الإرادة المستقلة، فيجب أن يُترك للإرادة قدرٌ كبير من حرية التعبير، وهذه الحرية هي التي تُشبع إحتياجات المتعاقد، وتوفر له ما يريد.

ما أدى إلى إنتشار العقود الرضائية عبر التعبير عن الإرادة بكل وسيلة ودون حاجة لإخضاعها لشكل معين، وهو ما سهل عملية إبرامها، ويظهر مبدئياً أن المشرع لم يقيد الإرادة، بل أكثر من ذلك كرس تمتعها بكامل الحرية في ذلك (لاسيما من زاوية التعبير عليها). فالأصل أنه لا يشترط في التعبير عن الإرادة شكل أو صورة خاصة، وأن كل ما يدل على وجود الإرادة يصلح كتعبير عنها، كما أنه لا يؤثر (التعبير) بأي حال من الأحوال على الإرادة فهو مجرد ثوب ترتديه، أو غطاء خارجي لا قيمة له، وخصوصاً إذا ما كان يخالف الإرادة الحقيقية<sup>2</sup>.

بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع أعطى للإرادة الحرية في إختيار وسيلة التعبير؛ فالتشريع يُقر حقيقةً بصلاحيّة التعبير بأية وسيلة، وحتى بالإشارة المتداولة والمُتعارف عليها، ويرتب عليها آثار قانونية<sup>3</sup>.

---

1- انظر لبني مختار، المرجع السابق، ص11-12، ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص97، هامش48.  
2- على عكس الأفكار التي كانت تنادي بها الثورة الفرنسية، وهو ما تجسد في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي. انظر لبني مختار، المرجع نفسه، ص20-21.  
3- هذا من خلال ما جاء في المادة 60 مدني التي تنص بأن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً." كإشارة الأخرس أو الإشارة التي جرى العرف عليها بين الناس.  
إلا أن الحرية التي يمنحها القانون للأفراد في إختيار الوسيلة التي يعبروا بها عن إرادتهم -واعتبارها مجرد وسيلة مادية لا تؤثر بشكل من الأشكال على مضمون الإرادة - تصطدم مع مبادئ العدالة العقدية، ذلك أنه لا يسمح في كل الأحوال لصاحب التعبير التحجج في كل مرة بأن ما صدر عنه من تعبير لا يترجم حقيقة ما أراد.

لقد أقام واضعوا القانون المدني نظرية العقد على تصوّر ذاتي، وباتت مَظَاهِرُ تكريس ذلك واضحة بِشكْلِ فاق الإطار الفقهي المعتدل، إلى الحد الذي يُوصَفُ معه بالتميز، فمن نص المادتين 59 و60 مدني يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، أيا كانت الوسيلة المستعملة، لفظاً، كتابةً، إشارةً،... وهذا كأصل عام.

فهذين النصين يُعَبِّرَان عن التصور الليبرالي (الفردى) للعقد، كما يَحْمِلَان في طَيَاتِهِمَا القاعدة المزدوجة التي تَحْكُم العلاقات العقدية (مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية)، وفي هذا مظهر سُمُو الإرادة وهيمنتها، ولو على حساب العدالة العقدية، لأن في ذلك دعم لإستقرار المعاملات<sup>1</sup>.

إن حاجة الأفراد المتزايدة للأمن (التعاقدى) تَجْعَل من العقد أهم وسيلة لتحقيق الأمن والإستقرار في المعاملات، ما أدى بالعديد من الفقهاء إلى رفض التدخل في العقد وتعديله إذا لم يَرْتَضِ أطرافه ذلك، وإذا كان الإحساس والحاجة إلى العدل يَمِيلُ إلى قبول هذا التدخل، فإن مقتضيات الإستقرار تتعارض مع ذلك.

فلا يجوز بصفة باتّة التدخل، فثباتُ العقود يكفلها مضمون الأمن القانوني، الذي يُشكِّلُ أساساً حَقِيقِيّاً لحرية الإرادة<sup>2</sup>؛ فالأمن القانوني في صورة إستقرار المعاملات ضروريةٌ أبان عنها المشرع في نصوص متعددة، من خلال توفير وسائل فنية تكفل تحقيق ذلك<sup>3</sup>.

لأجل ذلك يُحْظَرُ أي نقض أو تعديل دون إتفاق، وهذا المبدأ يُخَاطَبُ به المتعاقدان والقاضي على حد سواء، " فلا وجود لأي شيء يعلو العقد (هناك قانون لأن هناك عقداً)"، ثم إن القاضي "يضع العقود والإتفاقات في صيغتها التنفيذية"، وإذا خرجت حالات التعديل أو النقض من الإتفاق أَحْكَمَهَا القانون بإمكانية التعديل، لكن بترخيص صريح ومقيد، لأن الأمر يتعلق بما يمكن أن يَمَسَّ أساس العقد وأمنه<sup>4</sup>.

إن الطبيعة الإقتصادية للعقد تقتض الحفاظ عليه، وبَدَلِ ما يَجِبُ من جِرْصٍ لتنفيذ مضمونه، الذي لا يَسْتَنِدُ على التوازن كأصل، وهنا يَسْمَحُ القانون للقاضي بالتدخل بالتعديل لصالح هذا التوازن<sup>5</sup>.

---

1- انظر زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، دكتوراه، الجزائر، 2014، ص19.

- Voir dans ce sens Terré (F), Simler(Ph) et Le Quette (Y), op.cit, p p 181-551 et ss.2

3- انظر المواد 164، 176، 406، 320...مدني.

4- انظر زمام جمعة، المرجع نفسه، ص20.

5- الأصل العام أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم فلا يجوز التدخل في الرابطة التي إرتضاها المتعاقدان، وانطلاقاً من أن لكا أصل إستثناء أجاز القانون في حالات خاصة التدخل في العقود، لاسيما حالة الظروف الطارئة، المادة 03/107 مدني، بغرض إعادة التعادل والتوازن ما بين إلتزامات المتعاقدين، والتي تُخْتَلُ جراء تلك الظروف. انظر حميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، الجزائر، 1997، ص57.

## ثانياً: ثبات سُمُو الإرادة من حيث الموضوع

جاء المذهب الفردي مُدافعاً على الحرية الفردية، فالإرادة مصدر الحقوق والواجبات، ولذلك فلها أن تفعل ما تشاء، فمن حيث الموضوع يتمتع المتعاقد بحرية التعاقد من عدمه، وحرية إختيار المتعاقد الأخر، وتحديد مضمون العقد عن رضا واقتناع<sup>1</sup>.

لعل أهم ما نتج عن هذا أن الأفراد أحرار في أن يتعاقدوا وفي ألا يتعاقدوا، وكذا حريتهم في تحديد شروط تعاقدهم، كما أنه يَجِبُ للأفراد إنشاء عقود أخرى إلى جانب العقود التي نظمها القانون.

فيحق للأطراف بعد المناقشات الحرة تحديد ما يلتزمان به، وعلى الرغم من وجود نصوص تنظم بعض العلاقات، فهي تعتبر مكملة ولا تقوم بدور إلا في حالة عدم وجود نص، فإن انتشار الحرية التعاقدية كان نتيجة لتأثير الأفكار السياسية والإقتصادية التي قام عليها المبدأ<sup>2</sup>.

هذه القيمة الكبيرة المُعترف بها للإلتزام الإرادي تُؤكّد أن الطرفين أحرار من حيث المبدأ في إبرام أي عقد يرغبون فيه، وفي أن يُدرجوا فيه كافة الشروط التي تُبدو ملائمة لهم، فالعنصر الأساسي في العقد هو توافق إرادتين، لهذا كانت القاعدة التي هيمنت على الفكر القانوني في مجال العقود هي أن الإلتزام التعاقدية مصدره إرادة الطرفين، بمعنى أن الفرد يلتزم لأنه أراد أن يلتزم، وبالقدر الذي أراد<sup>3</sup>.

كما يتفرغ عنه أيضاً حرية الشخص في المساومة على شروط التعاقد وأوصافه، ونوع العقود التي يريدها، وابتداع أنواع جديدة وفق حاجاتهم ورغباتهم؛ كما يتوجب على القاضي من هذا المنطلق عند الاختلاف حول أثر من آثار العقد أن يبحث على النية المشتركة للعاقدين، لا أن يطبق عليهما ما يراه، ولو كان عادلاً من وجهة نظره، كما لا يجوز له بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يُعدل فيه، أو أن يُضيف له ما ليس منه<sup>4</sup>.

---

1- كما ترتب على الأخذ بمقتضيات مبدأ الإرادة كفايتها بذاتها لإنشاء العقد، كذلك هي حرة في تعين آثاره، ويتفرغ عن ذلك حرية الشخص في التعاقد وفي الإمتناع عن ذلك؛ وأما في الإسلام فالعقد معد لإدراك مقاصد شرعية عامة. انظر فتيحة سيد عثمان، دور الإرادة في إنشاء العقد، مجلة العدل، السودان، العدد 23، السنة العاشرة، ص 105.

2- انظر المطلب الأول أصول المبدأ ومحتواه، ص 27 وما بعدها.

3-Rieg Alfred, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et Allemand, thèse Strasbourg, 1961, p292.

4- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص 20.

فقوام العقد وجوهره أنه توافق إرادتين لأجل إحداث أثر قانوني، والعقد في القوانين الوضعية هو أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكلا المتعاقدين<sup>1</sup>، لذلك يرتكز الإلتزام العقدي سواء في نشأته أو بيان مضمونه على الإرادة، نظرا لحرية الفرد وحقه الطبيعي في التعاقد مع أي شخص، وعلى أي محل.

فالقول بسلطان الإرادة هو بسبب النفوذ الكلي لها، خاصة وأنه يرتبط بالتخلص من النظام الشكلي للعلاقات التعاقدية، وتدعيم حرية الفرد إلى درجة دَمَجِهِ كأسس العقد الإجتماعي، مما أدى إلى إطلاق دور مبدأ سلطان الإرادة، و جَعَلِهِ مصدرا لجميع الحقوق والواجبات<sup>2</sup>.

لقد تَبَدَّى الإعتداد بدور الإرادة إلى درجة الغلو على القانون ذاته، مثل ما جاء في المادة 106 مدني " العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله..."، والمقابلة لمضمون المادة 1134 مدني فرنسي، والتي تدرج تحت هذا المعنى<sup>3</sup>.

هنا يمكن القول أن المشرع يُكرس بصورة جلية مبدأ عَدَمِ المساس بالعقد في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهذه (الصرامة العقدية) تُلزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ما دام صحيحا، كما تلزم القاضي بتطبيقه، كما لو كان قانونا.

إن البحث في نصوص القانون المدني، وبعض النصوص الخاصة يكشف عن مظاهر أخرى للإعتداد بالإرادة، لا سيما الأحوال التي يكون عليها العقد، من صحة (سلامة) وحتى زواله، وفيهما تبرز الإرادة كعنصر غالب فيه؛ فصحة العقد تكون عند توافر أركانه، من رضا - لا سيما مراعاة قواعد الأهلية -، ومحل وسبب، حيث يظهر في هذا المجال أن الدور هو للإرادة، فهي ركن العقد الأصيل.

---

1- انظر فتيحة سيد عثمان، المرجع السابق، صص 89-91، إشارة إلى ماجاء في تعريف قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 في المادة 1/33 منه.

2- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، صص 24.

3-Voir BEN CHENEB (Ali), le droit Algérien des contrats, donnée fondamentales, édition AJED,2001. pp59-64.

الأمر نفسه فيما يتعلق بزوال العقد، والذي يتقرر في حالات منها ما يخص العقد كجزاء لعيب في تكوين العقد، أو لعيب يطرأ بعد التكوين؛ فالدور في هاتين الحالتين هو للإرادة، والبطلان هو جزء تخلف ركن من الأركان أو عيب يلحق بالإرادة، أو تخلف المحل أو لعدم مشروعية السبب... وكلها عناصر في الإرادة.

كما أن الإلغاء ذاته - جزء القوة الملزمة للعقد - أساسه يرجع للإرادة، والفسخ الإتفاقي أساسه الإرادة، وإن كان جزء القوة الملزمة للعقد لا يقتصر على الإلغاء وحده، بل هناك المسؤولية العقدية، والتي تعتبر كأصل عام جزء الإخلال بالالتزامات التعاقدية، فالأولى هو التنفيذ العيني، وإن تعذر ذلك نلجأ إلى التنفيذ بمقابل أي ما يعادله<sup>1</sup>.

إن أعمال عدم المساس بالعقد يكون بتفعيل الآثار المطلقة للإرادة، وحتى إن حدثت مُبالغة في تقدير الالتزامات فسيكون من أجل حث المتعاقدين على إبرام عقود متوازنة ومشروعة، تفادياً للتعديل أو المراجعة.

فالفلسفة التشريعية تتلخص في أن العقود تنشأ لِتُنْفَذَ لا لِكَيْ تَنْهَارَ، وهنا تبرز ضرورة إيجاد آليات وحلول للمحافظة قدر الإمكان على إستمرارية العقود؛ ولن يتحقق هذا الهدف إلا عن طريق العمل الوقائي بداية، من خلال السعي إلى بناء علاقات تعاقدية تقوم على إعلام المتعاقد وتمكينه من حقه في التفكير والعدول (لا سيما في المرحلة التي تسبق التعاقد)، ثم بعد ذلك محاولة (إنقاذ) العقد من الإنهيار من خلال مُحاصَرة ومعالجة العَقَبَات التي تَحُولُ دون استمراريته وتنفيذه<sup>2</sup>.

---

1- انظر عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت، دار النهضة للطباعة والنشر، 1974، فقرة 51 ص88 ومايليها.

2- كما يتحقق ذلك من خلال الإحتياط من الإبطال، أو عن طريق اشتراطات نظرية عيوب الإرادة، ثم محاولة إنقاذ العقد من البطلان عن طريق البطلان الجزئي، أو التحويل، أو تصحيح البطلان، ثم التشجيع على تنفيذ العقود، فيمكن بذلك محاولة ضمان استقرارها عن طريق تعديلها. وهو ما جاء من أحكام نظرية البطلان والإبطال. انظر المواد 105 - 99 مدني، وكذلك إنحلال العقد بالفسخ و الإنفساخ المواد 123 - 119 مدني، والدفع بعدم التنفيذ.

## الفرع الثاني: القوة الإلزامية للعقد

العقد اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية مُتمثلة في إنشاء الإلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وإذا نشأ العقد صحيحا مستوفيا لكامل أركانه وشروطه رتب مختلف آثاره القانونية، وبالتالي كسب قوته الملزمة من حيث الأشخاص والموضوع تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة (أولاً). لقد كان لمبدأ سلطان الإرادة نتائج كثيرة، لعل أن من أهمها على المستوى القانوني إعتبار العقد المصدر الأساسي للإلتزام، مقارنة بباقي المصادر الأخرى (ثانياً).

### أولاً: العقد شريعة المتعاقدين

إستقر هذا المبدأ وصار دعامة تُبنى عليه النظريات القانونية، فلا يلتزم الفرد بعقد لم يكن طرفا فيه كما لا يكتسب حقا من عقد لم يشترك فيه<sup>1</sup>.

### 1- أساس مضمون القوة الإلزامية

يترتب عن القوة الإلزامية للعقد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، وتَعني قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن العقد يُلزم المتعاقدين كما يُلزمهما القانون، لذا فلا يمكن لأيٍ منهما الإنفرد بتعديل العقد أو إنهائه و كذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك<sup>2</sup>.

يعد مبدأ القوة الملزمة للعقد مبدأ عالميا، فبمجرد إنعقاد العقد صحيحا وجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانونا، وبالتالي فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو نقضه، فما أنشأته إرادتان لا تستطيع إحداها منفردة أن تعدل فيه أو تلغيه، والإلزامية المقترنة بالعقد تستمر معه، لذلك تتميز العلاقات التعاقدية بالثبات والإستقرار<sup>3</sup>.

فالمتعاقد يلتزم عقديا لأنه أراد ذلك، وهذه القاعدة تنطلق من الحس السليم، وهي في الوقت نفسه حماية لأصحاب الحق، ولقد انتشر مبدأ الإرادة في التشريعات قديما وحديثا إلى درجة يمكن معها إعتباره مبدأ شموليا<sup>4</sup>.

1- انظر السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 1998، ص 156 وما بعدها.

2- انظر المادة 106 مدني.

3- انظر علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، ماجستير، تلمسان، الجزائر، 2007، ص 2-8.

4- انظر جاك غاستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 421-424.

-Voir Ch Larroumet, droit civil, les obligations, 3ed, Delta, paris, 1996. p142.

إن البحث عن أساس مضمون القوة الإلزامية للعقد يؤدي إلى القول بأن ثمة عدة أسس في هذا الشأن، وتنطلق من الأساس الإرادي في ظل سيادة المذهب الفردي، حيث تعد الأسس الفلسفية دعامة قوية، فقد كان لها الأثر المباشر على نظرية العقد.

فسلطان الإرادة بُني على تحليل فلسفي مضمونه أن الأفراد ولدوا أحراراً، وكذلك إرادتهم حرة ومطلقة من كل قيد، فلا يلتزم الفرد إلا بما أراد ومتى أراد، مراعيًا دائماً ما يحقق مصالحه، وعلى حد قول وتعبير الأستاذ غاستن " ليس للقوة الملزمة للعقد من أساس سوى الإرادة"<sup>1</sup>.

فإنطلاقاً من الأساس الإرادي وسيادة المذهب الفردي فلسفياً، الإنسان له الخيار الحر في إنشاء العلاقات والقواعد التي يخضع لها، وقانونياً الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية، وهذا ما يُبرر الحرية التعاقدية والرضائية، والتفسير الإرادي للعقد.

فيقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد على أساس ما للإرادة من سلطان، فهي تقيد أصحابها وتُلزمهم بما إرتضوه بحرية، وليست الإرادة الأساس الوحيد للقوة الملزمة للعقد؛ فهناك أسس أخرى خارجة عن إرادة المتعاقدين.

فقد يجد العقد قوته في أسس دينية وأخلاقية كمبدأ الوفاء بالعهد، وأسس اقتصادية واجتماعية كضرورة الاستقرار القانوني للعلاقات والمعاملات<sup>2</sup>.

إذا كانت القوانين المدنية الوضعية تتفق على إقرار قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن أصل هذه القاعدة مكرس في الفقه الإسلامي الذي يُعنى بالأخلاق الحميدة، ومنها ضرورة الوفاء بالعهد.

فالفقه الإسلامي يستند في أحكامه إلى شريعة دينية أمره بالحفاظ على العهد واحترام الكلمة المُعطاة<sup>3</sup>.

---

1- انظر جاك غاستن، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص46.

2- انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص21-25.

3- أنظر وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص597، ويرى الأستاذ سوار القوة الملزمة ليست مطلقة في الفقه الإسلامي شأنها في ذلك شأن القانون الوضعي، وإنما مقيدة بحق الرجوع الذي قرره الشارع لصاحب الخيار في الخيارات المعروفة، ولأحد العاقدين في العقود الملزمة.

## 2- نتائج مكملة للقوة الملزمة

إضافة إلى القوة الإلزامية يؤدي تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على النظام القانوني للعقد إلى نتائج أخرى لا تقل أهمية عما سبق بيانه، والتي تنطلق من تحقيق العدالة العقدية والمساواة (المجردة) بين المتعاقدين؛ فسلطان الإرادة مَبْنِيٌّ ومؤسسٌ على مبدأ يوافق أو يتلائم مع الحرية المطلقة لهما، ولا ينكر مبدأ سلطان الإرادة دور بعض القوانين الأمرة في المسائل التعاقدية، ولكن الغرض منها من منظوره يظل ضمان حرية المتعاقدين وسلامة إرادتهم من العيوب.

فالطابع التكميلي للقوانين في المسائل التعاقدية يُحتم تطبيق هذه القواعد لأن الأطراف أرادوا ذلك، فهي تفسر أو تشرح إرادتهم، ولهم حرية إستبعادها أو إعطاء عقودهم مفهوما وأثارا مختلفة عما هو مذكور في هذه القوانين، كالألتزام بالسلامة الذي يفترض أن الأفراد إتفقا عليه في بعض العقود، وعليه فالغلبة للقواعد القانونية المكملة أو المفسرة على حساب القواعد الأمرة التي يجب أن تنحصر في مجال ضيق<sup>1</sup>.

فالعقد هو المصدر الرئيسي للإلتزامات ومصدر العلاقات الملزمة بين الأفراد، أما الأعمال الأخرى المنشئة للإلتزامات فهي إستثنائية وقليلة الأهمية، وبالنظر إلى موضوعات القانون المدني يتبين أن العقود تحتل الجزء الأكبر من موادها<sup>2</sup>.

نتيجة أخرى بالغة الأهمية تنطلق من أن المتعاقدين هم الذين يلتزمون بالعقد فلا يرتب أثارا بالنسبة للغير<sup>3</sup>، كما أن مضمون إحترام الإرادة يَسْتَوْجِبُ إبطال العقد إذا لم يكن الرضا صحيحا، ونتيجة لذلك يؤدي الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة إلى عدم الإعتداد ببواعث العقد.

فلا تتدخل البواعث ولا يكون لها تأثير على العقد، فالإرادة تكفي لإنعقاد العقد على نحو صحيح أيا كان الباعث؛ والباعث غير المشروع لا يعيب الإرادة<sup>4</sup>.

---

1- يعد العقد من منظور أنصار سلطان الإرادة هو المصدر الرئيسي للإلتزامات، ويترتب على تطبيق المبدأ أن دور القوانين في المسائل التعاقدية مكمل لإرادة الأطراف، والقواعد الأمرة في المسائل التعاقدية لا تناقض المبدأ، وإنما قررت لحماية الإرادة وضمان خلوها من العيوب التي تلحق بها. انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص27-28.

2- Voir Gérard LÉGIER op cit.p82.

3- هذا ما يعرف بمبدأ الأثر النسبي للعقد. انظر المواد 107-108 وما بعدها مدني.

4- محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص163-164. وأيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص ص 27-45. ويورد كذلك بعض المظاهر:

-حرية الفرد في أن يبرم ما يشاء من عقود، فلا يجوز تقييد حريته من هذه الناحية.

-حرية الفرد في تحديد الإلتزامات العقدية ومداها.

-حرية الأفراد في إنهاء العقد أو في تعديله.

-يصبح كلا المتعاقدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به بالذات، فيجبر على تنفيذ التزامه.

-يقوم العقد مقام القانون في تنظيم علاقة المتعاقدين، وعلى المحكمة أن تطبق مضمون العقد على أطرافه لأنه شريعتهم.

-عدم إنفراد أحد المتعاقدين بتعديل شروط العقد أو بالرجوع عنه، لأن العقد يتم تعديله بنفس الطريقة التي تم بموجبها.

-لا يجوز للقاضي كقاعدة عامة أن يعدل مضمون العقد، لأنه ملزم بتنفيذه طبقا لما اتفق عليه أطرافه.

## ثانياً: آثار القوة الإلزامية للعقد

تَبَيَّنَ أن مبدأ القوة الملزمة للعقد من أهم النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة، فالأفراد لهم مطلق الحرية في إبرام ما أرتأوا من العقود، بشرط إحترامهم لمقتضيات النظام العام والآداب العامة والأخلاق، وإذا حصل مثل هذا الإتفاق بناء على هذه الحرية فإن العقد يُصبح بمثابة قانون المتعاقدين.

### 1- منع من أبرم العقد من نقضه وتعديله بإرادة منفردة

يُشْبِهُ العقد من حيث قوته الإلزامية إزاء المتعاقدين بالقانون حيث لا يستطيع أحد المتعاقدين منفرداً من أن يتحلل من العقد أو أن يُعدل فيه أياً كان نوع هذه التعديلات وأياً كانت أهميتها، ويسري هذا التحريم في حق القاضي كذلك فلا يحق له تحت أية ذريعة - وهذا كأصل عام - أن يمس بحرمة هذا الإتفاق الإرادي.

بالتالي لا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا وفقاً لإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، ويحضر مضمون العقد شريعة المتعاقدين، ويمنع أي تصرف يردُّ على العقد (نقض، تعديل، إضافة...) إلا بإتفاق الأطراف.

فإرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة للعقد، وهي التي تفرضُ احترام مضمونه من جهة، وتُستوجبُ تنفيذه من جهة أخرى؛ فالعقد وُلِدُ إرادتين، وما تُبرمه إرادتان لا تَحُلُهُ إرادة واحدة<sup>1</sup>.

كما يتعينُ على القاضي مَدَّ يَدِ المساعدة من أجل تنفيذ العقد، كما يمنع عليه التعدي على الإتفاقات التي تَمَّتْ على وجه شرعي، فيرتبط الأفراد بالعقد الذي أبرموه وعليهم تنفيذ ما ألتزم به، كما لا يمكن لأحدهما مستقلاً أن يُنهيه أو يُعدل منه، وإلا فهو مسؤول عما يقوم به؛ فما اتفقت عليه إرادة الأطراف هو القانون الذي يجب أن يُتبع، ويَحْكُمُ العلاقة ما بينهما<sup>2</sup>.

1- انظر السنهوري، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص511.

2- انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص15.

فحرية الإرادة تَبْدُو واضحة وفقا لهذا المبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) فلا يُلزَم الأطراف إلا وفقا لما قررته إرادتهم، ويقومون بتنفيذ التزاماتهم وفقا لما جرى عليه الإتفاق في العقد، كما تفرض القوة الملزمة للعقد نفسها على القاضى كذلك، فيتقيد بالعقد كما يتقيد بالقانون، ولا يُمكنه أن يرفض تطبيق إرادة الأطراف أو إستبعاد الشروط العقدية بحجة أنها تُخالف العدالة.

كما يُفرضُ المبدأ على المشرع نفسه فيما يتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان، إلى التسليم بأن القانون الجديد لا يمكن أن يمس العقود السابقة؛ فثبات المراكز العقدية واستقرارها ركيزة أساسية لا غنى عنها للنظام الإجتماعي، وسوف تهنز إذا أبطل أو أضاف المشرع شيئا لم يَرْتَضِهِ المتعاقدين<sup>1</sup>.

## 2- أثر الإلتزام بمضمون القوة الملزمة

إذا نشأ العقد صحيحا، وبتوافر أركانه وشروطه، تولدت له قوة (ذاتية) تُلزم أطرافه بتنفيذ بُنوده، وإذا ما وَفَى أطرافه ما تعهدا به تنقضي العلاقة العقدية، وتتحلُّ كأثر طبيعي، فالأصل أن العقد ينقضي بتنفيذ الإلتزامات المُستمدة منه، وفقا لما اتفق عليه العاقدان.

هذه هي الحالة العادية والمعهودة كأثر مُترتبٍ عن الإلتزام في العلاقة التعاقدية، وتنقضي القوة الملزمة للعقد عند قيام أطرافه بتنفيذ ما يَقَعُ على عاتقهم من التزامات، مما يؤدي إلى تحقيق غاية العقد الصحيح<sup>2</sup>.

الأمر الذى أدى بالمشرع إلى عدم الإنشغال **بالغير** عن العقد، حيث لا يوجد نص يتناول بصفة رئيسية مسألة **نفاذ العقد** بل أشار إليه المشرع بصفة عرضية، من خلال بعض التطبيقات، مثال ذلك دعوى عدم النفاذ في المادة 191 مدني، وما جاء في المادة 793 مدني<sup>3</sup>.

---

1- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص41.

2- تجدر الإشارة إلى أن انقضاء القوة الملزمة للعقد يشمل العقود الفورية والزمينية على حد سواء، ففي العقد الفوري يكون الإنقضاء بالتنفيذ الفوري للالتزامات الناشئة عنه ولو كانت مؤجلة كما هو الشأن في عقد البيع؛ إذ أنه ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليم الشيء المبيع ودفع الثمن المقابل والوفاء بالضمان، فهذه الإلتزامات تُنفذ فور حلول ميعاد الوفاء بها دفعة واحدة أو على مراحل .

أما الوضع في العقد الزمني فإنه مرتبط بعنصر الزمن، إذ تنقضي قوته الملزمة بإنقضاء الزمن إذا كان محددًا أو بإنهائه من طرف أحد المتعاقدين بالإرادة المنفردة مع شرط إذار المدين إذا كان غير محدد كعقد الإيجار والشركة والعمل على سبيل المثال. انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص40.

3- على الرغم من هذا الطرح الذي يتبين معه التأثر والأخذ بمنطق الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة، إلا أن هذه النظرة عرفت تراجعًا بسبب المعطيات الجديدة التي عرفها المجتمع. انظر علي فيلال، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص54.

تجدر الإشارة هنا إلى حالات إستثنائية تنقضي بها القوة الملزمة للعقد، كحالة إستحالة تنفيذ الإلتزام لسبب أجنبي لا يدّ للمدين فيه، وهو ما نص عليه المشرع في القانون المدني، ففي العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزم بسبب إستحالة تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له، وهو ما جاء في الشريعة العامة<sup>1</sup>.

فهنا يفقد العقد قوته الملزمة، وينسخ بقوة القانون، دون حاجة لحكم قضائي، كما تنقضي الإلتزامات المقابلة للإلتزامات التي إستحال على أحد المتعاقدين تنفيذها، مثلما هو الحال في عقد البيع، فإذا استحال على البائع تنفيذ التزامه بعد إبرام العقد نظرا لهلاك المبيع بسبب أجنبي فإنه ينقضي الإلتزام، وينسخ عقد البيع كما يسقط التزم المشتري بأداء الثمن<sup>2</sup>.

كما قد تعترض تنفيذ العلاقة العقدية أسباب ليس للمدين دخل فيها، فلا يمكن تنفيذها، مما يؤدي إلى إستحالة التنفيذ بحكم القانون، والتي تكون كذلك بصفة طارئة ومطلقة لا نسبية، وكاملة لا جزئية، أي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها، فتشمل الناس كافة، وليس المتعاقد المدين فقط، وتشمل كافة الإلتزامات التي رتبها العقد.

تسمى هذه الحالة بالفسخ لعدم إمكان التنفيذ أو الانفساخ، وعليه تنقضي هذه العلاقة العقدية والقوة الملزمة المقترنة بها تلقائيا مع انتفاء المسؤولية العقدية عن المدين بعد إثباته لهذا السبب الأجنبي حتى لا يبق ملزما بالعقد<sup>3</sup>.

يختلف فسخ العقد بحكم القانون عن انفساخه بحكم القانون من حيث السبب، إذ يفسخ العقد لعدم تنفيذه لسبب أجنبي، كما أن فسخ العقد أمر يخضع لسلطة القاضي التقديرية، بينما إنفساخه بحكم القانون فهو تلقائي ولا يخضع لتقدير القاضي<sup>4</sup>.

---

1- انظر المادة 121 مدني.

2- انظر المادة 369 مدني.

3- انظر فيلالي علي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص 463-469.

4- انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 41، ويعتبر المشرع العقد في بعض الحالات مفسوخا بحكم القانون، وهذا ما ورد على سبيل المثال في المادة 392 مدني التي تنص: "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك".

## المطلب الثاني: إنعكاسات على مستوى تنفيذ العقد

من نتائج الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة الحرة في تحديد آثاره، وهو ما يتبين على مستوى تنفيذ العقد، إذ دخل شخصان في رابطة عقدية فإن لهما كامل الحرية؛ فلا يلتزم كل منهما إلا بما أراد الإلتزام، وفي حالة النزاع كذلك حول هذه الآثار فالإلتزامات هي تلك التي أرادها الطرفان، وتقتصر مهمة القاضي على تفسير نية الطرفين والكشف عنها، فلا يجوز له أن يغلب إرادته (الفرع الأول).

فكل ما أراده الطرفان يترتب على العقد الذي تم بينهما، فالفرد حر أن يتعاقد وفقا لما يريد، وبالشروط التي يرتضيها، ضابطة في ذلك مراعاة مقتضيات مبدأ حسن النية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: إلتزام المتعاقدين بما أبرماه وتنفيذه بحسب ما جاء فيه

بعد قيام العقد تأتي المرحلة الموالية وهي مرحلة تنفيذ وترتيب آثاره، ومن مظاهر سلطان الإرادة في هذه الفترة هي إلتزام المتعاقدين بما أبرماه وتنفيذه بحسب ما جاء فيه (أولا)، وهذا معناه أن للعقد قوة ملزمة إكتسبها من إرادة المتعاقدين أو إتجاهها إلى ترتيب آثاره، لأجل هذا فإن الحقوق والإلتزامات التي تتولد عن العقد واجبة التنفيذ، مع مراعاة ما هو من مستلزماته (ثانيا).

### أولا: من مظاهر القوة الإلزامية للعقود وجوب تنفيذ العقد

كل طرف ملزم بتنفيذ ما تعهد به، وهو مجبر على الوفاء بالتزاماته كاملة، وهذا ما أقره المشرع في القانون المدني، وحتى في القوانين الخاصة، لاسيما ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، أي ما ضمنه العاقدان بإرادتهما.

#### 1- تنفيذ المتعاقدين وحدهما ما ألتما به

إذا نشأ العقد صحيحا فقد خلصت له قوته الملزمة ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما ألتما به دون غيرهما، وتنصرف آثار العقد إليهما لأنهما ما تعاقدتا إلا ليرتبا آثارا تنصرف إليهما، فطرفا العقد هما كأصل عام المتعاقدان اللذان أبرماه بإسمهما ولحسابهما، فتصرف الحقوق والإلتزامات المترتبة عنه إليهما<sup>1</sup>.

---

1- مثال ذلك ما جاء به المشرع في المادة 74 مدني، حيث أنه في حالة النيابة تنصرف آثار العقد للأصيل لا للنائب.

إن كون العقد شأنً المتعاقدين معناه أنه لا يكون له أي أثر بالنسبة للغير، فلا يستطيع الطرفان بعقدتهما أن يُرتبا إلتراما في ذمة الغير<sup>1</sup>، فالعقد نسبي في آثاره، وقوته الملزمة لا تتعدى المتعاقدين، فلا يكتسب الغير حقا ولا يتحمل بإلتزام من عقد لم يكن طرفا فيه، والأصل أن تنصرف الحقوق إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما، ويرى البعض أن مبدأ سلطان الإرادة يشرح مبدأ نسبية العقد، إذ أن الشخص لا يلزم إلا نفسه وفقا لإرادته ومن ثم فلا يلزم غيره<sup>2</sup>.

في هذا الصدد يمكن القول أن مبدأ نسبية العقد يتصل بحرية الشخص في التعاقد، وحرية في تحمل الإلتزامات المتولدة عنها، دون أن تتعداهم إلى أطراف أخرى<sup>3</sup>، كما يرتبط مبدأ الإرادة بالأثر النسبي بالمتعاقدين فلا يستطيع الفرد أن يلزم إلا نفسه، كما لا يمكن للغير أن يتحمل بآثار قانونية لم يكن قد أرادها<sup>4</sup>.

يرى الفقه منذ القدم أن مبدأ الأثر النسبي من مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة، حيث يقول الأستاذ "قونو" أن مبدأ النسبية مع الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد أمور مُلازمة لمبدأ سلطان الإرادة<sup>5</sup>.

## 2- حرمة وحصانة التصرف الإرادي بالنسبة للقاضي

من مُنطلق منع القانون فك الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين كمبدأ عام، فإن سُم الإلتزام الإرادي في العلاقة يمتد من طرفيه ليقيد القاضي في هذا الإطار، فلا يمكنه من الإعتداء على القوة الملزمة لهذه العلاقة العقدية؛ وهذا ما يُسمى بحرمة وقداسة الإلتزام الإرادي (خصوصا العقد) بالنسبة للقاضي؛ فالعقد وفقا للمادة 106 مدني شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله.

1- انظر المادة 113 مدني وتقابلها المادة 1165 مدني فرنسي.

2-Voir J Ghestin, Traité de droit civil, les obligations, tome 2, le contrat, LGDJ, 1980, p18.

3- انظر فريدة محمدي (زواوي)، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، الجزائر، 1992، ص01، حيث ترى أن مبدأ نسبية العقد أسبق في الظهور من مبدأ سلطان الإرادة، فهو مبدأ يمليه المنطق القانوني.

4- من نص المادة 1165 مدني فرنسي يستخلص أنه ليس للإتفاقات أثر إلا بين المتعاقدين، وهي لا تضر الغير على الإطلاق ولا تُفيد، وبالبحث في المنشأ التاريخي لمبدأ النسبية نجد أن المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي مستلهمة من القانون اللاتيني " فالعقود المبرمة من قبل البعض لا يمكن أن تضر بالآخرين أو تفيدهم" alios acta alus neque nocere, neque prodesse potest". انظر جاك غاستان، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص421-424.

5-Voir Gounot(E), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, op cit, p 27 et s.

فلا يستطيع نقض أو تعديل ما قرره طرفا العقد، حتى وإن كان ما تقرر منافيا للعدالة، إذ لا يجوز له أن يمسّ مضمون العلاقة العقدية، بل إنه مُلزمٌ بإحترام شروطها - كيفما جاءت - كما تُلزمه أحكام القانون تماما، فليس للقاضي سلطة الحلول محل الإرادة الفردية، ولذا فعليه (القاضي) أن ينفذ إرادة المتعاقدين، وألا يلحق تعديلا بشروط وبنود العقد بدعوى أن التعديل تقتضيه العدالة العقدية، لأن العدالة تُكْمِلُ إرادة المتعاقدين ولا تتسَخَّها<sup>1</sup>.

كما يُلزمُ القاضي بعدم المساس بالإرادة في مجال التفسير لا سيما عند وضوح العبارة، فالعبارة الواضحة تلزمه، ولا يمكن المساس بما اتفق عليه المتعاقدان، والوضوح المقصود هنا وضوح الإرادة لا اللفظ، لأن الأصل أن اللفظ يعبر عما تريده الإرادة، فوضوح العبارة يمنع التأويل، فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها<sup>2</sup>.

على عكس هذا الحل يعتقد البعض أنه يمكن في مثل هذه الحالة (وضوح العبارة) البحث عن الإرادة الباطنة دون الإنحراف عنها؛ والمنع الذي أقره المشرع هو منع إجرائي يمكن تفاديه بتسبيب الحكم<sup>3</sup>.

---

1- لا يجوز للقاضي أن يمس بمضمون العلاقة العقدية، بل إنه ملزم أن يمد يد المساعدة من أجل تنفيذ العقد. انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص14-15.

2- "العبارة الواضحة تمنع التأويل، ويرجع ذلك إلى قاعدة جوهرية يقتضي أعمالها إستقرار المعاملات؛ إلا أنه قد تكون العبارة الواضحة محلا للتفسير". انظر بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص239. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص290-291.

وهو ما سار على نحوه القضاء، انظر قرار المجلس الأعلى، ملف رقم، 23731، نشرة القضاة، 1986، العدد 01، ص63. وقرار المحكمة العليا، المؤرخ في 16/06/1991، ملف رقم، 80816، المجلة القضائية، 1993، العدد 04، ص151. وعلى القاضي إذا ما حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب.

وقد تكون العبارة واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا إستعمال هذا التعبير الواضح فقصدنا معنا، وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى؛ بل هو واضح في معنى آخر. فلا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح، ويعدل عنه إلى المعنى الذي قصده المتعاقدان، وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسخه.

انظر قرار المجلس الأعلى، ملف رقم، 23731، نشرة القضاة، 1986، العدد 01، ص63. وكذلك قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 16/06/1991، ملف رقم 80816، المجلة القضائية، 1993، العدد 04، ص151.

3- هذا هو الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي والقانون المصري القديم، وهو الأمر الذي يراه بعض الفقهاء بالنسبة للقانون الجزائري. انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص310. وخليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص137. و بلحاج العربي، المرجع السابق، ص239. ويقول في هذا الصدد أيضا الأستاذ علي علي سليمان أن: " المشرع أخذ بالإرادة الباطنة كأصل والإرادة الظاهرة كاستثناء" انظر علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة 2005، ص6، المرجع السابق، ص33. ويقول الأستاذ لبني مختار أن: " المشرع أخذ بنظرية الإرادة الباطنة أساسا وأكملها بنظرية الإرادة الظاهرة في بعض الحالات ". انظر المرجع السابق، ص19.

ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص288. حيث يرى: "...والمعروف أن العبرة بما إتجهت إليه الإرادة لإحداث الأثر القانوني الذي يستهدفه المتعاقدان، وما العبارات المستعملة إليه إلا وسيلة لبيان تلك الإرادة.

ويرى الأستاذ السنهوري من خلال إجابته على السؤال التالي: هل الأخذ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح أخذ بالإرادة الظاهرة؟ أنه مادام القاضي ملزم بالتسبيب فهو لا يأخذ بالإرادة الواضحة إلا على أساس أن هذه الإرادة هي ذات الإرادة الباطنة، فإذا قام الدليل على أن هناك تغايرا مابين الإرادتين وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل في أسباب الحكم، وعليه فهو لا يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا باعتبارها أنها هي ذاتها الإرادة الباطنة. انظر السنهوري، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص675.

### 3- جزاء الإخلال بالالتزامات العقدية

تتلصّب مظاهر الإعتبار للإردة ودورها في المجال التعاقدى فيما أقره المشرع للمتعاقد عندما يُخلّ المدين بالتزاماته إتجاه الدائن، فله سُلوكٌ طريق المطالبة بالتنفيذ العيني.

#### أ- الدفع بعدم التنفيذ

من مظاهر فعالية الإرادة الدفع بعدم التنفيذ، والذي يُعتبر وسيلة يلجأ إليها المتعاقد للضغط على مدينه وحمله على التنفيذ؛ فهنا يعتد المشرع بدور الإرادة وسمو سلطانها، بحيث يمكن لها أن تدفع وترفض التنفيذ، لأن الطرف الثاني لم يلتزم بما تعهد به<sup>1</sup>.

ففي العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مُستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وينتهي هذا الموقف إما بالنجاح في دفع المدين إلى تنفيذ التزامه، أو الفشل بإصراره على عدم التنفيذ، فهنا لا يبقى أمام الدائن إلا اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري إذا كان ذلك ممكناً، أو المطالبة بالتعويض، وإلا أخيراً الفسخ<sup>2</sup>.

#### ب- حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ

طلّب الفسخ حق لأحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين، كجزءٍ عن عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزاماته، ومساسه بخرمة الرابطة العقدية، وقد نص المشرع على أحكام الفسخ في القانون المدني<sup>3</sup>.

يتبين من هذا الأساس القانوني أن المشرع يمنح المتعاقد هذه (الرخصة) أو الوسيلة التي يتمكن من خلالها الحفاظ على مصالحه، فلا يبقى رهين ما قام به المتعاقد الآخر، لأنه يتضرر من هذا الواقع، لذا يلجأ إلى التحلل من هذا العقد الذي لا ينتفع منه ولا يُفيدُه، عن طريق اللجوء إلى الجهات القضائية، من خلال دعوى فسخ العقد.

1- انظرا المادة 123 مدني.

2- انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2006، ص 265-272.

3- تنص المادة 119 مدني على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. كما يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يُوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".

## ثانياً: ما هو من مُستلزمات العقد

الأصل تنفيذ العقد وفق مقتضياته ما دام نشأ صحيحاً مُلزماً، وذلك في حدود ما يرسمه القانون، وهذا هو أساس فاعلية الإرادة ومظهر سلطانها، فيطبق القاضي العقد كما لو كان يُطبق القانون، لأنه يقوم مقامه في تنظيم العلاقة العقدية؛ فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون<sup>1</sup>؛ ويكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً، إما باتفاقهما أو إعطائهما هذا الحق لأحدهما عند التعاقد<sup>2</sup>.

إن المتعاقدين حينما يتفقان على إبرام العقد يَصْعان تَنْظِيماً لكل المسائل التي يُنظِمها هذا العقد، ويُحدِّدان مضمونه، بَيِّان ما ينشأ عنه من آثار، سواء كانت حقوقاً أو التزامات، بَيِّدَ أنهما قد يَغفلان عن تنظيم بعض المسائل التفصيلية التي تنشأ من العقد، لأنها لم تُرد بذهنهما أو لأنهما لم يَتوقَّعاها. ذلك أن تنظيم كل المسائل التفصيلية يتطلب درجة عالية من الدقة بموضوع العقد، وهذا ما يفوق قدرة المتعاقدين في كثير من الأحوال، وخاصة مع السرعة في إنجاز المعاملات وإبرام العقود، حيث يتم التركيز على المسائل الجوهرية في العقد دون غيرها<sup>3</sup>.

من هنا فإن العقد قد لا يُنظَّم بعض المسائل الجزئية أو قد لا يتناول بعض أوجه العلاقة بين الطرفين، وهذا مما لا يؤثر على صحة العقد لأن المشرع أجاز انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية فقط، لكننا سنكون إزاء عقد غير مُكتمل لأنه لم يَصع تَنْظِيماً لكافة المسائل التي لا بُدَّ من مواجهتها، ومن ثم يكون بحاجة للإتمام<sup>4</sup>.

---

1- كما لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة واحدة فهو وليد إرادتين، وما تَعَقَّدُهُ إرادتين لا تُخله إرادة واحدة. انظر علي سليمان، المرجع السابق، ص97.

2- 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 الجزائي، ولا بد أن يكون التعديل من المتعاقدين معاً؛ لأن الشرط الجزائي من جهة واحدة يحوله إلى شرط تعسفي.

وهو ممنوع بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر، 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تُعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56، 2006 المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 2008/02/03، الجريدة الرسمية، العدد 07.

3- انظر المادة 65 مدني.

4- "إن العقد قد يكون بحاجة إلى ذلك إذا كان لا يتضمن الإلتزامات التي بدونها لا يتحقق الغرض المقصود منه، أو التي بدونها يتعذر على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه، ذلك أن كل عقد يحتوي على التزامات تبعية، تُلزم المتعاقدين حتى وإن لم تنصرف إليها إرادتهما، حتى لا يكون العقد مصدراً لمظالم لا يُمكن التسامح فيها، وحتى يكون تنفيذه متفقاً مع ضرورات حسن النية". انظر سلام عبد الله الفتلاوي، نطاق العقد، ص20-23. <http://almerja.net/reading.php> إطلاع بتاريخ 2016.

إن تكملة العقد وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمونه، ويتحقق ذلك بإضافة بعض الإلتزامات إلى مضمونه الأصلي، لتنظيم المسائل التفصيلية التي تتركها المتعاقدان، أو ليكون تنفيذ العقد متفقاً مع مبدأ حسن النية، وما يقتضيه من أمانة في التعامل؛ وقد أناط المشرع سلطة إكمال العقد وسدّ النقص الذي يعتريه بالقاضي<sup>1</sup>.

وَوَضَعَ القانون المدني في تحديد مضمون العقد معياراً خَصَباً، يظهر في الضوابط والمعايير التي جاءت بها المادة 02/107 مدني، ويستدل من هذا النص أن المضمون الإلزامي للعقد يمكن أن يزيد على مضمونه الإرادي، أي أن إرادة الطرفين تنقيد بهذه المقتضيات، إذ لم تُعدّ هي المصدر الوحيد للإلتزاماتهما وحقوقهما؛ بل يشاركها في هذه المهمة القانون والعرف والعدالة<sup>2</sup>.

فإذا ما أغفل المتعاقدان بعض التفاصيل سهواً أو لكونها أمراً مألوفاً بين الناس، يكون العقد ناقصاً، ويتولى عندها القاضي إكماله على ضوء الضوابط السابقة<sup>3</sup>، ويمكن القول أن القيام بما هو من مستلزمات العقد يعتبر من مظاهر تنفيذ العقد بحسن النية، والذي يقتضي أن يكون التصرف وفق شرف التعامل بين الناس<sup>4</sup>.

فإشارة المشرع إلى مُستلزمات العقد، والتي تُعدّ عناصر يَسْتَوْجِبُها مضمون العقد - وإن لم يُشير إليها الطرفان أو لم يُضَمَّنَاها عقدهما -، وتُعدّ مُشْتَمَلَاتُ العقد الوجه الآخر للقوة الملزمة للعقد، ومن مستلزمات العقد الإلتزام بالسلامة، والذي يُعدّ من مقتضيات عقد النقل (على سبيل المثال)، فلا يكفي الإلتزام بإصال المسافر إلى المكان المتفق عليه، بل يجب عليه القيام بواجبات السلامة<sup>5</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا بُدّ من فهم معنى من مستلزمات العقد، والتي يُنفذ العقد وفقها، فالإلتزام بالسلامة ليس من مستلزمات كل العقود، وإنما يظهر في بعضها (كما في التزام صاحب النقل)، ويختفي في البعض الآخر فلا يمكن تصوره، لذلك يمكن القول أن الإلتزام إذا كانت له صلة وثيقة بالإلتزام الأساسي في العقد، فهو من مستلزماته، والعكس من ذلك إذا إنتفت تلك الصلة.

---

1- يقتضي تحديد مضمون العقد ي أن يقوم القاضي بالتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين سواء عن طريق عبارات العقد إذا كانت واضحة الدلالة على مضمون هذه الإرادة أو عن طريق تفسير عباراته إذا كانت غير واضحة، ومن ثم يقوم بإعطاء التكييف القانوني الصحيح للعقد حتى يستطيع أن يرسم صورة واضحة لما ينشأ عنه من حقوق وما يولده من التزمات. حيث أصبحت من ضمن السلطات التي يتمتع بها القاضي إزاء مضمون العقد إلى جانب سلطته في تفسير العقد وتكييفه. انظر سلام عبد الله الفتلاوي، نطاق العقد، ص 20-23. <http://almerja.net/reading.php> إطلاع بتاريخ 2016.

2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 35 إشارة إلى عبارة جوسران:

"le contrat est de moins à base du consentement et de plus à base d'autorité"

3- انظر علي فيلاي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 292-293.

4- فيوجب القانون وفقاً لنص المادة 2/107 مدني تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، فلا بد أن يراعي كل طرف هذا المبدأ، والذي يمثّل بشكل عام في واجبات رئيسية يتحتم على الأطراف مراعاتها، ومنها الصدق والأمانة والإعتدال والتعاون، كما يجب على كل طرف إخبار الآخر بجميع البيانات والمعلومات التي يتطلبها تنفيذ العقد، والإبتعاد عن كل ما من شأنه التشديد من أعبائه، أو التقليل من الفائدة التي يبرجوها منه.

5- انظر الفقرة 02 من المادة 107 مدني.

## الفرع الثاني: حسن النية آلية لتكريس العدالة العقدية

حسن النية في العقود قاعدة أخلاقية يُؤدى إعمالها إلى قيام توازنٍ عقدي، وتميلُ التشريعات اليوم إلى تحقيق نوعٍ من العدالة بين المتعاقدين يكون أساسها هذا المبدأ، فهناك من يعتبرُ أن حسن النية في جوهره هو قاعدة أخلاقية أكثر منه قاعدة قانونية (أولاً)، تبنيتها القوانين فيما بعد، ومنها بطبيعة الحال قانونا المدني (ثانياً).

### أولاً: حسن النية سبيلُ قيام توازنٍ عقدي

إن حسن النية يعني تنفيذ العقد على نحوٍ مُفيد، يَحْمِلُ المتعاقدان على التحلي بالصفات الفاضلة، وصولاً إلى غاية كبرى تتمثل في تنفيذه في ظروف تسود فيها قيم الأمن والثقة<sup>1</sup>، ولعل في حسن النية تجسيد لتصرفات قانونية بمكونات أخلاقية، والقاضي هو من يقوم بتفعيلها، فله مجالٌ في التخفيف من صرامة مبدأ سلطان الإرادة الذي يؤدي تطبيقه إلى نتائج مفرطة، فيستطيع القاضي وفقاً لمقتضيات حسن النية، وبما له من سلطة تقديرية تقدير سلوك المتعاقد عند تنفيذ الإلتزام.

فالمبادئ الأخلاقية تؤدي إلى قيام توازنٍ عقدي كون التشريعات الحديثة تميل إلى نوع من العدالة يكون أساسها حسن النية العقدية، فحسن النية قاعدة أخلاقية تحولت إلى قاعدة قانونية من خلال الأهداف المُتَوَخَى تحقيقها، والقيم القانونية التي يحاول حمايتها.

فالسعي من خلال هذه القواعد إلى النفاذ إلى سلوك كل شخص بطريقة فردية لتهذيبه، وجعله مماثلاً لمجتمع متكون من أفراد يشتركون في صفات فاضلة، وهذا هو هدف القانون من وراء إدراج مبدأ حسن النية، من خلال إيجاد ظروف تسود فيها قيم الأمن والثقة والعدالة، ولعل في حسن النية تجسيد (لمؤسسة) قانونية بمكونات أخلاقية، يظهر ذلك من خلال المادة 1/107 مدني، والتي يقوم القاضي بتفعيلها<sup>2</sup>.

إن حسن النية يقتضي نزاهة المتعاقد من جهة وإبداء ما يمكنه، وتعاونه من جهة ثانية تسهيلاً لتنفيذ العقد<sup>3</sup>، فالنزاهة والتضامن تعتبر على حد تعبير البعض مستقبل لعالم تعاقدٍ أفضل، ولا يتصور علاقات قانونية دون هذا الإعتبار<sup>4</sup>.

1- هذا ما نص عليه المشرع في المادة 107 فقرة 01 : " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية..."  
2- يبدو أن في هذا الطرح مبالغة كبيرة ومثالية زائدة، فالمتعاقدان والأفراد عموماً يطمح كل طرف إلى تحقيق مصالحه الخاصة، ولو بصورة تعسفية، والضابط الأكبر هو الوازع الديني، والذي للأسف لا يُحترم في الكثير من الأحيان، فما بالك بالقواعد من هذا النوع.

3- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص 311.

4- Mazeaud (Denis), Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle, op.cit, p 608.

يعتبر الأستاذ غاستن أن النزاهة العقدية في العقود هي الإمتداد والنتمة للعدالة العقدية<sup>1</sup>، لذا وَجِبَ تنفيذ العقد بكل إخلاص وأمانة، وتجنب كل ما من شأنه المساس بذلك وعرقلته؛ ويرى الأستاذ بودالي أنه يستخلص من نص المادة 01/107 مدني على المتعاقد أن ينتهي عند التنفيذ عن كل سلوك غير نزيه من غش أو تدليس يُصَعِبُ أو يعرقل التنفيذ<sup>2</sup>.

فالمطالبة بحسن النية في تنفيذ العقد من شأنه السماح بمعاينة المخادعات الظاهرة، وهو ما جعل القضاء ينتقل من مفهوم المصلحة العامة إلى الإلتزام الثابت بالتعاون، ولا يقتصر هذا على عاتق المتعاقد المهني أو المتخصص فقط، ولكن حتى المتعاقد الجاهل بأصول المهنة، أو المهني غير الكفاء، وهو حال العقود الدولية، وعقود نقل التكنولوجيا<sup>3</sup>.

إن أعمال مبدأ حسن النية يوفر أساسا يمكن أن يَسْتَدِدَ إليه القاضي لتحديد مضمون العقد، على وجه يسمح بحماية الطرف الضعيف، فلا يُلْزَمُ المتعاقد بما ورد في العقد فقط بل يمتدُّ إلى ما هو من مستلزماته، ولا يقتصر تنفيذ العقود على مضمونها الأصلي الذي إتفق عليه المتعاقدان وقت التعاقد، بل يمتدُّ إلى ما بعد ذلك.

فيجب على كل طرفٍ أن يُنفِذَ الإلتزامات المُلقاةَ على عاتقه وفقا لمضمون العقد، مع مُراعاة حسن النية، فلا يُجيزُ القانون للمتعاقد القيام بتنفيذ العقد بطريقة تدلُّ على سوء نيته، أو بطريقة يكون فيها مُتعسفاً في إستعمال حقه في المجال التعاقدية.

هذا لأنه إذا كان من حق المتعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه مع المتعاقد الآخر، فإن ذلك يجب أن يكون وفق حسن النية، الذي يُهيمُنُ على العقود جميعها، وكذلك على الشخص عدم التعسف في استعمال حقه الذي خوله له القانون، ذلك أن هذا المبدأ يُعدُّ في القانون الحديث قاعدة عامة تشمل جميع العقود<sup>4</sup>.

---

1- Voir Ghestin (J), la formation du contrat, op.cit. P42.

2- انظر بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دكتوراه، سيدي بلعباس، الجزائر، 2003، ص 67.

3- انظر نصيرة بوجمعة السعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، دكتوراه، الإسكندرية، مصر، 1987، ص 167. وقضت محكمة فرنسية: " بفسخ الإتفاق نظرا لأن أحد الطرفين تخلي أثناء التنفيذ عن الروح التي كانت تحرك الطرفين عند إبرامه، ولم يجتهد بقدر المستطاع لتسهيل عمل الطرف الآخر". Aix, 2déc, 1983, Bull civ. C.Aix, 1983, n° 183.

4- فالتوجه الجديد الذي أبان عنه المشرع في تعديل القانون المدني سنة 2005، يتجه نحو النزعة الموضوعية التي تهدف إلى توفير حماية أكبر للطرف المتضرر، فقد جعل المشرع التعسف في إستعمال الحق صورة من صور الخطأ، يتبين ذلك من موقع المادة الجديد، وحتى صياغة المادة نفسها. انظر المادة 124 مكرر مدني.

## ثانياً: مظاهر حسن النية وجزاء مخالفته

أوجب المشرع بموجب المادة 01/107 مدني على المبدأ العام حسن النية، والذي يُكرس النزاهة عموماً في تنفيذ العقود، لتحقيق بذلك العدالة العقدية التي يتوخاها كل متعاقد، كما نص المشرع في مواد من القانون المدني على تطبيقات هذا المبدأ. مثال ذلك ما جاء في المادة 361 مدني، والتي تنص: " يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً"<sup>1</sup>.

كما أبان المشرع على واجب الإلتزام بالنزاهة وتفعيل مقتضيات حسن النية في نصوص خاصة، على غرار نزاهة الممارسات التجارية من خلال القانون 02/04 الذي يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم ما بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين<sup>2</sup>، نفس الأمر فيما يتعلق بالقرض الإستهلاكي، حيث نجد إشارة لضرورة النزاهة في هذه التعاملات<sup>3</sup>.

فالتنفيذ طبقاً لما اشتمل عليه العقد ووفق مقتضيات حسن النية يعتبر من مظاهر القوة الإلزامية للعقد، ويترتب على عدم الإلتزام به آثار قانونية، ويرى الأستاذ محمد صبري السعدي: " أنه تترتب عن الإخلال به قيام مسؤولية عقدية، لذا وجب مراعاته في مرحلة تنفيذ العقد كما في مرحلة تكوينه، فلا يعني تنفيذ الأطراف للعقد بما جاء فيه من منطلق أنه شريعتهما، بل لا بد من مراعاة حسن النية وشرف التعامل"<sup>4</sup>.

---

1- هناك مواد أخرى عديدة ذات صلة بالموضوع، ومنها على سبيل المثال المواد 178، 384، 123، 553، 490 مدني.  
2- انظر المواد من 14 إلى 29 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، السنة 2004 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 46 المؤرخة في 2010/08/18.  
3- هذا ما جاء في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 114/15 التي تنص على أنه: " يجب أن يتضمن عرض القرض الإستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة...".  
4- انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص17، ويضرب مثلاً في علاقة العمل حيث جاء بأحد قرارات القضاء المدني الفرنسي جاء فيه "المستخدم ملزم بتنفيذ عقد العمل بحسن نية، وعليه واجب ضمان تكييف أجرة الأجراء مع تطور أعمالهم" « L'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ». Cass.soc, 25fév1992.  
5- انظر محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، الجزء الأول، الجزائر، ط2، 2009، ص309.

كما يُضيفُ القضاءُ عدّةَ التزاماتٍ إلى نطاقِ العقدِ تُستخلصُ من طبيعته، أهمها الإلتزام بحسن النية، والإلتزام بالضمان، والإلتزام بالتعاون، والإلتزام بالسلامة، فإعتبارات العدالة (كفكرة الأخلاق، الحق، والمبادئ الإجتماعية) أفكارٌ غُليا لا بُدَّ لها من عنصر الإلتزام، وهو ما تحتاج إليه تلك المفاهيم في ترجمتها إلى قواعد قانونية مُطبقةً في الواقع.

إن العقد هو الأداة الحقيقية قانونا لتلبية الحاجات الاجتماعية، كما يعد أداة للتعاون النفعي ودعامة للعملية الاقتصادية<sup>1</sup>؛ وتنبثق عن مبدأ حسن النية المقرر في القانون المدني العديد من الإلتزامات والتي تقع على الدائن والمدين (أهمها الإلتزام بإعلام، تعاون، تشاور، نصيحة)؛ فالإلتزام بالإعلام صورة من صور النزاهة، كونه يتطلب التنفيذ بصدق وأمانة، وفي مرتبة أخرى يأتي الإلتزام بالتعاون الذي يُسهلُ تنفيذ العقد بمعية المتعاقد الآخر.

يضاف إلى التطبيقات السالفة الذكر فكرة **الثقة المشروعة** كمظهر جديد لحسن النية، ولعل الوظيفة التقليدية لحسن النية (من خلال النظرية التقليدية للعقد وسلطان الإرادة)، وما صاحبه من عدم فاعلية الجزاء القانوني في مادة العقود هو الدافع والمحرك لِمَا عُرِفَ (بمبدأ) الثقة المشروعة، والتي يُمكنُ اعتبارها الكفيلة بضمان التقليل من الأضرار العقدية، ومُحاولة إنقاذ العقد من خطر الزوال، ومحاولة إستمراريته.

فصارت الثقة المشروعة وفقا لهذه المهمة الجديدة وسيلة لإستمرارية التنفيذ العادل للعقد، ويفترضُ هذا المعيار على غرار المعايير السابقة التعامل على أساس الشرف والأخلاق، وذلك على حساب فكرة المصالح المتعارضة<sup>2</sup>.

---

1- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص 311 إشارة إلى:

Bencheneb (A), le contrat en droit algérien, entre texte (s) et contexte (s), Art précitée, p 286-290.

2- يطرح الفقه وخصوصا الفرنسي عدة أسس للثقة المشروعة، فهناك الأساس الفقهي، الذي يرى فيه تجسيد وانعكاس لنموذج واضح عن تجديد قانون العقود، فمن الفرنسيين (Stoffel, Aynés et Malaurie) من يرى توجه القانون الفرنسي نحو تكريس مبدأ الثقة كأساس للقوة الملزمة للعقد بسبب ما يضمنه المبدأ كذلك لفائدة الأمن القانوني. من جهة أخرى هناك من يؤسس على الإعتراف بالإلتزامات الجديدة من خلال وجود "الإلتزامات ثقة" تحت مسميات مختلفة، فتارة إلتزاما بالسلامة، وتارة إلتزاما بالتحذير، أو إلتزام بالنصيحة، بل إن الإلتزام بالإدلاء بالبيانات العقدية بإعتباره إلتزاما يردُ في مرحلة قبل التعاقد- قائم على مبدأ الثقة. نقلا عن زمام جمعة المرجع نفسه، ص 330-333.

فثمة أنواع من العقود يُعَوَّلُ فيها بحسب طبيعتها على تلك الثقة المتبادلة بين الأطراف، ولهذا كان الإخلال بتلك الثقة إنهيارا كاملا للعقد، يُبرِرُ الحق في الإبطال، كما هو الحال بالنسبة للعقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي، كعقود شركات التضامن، وعقد العمل، وعقد الوكالة، وعقد الكفالة<sup>1</sup>.

**عن الفقه الفقه الإسلامي** يمكن القول أنه قد إهتم بقاعدة حسن النية خلال مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه بكل إستقامة وأمانة، بعيدا عن الغش والخديعة<sup>2</sup>، يظهر هذا في قوله الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾<sup>3</sup>.

وقوله سبحانه ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُوا الْأَمْتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾<sup>4</sup>، وقوله عز وجل ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمْتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾<sup>5</sup>.

أما في السنة النبوية المطهرة، فإن الأحاديث الشريفة التي تحضُّ على الأمانة وحسن النية وعدم الغش والخديعة كثيرة، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ﴿مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنَّا﴾<sup>6</sup>؛ وقوله صلى الله عليه وسلم ﴿المُسْلِمُ أَخُو المُسْلِمِ، لَا يَجِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا وَفِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَّهُ﴾<sup>7</sup>.

---

1- غير أن الأستاذ Levy (E) يؤيد فكرة الثقة المشروعة على حساب حسن النية للدلالة على نوع جديد من الإلتزامات العقدية (كالإلتزام بالإعلام والنصيحة... الخ)، ولعل الإلتزامات بالإعلام ما قبل التعاقدية تشكل في حد ذاتها إستفادة المستهلك من ضمانات لحماية مبدأ الثقة.

- Voir Billement (Jean), Op.cit, P2.

2- حديث متفق عليه، ومعنى "لا خلافة" أي لا خديعة ولا تضليل، وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن التغيرير (وهو التدليس)، ونهى كذلك عن النجش (وهو نوع من التدليس)، كما نهى أيضا عن الخلافة (كمصطلح مماثل للتدليس)، ورُوي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يغيث في البيعات، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ﴿إذا بايعت فقل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام﴾. رواه الحاكم في المستدرک، ص432.

3- فالفقه الإسلامي ومنذ خمسة عشر قرنا من الزمان يعرف الإلتزام بالأمانة، والذي يعني أن يلتزم المتعاقدان أقصى درجات الصدق والصراحة في الإخبار عن كل ما يتصل بالعملية العقدية في مرحلة تكوين العقد. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص69.

3- سورة المؤمنون، الآية 8.

4- سورة النساء، الآية 58.

5- سورة الأنفال، الآية 27.

6- رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، دار إحياء الكتب العربية، الجزء الأول، ص99.

7- أنظر الشوكاني، نيل الأوطار، ج5، ص324.

يؤكد هذا أيضا قوله صلى الله عليه وسلم ﴿الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفِقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيْنَا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا﴾<sup>1</sup>.

إجمالاً يمكن القول أن مبدأ حسن النية في التعاقد من المبادئ المهمة والأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد، على الرُّغم من مما أُخِذَ عليه من الناحية القانونية، وبنظر الأستاذ "غاستن": فإن مبدأ حسن النية في العقود ليس كمفهوم أخلاقي وأجتماعي وتفسيري للإرادة، وإنما كمفهوم قانوني يفرض نفسه، كما يرى كذلك: أن التطبيقات التشريعية والقضائية لحسن النية جعلت منه من المبادئ القانونية الراسخة، والتي تَرْتَقِي به إلى رتبة مبدأ قانوني عام، يقتضي إعماله<sup>2</sup>.

فهذا المبدأ ما هو إلا ضَبْطٌ للسلوك الذي يجب أن يكون عليه المتعاقدان، فَيُسْتَبَعَدُ وفقا له كل سلوكٍ سلبي يَضُرُّ بمصالح المتعاقد الآخر، فيبتعد عن كل إضرار أو تعسف لأجل تحقيق مصالح (ضيقة)، وإن كان قيام العقد أصلاً لأجل تحقيق مصالح ومنافع خاصة<sup>3</sup>.  
لأجل هذا دَعَمَ المشرع مبدأ الثقة، وأرسى مبدأ التعاون في كل مراحل العملية التعاقدية، فالهدف المرجو من هذه المبادئ هو الإستقامة في التعامل، وعدم إلحاق الضرر بالغير في معرض إستعمال حق من الحقوق، مع الإلتزام بمبادئ العدل والإنصاف، وعدم تجاوز الحدود التي يمنحها الحق (إستعمال واستثناء).

إن المُرَادَ من ذلك كله هو توجيه الإرادة نحو تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد، بحيث ينسجم مع المصالح المُبَرَّرَة والمشروعة للطرف المقابل؛ ومع الدور الذي يؤديه هذا المبدأ في ضبط سلوك المتعاقدين إلا أن المشرع لم ينص على أي جزاء محدد لعدم مراعاته<sup>4</sup>.

---

1- أخرجه البخاري، عن حكيم بن حزام رضي الله عنه. أنظر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج4، ص209.  
2- الأثر الأخلاقي لحسن النية لا يحتاج إلى إيضاح، وتكفي الإشارة إلى رفض الغش والخداع والتحايل، ولكن ما يحتاج إلى إيضاح هو الأثر القانوني لحسن النية. انظر بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص ص 61 - 117.  
3- انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص 247.  
4- انظر انظر بودالي محمد، المرجع السابق، ص53. وفاطمة نساخ، المرجع نفسه، ص247، والتي ترى: "أن عدم نص المشرع الجزائري على أي جزاء محدد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد هو الذي يفسر إنعدام الإجتهد القضائي في هذا المجال، ومن ذلك يبرر أو يمكن القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي".  
ومع إحترام وجهة النظر هذه إلا أنه لا يمكن القول بأن عدم نص المشرع على جزاء، يعتبر مبرراً للقول بعدم جدوى المبدأ، فهو يَظَلُّ من المبادئ الكبرى، التي تقوم عليها نظرية العقد عموماً.

كما أنه من المُفترَض أن لا يقتصر إعمال هذا المبدأ على مرحلة تنفيذ العقد بل لا بُدَّ أن يتدارك المشرع هذا الأمر، فيُرسِم المبدأ على العقد في مراحلهِ المختلفة، بدءاً بالمرحلة السابقة على التعاقد، لِمَا له من أهمية على استمرارية العقد وبقائه.

### الفصل الثاني: بدايات تقييد الإرادة والحد من دورها

إن وظيفة القانون هي العمل على تحقيق العدل بين الأفراد، وليس يتفق مع ذلك أن يكون للإرادة سلطانها المطلق؛ ولا مانع أن تظل الإرادة مصدراً للإلتزام ولكن يجب من ناحية أخرى أن تكون هناك ضوابط وقواعد تحكّمها.

لقد أدت التطورات إلى إضعاف مبدأ سلطان الإرادة ولو تدريجياً، فظهرت إتجاهات تنظر إلى العقد نظرة تختلف عن الإتجاهات ذات النزعة الفردية (المتطرفة)، مؤكدة على أن الإرادة الفردية في مجال العقود لا تلعب الدور الوحيد والراجح.

فإذا كان من الضروري أن يكون للإرادة مكانٌ معين في هذا الصدد، فإن مقتضيات العدالة وحسن النية و(السلام الإجتماعي) أمورٌ لا تقل عنها أهمية، ويجب أن تشغل هي الأخرى مكاناً مناسباً...

حيث بدأت بوادر التقييد تظهر على دور الإرادة، ما أدى بالقول إلى الأخذ بإصطلاح السلطان الجزئي للإرادة في ظل بروز مظاهر تعطيل دور الإرادة والحد من فاعليتها، وسوف نتعرض لبيان هذه الأحكام التي مست الإرادة، وذلك على العقد في مراحلهِ المختلفة إبتداءً من المرحلة السابقة على إنعقاده، ونعني بذلك مرحلة المفاوضات؛ والتي لا تقل أهمية عن مرحلتَي تكوين وتنفيذ العقد، والتي لم تتلَّ في كثيرٍ من الدراسات القانونية - لا سيما في ضوء التشريع الجزائري- بما تستحقه.

مروراً بإيضاح القيود التي تُفرضُ عند إبرام العقد في صورة اعتماد الإرادة الظاهرة، لما تقدمه من عوامل الإستقرار للمعاملات والمصلحة العامة، بالإضافة إلى إعمال قواعد التفسير والتأويل. كما أصبح تقييد الحرية العقدية يتضح بسبب إتساع فكرة النظام العام والآداب، وضرورة مراعاة مقتضيات الشكلية...

وصولاً إلى تحديد هذا التأثير في مرحلة تنفيذ مضمون العقد، إذ لا يقتصر ضبط الإرادة على مرحلة التكوين بل يمتد إلى مرحلة التنفيذ؛ وفي هذه العملية محاولة لمرافقة العقد حتى انتهائه.

يمكن تقسيم هذه القواعد إلى ضوابط ذات مفهوم عامٍ وواسع، وتتعلق بالوجود الداخلي للعقد **(المبحث الأول)**، وضوابط أخرى ذات مفهومٍ محددٍ وضيقٍ تتعلق بالوجود الخارجي للعقد **(المبحث الثاني)**.

### **المبحث الأول: ضوابط تتعلق بالوجود الداخلي للعقد**

يرجع تقلص دور الإرادة إلى الإسراف الذي نادى به أنصار مبدأ سلطان الإرادة، حيث قالوا بأنه لا التزام إلا بإرادة الشخص، وأن كل التزام إرادي هو إلتزام مشروع وعادل، ونتعرضُ بدايةً إلى بيان مظاهر التقييد في مرحلة إنعقاد العقد وما يتقدمها **(المطلب الأول)**. بالإضافة إلى ذلك فإنه يعد من مقتضيات الموضوعية اعتمادُ الإرادة الظاهرة، لما تُقدمه من عوامل الإستقرار للمعاملات والمصلحة العامة، فالعقد مصدر وباعث للثقة المشروعة، ومن ثم فلا بُدَّ من سلوكٍ ظاهرٍ؛ والإرادة ذاتها ظاهرةٌ إجتماعية لا نفسية **(المطلب الثاني)**.

### **المطلب الأول: مرحلة إنعقاد العقد وما يتقدمها**

على الرُغم من إعتبار المفاوضات بمثابة الأعمال التحضيرية إلا أنها تُعتبرُ من الأعمال الهامة التي تتقيد إرادة الأطراف فيها في كثير الأحيان بها، وقد يُرجعُ إليها في المستقبل بوصفها وسيلة لتفسير العقد عند الحاجة، ونتعرض لبيان إنعكاسات ذلك على الإرادة و دورها في المجال التعاقدي **(الفرع الأول)**.

فالعامل على تحقيق العدل بين الأفراد، لا يتفقُ مع أن يكون للإرادة سلطانها المطلق، ما أدى إلى إقرار وسائل تُساعدُ على تحقيق الغرض ذاته، ومن ذلك ضرورة مراعاة مقتضيات حسن النية والإلتزام بالإعلام لا سيما في هذه المرحلة **(الفرع الثاني)**.

### **الفرع الأول: ضوابط الإرادة في مرحلة المفاوضات**

لم يعد الإقتران الفوري للقبول بالإيجاب - وإن كان مُحققاً في العقود البسيطة المألوفة في الحياة العملية التي تقتضي السرعة في إبرامها، كعقود الإستهلاك اليومية - يتحقق في العقود المركبة والمعقدة التي أسفرت عنها التطورات الحديثة التي يعرفها عصرنا **(أولاً)**، ولم يتعرض القانون المدني لمرحلة للمفاوضات وضوابطها على الرُغم مما لها من أهمية **(ثانياً)**.

**أولاً: تهيئة الظروف لقيام مفاوضات فعالة**

تبدأ هذه المرحلة بالمناقشات والمفاوضات والتي تتقدم شيئاً فشيئاً، وقد تأخذ هذه المرحلة مُدّة طويلة؛ وعلى أهمية وفائدة مرحلة التفاوض فإنه قد تتقيد إرادة الطرفين بمقتضياتها<sup>1</sup>.

## 1- مضمون المفاوضات<sup>2</sup>

كانت المعاملات تتَّسِمُ بأنها متواضعة ومحدودة وذلك من حيث قيمتها ونطاقها، فالعقد بسيطٌ من حيث شكليته، وحتى القواعد المنظمة له مُتلائمةٌ إلى حدٍ كبيرٍ مع حاجيات المجتمع، إلا أنه أصبحت القواعد التقليدية غير قادرة على الإستجابة لضرورات وسائل الإنتاج الصناعي وطرق التسويق الحديث، كما صارت تُعجزُ عن مُجابهة المخاطر التي تنطوي عليها عادة العقود غير التقليدية؛ كالعقود التي تُبرمُ من أجل الحصول على الخبرات الفنية والتكنولوجية<sup>3</sup>. فظهرت حديثاً الكثير من العقود المتشابكة والمركبة، والمليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية، وبالمقابل لها قيمة مالية كبيرة، وتنطوي على مخاطر كبيرة للعاقدين، والإختلاف في وُجّهات النظر حول شروط العقد، يجعلُ من المرحلة التمهيديّة وسيلة مُهمّة وضرورية للتقريب بين الطرفين.

إن الصعوبات والمخاطر التي تحملها بعض العقود تجعل من الصعب أن تُبرم مباشرة، بل لا بد من الدخول بشأنها في مفاوضات كبيرة قد تستغرق وقتاً طويلاً، وهذا العمل قد يُوكّل إلى أطراف عدة في مُختلف الجوانب الإقتصادية والفنية والقانونية<sup>4</sup>.

فبغية الوصول إلى تسوية واتفاق قد تبدأ المفاوضات بدعوة تُسمى بالدعوة إلى التفاوض توجه لطرف آخر بشأن عقد معين، كما قد توجه للجمهور، ولما كان الأصل في الإرادة الحرة وفقاً لسلطان الإرادة فهذه الدعوة لا تُرتبُ إلزاماً حقيقياً على عاتق أي من الطرفين<sup>5</sup>. هذه المفاوضات قد تكون جزءاً من العقد إذا ما ألحقتُ بالعقد، فهي بمثابة الأعمال التحضيرية، وقد يُرجع إليها في المستقبل بوصفها وسيلة لتفسير العقد عند الحاجة<sup>1</sup>، وكُلّما كان الإعداد

---

1- انظر محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 06، العدد 04، ص727.

2- المفاوضات في اللغة من تبادل الرأي من ذوي الشأن، وفواضه في أمره أي جاره. انظر مختار الصحاح للرازي، المرجع السابق، ص215.

3- انظر محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص727.

4- محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص3-4.

5- انظر عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص102.

للعد جيداً، بكل حرية ودراسة وطمأنينة وعقلانية، كُلمًا جاء مضمون العقد متوازناً ومتعادلاً ومتكافئاً، لا يشوبه نقص أو غموض، بما يكفل تنفيذه دون خلافات.

على العكس من ذلك كلما كان الإعداد رديئاً وسيئاً، وكانت المفاوضات سريعة وإرتجالية كانت صياغته مبهمه أو غامضة أو متناقضة، وجاء العقد غير مُتوازنٍ ومَشُوباً بالغموض والشغرات؛ الأمر الذي يفتح الباب واسعاً للنزاع والصراع والخصومة بين الطرفين مستقبلاً<sup>2</sup>.

## 2- الإلتزام بالمحافظة على سرية المفاوضات

إن أهم ما يميز عقود نقل التكنولوجيا عن غيرها من العقود هو عنصر السرية التي يحرص عليها دائماً الطرف المالك أو الحائز للتكنولوجيا، وذلك سواء تم إبرام العقد أو لم يتم، فالإلتزام بالسرية إلتزامٌ مهمٌ يحرصُ عليه الطرفين سواء أدت المفاوضات إلى التعاقد أم لا، وتعني السرية عدم إعلان المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيماوية التي عِلِمَ بها المتفاوض، ويفرض هذا الإلتزام على المتفاوض الإمتناع عن إفشاء هذه المعلومات للغير، والذي قد يستفيد منها أو يستغلها لمنفعته<sup>3</sup>.

قد يتفق الطرفان على التزامهما بعدم إفشاء المعلومات التي عِلِمَها، وغياب إتفاق على هذا الإلتزام لا يؤثر في وجوده، فأساس الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو مبدأ حسن النية، ولا يشمل هذا الإلتزام كل المعلومات المطروحة بل يقتصر على نوعين فقط هما: المعلومات التي يُصَبَغُ عليها طابع السرية، وثانياً تلك التي تكون طبيعتها غير قابلة

---

1- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص369-372.

2- إن المرحلة السابقة على التعاقد هي فترة إستكشافية (Période Exploratoire) ملؤها التناقضات (Mystères et Paradoxes) لما تنثيره من المناقشات والمساومات بين الطرفين، لا سيما عندما يحضُرُ ممثلين عن الأطراف، ذوو خبرة ومهارة عالية، وعادة ما تستغرق هذه المرحلة وقتاً طويلاً وشاقاً، وخاصة في العقود (الثقيلة) غير التقليدية، التي لا تلائمها القواعد الكلاسيكية المعروفة للإيجاب والقبول.

من ثم تنثير الفترة السابقة على إبرام العقد نوعين هاميين أساسيين من الصعوبات القانونية: صعوبات تتعلق بتمييزها وتحديدها، وصعوبات أخرى مرتبطة بالإحاطة الشاملة بالنظام القانوني لمرحلة المفاوضات وأحكامها. انظر محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص727.

لذلك فإن العقد لا يكون ملزماً، إلى متى كان مفيداً، شريطة أن يكون عادلاً ومتكافئاً بين المتعاقدين. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص9 إشارة إلى :

Mrabti(A), contribution à l'étude critique de la notion de lésion, vol 2 O.P.U Alger 1993, P 653.

3- انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص4.

للنشر، ويقدر قاضي الموضوع هذه المعلومات المُعلنة، والتي يقتضى حسن النية أن تُحاطَ بالسرية، وذلك بحسب ظروف كل قضية<sup>1</sup>.

## ثانياً: أهمية مرحلة التفاوض

لم تُعدّ المفاوضات مُجردَ عملٍ مادي، وإنما تحولت إلى أمرٍ مُهمٍ، ولها نظامها القانوني في مَسِيرَةِ العقد، وعلى الرغم من إنحسار مبدأ حرية التعاقد بمبدأ حسن النية، والذي تفرضه العدالة قبل القانون، لم تتردد المحاكم في الإعراف للإتفاقات التمهدية بقيمة قانونية، مع أن العقد النهائي لم يُبرم بعد.

إلا أن الطرفين يلتزمان بمواصلة هذه المفاوضات بحسن نية حتى تتحقق الغاية المطلوبة منها<sup>2</sup>، ولذلك يتوجب تهيئة الظروف والعوامل المناسبة لقيام مفاوضات حقيقية لا يُتجاهل فيها مصلحة أحد الطرفين أو مصلحة الجماعة<sup>3</sup>.

### 1- النظام القانوني للمفاوضات

إن عملية التفاوض (Négociation ou pourparlers pré-contractuels)، أو المرحلة السابقة على إبرام العقد (Période Pré-Contractuelle)، تُعدُّ من أهم مراحلها وأخطرها على الإطلاق، وذلك لما تحتويه من تحديدٍ لأهمِ الإلتزامات وحقوق طرفي العقد، وبما ينشأ عنها من مُشكلاتٍ قانونية عديدة، لا تزال تُثيرُ الكثير من الإشكالات؛ سواء منها ما تعلق بالإخلال بالإلتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية المدنية التي تنشأ على الطرف المتسبب، في حالة عدم بلوغ الغاية من المفاوضات (إبرام العقد)<sup>4</sup>.

إن المفاوضات مرحلة مُهمّة وخطيرة في نفس الوقت بما تحويه من تحديدٍ لأهمِ الإلتزامات والحقوق، ونظراً لهذه الصعوبة تحرص التشريعات المنظمة لنقل التكنولوجيا على النص

---

1- يكتسب هذا الإلتزام أهمية خاصة في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص397-398.

2- فهناك إلتزام بالتعاون (obligation de coopération) بدأ يَرْتَسِم، وذهبت المحاكم في فرنسا إلى أن الشخص الذي يتعاقد تحت شرط واقف يلتزم بأن يبذل ما في وسعه بإخلاص كي يتحقق هذا الشرط. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص71 وما بعدها.

3- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص148 إشارة إلى: التنظيمات الجماعية، والمعلومات، والى المنافسة كوسائل قد تحقق ذلك، انظر بصورة أوسع الصفحة 81 هامش 3 من هذه الرسالة.

4- "من أهم هذه المشكلات القانونية وأكثرها وقوعاً في الحياة العملية، وخاصة في عقود التجارة الدولية، مشكلة قطع مفاوضات العقد بسوء النية أو بدون سبب جدي، أو بدون مبرر مشروع، وطبيعة المسؤولية التي تترتب على هذا القطع، وما هو مداها الحقيقي؟". انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص11-12.

صراحة على الإلتزام بحفظ عناصر السرية للتكنولوجيا محل العقد؛ كما يحرص أطراف التفاوض أنفسهم على تأكيد هذا الإلتزام بالإتفاق الصريح، وقد أوجَد الواقع العملي مجموعة حلول قانونية تَخَلُّصُ في جوهرها إلى إيجاد ضمانات وتعهدات يقدمها أطراف التعاقد، يُطَلَقُ عليها "ضمانات بدء المفاوضات".

حيث يجري العمل في هذا الخصوص على تَعَهُد الطرف الطالب للتكنولوجيا بالمحافظة على سرية المعلومات التي يتم التعرف عليها نتيجة المفاوضات أو إجراء تجارب الخبراء، وكى لا يتجاهل العقد مصلحة أحد الطرفين أو الجماعة لا بُدَّ أن تُردَّ للحرية التعاقدية مزاياها الكبيرة، وذلك عن طريق إيجاد مناخٍ مناسبٍ وملائمٍ للقيام بمفاوضات حقيقية معتدلة ومتوازنة بين الطرفين؛ وهذا الأمر أفضل بلا شك من تنظيم مضمون العقد بطريقة أمر<sup>1</sup>.

إن هذا الطرح يَبْحَثُ في حقيقة تنظيم المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، وهنا نميز بين المسائل التي تُطرح أثناء المفاوضات وتنتهي إلى إبرام العقد، وتلك التي لا تُؤدي إلى إبرام العقد، فإطلاق العنان لحرية التعاقد يفتح الباب لمفاوضات غير جادة، تكون سببا لإضاعة الوقت والمال دون نيةٍ حقيقيةٍ للتعاقد.

هنا تثار بعض الأسئلة: هل يستطيع الشخص من منطلق التمتع بالحرية الكاملة أن يقطع المفاوضات؟ وما نوع المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات؟<sup>2</sup>.

إن القانون المدني بوضعه الحالي، ورغم تعديلات 2005 ما يزال بعيدا كل البعد عن تنظيم المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، حيث إكتفى بالنص ضمنيا على مبدأ حسن النية في عملية التعاقد عموما، وهذا ما نجده في المادة 1/107 مدني.

غير أن المسؤولية عن الفعل الضار تستوجب وجود إلتزام يفرضه القانون قد تم الإخلال به، ولذلك فإنه يستحسن أن يتضمن القانون المدني نصا على الإلتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة؛ هذا على غرار ما جاء في القوانين الحديثة، والوثائق الدولية المعاصرة، ومُجَاراةٍ للتطور الحاصل في

---

1- انظر محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص727.

2- يرى الأستاذ "جوقلار" أن هناك التزامات لا بُدَّ من الإدلاء بها، ومن بينها الإلتزام بتقديم المعلومات، بيد أنه لم يجعل من هذا الإلتزام مبدأ عام، ومما ينافي العدالة والإنصاف أن تكون لدى أحد المتعاقدين معلومات ضرورية للطرف الآخر، ولا يفضى له بها، وقال بوجوده في حالتين: حالة تدخل المشرع وفرض هذا الإلتزام بموجب نص قانوني، وحالة استنباط مثل هذا الإلتزام من خلال شروط العقد.

Michel de Juglar, l'obligation de renseignement dans les contrats, RTDC, 1945, p1 et s.

نقلا عن فاطمة نساخ، الوظيفة الإجتماعية للعقد، دكتوراه، الجزائر، 2013، ص298. ومحمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص385.

التجارة الدولية بشكل عام، والتشريعات الوطنية بوجه خاص؛ مما يستوجب على المشرع مواصلة التعديلات الهامة لتنظيم المرحلة السابقة على التعاقد، بدلا من تركها في الضمنية والغموض والفراغ التشريعي<sup>1</sup>.

## 2- أساس إلتزام الأطراف في مرحلة المفاوضات

إن حرية كل طرف في المفاوضات وفي أن يقطعها دون أن يتحمل المسؤولية هو مبدأ مضمون قانونا، غير أن قطعها بسوء نية أو بدون سبب جدي يؤدي إلى مسؤولية الطرف الذي قطعها عن الأضرار التي تكبدها الطرف الأخر؛ وذلك لأنه "لا ضرر ولا ضرار"، وأن "الضرر يزال بجبره"<sup>2</sup>.

يشمل التعويض عن قطع المفاوضات بدون سببٍ جدي، الأضرار المادية والمعنوية التي لَحِقَت بالطرف المضرور؛ كالتنفقات والمصاريف التي صُرِفَت في التنقلات والإقامة والدراسات الفنية من أجل إبرام العقد النهائي، وكذا الضرر الناتج عن المساس بالسُّمعة التجارية، وتقويت فرصة إبرام العقد المنشود في حدود احتمال تحقيقها.

مع كل ذلك ومهما يكن من أمر، يُستوجب ترك المسألة للقاضي أو المُحكِّم ليقرر كل حالة على جدي، كما أن القانون الواجب التطبيق على (عقد) التفاوض هو الذي سيحكم المسائل الخاصة بالمسؤولية عن الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد<sup>3</sup>.

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس هذه الإلتزامات هي قواعد الأخلاق، فالإخبار والنصيحة المُقَدَّمة للطرف الآخر هي واجبات أخلاقية، ولكنها لا تَصِلُ إلى مرتبة الإلتزام القانوني، فعلى المتفاوض إحاطة الطرف الآخر بما لديه من معلومات، وأساس هذا الإلتزام هو قواعد الأخلاق<sup>4</sup>. هناك من يرى أن الثقة التي يُولِّيها كِلَا الطرفين للآخر هي أساس الإلتزام، فَبِحُكْمِ الضرورة يضع الطرف الأقل قدرة ثقته في الطرف الآخر وَيَأْتِمُنُهُ على مصالحه.

إن عملية التفاوض الناجحة تقوم على إستراتيجية وأساليب، ولكنها ترتكز أساسا على أخلاقيات وأدب، والإلتزام بالصدق والصراحة والأمانة التي تُولِّدُ الشعور بالإرتياح والرضا لدى الطرف

---

1- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص199. إشارة إلى القانون المدني الألماني الصادر عام 2002، ومبادئ عقود التجارة الدولية "الينيدروا" المبرمة سنة 2004.

2- وفقا للقواعد العامة، المادة 124 مدني، المعدلة بالقانون 05-10 المؤرخ 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية 44، ص23.

3- انظر بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص200.

4- "مع التسليم بأن كل متعاقد يسعى إلى الدفاع عن مصالح نفسه، وهذا قد يؤدي إلى قيام الصراع بين إرادتين تسعى كل منهما للحصول على أكبر نفع ممكن مقابل ذلك التضحية بأقل ما يمكن، ولا بد من إشتراط أن يكون هذا الصراع في حدود قواعد الأخلاق. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص400.

الأخر، وتُدعم السمعة المهنية الطبية للمتفاوض ومرونته في الحوار والإقناع؛ والتفاوض غير الأخلاقي له نهاية حتمية واحدة هي الفشل والخسارة لا غير<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مقتضيات حسن النية والالتزام بالإعلام في هذه المرحلة

هناك وسائل أخرى تُساعدُ على تحقيق العدل بين المتعاقدين، وهو ما نستعرضه في هذا الفرع، ويتعلق الأمر بضرورة مراعاة مقتضيات حسن النية لا سيما في مرحلة ما قبل إبرام العقد (أولاً)، والالتزام بالإعلام (ثانياً).

#### أولاً: ضرورة مراعاة حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد

مثلما سبقَ بيانه يلعب مبدأ حسن النية (la bonne foi) دوراً بارزاً في مجال العقد، وهو ما أشار إليه المشرع، وتُرَكِّزُ في هذا الخصوص على مُعالجة قاعدة حسن النية خلال الفترة السابقة على التعاقد، لما تثيره من تساؤلات هامة في هذه المرحلة الخطيرة من مراحل تكوين العقد وبلورته، والتي توجب الصدق والصراحة والنزاهة والتعاون والمواصلة<sup>2</sup>.

إن حسن النية في فترة تكوين العقد والإتفاقات والعقود الممهدة للتعاقد يفرض إلتزام بإعلام وحماية المتعاقد الآخر، وكذا حماية حرّيته وإرادته التعاقدية بهدف الإحاطة الشاملة بمضمون العلاقة التعاقدية وعناصرها الأساسية من كل الجوانب؛ ومن ثم حماية الرضا وسلامته من العيوب التي يُمكن أن تتَمَخَّصَ في فترة تكوين العقد؛ فكان لا بُدَّ من تزويد المتفاوض بالمعلومات الضرورية للاختيار بين العُروض المطروحة أمامه، وهو ما سار عليه القضاء في بلادنا حيث أشارت إلى ذلك المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 24 من شهر أكتوبر 1999<sup>3</sup>.

---

4- بالإبتعاد عن أساليب الخداع والغش والكذب، والتفاخر والتباهي، والالتزام بالصدق والصراحة والأمانة والحكمة واللباقة وحسن التصرف؛ التي تولد الشعور بالإرتياح والرضا والسرور لدى الطرف الآخر، و تدعم السمعة المهنية الطبية للمتفاوض، ومرونته ومؤهلاته في الحوار والإقناع. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص65.

2- مع التطورات التي عرفتتها نظرية العقد برزت معطيات تتمثل في مبدأ حسن النية، والذي لا يقتصر على تنفيذ العقد، ولكن حتى تكوين العقد. انظر أيمن ابراهيم العشمأوي، المرجع السابق، ص148 وما بعدها.

3- أشارت إلى ذلك المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، 1999، العدد 2، ص95.

في القانون المقارن نصت المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي، على أنه: " يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق وحسن نية"، كما نصت المادة الأولى من القانون المدني الياباني " بأن إستعمال الحقوق وتنفيذ الإلتزامات ينبغي أن يتم بأمانة وحسن نية".

كما عرف القانون التجاري الموحد الأمريكي (U.C.C) مبدأ حسن النية، بأنه الأمانة في الواقع واحترام المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل (م-19/201-1). نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص162.

يستخلص من ذلك أن مفهوم حسن النية ذاته تغير أو بالأحرى تطور مسانيرة للمعطيات، فبعد أن كان المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية ذا طبيعة سلبية، تتمثل بعدم الغش والخداع، أو التضليل، أصبح في الوقت الحاضر ذا طبيعة إيجابية فهي إعلام وتنبيه<sup>1</sup>.

إن المقصود بحسن النية خلال هذه الفترة والمرحلة الهامة هو أعمال مبادئ الصدق والصراحة وعدم الغش والإحتيال، والنزاهة في التصرفات عموماً صيانة لمصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات ذاتها<sup>2</sup>.

فلَمَن وقع من المتعاقدين تحت وطأة الغش والخديعة والإحتيال جَوَّازُ طلب إبطال العقد، كما يُمكنه أن يقتصر على طلب التعويض، بإعتبار أن التذليل عملٌ غير مشروع، يُلزم من إرتكبه بتعويض الضرر الناتج عنه وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.

تطبيقاً لما تقدم فإن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية يفرض على المتفاوض ألا يلجأ إلى الغش والخديعة بل يتبع المسلك المألوف في التفاوض، مما يتطلب منه القيام بتصرفات إيجابية معينة للتعاون مع الآخر، والإمتناع عن إتيان تصرفات معينة كمحاولة خداع الطرف الآخر.

---

1- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص590.  
2- كان فقهاء القانون الروماني قد أشاروا إلى قاعدة أصولية هامة، مفادها "أن الغش يفسد كل شيء"، وهي قاعدة خلقية واجتماعية لها مكانتها من الناحية القانونية؛ ليس فقط في تنفيذ العقد بل أيضاً في فترة تكوينه والتفاوض عليه، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 7/1 من مبادئ النيديروا لعقود التجارة الدولية الصادر عام 2004 (عن المعهد الدولي في روما لتوحيد القانون الخاص) على أنه: "يجب أن يتصرف كل طرف وفقاً لما يقضيه حسن النية والتعامل العادل في التجارة الدولية".

FRAUS OMNIA CORRUMPIT. (la fraude fait exception à toutes règles)

انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص65 إشارة إلى :

Desgorges (R) La bonne foi dans le droit des contrats, Thèse, paris2,1992, p163.

jaluzot, La bonne foi dans les contrats, Dalloz,2001, p373 et s.

3- انظر قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2001/01/17، ملف رقم 233625، وانظر كذلك المواد 86 و87 مدني. وقد أشارت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه: "يُعَدُّ غشاً تسليم كمية من البطاطا المخصصة للإستهلاك، بدلا من أن تسلم نفس الكمية بذور البطاطا حسب العقد المبرم بين الطرفين، ومن ناحية ثانية أن البضاعة المُسَلِّمة إلى المشتري كانت فاسدة ومصابة بمرض، بحيث أن صاحبة الطعن أصبحت مسؤولة عن هذه الأفعال في إطار المسؤولية العقدية".  
وقرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية 2000/02/16، ملف رقم 213691، وهذا إجتهد في محله يقوم على إعتبارات قانونية وأخلاقية وإجتماعية، لمحاربة الغش والخديعة، لأن الغش يبطل كل شيء؛ ثم إنه إنحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها سواء عند تنفيذ العقد، أو حتى خلال المرحلة السابقة على تنفيذه، وهي فترة تكوينه. وانظر كذلك بلحاج العربي، المرجع السابق، ص66.

على هذا الأساس فإن الإلتزام بالتفاوض بحسن نية كإلتزام رئيسي يقع على عاتق طرفي المفاوضة، هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فلا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه، ولم يستطيع غير ذلك.

كذلك الإنسحاب من المفاوضات في مراحلها المتقدمة على نحوٍ إنفرادي ومفاجئ، ومن دون مبرر مشروع، هو من التصرفات التي تُعد إخلالا واضحا بالثقة المشروعة التي تولدت لدى الطرف الآخر، وخاصة إذا ظهرت من جانب مفاوضٍ محترفٍ أو مهني، مما يترتب عنه ضياع فرصة إتمام العقد المرّجو، أو التعاقد مع الآخرين في وقت مناسب<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يجب الخلط بين الإلتزام بالتفاوض بحسن نية ومبدأ حرية التعاقد، ذلك أن هذا الإلتزام لا يعني مطلقا أن يلتزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي بالفعل، فالمتفاوض يظلّ متمتعا بكامل حريته التعاقدية في التعاقد من عدمه إذ لا يجوز أن يضع حدا للمفاوضات والإمتناع عن إبرام العقد دون التقيد بأي إرتباط عقدي، شريطة أن يتم ذلك إستنادا لأسباب مشروعة وفي إطار حسن النية.

إن عدم الإستمرار في التشاور والتحاور من جانب أحد الطرفين بسوء نية أو دون مبرر مشروع يُعتبرُ سلوكا خاطئا يستوجب المسؤولية التقصيرية، ويتطابق هذا الحكم مع الإتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين<sup>2</sup>، فالهدف الأصلي من المفاوضات هو محاولة الطرفين الوصول إلى إتفاق صادق و(أمين)، وقابلٍ للتنفيذ، يُرضي كل الأطراف<sup>3</sup>.

---

1- كما أنه لا يجوز له التفاوض بصورة صورية، لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق، دون نية حقيقية في التعاقد ولا يجوز إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر لإطالة مدة التفاوض بدون جدية، أو كان هدفه من دخول المفاوضات مجرد المراوغة لإبعاد شريكه عن التفاوض مع الآخرين أو التعرف على أسرار الفنية والمالية. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها.

2- نظرا لدقة الخط الفاصل بين مبدأ حسن النية لدى المفاوض ومبدأ حرية التعاقد، فإن الجدير بالتنويه هو أنه كلما تقدمت المفاوضات إتسع نطاق المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.

فوصول المباحثات والمناقشات حول العناصر الرئيسية أو الأساسية للعقد إلى مراحل متقدمة، يلزم الطرفين أخلاقيا ونفسيا وقانونيا ببذل ومواصلة الجهد اللازم بحسن نية لتكملة الإتفاق الجزئي، بهدف التشاور والتعاون والمساهمة الإيجابية بإبرام العقد النهائي. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 68 إشارة إلى:

Shmidt (J) , La sanction de la faute pré-contractuelle, R.T.D.C, 1974, p46 ets.

3- يطرح هنا سؤال يتعلق بمدى قيام المسؤولية عن قطع المفاوضات، وفي هذا الشأن اختلفت الآراء فهناك من يرى أن الأعمال التحضيرية لا سيما في عقود التجارة الدولية تعتبر (عقود) مفاوضات تترتب عليها حقوق والتزامات، وهناك من يرى بعدم تحمل أي مسؤولية، لأن قطعها لا يشكل خطأ في ذاته وعلى من يدعيه إثباته.

وجهة نظر أخرى ترى أن المسؤولية المترتبة هنا هي مسؤولية تقصيرية وفقا للمادة 124 مدني، وليس خطأ تعاقدية لأنه لم ينشأ العقد بعد في هذه الحالة. انظر عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، الطبعة 1، 2007، ص 168-169.

## ثانياً: الإلتزام بالإعلام (Obligation d'informer)

يَلْتزِمُ المتفاوض بإعلام و بإرشاد، أو بنصح المتفاوض الآخر بكافة المعلومات الحقيقية المتعلقة بالعقد، وعن مدى مُلائمة العملية المطروحة فنياً وتقنياً ومالياً بإعتماده على ضميره المهني الحي؛ فلا يستغل عدم تخصص المتفاوض في مسائل فنية أو مالية ليُزجَّ به في عقدٍ لا يُناسبه<sup>1</sup>. ذلك بالألّا يُخفي عنه شيئاً، ولا يتركه مَخدوعاً في أمرٍ يَعْلَمُ حقيقته، مما يَسْتوجب على كُلِّ متفاوضٍ أن يلتزم بالمصارحة والتبصير والشفافية والنصيحة في مرحلة تكوين العقد وإبرامه، وقد عتَبَر المشرع كِتْمَانً وَاقْعَةً مؤثرة في التعاقد تدليسا، تجيز للمُدلس عليه إبطال العقد وفقاً للمادة 2/86 مدني، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا من أن المبدأ هو إعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا (dol par réticence)<sup>2</sup>.

إن من مظاهر هذا الإلتزام الإلتزام بالتعاون، فَيحدّد المتعاقد غَرَضَهُ وهدفه من العقد، ويُمكن له أن يطلب ممن يتعامل معه الإيضاحات الكافية في هذا الشأن، ويتحمل المُكلف مسؤولية تقصيره في الإخلال بالإلتزام بالتعاون.

إلى جانب الإلتزام بالتعاون هناك الإلتزام بالإعلام- وفي هذه المعلومات تنوير لطريق المتعاقد-، والذي يتمثل في الإفضاء بكلّ البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد موضوع التفاوض، وذلك حتى يستتير المتعاقد، ويُقدّم على العملية بتبصر، خُصوصاً إذا كانت العملية المقترحة تحتاج إلى تَخْصُصٍ فَنِيٍّ دقيق.

إن ضَرُورَاتِ الحياة الحديثة وتَعَقُّدِهَا تقتضي حتمية وجود هذا الإلتزام، مما يجعل من وجوده وتعميمه وتوسيع نطاقه على جميع أنواع العقود أمراً ضرورياً، وذلك رغبةً في الحد من عدم المساواة في المعرفة بين الطرفين، خصوصاً أن فئةً كَبيرةً من الجُمهور المتعامل ليس لديهم الخبرة الكافية للإلمام بمُلابسات التعاقد في مواجهة مُنتجٍ محترفٍ ذي علم ودراية واسعة، مرَدُّ ذلك خِبرته

1- تعد عقود المستهلكين من العقود التي تقوم على عامل الثقة بين الطرفين، حيث يضعوا الثقة الكبيرة في المنتجين بوصفهم محترفين تتوافر لديهم مقومات العلم والدراية. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص393.

2- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص86.

الطويلة، لذلك يُركِّز القانون كثيراً على الإلتزام السابق على التعاقد، والمتمثل في إعلام المتعاقد<sup>1</sup> وإخباره بمضمون العقد من جهة، وبالأسعار وشروط البيع من جهة أخرى، كما أنه يُندخل لحماية إرادة المشتري، وإعادة التوازن بين طرفي العقد.

هنا يتوجب أن يتدخل المشرع لإقرار الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة أو المضللة، التي تعد إخلالاً واضحاً وجلياً بقواعد المنافسة التجارية الحرة<sup>2</sup>.

ففيما يتعلق بالإعلام بمضمون العقد<sup>3</sup> فإنه بالإضافة للإلتزام التقليدي الذي يقضي بعدم غش المستهلك أو خداعه أو تضليله أو تغريبه بالسكوت المقرر في المواد 86 و87 مدني، تُوجب المادة 17 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، على كل متعامل أن يُعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك<sup>4</sup>.

يتجلى ذلك أيضاً بما ورد في القانون 506/10<sup>5</sup>، والتي تتضمن بأنه يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع، وهو ما أكدته المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 13/ 378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك<sup>6</sup>.

في هذا الإطار يُهيب الأستاذ بلحاج العربي هنا بالمشرع أن يُنظّم الإشهار، وخاصة الإشهار التجاري لحماية المستهلك من الإشهار المضلل أو الكاذب، الذي يُعتبر مخالفاً للنظام العام وحسن الآداب، و يتعارض مع مبادئ المنافسة التجارية المشروعة<sup>7</sup>.

---

1- انظر بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص75.

2- يمكن أن يُفصل في مسألة الحق في الإعلام من زاويتين؛ أولاً الحق في وجود معلومة وهنا نتكلم عن الحماية من الإخلال بالإلتزام بالإعلام، وثانياً الحق في صدقية أو مصداقية هذه المعلومة من خلال الحماية من الإعلانات المضللة والكاذبة.

3- " هذا هو الإتجاه السائد في فرنسا فبالرغم من عدم وجود نص قانوني مشابه لنص المادة 2/86 مدني، إلا أن القضاء الفرنسي أقر بوجود إلتزام عام بالمصارحة والشفافية في المرحلة السابقة على التعاقد، إذ يتعين على كل متفاوض أن يعلم الآخر بكل شئ بأسلوب مستقيم وصريح وبرى، بما يصاحب العقد محل التفاوض من ظروف وملابسات واقعية وقانونية. وقد أيدته في ذلك الفقه الفرنسي الحديث الذي خلص إلى أن المتفاوض يلتزم بإعلام أو بإخبار المتفاوض الآخر بحقيقة المعلومات المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه، والتي يستحيل على هذا الأخير تحصيلها بوسائله الخاصة". انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص77.

4- الجريدة الرسمية، العدد15، المؤرخ في 2009/03/08.

5- القانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية، العدد 46 المؤرخة في 2010/08/01 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية والذي عدل القانون 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 الجريدة الرسمية، العدد41، المؤرخ في 2004/06/27.

6- الجريدة الرسمية، العدد58، المؤرخة في 2013/11/18، ويرى الأستاذ بودالي أن مراقبة المنتج بطريقة مباشرة من طرف المستهلك ليس يسيراً دائماً، لا سيما فيما يخص المنتجات "المغلقة" أو "التقنية" أو "الفنية". انظر بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص293 ومايلها.

7- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص83 وما بعدها.

في هذا الصدد نص قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل سنة 2008 في المادة 5/166 على أنه لا تُزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية بهدف الزرع إلا بعد الموافقة الصريحة، وبعد أن يُعلم الطبيب المُعالج الشخص المعني بالأخطار الطبية التي تُنجر عن ذلك.

كما أنه يُمنع قانونا طبقا للمادة 168 أن يخضع المريض للتجارب الطبية إلا بعد موافقته الحرة والمستنيرة، أو عند عدم إمكانية ذلك موافقة مُمثله الشرعي، هذه الموافقة تكون ضرورية في كل لحظة، أي ضرورة إعلام الشخص الخاضع للتجربة الطبية بجميع المعلومات الكافية، بما فيها الإعلام بالمخاطر المُحتملة والإستثنائية.

فضلا عن الإعلام الطبي وبالنظر لخصوصية "المستهلك المريض" فقد أحدث تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 2008 وكالة تُضم لجان منها "لجنة الإعلام والإشهار الطبي"<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بالإعلام بالأسعار فإن القانون يُلزم التاجر-قصد إعلام المستهلك بالأسعار وبشروط البيع-، بضرورة كتابة السعر على المنتج بطريقة لا تدع أي مجال للشك حول المنتج من سلع وخدمات، عن طريق وضع علامات أو وسم أو ملصقات، أو بأية وسيلة أخرى مناسبة قانونا<sup>2</sup>.

فيبقى التاجر مُرتبطا بالسعر المشار إليه على المنتج أو على الغلاف، إما خلال المدة المعلن عنها أو إما حول الكمية المقترحة؛ وعندما لا تُحدّد المدة ولا الكمية يبقى التاجر مُرتبطا بإعلانه إلى غاية صدور إعلان آخر مخالف<sup>3</sup>.

إن إعلان الأسعار وكذا القواعد المتعلقة بإعلام المستهلك، وحمايته من الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، هي واجبات قانونية تحت طائلة المُتابعات المدنية والجزائية، مثل ما جاء في المادة 68 ومايليها من القانون رقم 03/09، والمواد 429-432 من قانون 23/06<sup>4</sup>. تطبيقا لذلك فإن كُل منتج غير مُطابق للقواعد يُعتبر مُخالفا للقانون وقابلا للحجز، بإعتباره يُشكلُ خطرا على صحة المستهلك<sup>1</sup>.

---

1- القانون رقم 05/85 المؤرخ 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد 08، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.

كما أن المادة 264 و265 منه تعاقب كل من يخالف الأحكام المتعلقة بالإشهار في المجالات الطبية أو الصيدلانية أو المواد الإشعاعية أو الإصطناعية. انظر كذلك بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 82 هامش 1.

2- انظر المواد 17 و18 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد 1، 2009.

3- انظر دنوني هجيرة، قانون المنافسة وحماية المستهلك، المقال السابق، ص 14، و بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة، المرجع السابق، ص 15 ومايليها. هذا زيادة على واجب النصح وتقديم المشورة. نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 83.

4- من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، الإلتزام بالإعلام في القانون الجزائري، هو إلتزام محدد ومحمي مدنيا وجنائيا، وكل مخالفة لقواعده تؤدي إلى فسخ العقد، وإلى تحريك الدعوى العمومية. أنظر القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006 الذي عدل المواد من 429 إلى 433 من قانون العقوبات.

فلا توجد نصوص قانونية واضحة و حقيقية تُحرم الدعاية التجارية الكاذبة في ذاتها، بوصفها جريمة مستقلة؛ بل يتصدى لها المشرع بنصوص متفرقة هنا وهناك، إستنادا إلى جريمة الغش والتدليس في المادة 68 وما يليها من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش؛ كما أن قانون العقوبات يُحاربها بإعتبارها فعلا إحتياليا ضمن جريمة النصب.

من هذا المنطلق فإن هذه الحماية الجنائية غير المباشرة لا تكفل وحدها الحماية المدنية الحقيقية للمضرور(المستهلك) لردع المُعلنين وحماية نظام المنافسة التجارية النزيهة والصادقة، وبالإضافة إلى هذا لا توجد الآليات أو الأدوات الحقيقية للدفاع عن حقوق المستهلك.

فالمستهلك المضرور في مواجهة المعلن صاحب الدعاية المضللة، وأمام العقوبات الإجرائية والتنفيذية المكلفة يتردد دائما في رفع دعوى التعويض، فتضيع حقوقه سُدى<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى الوسائل السابقة تُوردُ بعض الأفكار يرى أصحابها أنها تُسهّم بقدر ما في مواجهة عدم التفاوت، ومن ذلك التنظيمات الجماعية<sup>3</sup> لأجل مواجهة عدم التوازن بين طرفي العقد، بالإضافة إلى إيجاد بيئة ملائمة لتبادل المعلومات<sup>4</sup>.

بعد تبيان ضرورة مراعاة مقتضيات الموضوعية في المرحلة التي تسبق تكوين العقد، ننتقل إلى مرحلة التكوين فهناك من يرى أنه يقصد بموضوعية الإرادة إعتداد الإرادة الظاهرة لما تُقدّمه من عوامل الإستقرار والأمن الإجتماعي والمصلحة العامة؛ بإعتبار أن الإرادة

---

1- قضية الكاشير غير الصالح للإستهلاك، والتي أدت إلى وفاة 17 شخص واصابة 200 شخص. انظر قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للنتج، دكتوراه، تلمسان، 2004، ص 03.

مجلس قضاء قسنطينة، العرفة الاجتماعية، 1997/01/25، ملف رقم 96/447؛ مجلس قضاء سطيف، محكمة الجنائيات، قرار بتاريخ 1999/10/29.

2- التي تراقب وتضمن سلامة الدعاية التجارية من التجاوزات والممارسات غير القانونية (من جمعيات ونقابات ومؤسسات وغيرها...).

3- حيث تعد جمعيات حماية المستهلك بديل على الأقل في الشق المدني (التعويض)، وهو ما يظهر في المواد من 21-24 من القانون 03-09، بل إن المشرع أعطاهها صفة المنفعة العمومية وإمكانية الإستفادة من المساعدة القضائية.

4- التنظيمات الجماعية: فمن أجل مواجهة عدم التوازن بين طرفي العقد تشجع التنظيمات الجماعية- والتي تجمع الأشخاص الأكثر ضعفا ومن نفس الفئة كالجمعيات والنقابات وجماعات المستهلكين- فيتجمعون لكي يُكوّن يُقل موازى للطرف الآخر، ولقي هذا الطرح نجاح كبير لاسيما بين العمال وفئة المستهلكين.

المعلومات: إن التفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين طرفي العقد غالبا ما يجعل من الحرية العقدية مجرد حرية صورية أو شكلية فقط، فالطرف القوي هو الذي يفرض شروطه، وعليه فلا بد من إيجاد بيئة ومناخ ملائمين لتبادل الإرادات الحرة وذلك عن طريق تنظيم تشريعي محكم بما فيه الكفاية.

إلا أن المشرع بدلا من الإستجابة لهذا المطلب الضروري يلجأ إلى المضاعفة والمبالغة في سن الأحكام والنصوص القانونية، دون أن يسمح بتعدد الحلول المقررة وتنوعها. انظر أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 148-152 إشارة إلى تيريه، الإلتزامات، مرجع سابق، فقرة 38، ص 34.

ظاهرة إجتماعية لا نفسية، إذ لا عبرة بما يدور في ذهن الإنسان من أفكار ورغبات وتطلعات، ما لم تتخذ سبيلها إلى الحيز والعالم الخارجي.

### المطلب الثاني: الإرادة المعلنّة أساس الإلتزامات

هناك حالات لا يُعتدّ فيها بالإرادة الحقيقية وإنما بالتعبير عنها، ذلك أنه لا يُعتدّ بالأمر الخفية مالم يُعبر عنها صاحبها؛ فتمنع بذلك العبارة الواضحة التأويل وتترتب عليها كافة الآثار القانونية، ونجم عن ذلك أن صارت الإرادة الظاهرة هي أساس إلتزامات وتعهدات الأطراف، فلا يجوز البحث عن غيرها؛ ذلك أنها تستقلّ عن صاحبها وتأخذ وجودها القانوني (الفرع الأول).

هذه الآثار تختلف باختلاف العمل الذي صدر لأجله التعبير، فاستقرار المعاملات ورعاية مصالح الجماعة لا الفرد صارت من أولويات القوانين، وهو ما أعتد به المشرع من خلال بعض التطبيقات في حالة غموض العبارة وعدم وضوحها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أولوية الإرادة المعبرة عنها

تتقيد الإرادة بالتعبير ذلك أنه يؤدي إلى الإبتعاد بها من مفهوم نفسي إلى مفهوم خارجي، كما يؤدي الإبتعاد عن مافكر فيه المتعاقد إلى مافهمه المخاطب بالتعبير إلى ترتيب آثار قانونية (أولا)، وانطلاقا من فكرة الوضع الظاهر واستقرار المعاملات فإن العبرة بالإرادة الظاهرة، أي للتعبير المادي عن هذه الإرادة، لأنه من وجهة نظر هذا الرأي هو الإرادة ذاتها وليس مجرد دليلٍ عليها، فيجب الإعتداد به والوقوف عنده ما دام العقد يهدف إلى تنظيم الروابط الإجتماعية (ثانيا).

### أولا: القيمة القانونية للتعبير

تتأثر الإرادة النفسية بالتعبير الذي يترجمها حيث لم يعد مجرد وسيلة مادية تدلّ عليها بل صار دليلا عليها، وهنا تظهر قيمة التعبير<sup>1</sup>؛ ذلك أن الأولوية صارت للإرادة المعبر عنها<sup>2</sup>.

---

1- المتفق عليه أن الإرادة النفسية أمر لا يعتد به القانون وهذا يستدعي ضرورة نقلها من كامن النفس إلى العالم الخارجي، لذا فمن الواجب التعبير عنها حتى تتحول من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة إجتماعية، فالإعتداد بالمراكز الفعلية يتضمن توفيقا بين الواقع والقانون، وعلى ذلك صار التوجه نحو الإعتداد بالإرادة المعلنّة أو الظاهرة لما في ذلك من كفالة لإستقرار المعاملات والمصالح بين الأطراف المتعاقدة، وتعتبر نظرية الإرادة المعلنّة نظرية حديثة النشأة يرجع الفضل في صدورهما إلى الفقهاء الألمان الذين بحثوا في النصف الثاني من القرن 19 نظرية الإرادة الباطنة، وانتهى بحثهم إلى أن الإرادة الباطنة لا يصح أن يكون لها أي اثر في القانون لأنها شيء كامن في النفس.

تسمى أيضا نظرية الإرادة المعلنّة أو إعلان الإرادة وتأخذ بها القوانين الجرمانية، وعلى رأسها القانون الألماني الصادر سنة 1896، والذي أصبح نافذا سنة 1900 " انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص32.

2- انظر جاب الله عبد الحميد، التعبير عن الإرادة، ماجستير، الجزائر، 2012، ص27. ويرى محمد صديق عبد الله أن: " القانون من أجل المجتمع وليس المجتمع من أجل القانون، وقواعد القانون قواعد تقويمية وليست تقريرية تتسم بالمرونة، وذلك بقدر تنوع الواقع

فعندما تكون العبارة واضحة فإنها تلزم صاحبها ولو أنها غير مطابقة لإرادته، والسؤال الذي يطرح هنا: كيف يكون التعبير الذي دل على الإرادة بمثابة قيد عليها؟

## 1- الآراء والحجج المقدمة

لم تُعد الإرادة هي تلك التي يُريدُها صاحبها، أي الإعتداد بالعبارة الصادرة عن صاحبها، فالقانون يهتم بالمظاهر الإجتماعية لا النفسية، ومن ثم فالإرادة الباطنة غير جديرة بالحماية<sup>1</sup>، فالتعبير هو الشيء المادي الملموس الذي يستطيع القانون أن يُحيط به دون حاجة إلى البحث فيما إنطوت عليه النفس في أعماقها، بل إن التعبير هو الإرادة ذاتها<sup>2</sup>.

يُرتب القانون على التعبير آثار قانونية، ومعنى ذلك أن التعبير عن الإرادة ليس مجرد واقعة مادية يتجاهلها القانون بل يأخذها بعين الاعتبار<sup>3</sup>، فمتى صدر من صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجودا قانونيا وتترتب عليه آثاره<sup>4</sup>.

نلمس هنا أنه تم تقييد الإرادة من وجهة نظر أنصار الإرادة الظاهرة، ذلك أن اتجاهها إلى إحداث آثار قانونية أمرٌ غير كافٍ؛ ومن ثم فلا بد من ضرورة التعبير عنها، والحاصل هنا أن التراضي يتكون بتقابل التعبيرين، ولو كان أحدهما لا يتفق مع الإرادة الحقيقية، وعلى المُعبرِ تحمّل نتائج تعبيره، ولو جاوز هذا المعنى ما أراده صاحبه<sup>5</sup>.

يُفسر مَسَلَكُ القانون في ذلك بالإعتبارات الإجتماعية، التي تتطلب كفالة إستقرار المعاملات وحماية الثقة المشروعة فيه، فلم تعد مُقتضيات حرية الإرادة تُحَقِّق الإستقرار في المعاملات، والذي تَصَبُّوا إليه التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري، ذلك أن الحاصل اليوم

---

والمشاكل الموجودة في المجتمع، وتنظيم هذه الروابط عن طريق العقد لا يستقيم ما لم يكن للتعبير عن الإرادة مثل هذا المظهر الذي يجعل منها عنصرا مستقلا بذاته". انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص277.

1- من هذا المنطلق يرى أنصار الإرادة الظاهرة أنه لا بد لوجود الإرادة، وإنتاج آثارها أن تتخذ مظهرا إجتماعيا، ولا يكون لها هذا المظهر إلا بالإفصاح عنها، فهو الذي يعتد به ويرتب عليه القانون أحكامه. انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص36. و ليني مختار، المرجع السابق، ص09.

2- انظر خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص34، فقرة18. و عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص40-41.

3- في هذا الشأن تنص المادة 61 مدني بأنه: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

4- انظر علي فياللي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص115، و علي علي سليمان، المرجع السابق، ص36 فقرة32.

5- انظر بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ص59.

يُعتبر أنصار هذه النظرية التعبير عن الإرادة هو العنصر الأصلي فيها يجب الوقوف عنده، ولا يجوز نقضه أو الانحراف عنه. لذا فلا يقبل من شخص الإدعاء بأن نيته الحقيقية تخالف الإرادة التي أعلن عنها طالما أنه قد اختار هذا التعبير عن إرادته، فهو الذي يعتد به قانونا، ويكون محلا للحماية من طرفه. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص294-295 فقرة 153 هامش18. إشارة إلى قول الأستاذ " رينو".

أن الإرادة ليست تلك التي يُريدُها صاحبها وإنما التي فهمها المخاطب بها، أي إستبعاد الإرادة الكامنة والإعتداد بالعبارة الصادرة عن الفرد<sup>1</sup>.

حيث أن العبرة صارت لتبادل وتطابق التعبيرين لا الإرادتين، أي تغليب الناحية القانونية (ما تم التعبير عليه) على المظهر النفسي أو الداخلي (ما هو كامن في النفس)، وهذا ما يتماشى ومنطق نظرية الإرادة الظاهرة، فالإرادة الكامنة في ذات صاحبها تنطوي على كثير من الأنانية، ومن ثم فإن الإعتداد بها يُؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، والذي يُضارُّ من تمسُّك المتعاقد معه كل مرة بأن ما صدر عنه من تعبير لا يُترجم حقيقة ما أنطوت عليه نفسه.

كما أنه يُعدُّ ما توصل إليه أنصار الإرادة الباطنة من ضرورة الإعتداد بما يدور في نفس المتعاقد، دون منح قيمة أو إعتبار للتعبير الدال عليها بمثابة إجحاف وإهدار لمبادئ العدالة، وعليه فإن ما يقول به أنصار الإرادة الباطنة يُؤدي إلى المساس بمصلحة متعاقد لا يُنسبُ إليه أي تقصير، وبالمقابل مُحاباةً متعاقد آخر مُهمل<sup>2</sup>.

لكن نجد بالمقابل و بالرجوع إلى نص المادة 59 مدني أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، وهو ما يُستشفُّ منه الإعتداد بالتعبير عن الإرادة<sup>3</sup>.

في هذا المقام ترى الأستاذة **بن دوش** أن: تبادل وتطابق التعبير عن الإرادتين أمر مهم وضروري، ويسمُو على الأمور النفسية؛ ويُعطي المشرع الأولوية والأفضلية للإرادة المعلنة، والتي على أساسها تُبنى العلاقات التعاقدية<sup>4</sup>.

فالمادة 59 مدني تؤكد ولو بطريقة غير مباشرة على مبدأ أولوية الإرادة الظاهرة؛ ذلك أنه يُستشفُّ من خلالها أنه يتم أو ينعقد العقد عندما يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين<sup>1</sup>، وهذا ما يُستخلص من قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1985/07/13 "2".

---

1- هذا من جهة ومن جهة أخرى فالإرادة تتقيد بالوسيلة التي استعملت لإخراجها، ذلك أن المسار الذي كانت تدور في فلكه في ظل مبدأ سلطان الإرادة لم يعد يتفق والأوضاع الجديدة؛ كما أن الإعتداد بالإرادة الظاهرة يجد دُعائهُ في من يرجعون القوة الملزمة للعقد إلى سلطان القانون لا سلطان الإرادة ". انظر مصطفى الجمال، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص54.

2- لأن في ذلك مجافاة للعدالة تؤدي إلى زعزعة الثقة في المعاملات، فقد يترتب ضرر نتيجة لهذا يلحق بالمخاطب حسن النية، الذي لا يستطيع التعرف على إرادة صاحب التعبير. انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص32 فقرة 29.

3- ما يعني أيضا أن إرادة الأطراف هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوينه وتحديد آثاره، وعليه فالإرادة حرة فيما تقوم به من أعمال وتصرفات. انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص04.

3-"Affirmation indirecte du principe de priorité de la volonté déclarée, l'article 59 du code Civil précise le moment de la formation du contrat : "le contrat se forme dès que les parties ont échangé leurs volontés concordantes..."; ainsi, l'échange et la concordance des volontés L'emportent sur l'élément psychologique". Voir J.Benedouche , Déclaration de volonté et Formation du contrat en Algérie, revue Algérienne des sciences juridiques .économiques et politiques, 1981, p 12.

هذا وإن دلّ فإنما يدلُّ على أن توجه التشريع وبالضرورة القضاء هو نحو الإعتداد بالإرادة الظاهرة، وذلك لأن في الأخذ بمقتضياتها ما يكفلُ الحفاظ على المعاملات العقدية واستقرارها، وهنا نجد أن أساس إلتزام المتعاقد صار يرجع ويعود إلى الإرادة المعلنة، والتي تقف عند المظاهر المادية المحسوسة، أي بمنظور موضوعي بعيد كل البعد عن الأمور النفسية<sup>3</sup>.

## 2- آثار التعبير عن الإرادة

إنطلاقاً من الإعتداد بالتعبير واعتباره دليلاً عن الإرادة، وعلى عكس ما يناهض به أنصار الإرادة الكامنة في النفس نجد أن الإرادة الظاهرة هي أساس إلتزامات و تعهدات الأطراف<sup>4</sup>، فمتى صدر التعبير من صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجوداً قانونياً، وتترتب عليه آثار قانونية؛ وبذلك تصير العبارة الواضحة ملزمة، وتمنع كل تأويل<sup>5</sup>.

إن الإنحراف عن المعنى الظاهر إلى معنى آخر غير مقبول، ذلك أن الإنحراف عنها يُعدُّ تحريفاً لها وتشويهاً يُوجبُ نقض الحكم<sup>6</sup>، وطالما كانت العبارات المستعملة واضحة الدلالة فإنه يمنع هذا النص البحث عما إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين؛ والمقصود بوضوح العبارة

---

1- فالعبارة عند وضوح العبارة بالإرادة الظاهرة حيث يمنع على القاضي البحث عن الإرادة الباطنة، وإلا وقع تحت طائلة تحريف أو تشويه العقد انظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في، 16/06/1991، ملف رقم، 80816، المجلة القضائية، 1993، العدد 04، ص 151.

2- حيث قضى في القضية المنشورة بين (م أ) ضد (ح ع) بأنه: " متى كان من المقرر قانوناً أن العبارة بتكليف العقد هي بما يتبين أنه الحقيقة من الوقائع المطروحة أمام قضاة الموضوع بما لهم من السلطة في تقدير التعرف على القصد المشترك الذي إنصرفت إليه نية المتعاقدين وقت إبرام الإتفاق دون التقيّد بالوصف الذي يعرضه الخصوم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد منعدم التسبب". انظر قرار المجلس الأعلى، المؤرخ في، 13/07/1985، ملف رقم، 36596، المجلة القضائية، 1989، العدد 03، ص 90.

3- في بيان هذا ما يؤكد تقيّد الإرادة في تصورهما، إذ بإظهار الإرادة والإفصاح عنها بمجرد التعبير عليها تتحول وتصبح ظاهرة إجتماعية لا يمكن لصاحبها إدعاء خلاف ذلك، وإن ثبت وإن صح قوله وتعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم، فلا يأخذ القاضي بهذه الإدعاءات إلا بعد إعماله لقواعد موضوعية تمكنه من كشف النية الحقيقية بعيداً عن ميولات من صدرت عنه، وذلك بغرض ضمان الإستقرار و المحافظة على الثقة في المعاملات. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 61.

و هناك من يرى أن هذا دائماً يتماشي ومنطق نظرية الإرادة الظاهرة، ذلك أن الإرادة الكامنة في ذات صاحبها تنطوي على كثير من الأناية. انظر علي فيلالى المرجع السابق، ص 74.

4- Voir J.Benedouche, op.cit, p12.

5- هذا مضمون المادة 01/111 مدني، و المقصود بتأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى ما إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما اذا كانت العبارة بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة. المرجع السابق، ص 307 هامش 46.

6- حيث يستفيد الغير الذي يتصرف على أساس هذا التعبير من حماية القانون، فيسأل المعبر عن الضرر الذي يلحق الغير بسبب عدوله، و يحضّر القانون الإنحراف عن العبارات الواضحة من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، فيلتزم الأطراف والقاضي بها ولا يجوز لهم تحريفها. انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 670.

هو التطابق الكلي بين الإرادة الباطنة والتعبير الدال عنها، أي أن الألفاظ أو الإشارات المستعملة قد عبرت بصدق عما إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين<sup>1</sup>.

فالوضوح المشار إليه في المادة 01/111 مدني هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده، فهو وحدة متصلة بعضها ببعض ومتكاملة الأحكام يفسر بعضها بعض، مما يتطلب أن يكون العقد واضحاً في دلالاته الكلية؛ حيث يُنظرُ في هذا المقام إلى العقد كوحدة واحدة لا إلى كل عبارة على حدى، فهو كيان مترابط الأجزاء، تُكْمَلُ عباراته بعضها البعض<sup>2</sup>. يمنع هذا النص كلية ويقيد الإرادة في حدود المعنى الواضح، إذ يُمنَع معه البحث عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، طالما كانت العبارات واضحة الدلالة، ويسري المنع في حق القاضي كذلك، حيث يُحصر عليه البحث عن الإرادة الباطنة، وإلا وقع تحت طائلة تحريف أو تشويه العقد<sup>3</sup>.

هذا إذا كانت العبرة بالإرادة الباطنة كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي، وجُل التشريعات اللاتينية التي تأخذ بالنظرية، ومنها تشريعنا في بعض الصور.

كما يترتب على الأخذ بما ظهر أو ما دل على الإرادة نتائج<sup>4</sup>، تُلزمُ القاضي بألفاظ العقد وتفسره تفسيراً إجتماعياً لا نفسياً، طبقاً للعرف الجاري و المؤلف في التعامل، ويصيرُ عمله هذا مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا<sup>5</sup>.

إضافة إلى ذلك فإنه لا يجوز الإعتداد وفقاً لمنطق هذه النظرية بالتحفظ الذهني ما لم يتم الإعلان عنه، وكذا حالة وقوع خطأ في نقل التعبير عن الإرادة بطريقة من الطرق، كالبرقية مثلاً، فمنطق هذه النظرية يؤدي إلى إنعقاد العقد طبقاً لما جاء في هذه البرقية.

---

1- الوضوح المشار إليه في الفقرة 01 من المادة 111 مدني هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده، فالعقد وحدة متصلة بعضها ببعض، ومتكاملة الأحكام يفسر بعضها بعض، مما يتطلب أن يكون العقد واضحاً في دلالاته الكلية. انظر علي فيلاي، المرجع نفسه، ص307-308، وأنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 1998، ص221.

2- انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص221. وعلي فيلاي، المرجع السابق، ص307-308.

3- انظر قرار المجلس الأعلى، المؤرخ في، 13/07/1985، ملف رقم، 36596، المجلة القضائية، 1989، العدد 03 ص90.

4- على أساس أن هذه الإرادة انفصلت عن صاحبها وأصبحت مستقلة عنه، فتبقى بعد موته أو فقده أهليته. انظر السنهوري، المرجع السابق، ص96. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص32.

5- انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص97، هامش 48. ولبني مختار، المرجع السابق، ص11-12.

أما بخصوص زمان ومكان انعقاد العقد بالنسبة للتعاقد فيما بين غائبين، فإن العقد ينعقد وقت علم المُوجِب بالقبول، أما أحكام الصورية فيعتمد وفقاً لهذه النظرية بالعقد الصوري، أي العقد الظاهر<sup>1</sup>.

في الأخير تجدر الإشارة إلى أنه لا تُشترط وسيلة خاصة للتعبير عن الإرادة، فالأمر المهم أن لا تقتصر الإرادة على عملٍ نفسي بل ضرورة إخراجها إلى العالم الخارجي وفق علامة ظاهرة يجب الوقوف عندها، ولا يهم بعد ذلك أن تكون هذه العلامة مخالفة للإرادة الحقيقية، كما يجوز أن يكون مظهر التعبير صريحاً أو ضمناً<sup>2</sup>.

إن هذه النظرية وعلى عكس نظرية الإرادة الباطنة تقوم على مبدأ تكريس الفرد لخدمة المجتمع، إذ أن حماية مصالح هذا الأخير أولى وأجدر لما في ذلك من إستقرار للتعاملات، بحيث يتحمل الفرد النتائج المترتبة عن سوء إستعمال أو إختيار الألفاظ للتعبير عن إرادته، فيُحدِثُ هذا التعبير أثره بصرف النظر عن نية من صدر منه<sup>3</sup>.

بالمقابل قد يكون الطرف الأول قد تعمد خداعه أو قد قصرَ بعدم إفصاحه بجلاءٍ عن إرادته، ولا يقتصر الأمر فيما بين المتعاقدين فقد يمتد أثره إلى الغير الذي إطمئن إلى صحة عقد ما، فيفاجأ فيما بعد بعدم صحته؛ فالأصل هو الوقوف عند العبارات الواضحة، والتي تعد تعبيراً صحيحاً عن إرادة المتعاقدين، فلا يمكن الإنحراف عنها بطريق تفسيرها للوصول إلى حقيقة إرادة الطرفين، وهذا مبدأ جديرٌ بالإتباع، يقتضيه استقرار المعاملات<sup>4</sup>.

فلا يُتْرَكُ الأمر لصاحب الإرادة؛ الذي قد يتعسف، ومن ثم يُلجَأُ ضرراً بالمتعاقدين الأخر بحجة أن التعبير الذي صدر عنه لم يُعبر حقيقة عن ما أراده، أو ما إتجهت إليه إرادته

---

1- انظر لبني مختار، المرجع نفسه، ص12.

2- انظر السنهوري، المرجع السابق، ص96.

3- انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص76.

- Voir, François chabas, Obligations, théorie général, tome 2,9eed, Delta, 2000.P109.

4- انظر عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص47. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص290 هامش09.

حقيقة<sup>1</sup>؛ في هذا الصياغ يرى الأستاذ عبد الحي حجازي: " أن النتائج التي يربتها مذهب الإرادة، ومن خلاله نظرية الإرادة الباطنة من شأنها أن تحدث ضررا بالمتعاقدين الآخر حسن النية الذي وثق في التعبير الذي وجه إليه، ولم يكن بوسعها التعرف على خفاياها، فيفاجئ بإنهيار العقد الذي إطمئن إليه، دون إهمال أو تقصير من جانبه"<sup>2</sup>.

## ثانياً: تطبيقات من الشريعة العامة

يُشيرُ المشرع إلى تطبيقات تنقيد فيها الإرادة، وهو ما يظهر في حالة موت المُعبر أو فقد أهليته، وما تعلق بأحكام الإيجاب والقبول، وكذا الحالة المتعلقة بتقدير الغلط، وحالة مراجعة القاضي لمبلغ التعويض المحدد في الإتفاق<sup>3</sup>.

### 1- موت المُعبر أو فقدانه أهليته

لا يجعلُ القانون للموت أو فقدان الأهلية أثر على التعبير عن الإرادة، وهذا كأصل عام، وهو ما يدلُّ أيضاً على إعتداد المشرع في هذه المسألة بالإرادة الظاهرة<sup>4</sup>. فمتى عَبَرَ الشخص عن إرادته، فإن هذا التعبير يَسْتَقِلُّ عن صاحبه ويصبح له وجوده القانوني، وتترتب عليه آثار بالرغم من موت صاحبه أو فقدانه للأهلية، وفي هذا فصل بين الشخص مُصدرِ التعبير والتعبير ذاته؛ أي أنها تبقى حتى بعد ذلك، ولو أخذ المشرع بالإرادة الباطنة لقرر أن التعبير يسقط بموت من صدر عنه أو فقد أهليته<sup>5</sup>.

---

1- هنا يبرز بجلاء تَقْيِدُ الإرادة بما ظهر منها (أي بالإرادة الظاهرة) ذلك أن ما برز، أو بمعنى أصح ما أستخلصه أو فهمه الغير المخاطب بالتعبير يكون صحيحاً؛ ويرتب آثاره القانونية.  
انظر قرار المجلس الأعلى، ملف رقم، 23731، نشرة القضاة، 1986، العدد 01، ص 63.  
2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 288-289.

3- حيث يستشف منها أن القانون يربط آثار قانونية على التعبير الذي يستعمل، وعلى ذلك فإنه يتحمل الفرد النتائج التي تترتب عن عدم تمكنه من التعبير بطريقة سليمة عن ما هو بنفسه. انظر على سبيل المثال: المواد 59-06-61-81-82-85-110-111-112-184 مدني.

4- انظر خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 36 فقرة 21.

5- لقد أخذ المشرع هنا بالمذهب الجرمانى، فقرر أن التعبير عن الإرادة متى صدر من صاحبه فإنه ينفصل عنه، ويأخذ وجوداً قانونياً. انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 36 فقرة 32، وهو مضمون المادة 62 مدني؛ وهنا أخذ القانون بالإرادة الظاهرة، والتي على أساسها أقدم الطرف الآخر على هذا التصرف. انظر علي فيلالى، المرجع السابق، ص 87.

فموت المعبر أو فقدانه أهليته لا يؤثر على صحة التعبير وينتج أثره وقت اتصاله بعلم من وجه إليه، ما لم يتبين عكس ذلك من التعبير أو طبيعة المعاملة، كأن يكون شخص المتعاقد محل اعتبار، وهي الحالة التي تستعص طبيعة الإيجاب أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً<sup>1</sup>. إن التعبير يُنتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل عنه، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل العدول، قام العقد لا على أساس الإرادة الحقيقية التي عدل عنها؛ ولكن على أساس الإرادة الظاهرة<sup>2</sup>.

## 2- أحكام الإيجاب والقبول

تعد الحالة المتعلقة بأحكام الإيجاب والقبول حالة أخرى تنقيد فيها الإرادة، ذلك أنه يبقى الموجب على إيجابه، فلا يحق له الرجوع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً؛ وهو الحكم نفسه في الحالة التي يُحدد فيها أجل للإيجاب، فتنقيد إرادة من صدر عنه الإيجاب خلال المدة المحددة<sup>3</sup>. يتبين من المادة 61 مدني أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وهنا تظهر أهمية تحديد الوقت، ذلك أن للمعبر الحق في العدول عن إيجابه، أو أن يُعدل فيه كيفما يشاء؛ وفي هذه الحالة لا ينتج عنه أي أثر لأنه لم يتصل بعلم من وجه إليه، أما بإتصال التعبير أياً كانت صورته بعلم من وجه إليه فعندها يتحقق الوجود الفعلي والقانوني للتعبير<sup>4</sup>. هذا إذا كان الطرفان في نفس المجلس أو ما يقوم مقامه حكماً، أما إذا كانا لا يجمعهما مجلس واحد، وتم التعبير بواسطة رسالة مثلاً فقد اعتبرت المادة 61 مدني وصول التعبير لمن وجه إليه قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك<sup>5</sup>. لقد جاءت المادة 63 مدني<sup>1</sup> المتعلقة بتحديد أجل للقبول بأصل يتمثل في أن الموجب يستطيع أن يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، أو خلال مجلس العقد.

---

1- انظر المادة 62 مدني، والتي جاءت بأحكام ذات صبغة مكملة يجوز الإتفاق على خلافها، وما سبق بيانه يكون ذا أهمية عملية إذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً أو التزاماً بإرادة منفردة، أما إذا كان إيجاباً فتكون القاعدة عديمة الفائدة، لأن وفاة الموجب أو فقدانه أهليته سيمنع حتماً القبول من ترتيب آثاره. انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص 87.

2- انظر حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات العليا، الجزائر، 1974، ص 53.

3- فإذا ما خلا الإيجاب من مثل هذه القرائن اعتبر غير ملزم، وجاز لصاحبه العدول عنه والرجوع فيه. انظر خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 42 فقرة 27.

4- "يتحقق الوجود الفعلي بمجرد صدور التعبير لفظاً أو كتابة..، أما الوجود القانوني فلا يتحقق إلا باتصال التعبير بمن وجه إليه". انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص 86.

5- هذه القرينة ضعيفة يحق لمن وجه إليه التعبير أن يقيم الدليل على خلافها، كي لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني في حقه. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 65.

هذا إذا كانت المدة محددة، أما إن كانت غير ذلك فإنها تستخلص من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة؛ وللقاضي السلطة التقديرية في هذا الشأن، فَيُمْكِنُه بموجبها تحديد الفترة التي تبقى فيها إرادة الشخص مُقَيِّدة، فلا يستطيع التراجع عن إرادته<sup>2</sup>.

نستخلص من هذه النصوص أن إرادة المُوجب تنقيد من خلال إلزام من صدر من الإيجاب بالبقاء على إيجابه إلى غاية إنتهاء المدة المحددة، فلا يجوز له التراجع عنه في هاته الفترة؛ فالإرادة هنا وبالرغم من سلامة صاحبها من العيوب إلا أنها مُقَيِّدة ومحدودة، فهي لا تستطيع ولا يمكن لها القيام ببعض التصرفات.

### 3- تقيد الإرادة في تقدير الغلط

تنقيد الإرادة عند تقدير الغلط، ذلك أنه عند اختلاف الإرادة عن الحقيقة، كما في حالة الغلط عن ما تم التعبير عنه فإن تقديره هنا لا يكون بالنظر إلى إرادة الشخص وإنما بالنظرة المشتركة للمتعاقدين<sup>3</sup>، وبالرجوع للمادة 81 مدني<sup>4</sup> نستخلص أن المشرع أخذ بما ذهب إليه الفقه والقضاء بفرنسا في معيار الغلط، وجعله معيارا ذاتيا قوامه الصفة الجوهرية في الشيء في نظر المتعاقدين، يجب إعتبارها نظرا لشروط العقد ولحسن النية<sup>5</sup>.

بالرجوع كذلك إلى المادة 82 مدني<sup>6</sup> نجد أن العبرة ليست بنظرة وإرادة أحد المتعاقدين دون الآخر وإنما بنظرتهما المشتركة التي يتم الإتفاق عليها، والإرادة هنا هي التي كُشِفَ عنها وتبادلها، فهنا يستعين المشرع بمعيار يرجع إليه عند إستحالة الوصول والتعرف على النظرة المشتركة للمتعاقدين لتحديد الصفة الجوهرية للشيء، فتكون العبرة حينئذ بشروط العقد وحسن النية<sup>7</sup>.

كما تنقيد إرادة العاقد الذي وقع في غلط فلا يجوز أن يتمسك به إذا تبين أن المتعاقد الآخر لم يعلم بهذا الغلط، أو لم يكن من السهل عليه أن يتبينه، كذلك الشأن بالنسبة إلى التدليس والإكراه،

---

1- التي تنص على أنه: " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة."

2- تنص المادة 64 مدني على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد."

3- تستخلص من الوقائع والبعيدة كل البعد عن ما يتمسك به من يدعي الوقوع في غلط. انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص80.

4- التي تنص بأنه: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرية وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله."

5- انظر لبني مختار، المرجع السابق، ص117. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص56.

6- تعرف الصفة الجوهرية في الغلط على أنها تلك: "... التي يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب إعتبارها كذلك...". كما يظهر من خلال المادة 2/82 مدني أمر آخر: هو أنه إذا لم يحصل في هذا الشأن إتفاق فتكون العبرة بظروف العقد وحسن النية.

7- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص203. وعلي فيلالي، المرجع نفسه، ص79-80.

فَوُوقُهُمَا من غير المتعاقد، وَعَدِمَ عِلْمَ المتعاقد الآخر بهم، وكان في الوقت ذاته من المتعذر عليه العلم بهم يكون العقد صحيحاً، وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة ومن ثم ضمان إستقرار المعاملات<sup>1</sup>. بالإفصاح عن مضمون الإرادة الكامن في نفس الشخص، أيا كانت وسيلة التعبير المستعملة تظهر إلى الوجود إرادة قد تتفق مع حقيقة ما أراده الشخص وقد تَخْتَلَفُ معه، وتُعتبر هذه الحالة الأخيرة بمثابة قيد آخر على الإرادة، إذ لا يُمكن تَجاهل الإرادة بحجة إختلافها مع حقيقة ما أراده الشخص؛ فالإرادة تُقيد بالتعبير الذي دل عليها، إذ لا يُقبَل الإِدعاء بخلاف ذلك، ما لم يتبين عكس ذلك من الوقائع، وعندها نكون أمام حالة غُموض للإرادة - فلا نستطيع التعرف عليها- وعلى القاضي هنا تأويلها أو إستخلاصها بإعماله سلطته التقديرية للكشف عنها.

### الفرع الثاني: غُموض الإرادة

يُؤدي الإعتداد بمنطق نظرية الإرادة إلى وُقوع صُعوبات، فقد يدعي الطرف الذي صدر عنه التعبير، بأنه لا يُعبر عن إرادته الحقيقية، مما يُحتم ضرورة اللجوء إلى تأويلها؛ وتتنقيد الإرادة بذلك بالنظر إلى كونها تستخلص بعيداً عن ما كانت تصبوا إليه (أولاً).

كما تُقيد الإرادة بإعمال المشرع لقواعد تفسير البنود التي يتضمنها، أو حالة الشك عندما لا يتمكن القاضي من التوصل إلى الإرادة الحقيقية بالرغم من إستعانتة بعوامل التفسير (ثانياً).

### أولاً: إفتراض الإرادة

لا يَسَلُمُ الأمر دائماً فقد يَثْبُتُ أن العبارات المُستعملة لم تُؤدي غرضها على وَجِهٍ صحيح، وهو ما يستدعي ضرورة تفسيرها للوصول إلى النية المشتركة، فوضوح العبارة غير وضوح الإرادة<sup>2</sup>.

### 1 - إستخلاص القاضي للإرادة

إذا كانت عبارات العقد يكتنفها غموض فإنها تصبح في حاجة للتفسير، كي يستطيع القاضي إزالة الغموض عنها، وذلك لأجل الإهتداء إلى إرادة المتعاقدين<sup>3</sup>.

---

1- فهذه الإرادة وإن شابها غلط فالعقد صحيح لا على أساس الإرادة الباطنة، إنما على أساس الإرادة الظاهرة والتي إطمأن إليها المتعاقد الآخر. انظر حليلة آيت حمودي، المرجع السابق، ص54، وينص المشرع في المادة 85 مدني أنه: " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض ما يقضي به حسن النية ". انظر كذلك المواد 87 و89 مدني.

2- يؤدي ذلك إلى معرفة المعنى الحقيقي الذي إتجهت إليه، وهو ما لا يتأتى تحقيقه إلا بالإستعانة بالعوامل المتاحة قانوناً، وذلك بغرض مساعدة القاضي في إستخلاص هاته النية.

يقول عبد المنعم فرج الصده: " عبارة العقد الواضحة لا تحتاج إلى التفسير إلا إذا كانت بالرغم من وضوحها لا تعبر تعبيراً صادقاً عن الإرادة، فطالما كانت إرادة المتعاقدين واضحة جلية من عبارات العقد وجب التقيد بها، وعدم جواز الخروج عنها، وهذا وإن صح في غالب الأحيان فقد لا يكون كذلك في البعض الآخر. المرجع السابق، ص455.

3- يتقيد القاضي والأطراف بالعبارات الصريحة المستعملة في العقد، وهو ما يستخلص من خلال نص المادة 01/111 مدني.

إلا أنه بالرغم من كُُل ذلك تبقى إرادة مُفترضة؛ بعيدة كل البعد عن الإرادة الحقيقية، فتتقيد بذلك الإرادة الحقيقية لأن القاضي يستخلص إرادة جديدة من خلال المعايير التي وضعها القانون تحت تصرفه، والتي تجعل منها وسيلة الوصول إليها؛ ومع ذلك فقد لا تكون هي نفسها الإرادة الحقيقية<sup>1</sup>. فأول ما يبدأ به القاضي عند تفسيره للعقد هو محاولة تحديد مضمونه، وذلك على ضوء الإرادة الظاهرة، أي تلك التي يتبينها المخاطب بها من خلال التعبير عليها (من خلال العبارات المستعملة)، فإذا أَعَسَرَ عليه الأمر لجأ إلى إستخلاص الإرادة الحقيقية من خلال البحث عما قَصَدَهُ المتعاقدان من الألفاظ والعبارات التي إستعملها؛ وتخضع عملية التأويل لأحكام وقواعد تَضْبِطُهَا من جهة، ولرقابة المحكمة العليا، تحسباً لكل تحريفٍ من جهة أخرى.

أ- **غموض العبارة:** إذا كانت عبارات العقد غير واضحة الدلالة، تعين على القاضي اللجوء إلى تفسير الإرادة بهدف إزاحة الغموض الذي يشوبها، ويؤدي هذا العمل إلى تقيدها، حيث أن تفسير حقيقة العبارات الغامضة قد يؤدي إلى الإبتعاد عن الإرادة الحقيقية ويستبدلها بإرادة مستخلصة؛ وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتفسير العقد من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين<sup>2</sup>، وهو ما يفرض ضرورة الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين معا لا إرادة كل منهما<sup>3</sup>.

#### ب- النية المشتركة (L'intention commune des parties)

يترتب على غموض العبارة تأويل العقد، وذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لا الإرادة الفردية لكُلٍ منهما دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ويضَع القانون تحت تصرف القاضي وسائل تُمكنه من كشف هذه النية<sup>4</sup>؛ ويتساءل الفقه<sup>1</sup> أين نجد هذه النية أو الإرادة المشتركة؟

---

وعند وضوح العبارات يحضر على القاضي الإنحراف عنها بحجة التفسير، فلا عبء بالدلالة في مُقابلة التصريح، المادة 13 من مجلة الأحكام العدلية.

1- انظر عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، صص 305-455.

2- Voir Rémy Cabrillac, droit des obligations, 4ed, Dalloz, 2000, p82-83.

3- وفقاً للمادة 02/111، وذلك بأن كانت غامضة (Obscur)، أو متناقضة (Contradictoire)، أو تحمل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى (Confuse)، أو مبهم (Equivoque).

يقول في هذا الأستاذ عبد المنعم فرج الصده: "إذا كانت عبارة العقد غير واضحة (يكتنفها غموض) فإنها تصبح في حاجة إلى تفسير، يستطيع القاضي بواسطته أن يُرِيْلَهُ كي يهتدي إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين". المرجع السابق، صص 455.

4- دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولم يعرف المشرع العبارة الغامضة فحاول الفقه والقضاء حصر بعض حالات الغموض. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، صص 241. وعبد المنعم فرج الصده، المرجع نفسه، صص 455. وعلي فيلالي، المرجع السابق، صص 310-311.

إشارة إلى قرار المجلس الأعلى، المؤرخ في 13/04/1983، ملف رقم 31315، المجلة القضائية 1990، العدد 01، صص 19.

4- من ذلك: ضرورة الإعتداد بطبيعة التعامل (la nature de l'affaire)، والغرض الذي يظهر بأن المتعاقدين قد قصدها، وبما يقتض عرف التعامل والعرف الجاري في المعاملات من تبادل الثقة (la confiance) والأمانة (la loyauté) وهو ما أشار إليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 111 مدني والتي تنص: "...أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة

هناك أراء في ذلك: فهناك من يرى أن هذه النية هي الإرادة الظاهرة التي توافق عليها الطرفين، فلا يجوز أن يكون تفسير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة، أو إستخلاصها من الإرادة الظاهرة؛ فهي وحدها التي تكونُ محلا للتفسير على أساس أنها هي التي يُرتب عليها القانون أثر<sup>2</sup>. هناك من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل في الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الأخر، الذي يفهمه أو يستطيع أن يفهمه على نحوٍ معين، فتكون العبرة بهذا الفهم الحاصل فعلا أو حكما، لكونه مقدار الفهم المؤكد الذي إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين<sup>3</sup>. فالعبرة ليست بإرادة المتعاقدين، وإنما بتلك التي يستخلصها ويفترضها القاضي<sup>4</sup>، ومن الفقهاء من يعتقد أن المقصود بالإرادة المشتركة إنما هي الإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها (volonté reconnaissable)<sup>5</sup>، وحثهم في ذلك أن الإعتداد بالإرادة الباطنة بحثا عن النية المشتركة قد ينتهي إلى إفتراض إرادة المتعاقدين، وذلك نظرا لغموض العبارات و الألفاظ المستعملة<sup>6</sup>.

مما لا شك فيه أن البحث عن النية المشتركة يعني أن العبرة بإرادة المتعاقدين معا وليس بإرادة أحدهما<sup>7</sup>، وفي هذا تقييد الإرادة لأننا نذهب بالإرادة بعيدا عن الحقيقة؛ ذلك أن إلزام القاضي بالبحث عن النية المشتركة دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فيه

---

للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات". انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص241.

1- انظر السنهوري، المرجع السابق، ص676، وعلي فيلالي، المرجع نفسه، ص311-312.

2- يُؤخذ على هذا الرأي إفتراضه مطابقتة الإرادة الظاهرة للإرادة الباطنة، وهذا إن صحَّ في كثير الأحوال إلا أنه لا يَفْعُ أحيانا، والصحيح أن يُقال أن الإرادة الظاهرة هي التي تُعَيَّرُ في العادة عن الإرادة الباطنة، والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين مُتَّجِدَاتَان؛ فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هي محل التفسير؛ مالم يُقْمِ الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تُعَيِّرُ حقيقة عن الإرادة الباطنة. انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص676.

3- " عَيَّبَ على هذا الرأي أنه يَفْتَرِضُ أن التَعَاقُدَ يتم عن طريق تَعْبِيرٍ تامٍ ونهائي يَتَلَقَّاهُ من وُجْهٍ إليه، ولكن الذي يَفْعُ أن المتعاقدان يتفاوضان ثم يَنْتَهِيَانِ أجزَ الأمر إلى تعبير واحد يَرْتَضِيَانِهِ مَعًا، ولا نَعْلَمُ من هو صاحبه، كما يُعَابُ عليه أن العقد إتفاق إرادتين، فلا يُمكن حينئذ الإعتداد بإرادة الموجب له وحده". انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص311. والسنهوري، المرجع نفسه، ص607.

4- يذهب "سالي" إلى أن الإرادة المشتركة هي هذه الإرادة القانونية التي يَجْمَعُ القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين، بعد أن يُقَارِبَ ما أستطاع ما بين الإرادتين، دون أن يُضْجِي بإحدهما. انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص312.

كما يُمَيِّزُ عبد الحي حجازي بين التفسير الشخصي الذي يقتضي البحث عن نية الطرفين المشتركة، والتفسير الموضوعي الذي يرجع إليه عندما يتعذر الكشف عن الإرادة المشتركة؛ فيكون الغرض من قواعد التفسير الموضوعية ليس التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وإنما تهدف إلى تحقيق أغراض موضوعية كحماية حسن النية والعدالة. انظر المرجع السابق، ص554.

5- ظهر هذا الرأي أنه يَسْتَبْدِلُ الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بإرادة ليست لهُمَا، بل هي صنْعُ القاضي. انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص80-312. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص298-299. والسنهوري، المرجع السابق، ص683.

3- انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص223.

7- Voir Gérard Légier, droit civil, les obligations, 16ed, Dalloz, 1998, P64.

تفوق إرادته على إرادة الأطراف؛ كما أن الأخذ بالنظرة المشتركة للمتعاقدين فيه إقصاء وإجحاف لأحدهما، ويتضح من المادة 111 مدني أن القاضي رغم الرجوع مبدئياً إلى الإرادة الباطنة ملزم بالبحث عن النية المشتركة في ضوء بعض المعاملات حددها القانون<sup>1</sup>. إن المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين يتمثل في النية المشتركة التي نبحث عنها من الإرادة الظاهرة، وذلك عن طريق معايير يستهدي بها؛ ومعنى ذلك أن الإرادة مسألة نفسية بحتة وذات صفة شخصية، يتم الكشف عنها بوسائل مادية تقدر تقديراً موضوعياً<sup>2</sup>.

## 2- عوامل إستخلاص الإرادة

تعدُّ المعاملات التي جاءت في المادة 111 مدني بمثابة وسائل يستهدي بها القاضي في سبيل وصوله إلى الإرادة المشتركة، ويوجب القانون على القاضي مراعاة العوامل الموضوعية التي أحاطت بالمعاملة، والتي تصرّف على أساسها المتعاقدان، والإرادة التي يتوصل إليها القاضي هنا هي إرادة **مُحتملة (مفترضة)**، لأن القاضي يستخلصها في ضوء الظروف والملابسات المحددة قانوناً. هنا يمكن أن تُميزَ وبوجه عام بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته وتسميتها العوامل الداخلية، وأخرى خارجية عنه ونسبها بالعوامل الخارجية، والكثرة الغالبة من هذه العوامل هي عوامل موضوعية (خارجية) لا عوامل ذاتية، يطمئن إليها القاضي في تفسير العقد التماساً لاستقرار المعاملات، إذ هو يستدل على النية المشتركة - وهذه مسألة نفسية خفية - بعوامل مادية ظاهرة<sup>3</sup>.

---

1- ذلك أن إعطاء الأولوية للإرادة الباطنة من شأنه أن يؤدي في بعض الأحيان إلى طريق مسدود، حيث يستحيل الوصول إلى الإرادة الحقيقية خاصة وأن مظهرها الخارجي غامض. انظر علي فيلاي، المرجع نفسه، ص312 هامش60. إشارة إلى ما يقوله الأستاذ كاربونييه في هذا الشأن حيث يقول:

" l'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté".

2- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص241. و محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص299.

3- فهو يستهدي بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، وما يلاحظ هنا أن المشرع لم يذكر ماهي هذه العوامل على سبيل الحصر. انظر السنهوري، المرجع السابق، ص653.

فيلجا القاضي في ذلك إلى البحث في ضوء عوامل داخلية في العقد ذاته، وأخرى خارجية عنه، ويرى الأستاذ علي فيلاي: أن هذه الطريقة تؤدي إلى استبعاد الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، واستبدالها بإرادة يتصورها القاضي<sup>1</sup>.

من هذا يُمكن القول أن تفسير العبارة الغامضة يُعتبر بمثابة قيدٍ على الإرادة، لأن القاضي لا يأخذ بما يُريدهُ صاحب الإرادة، وإنما بما توصل إليه هو، وذلك بطبيعة الحال بالإستعانة بالوسائل التي مَكَّنهُ القانون منها<sup>2</sup>.

#### أ- عوامل ذاتية

ذكر القانون منها طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وهناك قواعد أخرى يَسْتَأْنَسُ بها القاضي في تفسيره بالرجوع إلى العقد ذاته ذكرها التقنين الفرنسي على سبيل الإرشاد لا الإلزام<sup>3</sup>.

#### أ-1- طبيعة التعامل

يفسر العقد بحسب طبيعة التعامل أي بحسب طبيعته و موضوعه، فإذا إحتملت العبارة معاني مختلفة إختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المُشارَطة؛ فَيُتْرَكُ العقد لِإِحْكَامِ بالقواعد التي تقتضيها طبيعته ما لم يُصرح أطرافه بِخِلافِ ذلك، وإذا كانت العبارة عامة فإنها تُحدِّدُ بالرجوع إلى الموضوع الذي تم التعاقد عليه، إذ المعقول أن المتعاقدان لا يريدان الخروج عن هذا الموضوع، إلا إذا كانت عبارتهما صريحة في مجاوزته<sup>4</sup>.

---

1- انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص312-313 هامش 62، إشارة إلى ما يقوله الأستاذة فلور وأوبير (J Flour & J.L Aubert) وما استخلصاه من نشاط القضاء الفرنسي حيث يرون أن: (القضاة يعتمدون عموماً على العدالة لتحديد النية المشتركة متجاهلين في بعض الحالات الإرادة الحقيقية، وقد يرتبوا على العقد آثار لم يتوقعها المتعاقدان كالالتزام بالسلامة الذي يتحمله الناقل تجاه المسافرين. وقد يترتب على مثل هذه الطرق بعض التعسف أو الظلم نحو أحد المتعاقدين). وعبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص553.

2- تعد هذه المعايير وسائل تلزم أو بالأحرى ترشد القاضي في تقديراته المختلفة، فهو يستعين بها بغرض الوصول إلى ما قصده الأطراف، وفي ذلك تحقيق لإستقرار المعاملات من دون إهدار للعدالة العقدية. انظر بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 298 الفقرة 284.

3- من ذلك: - ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد، فتحمل الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً.  
- أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً.

4- أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم. انظر المواد 1154، 1161، 1157. مدني فرنسي.

4- يمكن إكتشاف النية المشتركة في ضوء طبيعة التعامل، بالرجوع إلى العقد ذاته؛ إذ هناك إحتمال كبير على أن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى الدلالة التي تتفق مع طبيعة هذا التعامل. انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص313.

في هذا السياق يذكر الأستاذ السنهوري على سبيل المثال إشتراط المُعيرِ في عارية الإستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله فقال: " فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدان أرادا عارية إستهلاك، بل قصد المعير أن يُلزم المستعير في حالة هلاك الشيء بِرَدِّ مثله لا بأن يدفع تعويضا...".<sup>1</sup>.

## أ-2- ما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة

الأمانة واجب على المتعاقد والثقة حق له، وبيان ذلك أن من وجه إليه إيجاب يجب عليه أن يفهم عباراته بما تقتضيه الأمانة في التعامل، فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبسٌ واستطاع أن يتبين ذلك، فتقتضي الأمانة في التعامل ألا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه.<sup>2</sup>

يقابل هذا الواجب حق، فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذي إتجه إليه الموجب؛ وهذه هي الثقة المشروعة، وتنطوي على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة.

فإذا إحتملت العبارة أكثر من معنى واحد، وكان أحد هذه المعاني هو الذي يُنتج أثرا قانونيا حُمِلت العبارة عليه إذ: " إعمال الكلام خَيْرٌ من إهماله "3، وقد تكون العبارة مُبهمة، وتفسرها عبارة وردت في موضع آخر، فقد يُحدِّدُ خُصُوصُ عبارة ثانية عُموماً عبارة أولى.<sup>4</sup>

## ب- عوامل خارجية

عَدَ منها القانون العرف الجاري في المعاملات، حيث أن هناك مسائل يجري فيها العرف مَجْرَى القانون، كما في المسائل التجارية، فيرجع القاضي لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب، بل أيضا لتكملة العقد ذاته، وتحديد نطاقه.<sup>5</sup>

---

1- كمثال عن ذلك فقد يتضمن عقد شركة التضامن شرطا يقضي بقبالية إنتقال حصص الشركاء عن طريق الإرث، وقد يفسر مثل هذا الشرط على أنه حالة استثنائية تسمح بإنتقال الحصص، وقد يفهم منه أيضا أنه عند وفاة أحد الشركاء تستمر الشركة مع الورثة، وبالرجوع إلى طبيعة التعامل يكون المعنى الثاني أكثر انسجاما مع طبيعة عقد شركة التضامن. السنهوري، المرجع السابق، ص 609.

2- انظر السنهوري، المرجع السابق، ص 653.

3- انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 298.

4- إن عبارات العقد يُفسر بعضها بعضا، فلا يجوزُ عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات بل يجب تفسيرها بإعتبارها جزءا من كل هو العقد، فقد تكون هناك عبارة سابقة مطلقة، وتحددها عبارة سابقة أو لاحقة، وقد تُقرَّرُ العبارة أصلا بِرَدِّ عليه استثناء يُذكرُ قبلها أو بعدها؛ وإن إستعصى الجمع بين العبارتين إختار العبارة التي يَظْهَرُ له أن المتعاقدان كانا يُريدانها دون الأخرى؛ وتخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، وعلى القاضي أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذي يُدعي لتفسيرها. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 314.

5- إذ المعقول في المسائل التي تُوطدُ فيها عرف أن يفترض في المتعاقدين أنهما عالمان به وقد إرتضياه، وإلا لصرَّحا بمخالفته، فإذا كانت عبارة العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف؛ والعرف يكون عاما، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص، ويجب أن يكون العرف مستقرا وغير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب. انظر السنهوري، المرجع السابق، ص 682 و ما بعدها.

كما تُعدُّ طريقة تنفيذ العقد وسيلة خارجية تفسر إرادة الأطراف؛ وهذا لا يمنع من الإستعانة بأي ظرف خارجي، فقد تتضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التي يُنفذان بها العقد، فتتفذهما لعقد على نحوٍ معين مدة من الزمن، يفسر إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها<sup>1</sup>.

كما يجب على كل طرف إخبار الآخر بجميع البيانات والمعلومات التي يتطلبها تنفيذ العقد، والإبتعاد عن كل ما من شأنه التشديد من أعباء المتعاقد الآخر، أو التقليل من الفائدة التي يَرجوها من العقد، ويعتبر الشخص سيئ النية إذا صدر عنه تصرف لا يصدر عن الشخص المعتاد والموضوع في نفس الظروف<sup>2</sup>، وهناك من يرى أن هذه الطريقة تؤدي إلى استبعاد الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، واستبدالها بإرادة يتصورها القاضي<sup>3</sup>.

من هذا يمكن القول أن تفسير العبارة الغامضة يعتبر بمثابة قيد على الإرادة لأن القاضي لا يأخذ بما يريده صاحب الإرادة، وإنما بما توصل إليه هو، وذلك بطبيعة الحال بالإستعانة بالوسائل التي مكنه القانون منها؛ وتُعدُّ هذه المعايير وسائل تُلزم أو بالأحرى ترشد القاضي في تقديراته المختلفة، فهو يستعين بها بغرض الوصول إلى ما قصده الأطراف<sup>4</sup>.

### ثانياً: تقييد الإرادة عند تأويل الشك

قد يحدث أن لا يتوصل القاضي وبالرغم من إعماله لقواعد التفسير من التعرف على الإرادة وهذا ما يُعرف بوقوعه في حالة الشك؛ الأمر الذي يُحتم عليه ضرورة تفسير هذه الحالة، وهنا نتساءل: كيف يُعد إعمال قواعد التفسير بمثابة قيد على الإرادة؟.

إن الإرادة تتقيد بإعمال قواعد التفسير لا سيما عند تفسير الشك في التعرف على الإرادة، ذلك أن الإرادة هنا هي ليست تلك التي صدرت عن الطرف المتعاقد، بل هي تلك التي تُستنتج في ضوء

---

1- انظر محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص298، الفقرة 283.  
2- تجدر الإشارة إلى أنه لا بُد أن يراعي كل طرف مبدأ حسن النية، والذي يتمثل بشكل عام في واجبات رئيسية يتحتم على الأطراف مراعاتها، ومنها الصدق والأمانة والإعتدال والتعاون. انظر محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص756.  
3- انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص312-313 هامش 62، إشارة إلى ما يقوله الأستاذة فلور وأوبير (J Flour & J.L Aubert) وما استخلصاه من نشاط القضاء الفرنسي حيث يرون أن: (القضاة يعتمدون عموماً على العدالة لتحديد النية المشتركة متجاهلين في بعض الحالات الإرادة الحقيقية، وقد يرتبوا علي العقد آثار لم يتوقعها المتعاقدان كالاتزام بالسلامة الذي يتحمله الناقل تجاه المسافرين. وقد يترتب على مثل هذه الطرق بعض التعسف أو الظلم نحو أحد المتعاقدين). و كذلك عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص553.  
4- في ذلك تحقيق لإستقرار المعاملات من دون إهدار للعدالة العقدية. انظر بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص298 الفقرة 284.

مصلحة الطرف المدين كأصلٍ عام، وفي مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدين في عقود الإذعان، ويُعدُّ التفسير من صميم عمل القاضي، غير أن المشرع لم يترك له كامل الحرية في ذلك، بل ألزمه بإتباع قواعد معينة لضمان عدم الخروج عن مهمته<sup>1</sup>.

لأجل هذا يتدخل المشرع بواسطة أحكام قانونية، وكل ذلك حماية الطرف الضعيف<sup>2</sup>، ونستعرض القاعدة في تفسير الشك ثم الإستثناء.

## 1- تفسير لصالح المدين

العبرة بمصلحة المدين مظهر آخر من مظاهر تقييد الإرادة، إذ يكون التفسير لصالحه ولو لم تنجبه إرادته إلي ذلك، وإذا أمكن للقاضي أن يكشف عن النية المشتركة مهما كان عسيرا، واستطاع أن يزيح عنها الشك وجب عليه التفسير بمقتضى هذه النية، ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين<sup>3</sup>، وانطلاقا من أصل ثابت هو براءة الذمة فإنه يفسر الشك في مصلحة المدين حتى يثبت العكس<sup>4</sup>. ما يبرر هذه القاعدة وضع القانون نصا صريحا مفاده أن الشك يُؤوَّلُ في مصلحة المدين<sup>5</sup>.

فإذا قام شك في مدى إلتزام المدين بعقد فُسِرَ هذا الشك في مصلحته، وأُخِذَ بالتفسير الأضيق في تحديد هذا المدى (التفسير الضيق لبنود العقد ضد مصلحة الطرف القوي، أي أن يؤخذ في الإعتبار تفسير الشك لصالح المدين إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك)<sup>6</sup>، ويبرر هذا ما يلي:

- نأخذ بالتفسير الضيق لأن الأصل في الإنسان براءة الذمة، والإلتزام إستثناء وهو مالا يتوسع فيه.
- أن الدائن هو المكلف بإثبات الإلتزام، فإذا كان هناك شك في الإلتزام من حيث مداه، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع، وكان عاجزا عن إثبات ذلك، فلا يبقى له إلا الأخذ بالمدى الضيق، لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل، فتكون القاعدة على هذا الإعتبار .

---

-Voir Gérard Légiér, op.cit.P64-65" Les art 1156 et s du code civil **donnent au juge** certaines **1 directives**, mais elles ne sont pas impératives, en ce sens qu'un pourvoi en cassation fondé sur leur éventuelle violation est irrecevable."

2- " ذلك دائما عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يُتَّيَّحُ زوالها، ويتعين في هذه الحالة الأخذ بقواعد العدالة وحسن النية ". انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص242.

3- هذا إذا لم يهتد إلى إستخلاص هذه النية إستخلاصا واضحا، وتعدر عليه بالرغم من إعمال قواعد التفسير المقررة قانونا الخروج أو الإستهداء إلى رأي؛ ومن ثم قام لديه شك في ذلك؛ وجب عليه أن يفسر هذا الشك، ونطاق تطبيق القاعدة هو أن يكون هناك شك في التعرف على الإرادة؛ وذلك بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة، ولا ترجيح لوجه على وجه. انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص687-688. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص103.

4- انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص300، ويرى أنه: " إذا لم تُفْلَح الوسائل المُتَّاحَة قانونا من تحديد العنصر المشترك لإرادة المتعاقدين، كان كانت العبارة تحمل أكثر من معنى، وجب الأخذ بالمعنى الذي يكون في صالح المدين".

5- ذلك ما جاء في المادة 01/112 مدني، التي تنص على أنه: " يؤول الشك في مصلحة المدين".

6- انظر خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص140.

- أن الإلتزام يمليه الدائن لا المدين فإذا كان مبهما يحوم حوله الشك، فالخطأ خطاه ووجب أن يفسر الإلتزام لمصلحة المدين<sup>1</sup>.

هناك تطبيقات لهذه القاعدة، وتجدر الملاحظة أنه في العقود الملزمة لجانب واحد، فإن من يقع عليه الإلتزام هو من يستفيد من هذه القاعدة إذ هو الملتزم<sup>2</sup>، في حين أنه في العقود الملزمة للجانبين، فإن الشك يفسر في مصلحة أحد العاقدين، وفي بعض الحالات الأخرى يفسر لمصلحة العاقد الآخر<sup>3</sup>.

## 2- تقييد التفسير لصالح الطرف المذعن

يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدين، وفي هذا أيضا تقييدا للإرادة؛ ذلك أن الإرادة ليست تلك التي صدرت عن الطرف المتعاقد بل هي تلك التي تُستنتج في ضوء مصلحة الطرف المذعن، ولو كانت تخالف إرادته حقيقية.

فالأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله<sup>4</sup>. إلا أن المشرع إستثنى من هذا الأصل أن يُفسر الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا، لأنه أقوى المتعاقدين، ويتوّافق له من الوسائل ما يُمكنه من أن يفرض شروطه على الطرف الضعيف، وإن كان هناك غموض فيعتبر هو المتسبب فيه<sup>5</sup>.

فمقتضى القواعد العامة للعدالة أن القوانين والقواعد سنت كي تمنع القوي من أن يُسخر قدرته لفعل ما يشاء، كما يقتضي الإعتداد بمصلحة الجماعة منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، بل و ينبغي تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير.

على هذا فيكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، حتى ولو كان دائنا، لأن العقد يمليه الطرف القوي على الطرف الضعيف<sup>1</sup>، فتفسر الإلتزامات لصالح الطرف

---

1- فالمقرر أنه: لا يجوز التوسع في تفسير الإستثناء، فإذا قام شك في إلتزام ذمة المدين وجب الرجوع إلى الأصل وهو براءته. انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص103. والسنهوري، المرجع السابق، ص688. وعلي فيلالي، المرجع السابق، ص315.

2- تظهر في ما يلي:

- إذا ثار شك حول مقدار العين المؤجرة، فسر ذلك في مصلحة المؤجر إذ هو المدين، في حين إذا ثار الشك حول طريقة الوفاء بالأجرة، فسر ذلك لصالح المستأجر.

- إذا كان العقد يقضي بأن المدين يفي بإلتزامه في شهر معين دون تحديد اليوم، فللمدين الوفاء بالدين حتى آخر يوم في الشهر، ولا يجوز للدائن أن يلزمه بالوفاء قبل ذلك.

- إذا ثار الشك في مدى نطاق الشرط الجزائي، هل يطبق في حالة عدم التنفيذ أم يشمل أيضا حالة التأخير في التنفيذ، فسر الشك في مصلحة المدين، وأقتصر فقط على حالة عدم التنفيذ.

- إذا كان المدين ملتزما بعمل دون تحديد الإتفاق على كيفية الإنشاء، فله إتباع أسس الوسائل وأقلها تكلفة. انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص301، وعلي فيلالي، المرجع السابق، ص316.

3- انظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص302.

4- انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص687. فإذا كان الأصل أن الشك يفسر لمصلحة المدين، فإن المشرع وكإستثناء عن هذا الأصل أورد قاعدة مفادها أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن، وفي هذا تنص المادة 01/112 مدني على: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

5- انظر أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص243.

المذعن تأسيساً على أنه هو الطرف الضعيف اقتصادياً، وكذلك لأن المفروض أن الطرف الآخر هو الذي يستقل بتحرير العقد وشروطه، فإذا ما غمضت عبارات عقد هو محرره وجب ألا يستفيد من غموض تسبب فيه<sup>2</sup>، وتحديد معنى الشك من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي للمراقبة<sup>3</sup>. كما يعمل المشرع على مراقبة التوازن الإقتصادي العقدي، وهذا ما يدفعه إلى مراقبة الشروط التعسفية، وإلى مواجهتها وبالضرورة محاربتها وإلغائها، وهو ما يظهر في تطبيقات عدة<sup>4</sup>، ويلاحظ من جانب آخر أن الفقه الإسلامي لم يعرف هذه الفكرة، وكيف ذلك وقد حارب كل الأمور التي من شأنها إستغلال أحد الأطراف للأخر<sup>5</sup>.

### المبحث الثاني: ضوابط تتعلق بالوجود الخارجي للعقد

على الرغم من تكريس معظم القوانين للحرية التعاقدية، إلا أن هذه الحرية لم تكن مطلقة فثمة ضوابط على الأفراد واجب مراعاتها، ولا يحق لهم مخالفتها لأنها تتصل بقواعد أساسية وضرورية لقيام المجتمع.

فالحد أو التقييد من المبدأ كان بقواعد تقليدية مستمرة، وهو ما نلمسه في إزدياد تدخل المشرع في بعض العقود من خلال فرضه إستفاء شكليات محددة، بالإضافة إلى حرصه الشديد بالقواعد المتعلقة بمراعاة النظام العام (المطلب الأول).

كما بان وأضح التقييد بتطور هذه القواعد، فثمة صوراً وحالات أخرى يُحد فيها من الإرادة، حيث يعجز ويتعطل فيها مذهب الإرادة عن تفسير بعض الظواهر العقدية، وقيامها وفق هذه

1- انظر بلحاج العربي، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص242-243. وعلي فيلالي، المرجع السابق، ص316-317.

2- انظر بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص243.

3- انظر قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 12/03/1983، الإجتهد القضائي، السنة 1986، ص165.

4- مثال ذلك ما جاء في المادة 110 مدني المتعلقة بالشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان، وهو ما يقوم به المشرع كذلك من خلال تنظيمه لعقود العمل، والاستهلاك، وتنظيم عقد الإيجار... الخ ذلك.

كما تحمي الأحكام المتعلقة بالشرط الجزائي المدين على حساب الدائن، فتقضي المادة 185 مدني: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة..."

أضف إلى ذلك القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 08 مارس 2009 والذي نصت المادة 13 منه على إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع؛ حيث نصت الفقرة 05 من هذه المادة على أنه يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة.

كما تقضي المادة منه على أحقية كل مقتني لأي منتج مذكور في المادة 13 من هذا القانون من حق تجرية المنتج المقتني.

5- فقد حارب الفقه الإسلامي الإحتكار إذ لا يجوز لتاجر أن يحتكر سلعة ضرورية فيزيد من سعرها. انظر السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص85، وفي السنة النبوية تأكيد على ذلك فعن علي بن سالم بن ثوبان عن علي بن زيد بن جدعان عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنهم جميعاً) قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ الجالب مرزوق، والمحترق ملعون ﴾، أخرجه ابن ماجه في سننه في "التجارات"، كما نهى صلى الله عليه وسلم عن تلقي السلع، فهذا التصرف مكروه لما روي عنه صلى الله عليه وسلم، فعن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق ﴿ لا تتلقوا السلع حتى تهبط الأسواق ﴾. شرح النووي على مسلم، يحيى بن شرف أبو زكريا النووي، دار الخير، سنة النشر 1416 هـ / 1996 م، حديث رقم 1517.

الإعتبارت يُعدُّ انتقاصا للحرية التعاقدية إذ أنها تشكل قيда على حرية الأفراد في تعاقدهم، وسببًا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات **(المطلب الثاني)**.

### **المطلب الأول: ضوابط تقليدية مستمرة**

إذا ما حَلَّصْنَا إلى مجال الإلتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تَجُولُ في هذا الميدان أوسع ما تكون حُطًا وأبعد ما تكون مَدًا، وبالرُغم من ذلك فهي محدودة بقيود النظام العام والآداب، والذي يُعدُّ من القيود الكلاسيكية التي تَرُدُّ على مبدأ الحرية العقدية، حيث لم يعد بموجبه للإرادة الدور الواسع **(الفرع الأول)**.

كما لا تزال الإرادة في دائرة بعض العقود خاضعة لشكليةٍ يَجِبُ مراعاتها كالكتابة، واحترام قواعد الشهر بالنسبة للتصرفات التي لا تقوم إلا بإحترام هذا الإجراء، وكذا مقتضيات قواعد الإثبات **(الفرع الثاني)**.

### **الفرع الأول: مقتضيات النظام العام**

تقوم فكرة النظام العام في مجال التصرفات القانونية بضبط الإرادة **(أولاً)**، إذ تُعْتَبَرُ أداة للدولة في الحفاظ على القيم الخلقية والاقتصادية وحتى السياسية، ويُعتبر ضابطُ النظام العام إحدى قِوَى التأثير داخل المجتمع والدولة **(ثانياً)**.

### **أولاً: النظام العام أداةً ضَبَطَ للإرادة**

تُعَدُّ فكرة النظام العام قيда تقليديا على مبدأ سلطان الإرادة، كما أسهمت في تعيين حدوده؛ ويتفق الجميع على صُعبية إيراد تعريفٍ لها، فليس كفكرة النظام العام فكرة تَأْبَى التعريف الدقيق. لذا كان من الصعب تحديد فكرة النظام العام في تعريف واحد<sup>1</sup>، وتتبدى فكرته في سيادة المجتمع على الفرد إذ النظام العام يعبر عن إرادة الحياة لدى الجماعة، تلك الإرادة التي قد تُهْدِدُها بعض المبادرات الفردية في إطار العقود<sup>2</sup>.

فهو الوسيلة التي تؤدي إلى حماية المصلحة العامة، إذ الأولى حماية المصلحة العامة ولو على حساب المصلحة الفردية<sup>1</sup>.

---

1- يعتبر النظام العام والآداب العامة من المفاهيم الضرورية في المجتمعات، إلا أنه يبقى صَعَبَ التعريف نظرا لمرونته ونسبيته، فهو يختلف من مجتمع إلى مجتمع ومن زمان إلى زمان؛ وتُعَدُّ فكرة النظام العام فكرة قديمة ظهرت منذ القدم في القانون الروماني في صورة أخرى هي المصلحة العامة. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص270.  
2- يقول أحد الفقهاء أن "محاولة تعريف النظام العام إعناتًا ذهنيًا كبيرًا"، ويقول أحد القضاة الإنكليز "إنك إذا حاولت تعريف النظام العام إنما تتركب حصانا جامحا لا تدري على أي أرض سيُلْقِي بك". انظر محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص29.

إن النظام العام بتعبير الأستاذ "غاستن" هو فكرة لا يمكن ضبطها في إطار تعريف واضح ، فهي تبتعد عن كل تعريفٍ، وخصائصها أنها وظيفية ومتغيرة، ويقتضي أن تكون النظرة فيما يتعلق بالنظام العام نظرة موضوعية بعيدة عن الذاتية<sup>2</sup>.

كما يجتهد في تعريفه على أنه: " مجموعة الأسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع، والتي لا يتعارض الإخلال بها مع الصالح العام الذي يجب تقديمه على الصالح الخاص"<sup>3</sup>.

فكرة النظام العام معيارها المصلحة العامة، وهو معيار موضوعي لا ذاتي<sup>4</sup> ويستلزم إحترام مقتضيات النظام العام والآداب العامة الحد من حرية الأفراد، والتقييد من دور الإرادة، فلم تبقى حرية التعاقد مبدأ مطلقاً يُرُود هذا القيد عليها.

ما ينجم عنه منعهم من التعامل في بعض التصرفات، وقد يتعرض العقد للبطلان المطلق عند مخالفته لمقتضيات النظام العام والآداب العامة<sup>5</sup>، ومن ثم أصبح مفهوم النظام العام ترجمة قانونية عن قيم وأفكار الجماعة، فالهدف هو تحقيق مصالح المجتمع وحماية

---

1- لذلك يُوصَف على أنه صمام الأمان الذي يحفظ النظام الإجتماعي مما يُهددُ أسسه، انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص399.

2- فأما وظيفيتها فهي تستلهم إعتبرات المصلحة العامة، وتهدف إلى حمايتها بأوجهها المختلفة، وأما موضوعيا تهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع ونواته الأسرة؛ بالمحافظة على القواعد الجوهرية التي تحكمه، فأمام حرية الإرادة هناك مانع الحماية.

كما تعتبر متغيرة، بمعنى أنها تتأثر بعوامل المكان والزمان، فما هو مخالف للنظام العام في مكان معين قد لا يكون كذلك في مكان آخر، أو في المكان نفسه ولكن في زمن مختلف. انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص105.

3- انظر حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص204.

4- حددت محكمة النقض المصرية فكرة النظام العام بأنها القواعد التي يُقصدُ بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت هذه الإتفاقات لهم مصالح فردية لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة. نقض مدني مصري 4/24 سنة 1980، الطعن رقم 385، مجلة القضاء، 1981، ص311، نقلا عن محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص297، هامش\*.

5- يعرفه الأستاذ عبد الحي حجازي بأنه: "مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في إتفاقاتهم". المرجع السابق، ص270.

أما فيما يخص مصير العقد الذي يصبح مخالفا للنظام العام، والذي يطرأ بعد قيام العقد، فيرى الأستاذ علي فيلاي أنه: " من المفروض أن يبقى العقد صحيحا بإعتبار أن العقد يخضع للقانون المعمول به وقت إنعقاده من جهة، وأن القانون لا يسري إلا على ما يقع في المستقبل طبقا للمادة 02 مدني من جهة أخرى.

غير أن هذه القاعدة لا تعني المشرع، وله أن يسن قوانين بأثر رجعي، وعندئذ يصبح العقد باطلا ما لم يتمكن المتعاقدان من تعديل بنوده حتى يصبح مطابقا للنظام العام ". المرجع نفسه، صص208-228 هامش45.

- Voir, Jean-Luc Aubert, Le Contrat, Dalloz, ed 1996, P302-303.

الأخلاق، والقاضي في تعرضه لقواعد النظام العام يقوم بعمل موضوعي يعتمد فيه على الحقائق الموضوعية للقانون والتقاليد وليس على أفكاره الشخصية<sup>1</sup>.

فالقضاء هو الحارس الأمين على كيان المجتمع والذي كثيرا ما يستند إلى فكرة النظام العام إذا لم تسعفه النصوص في إبطال العقود المنافية للأخلاق، ولا يرجع القاضي في القيام بهذه المهمة إلى أفكاره ومبادئه الخاصة بل يرجع في ذلك إلى الرأي العام السائد في المجتمع الذي ينتمي إليه، ويقوم القاضي بهذا الدور الإيجابي والفعال من خلال الوقائع التي تعرض عليه، عن طريق معيار المصلحة والمنفعة العامة والتي يجب أن تفضل على المصالح الخاصة، وحينئذ ينضبط معيارها<sup>2</sup>. فكل إلتزام مخالف للنظام العام والآداب يعتبر باطلا، ويترك للقضاء مسألة هذا التقدير، وبهذا صارت هذه الفكرة أداة طبيعية مرنة في يد الفقه والقضاء، وحتى المشرع يواجهون بها حاجات المجتمع وتطورات<sup>3</sup>.

لقد تضمن القانون المدني على سبيل المثال عدة تطبيقات وأخذ في الكثير من هذه الحالات بمقتضيات النظام العام والآداب العامة<sup>4</sup>، ومما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ<sup>5</sup>.

### ثانياً: مجالات النظام العام

يمتاز النظام العام بـ**اتساع مجالاته**، فهناك نظام عام سياسي يهدف إلى إحترام تنظيم الدولة وحماية الأسرة والدفاع عن الآداب العامة، وهو ما يُمثل أو يعتبر المجال التقليدي للنظام العام، وإلى جانب ذلك يوجد نظام عام آخر ظهر من أجل مسايرة التطورات الإجتماعية والإقتصادية والثقافية التي مست كيان المجتمعات، هو النظام العام الإقتصادي 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.

---

1- انظر سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص101.

2- انظر أنور سلطان، الموجز في النظري العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص141.

3- تُحصَرُ الإتفاقات التي تخالف النظام العام، وعند مخالفة ذلك فإن العقد يكون جزائه البطلان، ولقد إتسعت هذه الفكرة بسبب إنتشار النظريات الإجتماعية التي تنادي بالتضامن الإجتماعي، وهو ما أدى بالتشريعات إلى وضع القواعد الأمرة . انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص467-468.

4- انظر المواد 107، 110، 112، 110، 02، 97، 02، 02، 204/92، 03... مدني.

5- انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص492- 493 هامش 2.

هناك أيضا النظام العام الحمائي الذي يهدف إلى بسط الحماية على الأطراف التي توجد في مركز تعاقدى ضعيف بسبب حاجاتها الملحة للسلع و للخدمات، أو لتعقيدها التقني والتكنولوجي<sup>1</sup>، ويحظى هذا الأخير بأهمية بالغة حيث يظهر جليا في العديد من النشاطات والمعاملات المهنية والاقتصادية، كما كان نتاجا لظهور أشكال وأوصاف جديدة من العقود<sup>2</sup>.

بناء عليه توجب على المشرع عند سنّ القواعد القانونية مُراعاة إعتبارت إذا توافرت في العقد فإنه يصلُّ به إلى درجةٍ مُميّزة، وتتمثل في إعتبارات النزاهة والنفع والعدل، وهذه الخصال ليست على درجة واحدة من الأهمية في نظر القانون المدني<sup>3</sup>.

تجدر الإشارة هنا إلى أن حرية التعاقد، والتي كانت دعامة لا يتصور المساس بها تأثرت بمقتضيات النظام العام الإقتصادي الإجتماعي؛ فلم يعد اليوم ما كان سائد من نتائج المفهوم التقليدي للعقد<sup>4</sup>، ولقد ازدهر هذا النظام بعد ما أزداد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، ولم يَعد ما كان يقوم عليه الإقتصاد الليبرالي من قبل<sup>5</sup>.

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

كما أن الإختلال في التوازن الإقتصادي من بين الأسباب، ويرجع هذا الإختلال فيما بين المتعاقدين إلى إنعدام المساواة الإقتصادية؛ والتي ترجع إلى ما تملكه مجموعات ضاغطة من قدرات ومعطيات تؤثر في التعاقد.

إن المواجهة التعاقدية بين الإيرادات تُترجم في الغالب، وكمثال في نطاق الإستهلاك بتضرر المستهلك، وهو ما يُبرر التدخل الحمائي من المشرع من خلال قواعد النظام العام، فأصبح بذلك النظام العام الحمائي المحرك لمختلف العقود، فالعقود الممنوعة لأسباب غير مشروعة أو لمخالفة

---

1- مع التطورت الجديدة التي شهدها القرن 20 ظهرت صيغة جديدة للنظام العام، تتعلق بالنظام العام الاقتصادي، والذي يكرس لتنظيم العلاقات الاقتصادية داخل المجتمع، ولا يقتصر بموجبه على المنع بل يتعداه إلى فرض التزامات محددة على عاتق المتعاقدين.

ينقسم هذا النظام إلى قسمين: قسم يتعلق بإدارة العلاقات الاقتصادية ضمن منظور المصلحة العامة، وقسم آخر يتعلق بالحماية الاجتماعية من خلال ما يظهر من نزعة لحماية الطرف الضعيف في العقد.

وتوسع مفهوم النظام العام الاقتصادي في فرنسا من خلال قانون الاستهلاك وقانون المنافسة، واللذان يعتبران من عناصر النظام العام الإقتصادي. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص298.

2- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص209 وما بعدها.

3- انظر محمد وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني، المرجع السابق، ص25.

4- انظر ميريني حنان، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، ماجستير، الجزائر، 2004، صص12-26.

5- " يهدف هذا النظام إلى حماية الفئات الخاصة أو الضعيفة إجتماعيا واقتصاديا، فالفرد في حاجة إلى الحماية من إضطهاد الأقوياء، ما يستلزم توفيرها له ". انظر أحمد سعيد عبد السلام، الإيجار القانوني على التعاقد، مجلة المحاماة المصرية، السنة 68، العدد03 و04، 1988، صص29-30، ص85 .

قواعد الأخلاق تجاوزتها أسباب المنع، فأصبح مصدره تحقيق السياسة الإقتصادية والإجتماعية للمشروع " كالموانع التي تهدف إلى المحافظة على العملة الوطنية"<sup>1</sup>.

**يلحق بفكرة النظام العام الآداب العامة،** والمتمثلة في الصفات الحميدة أو الصفات الأخلاقية للنظام العام، التي تهدف إلى حماية القواعد المستمدة من أعراف المجتمع وتقاليد السلوكية، والتي يعتبر الإخلال بها صدمة تتعارض مع الحس السليم في ذلك المجتمع.

على ذلك يكون المقصود بهذه الفكرة الناموس الأدبي الذي يقوم عليه المجتمع، وتبرعن الموجهات التي تنساب منها المبادئ السياسية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع<sup>2</sup>، وأما الآداب فهي مجموعة القواعد الاخلاقية أو الوجدانية أو الدينية التي وجدَ الناس أنفسهم ملزمون بإتباعها واحترامها في روابطهم الإجتماعية، فالآداب في المجتمع هي مجموع العادات المتأصلة والعرف المتوارد والتقاليد المتوارثة والمعتقدات الدينية والروح السامية عند الإنسان<sup>3</sup>.

في هذا الشأن يرى الأستاذ **السنهوري** بأنه يوجد في الفقه الإسلامي نظير لفكرة النظام العام في الفقه الغربي، وتتمثل في ما يدعى **بحق الله تعالى**، وهو ما يتعلق به النفع العام لجميع الناس من غير إختصاص بأحد<sup>4</sup>.

يؤكد هذا **قوله تعالى** ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ أَنْتُمُ الْفُقَرَاءُ إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ هُوَ الْغَنِيُّ الْحَمِيدُ﴾<sup>5</sup>، وقوله

**تعالى** ﴿...فَمِنْكُمْ مَنْ يَبْخُلُ وَمَنْ يَبْخُلْ فَإِنَّمَا يَبْخُلْ عَنِ نَفْسِهِ وَاللَّهُ الْغَنِيُّ وَأَنْتُمُ الْفُقَرَاءُ...﴾<sup>6</sup>،

---

1- لم تعد القواعد الإقتصادية والإجتماعية في مفهومها الحديث كافية، فحرية التعاقد وقواعد المنافسة أبرزت طرفين: طرف قوي إقتصادي وآخر مستغل وهو الطرف الضعيف إقتصاديا. انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 110-112.

2- هو جزء من كل يُضَافُ إلى الأساس الإجتماعي والإقتصادي والسياسي، ليتكون بعد ذلك ما يُسمَى بالنظام العام، وتعتبر هذه الفكرة ذريعة حكومية تستطيع الدول بواسطتها قمع الإتفاقات الخاصة، التي تتأل من مصالحها الأساسية. انظر سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 104.

3- تُعتبر فكرة الآداب العامة جزءاً من فكرة النظام العام، أو هي مرادفة لها، ومعيار الآداب هو معيار إجتماعي يُرجع في تحديده لما تواضع عليه الناس تمثيلاً لأموهم. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 299.

إلا أن الآداب العامة هي الحد الأدنى من القواعد والمبادئ الأخلاقية السائدة في المجتمع، وليست كلها حتى لا يختلط القانون بالأخلاق لإختلاف غايتهما. انظر شندارلي توفيق، دروس غير مطبوعة، القيت على طلبة السنة أولى حقوق، كلية الحقوق، المدينة، 2015.

4- " لقد أضيف إلى الله تعالى لِعِظَمِ خَطَرِهِ وَشُمُولِ نَفْعِهِ وَشُبُوعِ فَضْلِهِ إِذْ يَنْتَفِعُ بِهِ النَّاسُ كَافَةً، فَاللَّهُ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى هُوَ الْغَنِيُّ عَنِ كُلِّ شَيْءٍ وَفِي الْوَقْتِ نَفْسَهُ يَقْتَرِرُ إِلَيْهِ كُلُّ شَيْءٍ". انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 107.

5- سورة فاطر، الآية 15.

6- سورة محمد، الآية 38.

فحق الله تعالى لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام في الفقه الغربي بل لعله يزيد، فتحرير العقود الربوية وتحرير عقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه الدائرة<sup>1</sup>.

إن النظام العام في الفقه الإسلامي يتجسد في أوامر الشريعة ونواهيها، فتبطل العقود عند فقهاء الشريعة إذا كانت مخالفة لها؛ ويوجد لفكرة الأداب العامة تطبيقات في الفقه الإسلامي، وهو ما يتجلى من خلال حرص الشريعة على الصدق وتحريم الكذب والأخلاق السيئة<sup>2</sup>.

فالنظام العام هو خطابٌ جازم يوجه إلى المخاطبين به، فينشئ إطاراً تتحصر بداخله إرادات الأفراد جميعاً، فتفقد قدر من سلطانها؛ وهذا الواقع لا يكون عندئذ تخلياً طوعياً وإنما نزولاً جبرياً، ولذلك يعد النظام العام حد على حرية الإرادة وسلطانها، وهي بصدد القيام بتصرف قانوني، بإعتباره فرضاً لإرادة المشرع على إرادة الأفراد.

فالتضحية بسلطان الإرادة الفردية لمصلحة إرادة الجماعة على نحو ينسجم معه أي نزاع قد يثار بين القانون وإرادة الأفراد، ولا يكون أمام هذه الأخيرة سوى الإنصياع أمام مقتضيات أحكام النظام العام، ولا يستطيع المشرع أن يضع مقدماً وبنصوص أمره قواعد مانعة لجميع أنواع التعامل الضارة بالمصلحة العامة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: إقتضاء شكلية معينة

لم يعد ما كان يذهب إليه المذهب الفردي وسلطان الإرادة من كفاية التراضي في ترتيب الآثار القانونية مُتفقاً مع الصالح العام للجماعة، حيث الدعوة إلى وجوب تقييد الإرادة في بعض الأحوال، أو في وجوب إفراغها في شكل معين تحقيقاً لهذه المصلحة (أولاً).

هذه هي الشكلية الحديثة والتي تختلف عن الشكلية القديمة التي عرفها القانون الروماني، والتي كانت تعرف بأنها شكلية فنية فالتراضي عندهم غير كاف إذ لا بد من تبادل عبارات معينة أو القيام بحركات معينة (ثانياً).

### أولاً: الشكل و الإرادة

---

1- كذلك نظرية الشرط المقترن بالعقد، فالأصل هو حرية التعاقد في حدود النظام العام، إلا أن كثرة القواعد التي تعتبر من النظام العام تضيق من هذه الحرية. انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص82.

2- يقول الله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ﴾ الآية 119 من سورة التوبة.

3- لأن المصلحة العامة تتأثر بإعتبارات إجتماعية إقتصادية وحتى أخلاقية متغيرة. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص311-312.

تُعدُّ الشكلية من أقدم القيود التي تَرُدُّ على مبدأ سلطان الإرادة، ففيها يُراعي المشرع عدة اعتبارات تتعلق في ظاهرها بالمصلحة العامة، من أجل ذلك وَضَعَ مجموعة إستثناءات تتمثل في أوضاع معينة يجب توافرها لإنعقاد العقد.

حيث لم يكن للإرادة أيام القانون الروماني شأنٌ في تكوين العقود، حيث لا يقوم العقد إلا بإستفاء الشكليات المقررة قانوناً، فالشكل وحده لا الإرادة هو الذي يُوجدُ العقد<sup>1</sup>، ذلك أن الشكلية في القانون الحديث ترمي إلى حماية المتعاقد<sup>2</sup>.

فَيُعِيرُ النص الأمر عن ترجيح المصلحة العامة على المصالح الفردية، كما قد يضع المشرع نصوصاً تُشكِّلُ حدوداً وقيوداً أمام الإرادة، كفرض أشكال معينة للتعبير، واشتراط الإعلان الصريح في بعض التصرفات.

### 1- الشكل ركن من أركان العقد

مما سبق بيانه يمكنُ التوصل إلى القول بأن المبدأ والأصل في مجال إبرام العقود هو الرضائية (أي أنها تتعقد بمجرد توافق الإرادتين) ما عدا الحالات التي أوجب فيها المشرع إستفاء شكليات محددة وضرورية لصحة قيام التصرف؛ وهنا نتحدث عن المساس بحرية ودور الإرادة في كيفية التعاقد، وضبطها في ضرورة إستفاء شكل معين<sup>3</sup>.

لذا يُقَلَّلُ الشكل من النزاعات ومن عيوب الإرادة، كما يُعدُّ وظيفة للإنعقاد لا يقوم التصرف إلا بإتخاذه؛ كما يُعد في بعض الأحيان للإشهار فلا يسري العقد بحق الغير إلا بإتخاذ شكل معين، وفي الغالب تكون وظيفة الشكل إثبات التصرفات.

فبغض النظر عن الهدف الذي يسعى إليه المشرع من وراء ذلك سواء أكان لَلْفَتِ إنباه المتعاقدين لخطورة التصرف المُزمع التعاقد عليه، كما في بيع العقارات، أو لأي سببٍ كان فالمهم من زاوية دراستنا يُعد تطبيق مقتضيات الشكلية بوجه عام مساس وإهدار لدور الإرادة؛ ويحدد المشرع الدور الذي يلعبه الشكل في العقود إنطلاقاً من أهميته<sup>4</sup>.

---

1- فمبدأ سلطان الإرادة تعلق بإطلاق حرية الإرادة في ترتيب ما نشاء كرد فعل تجاه الشكلية التي كانت تقيدها، لأن العقود كانت مرتبطة بشكلية ولا تتعقد إلا بطقوس معينة. انظر جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص209 وما بعدها.

2- إن آثار التصرف لا تتولد عن الإرادة بل عن الإجراءات الشكلية التي رسمها هذا القانون، والقاعدة في الفقه الروماني " إن مجرد الإتفاق لا يولد إلزاماً". انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص07.

3- أمام هذه المفاهيم الصعبة التحديد تبرز حدود أو قيود أخرى أمام الإرادة، كالقواعد القانونية الأمرة والنصوص الخاصة، التي تفرض شكلاً خاصاً للإرادة. انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص104-105.

4- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ص 55-57.

هنا نبحث على العلاقة ما بين الإرادة والشكل، وهل هو جزء من العقد أم أنه جزء من الإرادة؟ فالقاعدة أو الأصل أن التصرفات رضائية لا تحتاج إلى شكل محدد يرسمه القانون، إلا أنه وفي بعض التصرفات، ونظرا لإعتبارات متعددة يتطلب المشرع إتباع شكل معين، فيفيد المبدأ في بعض الحالات من خلال إشتراط شكلية معينة كالكتابة الرسمية في بيع العقارات ورهنها<sup>1</sup>.

يرى هذا الإتجاه أن الشكل عنصر أو جزء من العقد، وليس عنصر في الإرادة، فالإرادة هي مصدر التصرف ولا علاقة لها بالشكل، فهو يأتي كمرحلة لاحقة على وجود التراضي فيطلبه القانون، وقد يصل الأمر إلى درجة بطلان التصرف عند تخلف هذا الشكل، ويكشف الشكل عن وجود التصرف دون أن ينشئه.

مما سبق نجد أن الإرادة هي جوهر التصرف القانوني، وأما الشكل فله وظائف أخرى لأن التصرف له وجود قبل قيام الشكل، ويُرتب القانون جزاء على عدم احترامه، فعلى سبيل المثال لا الحصر عقد الشركة، مدنية كانت أو تجارية، يُوجب المشرع أن تكون هذه الشركة مكتوبة، وإلا كان العقد باطلا.

يلحق بذلك كل ما يدخل على هذا العقد من تعديلات، حيث ألزم القانون أن يكون في نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد<sup>2</sup>.

## 2- الشكل ركن في الإرادة

يُعدُّ هذا الإتجاه إستمراراً لمفهوم القانون الروماني، في نظرته إلى الشكل، فهو عنصر جوهري في الإرادة، وجزء لا يتجزأ منها، ويُطرح هنا التساؤل عن علاقة هذا الإتجاه بمبدأ سلطان الإرادة؟

فإتجاه يرى أنه تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، فالشكل عنصر جوهري لا يؤثر في الرضائية وإنما يُعزِّز وجودها المادي، ومخالفة الشكل هي مخالفة للإرادة، وليست مجرد تجاوز للأوامر القانونية، لأنه عنصر فيها.

1- انظر المادة 324 مكرر مدني.

2- انظر المواد 416-418 مدني والمتعلقة بعقد الشركة.

فإشتراك الشكل والإرادة من حيث الغاية تطلب جعل الشكل جزء من الإرادة، وبهذا فإن الشكل يُجسدُ مبدأ سلطان الإرادة ولا ينفيه، فالشكل تَوْأَمُ الحرية، وسِمَةُ التصرف الشكلي هنا كونه ركن لازم لانعقادها، بمعنى أنه إذا لم تُبرم في هذا الشكل وقعت باطلة بطلانا مطلقا، ولا يترتب عنها أي أثر.

فالشكلية القانونية من النظام العام ولا يجوز للأشخاص الإتفاق على مخالفتها، لأنها تقرر بقاعدة أمره تحقق المصلحة العامة، وأي اتفاق بين الأشخاص على عدم مراعاتها يجعل من التصرف القانوني باطلا<sup>1</sup>.

إن الشكل يؤثر على دور الإرادة فلا يقوم التصرف صحيحا إذا لم يُراعَ الشكل المطلوب وذلك بالرغم من وجودها، وهو ما يعتبر مجالا آخر من مجالات تقييد الإرادة والحد من دورها؛ وفي هذا الشأن يقول الأستاذ **خليفاتي** أن : ما يذهب إليه البعض فيه مبالغة من إعتداد كبير لدور الإرادة واعتبار الشكل تأكيدا لها أكثر مما هو قيدٌ عليها، إلا أن الشكل المطلوب لا يُعدُّ تأكيد للإرادة بقدر ما هو قيد وحد من دورها<sup>2</sup>، وهذا وهو الحل الذي انتهى إليه كذلك القضاء في بلادنا<sup>3</sup>.

### ثانيا: إشتراط المشرع الشكلية

لم 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 الخطورة التي قد تنجم عن هذا التصرف أو لغرض إعلام الغير كما قد تكون لفائدة الدولة ( مقابل تحصيل رسوم أو غير ذلك...)،<sup>4</sup> ويشترط المشرع أحيانا شكلية

---

1- انظر منذر الفضل وصاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة 1995، 2، ص90.

2- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص66-67.

3- جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1982/12/18: " حيث 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، ص47. وكذلك القرار رقم 25699 الصادر في 1982/07/07، نشرة القضاة، عدد خاص 1982، ص171.

4- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص67 إشارة إلى الأستاذ محمد أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، المرجع السابق، ص73؛ حيث يرى أن: " الشكل في القانون الحديث لا يزيد عن كونه أداة للتعبير عن الإرادة، دون أن يعتصب دورها في تكوين التصرفات لا كليا ولا جزئيا ".

يرى كذلك: " أن العنصر الجوهري للتصرف هو دوما الإرادة وتختلف الشكل ليس معناه تخلف التصرف، فالشكل لا يجوز على الإرادة بل هو تأكيد لها وعلى جدية إتجاهها لإحداث اثر قانوني". المرجع السابق، ص67.

للإنعقاد حيث يراها لازمة لقيام العقد، ويرتب على تخلفها بطلان التصرف، ومن ذلك المادة 324 مكرر 01 والمادة 883 مدني، والمادة 418 مدني...<sup>1</sup>.

كما قد يقرر المشرع كتابة بعض العقود من دون إشتراط الصيغة الرسمية، ويرتب على تخلف ذلك بطلان التصرف<sup>2</sup>، ومثاله ما جاء في المواد 416-418 مدني؛ إلى جانب ذلك توجد شكلية أخرى غير مطلوبة للإنعقاد، وتعتبر هي الأخرى قيد على إرادة الأطراف، كما هو الحال في ضرورة تسجيل بعض التصرفات القانونية وشهرها، ومثال ذلك ضرورة شهر التصرفات الواردة على عقار كي تحقق آثارها القانونية وفقا للمادة 793 مدني، والمادة 16 من الأمر 74/75<sup>3</sup>.

في أحيان أخرى يعد كتابة بعضها شرط للإثبات، كإشتراط الكتابة كقاعدة عامة لإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج وفقا لنص المادة 333 مدني<sup>4</sup>، ويرى الأستاذ جوسران: " أن إجراءات الشهر ليست في الواقع إلا أحد أوجه عيمة العقود"<sup>5</sup>. إن الشكلية كركن في العقد تتميز عن شكلية الإثبات، حيث يترتب على إغفال ركن الشكلية بطلان التصرف القانوني بطلانا مطلقا، أما إغفال شكلية الإثبات بالنسبة للعقود 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<sup>6</sup>.

كما يرى المشرع ضرورة توافر إجراءات خاصة كضرورة الحصول على رخصة معينة حتى ينشأ تصرفهم صحيح، كالإزام الأجنبي بالحصول على رخصة لممارسة نشاط مآجور في الجزائر، وبالإضافة إلى ذلك يعتبر التسليم في العقود العينية صورة من الشكلية<sup>7</sup>، وصورة ذلك تلك العقود

---

1- انظر قرار المجلس الأعلى رقم 68467 المؤرخ في 1990/10/21، المجلة القضائية 1992، العدد 01، ص 84.  
- Azzemou (B), Le formalisme contractuel en droit civil Algérien, Mém Magister, univ 2 D'oran, 1982, p106.

3- أمر رقم 74-75 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وانظر القرار رقم 53630 المؤرخ في 1989/04/30، المجلة القضائية 1991، العدد 04، ص 145.

4- عُذلت المادة 333 مدني بموجب القانون 10/05 حيث تنص على: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك...".

كما سار القضاء على المنوال ذاته. انظر قرار المجلس الأعلى رقم 56336 المؤرخ في 1988/07/13، المجلة القضائية 1991، العدد 04، ص 58. وكذلك القرار رقم 30906 المؤرخ في 1984/01/07، المجلة القضائية 1989، العدد 01، ص 139.

5- جوسران، عيمة العقد، منوعات لامبير، 1938، ص 2، 147 نقلا عن عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 269 هامش 12.

6- انظر علي فيلالي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 55-56، 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".

7- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 458-459. و خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 79.

التي يلزم لقيامها تسليم الشيء الذي ترد عليه؛ وتُمثِّل العقود العينية نوعٌ مُخَفَّفٌ من الشكلية أدى إلى ظهورها تطور القانون الروماني، وذلك في سبيل التَّحَلُّلِ من الأشكال البالية التي كانت تسوده. في هذا السياق يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن نظام العقود العينية منتقد، وليس له مبرر كونه يعرقل إبرام التصرفات، وبالمقابل هناك من يرى أن له جانبا إيجابيا، فهو يبين العزم النهائي للمتعاقد للدخول بالعملية التعاقدية، وبذلك يُوفِّرُ استقرار المعاملات<sup>1</sup>.

إن للتسليم - وهو ما يُعرَفُ بشرط "القبض" في الفقه الإسلامي- أهمية كبيرة بالنسبة لبعض أنواع العقود كالعارية والوديعة<sup>2</sup>؛ والأمر نفسه فيما يتعلق بإحترام قواعد الشهر بالنسبة للتصرفات التي لا تقوم إلا بإحترام هذا الإجراء، وكذا ضرورة مراعاة قواعد الإثبات<sup>3</sup>.

هذا ما يجعل من الشكلية الحديثة وسيله هامة، فهي تُجَنِّبُ المتعاقدين كل لبس أو غموض في مدلول العقد، لأنه يترتب عليها معنى دقيق، سواء إنصرفت إليه إرادة المتعاقدين أم لا، أما الرضائية فإنها كثيرا ما تُسَيِّئُ إلى المتعاقدين، فإلى جانب احتمال إغفالها لبعض التفاصيل قد يكون التعبير عن إرادتهما غير دقيق فيصبح مدلول إتفاقهما غامضا، وقد يكون محل شك؛ مما يستدعي التدخل لتحديد مدلول العقد عن طريق تأويله<sup>4</sup>.

### المطلب الثاني: ضوابط أخرى مُستجدة

أدت المُستجدات لِفرضِ ضوابط أخرى من الفُيود على الإرادة، فهناك حالات يتوقف فيها مذهب الإرادة عن تفسير بعض الظواهر العقدية، والتي لم تتجه الإرادة إلى إحداثها وترتيبها، والتي إستلزمها مُقتضيات كالعادلة والعرف واستقرار المعاملات، وعدم التراجع عن الإيجاب قبل إنقضاء الأجل (الفرع الأول).

كما يتدخل القضاء للغرض ذاته لِفرضِ احترام الحدود المادية للغبن في بعض العقود، ومحاربة إستغلال أحد المتعاقدين للآخر (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الخروج على سلطان الإرادة بنص قانوني

---

1- انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 59-64.  
2- نظم المشرع عقد العارية في المواد من 538-548 مدني، وأما عقد الوديعة ففي المواد من 590-601 مدني.  
وثبت في الفقه الإسلامي شرط القبض بقوله تعالى ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً فَإِنْ أَتَى بَعْضُكُمْ مِنْكُمْ مِنْ أُمَّةٍ فَأُولَئِكَ الَّذِينَ يَتَذَكَّرُونَ﴾ الآية 283 من سورة البقرة.  
3- " لا تستند الإلتزامات التعاقدية ذاتها إلى محض الإرادة الداخلية، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقدته لأنه أراد ذلك فحسب، بل هناك إعتبارات إجتماعية ترجع للإستقرار الواجب توافره في المعاملات". انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.  
4- انظر علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 307.

نتعرض من خلال هذا الجزء إلى مبدئين هاميين تم الإعتداء عليهما وإهدار المكانة التي كائنا يَتَمَتَّعَانِ بها في ظل سيادة الإرادة؛ ويتعلق الأمر بمبدأ نسبية العقد ومبدأ نفاذه (أولاً)، كما إقتضت ضرورات الحياة وتشابكها صوراً ومظاهر أخرى يتعطل فيها مذهب الإرادة عن تفسير بعض الروابط العقدية (ثانياً).

### أولاً: المساس بمبدأ نسبية و نفاذ العقد

يَفْرَضُ التصور الضيق للعقد الإعتداد به في إطار المتعاقدين والملتزمين به فقط، وبالمقابل يُسْتَبَعَدُ في الحياة القانونية خارجهما وهذا أمرٌ غير مقبول في الوقت الحالي، إذ يُعْتَبَرُ العقد تصرفاً قانونياً بالنسبة لعاقديه، وواقعة قانونية بالنسبة للغير لا يمكن إنكارها أو تجاهلها؛ فاهتز الأثر النسبي للعقد، وتم المساس بمبدأ نفاذ العقد.

#### 1- الأثر الرجعي بالنسبة للغير

يعتبر ظهور العقود الجماعية أو المشتركة- والتي تطبق ويسري أثرها على أشخاص آخرين لم يشاركوا في إبرامها- مساساً صارخاً، وضرية قوية لمذهب سلطان الإرادة، فالعقد الذي أنشأته إرادتان - وصار شريعتهما وقانونهما - يُحْضَرُ على أحدهما منفرداً أن يعدله أو ينقضه؛ وبالمقابل لا تنصرف الحقوق والإلتزامات المتولدة عنه إلا لهما، جاء الوقت الذي شُوهِدَ فيه سريان آثاره على أطراف لم تكن ولم تَشْهَدْ نشأته<sup>1</sup>.

فمن عقود واتفاقات العمل الجماعية - التي إلتزم الكثير من الأفراد تحت الدواعي المُلِحَّة للشغل بأحكامها - من يَسْبِقُ تاريخ إبرامها، وتحرير بنودها تاريخ ميلاد من جاء من بعد، وخضع لمقتضياتها.

بالمقابل قد يستفيد ويكسب حقوقاً من عقد لا تربطه به صلة، ولم تنصرف إرادته إلى ذلك، بل أكثر من ذلك تنعدم لديه الإرادة والإدراك للقيام بذلك، كما هو الحال في الإشتراط لمصلحة الغير، وعلى سبيل المثال في عقود التأمين على الحياة التي يُبرمها المتعاقد

---

1- هذا ما تنص عليه المادة 106 مدني بقولها: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الأطراف أو للأسباب التي يقررها القانون...."

مع شركات التأمين، ويُدرج فيها بند أو شرط **إنصراف الحقوق** المترتبة عنها إلى شخص معين ( ابن المتعاقد على سبيل المثال، والذي قد يكون لم يولد بعد؟)<sup>1</sup>.

إن هذا العقد يُعتبرُ تصرفاً قانونياً بالنسبة لعاقديه وواقعة قانونية بالنسبة للغير لا يمكن إنكارها أو تجاهلها، وعلى الرُغم من أنه لا يستفيد من عقد ولا يتحمل بالتزامات ناتجة عنه إلا عاقديه، فمع ذلك فقد يتأثر الغير بوسيلة أو بأخرى بالعقد.

فقد يترتب على أعمال نتائج البطلان على إطلاقها أن يترتب ضرر فادح للمتعاقدين، وهو ما يمس الغير حسن النية الذي يُجري مُعاملات على أساس قيام هذا العقد، فتقتضي العدالة حماية الغير حسن النية من هذه النتائج، وهو ما تقتضيه كذلك المصلحة العامة لما فيها من رعاية للائتمان العام والإعتداد بالثقة المشروعة التي يطمئن الناس إليها، وتقوم هذه الحماية على أساسين أو مبدئين هما مبدأ حسن النية، وضرورة الإعتداد بالأوضاع الظاهرة<sup>2</sup>.

على هذا الأساس فلا تنحصر القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في طرفي العقد فحسب بل تمتد إلى خلفهما ( والخلف من تربطه صلة معينة بالمتعاقد كالخلف العام والخلف الخاص أو الدائن)، وإلى الغير (والغير هنا كل شخص أجنبي ولا تربطه بالمتعاقد صلة كما في حال التعهد عن الغير والإشتراط لمصلحة الغير).

بناء على تطور القانون الوضعي إنطلاقاً من تطور الحياة ذاتها فقد ضاعف التقسيم العصري لعمليات الإنتاج والبناء والتوزيع من المتدخلين في العقود.

فالمهندس المعماري والمستشار والمقاول والمقاول من الباطن والمورد... لا يرتبط بعضهم ببعض، ومع ذلك فإن مجموعة هذه العقود كانت لتحقيق عملية اقتصادية واحدة؛ ومن ثم فإن نوعاً من التضامن لا يمكن إلا أن يُوجدَ بين مُختلف المشاركين<sup>3</sup>.

فالتطور المعاصر وَسَع من النتائج القانونية للعقود، وكون الشركة تنشأ من علاقات فردية لم يعد من الممكن الأخذ بها على إطلاقها<sup>4</sup>.

---

1- تنص المادة 619 مدني على أن: " التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه..."، وهو نفس الصياغ الذي ذهبت إليه المادة 02 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات.

2- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص349-351.

3- انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص11.

4- حيث برزت للوجود أنواع من الشركات لا تقوم على الإعتبار الشخصي فقط، فشركات الأموال تقوم على ما يقدمه الشخص من قيمة مالية، خصوصاً والتوجه العام نحو الحرية واقتصاد السوق.

كما أدى إنتشار التمثيل - أي أن يمثل شخص آخر في القيام بتصرف قانوني - لا سيما في عمل الأشخاص المعنوية إلى إنتشار الإشتراط لمصلحة الغير، وكذلك النقل الآلي للديون ما له وما عليه، والتعهد بعدم المنافسة لمشتري الشركة التجارية... فهذه التطبيقات وغيرها قلصت بشكل ملموس من مدى المفعول النسبي للعقود.

فإبرام العقود الجماعية أولا في علاقات العمل، ثم في مجالات أخرى ظهرت تباعا - لا سيما بين منتجي المنتجات الزراعية ومستعمليها، وبين المؤجرين والمستأجرين، وكذا ما نشهده مؤخرا في العلاقات بين المهنيين والمستهلكين...- يُحجم إن لم يكن يدحض تطبيقها على غير أطرافها بإمتدادها بطريقة قانونية إلى أطراف آخرين من الأثر النسبي<sup>1</sup>.

بالموازاة مع هذا جرت إقامة وزن وقيمة للعقد بكونه واقعة اجتماعية، فالإجتهد اليوم وأمام تعقيد العلاقات العقدية يقبل بصورة عامة أن العقود والأوضاع القانونية بكونها وقائع اجتماعية يُمكن أن يُحتج بها أمام أشخاص آخرين غير المتعاقدين، أو حتى أن يُحتج بها الغير على المتعاقدين نفسهما<sup>2</sup>. من بين التطبيقات كذلك والتي تُشكل قيودا أو إستثناءات على مبدأ الأثر الرجعي للعقد الباطل أعمال الإدارة، والتي يقيد بها الأعمال التي يتم بها حفظ رأس المال واستثماره؛ كإجارة الملك، واتخاذ الإجراءات التحفظية، وهذه الأعمال تُكون في مصلحة الجميع.

تطبيق آخر يتعلق ببطلان الشركة، فبعد تأسيسها وقَبْلَ الحُكم ببطلانها قد تُجرى الشركة بعض التصرفات القانونية، وترتبط ببعض الإلتزامات التي يصعب إعادة النظر فيها، دون الإخلال بإستقرار المعاملات؛ لذلك من الصعب إعمال الأثر الرجعي للبطلان وفق القواعد العامة، بل لا بُدَّ من إبعاد بعض أعمال الشركة من هذا الأثر<sup>3</sup>.

---

1- انظر جاك غاستان، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص428.  
-Jacques Mestre, l'évolution du contrat en droit privé Français , journée Renè Savatier (Poitiers 24, 25 octobre 1985), l'évolution contemporaine du droit des contrats, publication de la faculté de droit et des science sociale de Poitiers , tome 15. p 51.  
أشارت إليه فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص51.

2- انظر جاك غاستان، ترجمة منصور القاضي، المرجع نفسه، ص429.  
3- تقضي القاعدة العامة في البطلان إعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وهذا ما يعني أن للبطلان أثر رجعي فينهار العقد، وهذه القاعدة يمكن تطبيقها قبل البدء في تنفيذ العقد وترتيبه لآثاره، أما إذا نُفِذَ العقد ونشأ عنه شخص معنوي، فإن تطبيق هذه القاعدة يؤدي إلى إهدار المعاملات التي قام بها هذا الشخص المعنوي، الأمر الذي يترتب عنه نتائج غير عادلة سواء من الناحية العملية أو الاقتصادية.

فمن الناحية العملية يتجاهل أوضاعا وجدت فعلا في الفترة السابقة عن الحكم بالبطلان، وأهمها أن هذا الشخص المعنوي أصبح داننا ومدينا، أما من الناحية الاقتصادية فهي زعزعة المراكز القانونية المستقرة، وإهدار حقوق الغير الذي تعامل مع هذا الشخص المعنوي،

يُطَلَّقُ على الشركة في هذه الحالة شركة الواقع أو الشركة الفعلية، أو الشركة الواقعية، لأنها وُجِدَتْ وانتجت أثارا كالشركة الصحيحة تماما، لا سيما في الفترة السابقة على الحكم ببطلانها<sup>1</sup>، كما يشترط لتطبيق فكرة الوجود الفعلي للشركة أن تكون قد باشرت أعمالا قبل الحكم بالبطلان، ولا ينطبق ذلك على كل حالات البطلان لأن هناك أحوال لا يجوز الاعتراف فيها للشركة بالوجود لا ككيان فعلي و لا ككيان قانوني<sup>2</sup>.

كما تُجَدَّرُ الإشارة إلى أن الشركة الفعلية تُجَدُّ أساسها في نص المادة 2/418 مدني، وبالإضافة إلى هذا الأساس القانوني يُرْجَعُ الفقه والقضاء أساس تطبيق النظرية إلى إعتبارات أخرى<sup>3</sup>.

## 2- مبدأ نفاذ العقد

إن ضرورة وجود الشخص داخل المحيط الإجتماعي يفرض حقيقة ثابتة مفادها عدم إستطاعة هذا الأخير، وهو يعيش داخل هذا المحيط أن يقف موقف اللامبالاة تجاه ما يمكن أن يحدث فيه من وقائع وتصرفات قانونية، فالواقع الذي نراه اليوم بتعقيداته وتداخلاته لم يكن مُشابهًا لما كان عليه حال المجتمع فيما مَضَى، حيث لم تُكُنْ هنالك مناسبة للمتعاقدين في الإحتجاج بعقدتهما تجاه الآخرين.

---

لذلك استقر القضاء على أنه متى حكم ببطلان الشركة اقتصر أثره على المستقبل فحسب دون أن يمتد إلى الماضي، إذ تعتبر الشركة قائمة، ويعتد بنشاطها في الفترة الواقعة بين تكوينها وبين تاريخ الحكم بالبطلان، وهذا اعتراف بالوجود الفعلي أو الواقعي.

ترجع نشأة الشركة الفعلية " Société de Fait " إلى القضاء التجاري، ويرجع السبب في ذلك إلى محاولة الحد من آثار البطلان الذي تقضي به القواعد العامة، ويُعتبر ما حدث مجرد وقائع مادية، لذلك رأى القضاء أن أعمال الأثر الرجعي للبطلان معناه تجاهل التصرفات التي أبرمتها الشركة مع الغير الذي يجهل وجود سبب بطلانها. انظر نادية فوضيل، الشركات التجارية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص53-54.

1- جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية : " لئن كان لكل شريك في شركة التضامن الحق في أن يطلب بطلان الشركة في مواجهة الشركاء لعدم إتخاذ إجراءات الشهر والنشر، حتى لا يبقى في شركة مهددة بالإقضاء في أي وقت قبل الأجل المحدد لها بعد تكوينها، إلا أنه ليس لهذا البطلان أثر رجعي بل تظل الشركة موجودة وجودا صحيحا طوال الفترة السابقة على القضاء به، رغم عدم إتخاذ إجراءات الشهر والنشر، وذلك بإعتبارها شركة فعلية لها شخصيتها الإعتبارية التي تستمد وجودها من العقد "، قرار رقم 354 س30، نقلا عن محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص351-353.

2- كأن يكون البطلان لإنعدام ركن من الأركان الموضوعية الخاصة أو عدم مشروعية المحل أو السبب، أما الحالات التي يمكن الاعتراف للشركة بالوجود الفعلي فمثالها أن يكون البطلان مؤسسا على نقص الأهلية أو على عيب في رضا أحد الشركاء، وأدى ذلك إلى انهيار العقد برمته.

3- حيث تنص على أنه : " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد، غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبيل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

يمكن إرجاع أساس تطبيق نظرية الشركة الفعلية إلى ما يلي:

- يستند في ذلك على فكرة حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقا لإستقرار المراكز القانونية، وكذا على أساس قانوني بحيث اعتبر أن عقد الشركة من قبيل العقود المستمرة التي تنفذ يوما بعد يوم، فإذا حكم بالبطلان تناول هذا البطلان مستقبل العقد فقط، أما بالنسبة للماضي فتعتبر الشركة موجودة ككيان فعلي واقعي لا ككيان قانوني، ولذلك تسمى بالشركة الفعلية.

- على الشركاء تحمل المسؤولية تجاه الغير الذي يلحقه ضرر بسبب تعامله مع الشركة التي يشوبها عيب البطلان.

- إن عقد الشركة هو من العقود المستمرة التي تنفذ بشكل دوري، ومن ثم إذا حُكِمَ ببطلانها فيكون الأثر بالنسبة للمستقبل فقط.

لقد كان من نتائج التطور الذي أصاب كافة مجالات الحياة، أن تَشَابَكَت علاقات الأفراد وتداخلت فيما بينها، ولم يَعُد بالإمكان أن يَبْقَى تصرف يُمكن أن يقوم به أي شخص من الأشخاص في المجتمع بِمَعزَلٍ تامٍ عما يَقَعُ في المحيط الإجتماعي من وقائع قانونية؛ وهنا لم يقف المشرع -يسنده الفقه والقضاء- موقف المتفرج، ولم يحصر نفسه في حدود مبدأ نسبية أثر العقد، بل سرعان ما أخذت تتبلور مفاهيم قانونية جديدة تتخطى حدود مبدأ النسبية، ليصل إلى إقرار مبدأ الحجية الكاملة للتصرف القانوني، والذي يتميز بمضمونه عن النسبية<sup>1</sup>.

لذا وجب أن يتحدد نفاذُ العقد وفقاً لإعتبارين فهو مُكْمَلٌ لمبدأ نسبية العقد ومستقلاً عنه، تجنباً للصراع الذي كان قائماً، والذي أدى إلى الإهتمام بمبدأ نسبية العقد دون نفاذه، فالمهم هو إلا ينتج العقد آثاراً في مواجهة الغير، فالتقيد الضيق بمبدأ النسبية كان يفرض الإعتداد بالعقد في إطار المتعاقدين والملتزمين به فقط، وبالمقابل يُستَبَعِد في الحياة القانونية خارج المتعاقدين<sup>2</sup>.

فعدم نفاذ العقد يعني عدم سريان العقد في حق الغير (عدم المعارضة)، فالعقد ينتج آثاره بين الأطراف فقط دون إمكانية الإحتجاج به أمام الغير.

إن للعقد وجوداً خارجي إلى جانب وجوده الداخلي لذا يجب فرض احترامه، وقواعد النفاذ كفيلاً بتحقيق ذلك، وذلك لكي لا نكون أمام مبدأ جديد يقضي على مبدأ سابق، ونُعطي للوجود الخارجي أهمية على العلاقة الداخلية أو العكس، فيجب العمل بالمبدأين بصفتهما مستقلين عن بعضهما، ومتكاملين في نفس الوقت؛ ولعل من أول صور نفاذ العقد إستعماله كوسيلة للإثبات، والمعني

---

1- الحديث هنا عن وقت صدور القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804، الوقت الذي كانت حياة الأفراد فيه غير مشتملة على علاقات وروابط قانونية متسمة بالتعقيد والتداخل. انظر سعد ربيع عبد الجبار، حجية العقود وأثرها في استقرار العلاقات القانونية (دراسة قانونية مقارنة)، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، العراق، 2008، ص203.

2- " ...مبدأ نسبية العقد عائقاً أمام أعمال مبدأ نفاذ العقد لمدة طويلة، إذ كان لا يتصور أن تتصرف آثار العقد إلى غير المتعاقدين، وتزايدت الإستثناءات على مبدأ النسبية إلى درجة القول أنها اهدرت المبدأ وأفقدته محتواه". انظر محمدي سليمان، نفاذ العقد، دكتوراه، الجزائر، 2004، ص324.

بالنفاذ هو الغير لذا يُوجبُ التقيد بمضمون النفاذ تحديد مفهوم هذا الغير<sup>1</sup>، وفي هذا يرى الأستاذ محمدي سليمان: " أن هذا أمرٌ غير مقبول، ولا يستقيم مع بعض الأوضاع"<sup>2</sup>.

هذه المعطيات أدت بالفقهاء إلى تناول هذا المبدأ وتحديد مفهومه، وتبيان أساسه وتوضيح أهميته، كما أخذوا بتعميمه ليشمل تطبيقه كل العقود دون أن يقتصر على طائفة منها، ولعل هذا هو السبب وراء انتشار مبدأ الحجية وذيوعه رغم أن الدعوة إليه لم تتجاوز بدايات القرن العشرين، مما جعله وسيلة ناجعة وفعالة في الواقع انطلاقاً من ماهيته ومحتواه التنظيمي<sup>3</sup>.

فإذا ما تم التزام شخص بالعقد في مرحلة لاحقة على تكوينه يجب تقبل أننا أمام متعاقد، ويمكن من خلال هذا استعمال التنازل عن العقد كآلية لنقل مركز المتعاقد من شخص لآخر عندما لا يكون شخص المتعاقد محل اعتبار، فيحل المتعاقد المتنازل له محل المتنازل، ويصير طرفاً في العلاقة التعاقدية القائمة، كما قد يصير الغير طرفاً في العقد بمقتضى القانون، ويختلف النفاذ حتماً وفقاً لإختلاف طبيعة الحق عينياً كان أم شخصياً<sup>4</sup>.

يشير المشرع كذلك إلى أنه لكلٍ دائن حلّ دينه، وصدر من مدينه تصرفٌ ضار به أن يطلبَ عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين، أو زاد في التزاماته...<sup>5</sup>.

### ثانياً: مقتضيات يتعطل معها دور الإرادة

هناك مظاهر وتطبيقات يتوقف أو يتعطل فيها مذهب الإرادة عن تفسير بعض الروابط العقدية، والتي إقتضتها ضرورات الحياة وتشابكها، فالقانون في جوهره ظاهرة إجتماعية.

### 1- مراعاة استقرار المعاملات و مقتضيات العدالة والعرف

1- لا يلزم العقد إلا العاقدين، ولا ينجز منه للغير ضرر ولا نفع (لا ينشئ حقوقاً لفائدة الغير ولا التزامات) إلا في الصور التي نص عليها القانون، لكن لا يعني هذا أن الغير يُمكنه أن يتجاهل وجود العقد تماماً، لأنه إلى جانب كونه مصدراً للإلتزام يعتبر كذلك واقعة إجتماعية، وباعتباره كذلك فهو يُنشئ مراكز قانونية جديدة نتيجة تغير مصالح الأفراد بموجبه. مثال ذلك عقد البيع حيث ينتج عنه انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، كما يكون من حق المتعاقدين الإحتجاج بالعقد في مواجهة الغير، كما أنه يمكن أن يتسبب إخلال أحد المتعاقدين بالإلتزامات العقدية في إلحاق ضرر للغير، وبالتالي يحق له (الغير) أن يحتج بالعقد ضد الطرف المُخطئ، وأن يُطالبه بالتعويض.

إن حصر الطابع الإلزامي للعقد بين المتعاقدين لا يمنع من إشعاعه (نفاذه) على الكافة، والغير الذي قصده المشرع هو الغير الأجنبي تماماً عن العقد، و الذي لا يتأثر لا بصفة مباشرة ولا بصفة غير مباشرة به، ذلك أنه يوجد أطراف لم يكونوا طرفاً في العقد، ورغم ذلك لا يعتبرون غيراً بل تتصرف إليهم آثار العقد الذي لم يبرموه، من ذلك خلفاء الأطراف المتعاقدة ودانئهم. انظر المواد 108 و 109 مدني.

2- انظر محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 324-325.

3- انظر سعد ربيع عبد الجبار، المرجع السابق، ص.

4- انظر محمدي سليمان، المرجع نفسه، ص 325-329.

5- انظر المادة 191 مدني.

كان من شأن أعمال ومراعاة مقتضيات إستقرار المعاملات المساس بمبدأ الإرادة وحريتها في التعاقد، فقد صار في الكثير من الأحيان يُتَدخَلُ في تصرّفات الأفراد بالتعديل، وحتى إلغاء بعض الشروط بدواعي المحافظة على العقود واستقرار التعاملات، كما قد يَتِمُّ ذلك إعتباراً لمقتضيات العرف وقواعد العدالة، وحتى الحالة المتعلقة بعدم التراجع عن الإيجاب قبل إنقضاء آجله.

#### أ- إستقرار المعاملات

من الطبيعي بِمَكَان أن يتطور القانون بما يُحَقِّقُ مزيداً من الإستقرار، كما يَنجُمُ عنه أن تتطور الأفكار القانونية بما يحقق الهدف نفسه، فتصير بذلك القاعدة القانونية مُهَيَّمةً بإشاعة الإستقرار في المعاملات القانونية عبر ترسيخ العدالة الإجتماعية، وكمثال عن ذلك حماية المستهلك في العلاقات الإقتصادية<sup>1</sup>.

#### ب- تطبيق مقتضيات العدل

إن تطبیقَ مقتضيات العدل والعدالة يُعتبر من العوامل ذات الطبيعة الأخلاقية التي تُهَيِّمُ على ضمير الجماعة، ويُقصد بالعدل منع صور الظلم والعدوان المُتصوِّرة داخل الجماعة، وإتاحة توازنٍ بين جميع الأفراد، ويتجلى إحساس العدل في نفس الشخص على هيئة إستحسان أو إستهجان إزاء واقعة ما، عند مُوافقة هذه الواقعة للضمير الأخلاقي أو مخالفتها له.

من هذا الإحساس الذي يُوجد عند الناس كآفة يتكون الضمير القانوني الجماعي، يَبْدُ أن هذا الإحساس يَتَغَيَّرُ مع مرور الوقت، فيتغير بذلك تصوُّر العدل، وإذا لم يظل الشيء على حاله فليس ثمة عدل مطلق، ولا قانون خالد، ولا عقد أبدي.

يُرادُ بالعدل هنا العدل التبادلي كما يُقدِّره المجتمع لا كما يقدره الفرد حين إرتضى إبرام العقد، فإذا إنتفى العدل تتدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف، فنزوده بالوسائل التي تُنَّيخُ له تقاضي الظلم، والحصول على شروط أفضل<sup>2</sup>.

فَيَقَالُ عن عَقْدٍ أنه عادل حين يكون مُتوازناً، ويكون غير ذلك حين يقضي بنقيض ما تقضي به قواعد العدل، أو حين يقود عدم التوازن إلى الظلم<sup>3</sup>، هذا بإيجاز معنى العدل، أما العدالة والتي تَفْتَرِبُ ظاهرياً من مصطلح العدل فيقصد بها تارة القانون الطبيعي والعقلي،

1- ما الإعتراف بالمراكز الفعلية وحماية من يتعامل مع أصحابها على أساس أنهم أصحاب مراكز قانونية إلا لتحقيق إستقرار المجتمع، وتحقيق الأمان لمعاملات وتصرفات الأفراد. انظر محمد صديق محمد عبد الله المرجع السابق، ص 271- 273.

2- انظر محمد وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 190.

3- انظر محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 190، حيث يقول: " أن العدل هو ذلك النجم القطبي لكل تكوين قانوني"، إشارة إلى مقولة كلسن، القانون الطبيعي، حوليات الفلسفة السياسية، ج 3، ص 2001.

كما يُقصدُ بها قواعد الأخلاق، فالعدالة هي إحساس أخلاقي موجود في الضمير الإجتماعي، فهي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية. على هذا النحو تُعتبر العدالة نوعاً من العدل، أو هي العدل مُطبّقاً على حالة خاصة، وثمة حالات كثيرة في القانون يُرخص فيها المشرع للقاضي في أن يأخذ بأسباب العدالة، ومما سبق يبيّن بأن العدالة لا تقوم وحدها، ولا تكفي بذاتها، فهي ذات طبيعة خاصة فلا توجد ولا تعمل إلا حيث يوجد نظام قانوني تُستخدم لتخفيفه عند قسوته، لذلك لا تعتبر العدالة نظاماً قائماً بذاته يجوز أن يكون أساساً لحلّولٍ يُمكن تعميمها<sup>1</sup>.

## 2- حالة النيابة القانونية والعقد الصوري

لا يُستترط أن يصدر التعبير عن الإرادة من الشخص الذي يعتبر طرفاً في العقد، إذ يمكن أن يصدر من نائب عنه يعمل لحسابه، وهنا يتم التعاقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصل<sup>2</sup>. كذلك الأمر في حالة خروج النائب عن حدود النيابة، وكان الغير الذي تعامل معه حسن النية، فيكون تصرف النائب أو الوكيل مُلزماً للأصيل، فالتعاقد بإسم الأصيل هو الذي يؤدي إلى إعتباره طرفاً مباشراً في العقد رغم أن إرادته لم تشترك في إبرامه<sup>3</sup>. يظهر في هذا مساس بمبدأ الإرادة ودورها، فعلى الرغم من أن الأصيل وإرادته هو من أناب الوكيل، أو وكل النائب عنه للقيام بهذه التصرفات (بيع، شراء...) إلا أن إرادته من منظور وتصور سلطان الإرادة ليست هي مصدر الإلتزام؛ وفي تجاوز الوكيل حدود النيابة فإنه يتحمل الأصيل آثار؛ قد بل أكيد أنه لا يرغب فيها ولا يريدتها.

### أ- الوكالة الظاهرة والعقد الصوري

من المعلوم أن الوكيل يتصرف بإسم ولحساب الأصيل، هذا في الوكالة العادية الصحيحة، أما إذا كان يتصرف هذا الأخير من دون وكالة قائمة بينه وبين الأصيل، أو أن الوكالة يشوبها شائب، أو

---

1- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 294-295.  
2- على الرغم من إنصراف الآثار له الوكالة أو الإنابة عقد بمقتضاه يفوض شخصاً آخر للقيام بعمل شئ لحساب الموكل وبإسمه، ولقد نظم المشرع أحكام الوكالة في المواد من 571-589 مدني.  
3- انظر محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الإلتزام، المصادر والأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1994، ص 40.

أن التصرف جاء بعد بطلان الوكالة أو إنتهاءها... فأثر هذا التصرف يجعل الغير طرفا جديرا بالحماية لأنه تعامل بحسن نية<sup>1</sup>.

ينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل لا بموجب الوكالة الحقيقية فهي غير موجودة في الواقع بل بموجب وكالة ظاهرة، ومسألة الوكالة الظاهرة هي فكرة صاغها القضاء، وتابعة فيها الفقه ليواحة بها الضرورات العملية، وليوطد استقرار التعامل<sup>2</sup>.  
فإذا أبرم عقد صوري فإن الذي يعلنه الطرفان يُعتبر عنصرا كافيا لقيام الركن المادي للظاهر، ومتى توافر حسن النية للغير فلا بُد من حمايته، فله أن يتمسك بهذا التصرف والمطالبة بنفاذه<sup>3</sup>.

### ب- مسألة الوارث الظاهر

الوارث الظاهر مسألة أخرى فرضتها الحياة العملية، فقد تستقر أموال التركة أو جزء منها في ذمة شخص ثم يظهر فيما بعد مانع من موانع الميراث، أو أنه محجوب، أو ظهور المفقود... وبذلك يُمنع على الدائن العادي الذي لم يُظهر دينه قبل توزيع التركة من الرجوع على الغير<sup>4</sup>؛ على خلاف ذلك نص المشرع في قانون الأسرة بأنه لا يُورث المفقود ولا تُقسّم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها<sup>5</sup>.

### ج- عدم التراجع عن الإيجاب قبل إنقضاء الأجل

ألزم المشرع الموجب بالبقاء على إيجابه إلى غاية إنقضاء هذا الأجل، ويتحدد هذا الأجل بناء على الإتفاق أي صراحة، كما يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، هذا ما يصطلح عليه بالقوة الملزمة للإيجاب، حيث يبقى مُقدم الإيجاب مع تحديد أجل للقبول ملتزما إزاء الطرف الآخر إلى نهاية الأجل المحدد<sup>6</sup>.

## الفرع الثاني: مُحاربة عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة

---

1- مثلما هو معلوم أن الغير هو كل طرف أجنبي عن العقد، ولا تربطه صلة به إلا أنه قد يتضرر هذا الغير جراء هذا التصرف مما يوجب حمايته. انظر محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص37-38.  
2- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص354-355.  
3- انظر المواد 198 و199 مدني.  
4- تسلم بعض التشريعات كالتشريع المصري بفكرة الوارث الظاهر حماية للغير الذي تعامل معه خصوصا مع توافر قرينة حسن النية لديه، انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص360.  
5- انظر المادة 115 أسرة.  
6- تنص المادة 63 مدني على أنه: "إذا عين أجل للقبول إلترزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".

لا يتحقق التوازن هنا إلا بوضع نظام قانوني يُسَهِّمُ 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 (أولا) والإستغلال (ثانيا).

### أولا: الحالة المتعلقة بالغبن

إن إعتبار الأفراد أقدر الناس على الدفاع عن مصالحهم يُعدُّ وُقُوفًا سلبيًا في حق المشرع، كما أنه يُعطي للأقوياء اقتصاديا (سلاحا) أو ذريعة للإضرار بالضعفاء واستغلالهم، ومن ثم إملاء إرادتهم عليهم<sup>1</sup>؛ ولأجل إعادة التوازن الإقتصادي بين طرفي العقد؛ فلا يكفي أن تتفق إرادتي الطرفين المتعاقدين على إبرام العقد، وليس العقد مُجرّد أداة فردية بل هو أداة إجتماعية، لذا وَجِبَ وَضَعُ تِقْنِيَّاتٍ تَكْفُلُ تحقيق توازن بين الأداءات<sup>2</sup>.

لذا وَجِبَ النظر إلى العقد على أنه وسيلة الحياة في الجماعة وأنه واقعة جماعية تهم لا المتعاقدين وحدهما بل تهم الجماعة بأسرها، وهو بهذا الوصف يجب أن يندمج في البيئة الإجتماعية، وأن يَنْضَوِيَ تحت لوائها، ويخضع لمقتضياتها<sup>3</sup>.

لا تترك القوانين التي تقوم على أساس مُطلق من مبدأ سلطان الإرادة في أحكامها وقواعدها مكانًا للغبن، لأن الأصل عندها أن كل إنسان حر في تصرفاته، وأن العقد شريعة المتعاقدين، وليس للقانون أن يتدخل فيما أقبل عليه الطرفان بإرادتهما السليمتين.

إن الملاحظ أنه لا يُوجد في القانون المدني مبدأ عام يضمن بشكل مباشر توازن العقد<sup>4</sup>، بل وأكثر من ذلك نجد المشرع يُقر ويأخذ بعقود تقوم كأصل على عدم التوازن<sup>5</sup>.

لذلك كان من الواجب البحث عن وسائلٍ لتحقيق التوازن العقدي بين التزامات الأطراف، ما دام من الثابت أن التوازن لن يتحقق تلقائيا، في ظلّ أفراد الطرف القوي بتحرير عقد نمُوذجي، يُضمِّنه ما يشاء من الشروط التعسفية.

---

1- انظر محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص191.

2- انظر بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2003، ص234.

3- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص280.

4- انظر علي فيلاي، دروس غير منشورة أقيمت على طلبة الماجستير، الجزائر، 2006/2007. وبودالي، المرجع نفسه، ص235.

5- انظر المادة 57 مدني لا سيما الفقرة الثانية، والتي تتكلم على أنه إذا احتوى الشيء المقابل في العقود التبادلية على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر.

كاشتراط تحديد ثمن المبيع، أو تخفيف الضمان، أو احتفاظه بحق تعديل مواصفات المبيع دون تخفيض الثمن،... الخ ذلك، وفي هذا تقييد للإرادة، وخروج عن مبدأ سلطان الإرادة، الذي يترك مجال المعاملات المالية بين الأشخاص لقانون المنافسة الحرة عن طريق قانون العرض والطلب، حيث لا دَخَلَ للدولة في نشاط الأفراد، والذي يَسْتَقِرُّ في مرحلة لاحقة، محققاً بذلك الصالح الخاص، والذي يَقْتَضِي معه تحقيق الصالح العام على أساس الإلتزام بالإرادة الحرة والمختارة<sup>1</sup>.

لم يكن يَهْتَم القانون الفرنسي القديم بتعادل إلتزامات المتعاقدين، ويرجع ذلك لإعتداده بمنطق مبدأ الإرادة، فالعقد هو الوسيلة المثلّية لتحقيق العدالة وضمانها بين الأفراد، إنطلاقاً من أن كل ما هو تعاقدى فهو عادل، ويؤدي هذا التصور إلى الإعتداد بالتعادل المجرد (équivalence Abstraite).

هذا وقد أخذ المشرع الفرنسي بالنظرية المادية في الغبن، والمُتمثِّل في عَدَم التعادل (التوازن) بين أداءات الأطراف؛ إلا أنه لم يأخذ به على إطلاقها، وإنما حصرها على عقودٍ مُعينة، فَحدَدَ درجة الإختلال بحد أو رقم معين<sup>2</sup>.

على خلاف هذا يأخذ المشرع الألماني والسويسري ويؤسس الغبن على النظرية الشخصية، والتي تَجْعَل منه سبباً لإبطال العقود؛ إذ يَجِبُ في نظرهم عَدَمُ الإكتفاء بالإختلال في الأداءات المُتقابِلة وحدها، وإنما يَجِبُ أن يَأْتِ ذلك نتيجة إستغلال أحد الطرفين لطيش بين أو هوى جامع في الطرف الآخر<sup>3</sup>.

فَتَرِكَ للقاضي السلطة التقديرية بين إبطال العقد، أو بإنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون، فهو الذي يُحدِد ما إذا كان هناك تفاوت يتجاوز المألوف، ومسألة تحديد ما إذا كان هناك تفاوت أم لا من مسائل الواقع لا القانون؛ ومن ثم فلا رقابة عليه من طرف المحكمة العليا في هذا الشأن<sup>4</sup>.

---

1- انظر المادة 106 مدني.

2- انظر علي فيلالي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 146 وما بعدها.

3- تأسيساً على مبدئي التضامن الإجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات يعتبر القانون الألماني الغبن عملاً غير مشروع ومخالف للأداب، يترتب عليه البطلان المطلق فلا تعدد هاتئ النظرية عند تقدير الشيء بقيمته المادية، بل بقيمته الشخصية وذلك بالنظر إلى ظروف التعاقد. انظر بودالي المرجع السابق، ص 235.

4- انظر المادة 90 مدني.

إن العبرة بالتفاوت المادي بين التزامات الأطراف لا بحالتهما النفسية؛ وعلى هذا يُعتبر الغبن عيب قائم بذاته، وهو عيبٌ في العقد لا الرضا، يتجلى ذلك من مضمون الغبن ذاته، الذي يُعرَف بأنه: "عدم التعادل بين ما يُعطيه العاقد وما يأخذه"<sup>1</sup>.

فالعقد يكون معيباً إذا بلغ التفاوت بين إلتزامات المتعاقدين الحد الذي عيّنه المشرع<sup>2</sup>، وتقتضي التوجّهات التي يشهدها المجتمع ضرورة معالجة إختلال التوازن بين التزامات الأطراف، وفي هذا يقترح الفقه حُلُولاً من شأنها الإسْهَام في مُعالجَتِهِ.

فأقترح التصور الموضوعي المتمثل في عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يتحصل عليه؛ واعتبروه كافياً لإبطال العقد بغض النظر عن الإعتبارات الشخصية والنفسية لكل متعاقد، ويعتدُّ هذا التصور بالتعادل الحقيقي (équivalence concrète) والمتمثل في التعادل الفعلي للإلتزامات التي يُرتبها العقد، فلا يكفي التعادل الذي ارتضاه المتعاقدان بل العبرة بالتعادل الموضوعي لمضمون علاقة التبادل القانونية، أي التزامات المتعاقدين<sup>3</sup>. يستمدُّ هذا التصور الذي يُكفِّف الغبن على أنه عيب قائم بذاته، مما كان يسميه رجال الكنيسة "الثلث العدل"، و"الأجر العدل"<sup>4</sup>.

إن مسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم التعاقدات، ما هو إلا تماشياً مع نفس أساس الإلتزام العقدي، ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، بعيداً عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للأخر<sup>5</sup>.

---

1- انظر السنهوري، المرجع السابق، ص386.  
2- مثال ذلك أن يزيد الغبن عن الخمس (5/1) في بيع العقار أو قسمته، المواد 358 و 732 مدني، وتقابلها المواد 887، 1674 مدني فرنسي، والحد أو المقدار عندهم هو 12/7.  
3- " يقتصر عادة الغبن على العقود التبادلية والمحددة، لأن العقد الملزم لجانب واحد يُرتب التزاماً واحداً، كما يتنافى الغرر الذي يميز العقود الإحتمالية مع الغبن". انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص147.  
- A Marabti.op cit.p123.  
4- إلا أنه يعاب عليه صعوبة تطبيقه من حيث المشاكل التي يمكن مواجهتها بخصوص تحديد الأسعار. انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص387.  
5- نظراً لإنتشار هذه الظاهرة في العصر الحديث و(تلونها) بصور عديدة وتحت تسميات مختلفة، بسبب المشاكل الاقتصادية التي أضحت تعرفها الحياة اليومية من إنتشار للبطالة والتضخم الاقتصادي... ما يدفع بالفئات الهشة (الضعيفة اقتصادياً) بل يلجئهم إلى إبرام هذه العقود تحت ضغط واستغلال الآخرين. فتأتي إرادة المُستَغَل معيبة وقاصرة، ويصدر رضاه وهو لا يريد هذا التصرف ولا الشروط التي يتضمناها. انظر المحمدي أحمد أبو عيسى، النظرية العامة للاستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص05.

## ثانيا: الحالة المتعلقة بالإستغلال<sup>1</sup>

تتقيد الإرادة بإعمال نظرية الاستغلال، ذلك أن مقتضيات العدالة تقتضي حماية المتعاقد الذي وقع في هذا الاستغلال، وتُعد نظرية الإستغلال - أو مثل ما تسمى النظرية الشخصية للغبين - نظام حديث يعمل على تحقيق الحماية للمتعاقد الذي يحتاج لذلك<sup>2</sup>.

فالمشرع يهدف من خلال إستحداثها إلى حماية الطرف الضعيف، ذلك أن العقد المتفاوت في إلتزامات أطرافه يكون منافيا للعدل، والإستغلال بهذه الصورة يعيب الإرادة، ويؤدي إلى إختلال التوازن العقدي، الذي يدفع بالمتعاقد المتضرر إلى المطالبة ببطان هذا العقد<sup>3</sup>.

فَمَفَادُ هذه النظرية أن التفاوت الذي قد يوجد بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذا لإلتزاماته، والفائدة التي يحصل عليها يكون ناتجا عن ضعف المتعاقد المغبون من جهة، وإلى إستغلال الطرف الآخر لهذا الضعف من جهة أخرى<sup>4</sup>، وتكون العبرة هنا بالضعف النفسي الذي نال من سلامة رضاء المتعاقد المغبون، ويجب أن يكون هذا الضعف النفسي مؤثرا، ومُستغلا من طرف المتعاقد المستفيد من العقد<sup>5</sup>.

يشترط المشرع بموجب المادة 90 مدني أن تكون الإلتزامات المتعاقد متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك من الفقه من يرى أن هذه الفقرة تعد تعريفا للغبين بمفهومه المادي<sup>6</sup>.

---

1- 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 الإلتزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض. انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص151.

2- انظر بودالي، المرجع السابق، ص237.

3- انظر المحمدي أحمد أبو عيسى، المرجع السابق، ص05.

4- " قد يتمثل هذا الضعف في الطيش البين، أو الهوى الجامح، أو الحاجة الملحة، أو الخفة وعدم الخبرة...". انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص148 هامش10.

5- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص1065، وعلي فيلالي، المرجع نفسه، ص148.

لقد قصر المشرع حالات الإستغلال على حالتين هما الطيش البين و الهوى الجامح، وكان حري بالمشرع توسيع مجالها لتشمل كل الحالات التي ينطوي عليها الاستغلال المعيب للإرادة دون قصره على الحالات السابقة؛ فهناك حالات أخرى كثيرا ما يستغلها البعض، ومن ذلك عدم الخبرة والحاجة الملحة وكذا ضعف الإرادة لكبير السن. انظر المحمدي أحمد أبو عيسى، المرجع نفسه، ص06.

6- انظر عسالي عرعار، نظرية الإستغلال، ماجستير، الجزائر، 1997، ص07. إشارة إلى:

-Antoine Vialard, la formation du contrat, opu, 1980, P, 112.

إن معيار التفاوت قد يكون بين السعر الحقيقي للشيء وقيمته عند الشخص، ويبدو هذا المعيار ذاتيا نوعا ما، وقد ينظر إليه نظرة موضوعية تكون بحسب قيمة الأشياء في الأسواق (سعر السوق كضابط).

من ذلك تتبين مظاهر تقييد الإرادة والحد من دورها، إذ يتعين مُحاربة الإستغلال؛ الأمر الذي يتعين معه الإعتداد بالمساواة الحقيقية وليست المجردة، ولا نعني بالمساواة الحقيقية المساواة التامة، ولكن التعادل النسبي مع المضمون الحقيقي للعقد<sup>1</sup>.

يذكر الأستاذ بلحاج العربي في هذا الصدد: أن العبرة في تقدير الإختلال هي بقية الشيء وقت التعاقد وليس بعد ذلك، وأن يُعتد بقيمة الشيء في نظر المتعاقد المتضرر، أي القيمة التي كان على إستعداد لدفعها في سبيل حصوله على هذا الشيء<sup>2</sup>.

فالهوى الجامح ينال من سلامة القرارات التي يتخذها المتعاقد، وهذا الميول نحو شيء أو شخص معين يجعله يدفع للتعاقد سَعْيًا منه لتحقيق رغباته دون تبصر، وغير مُبالٍ بالأضرار التي قد تلحق به جراء ما قام به<sup>3</sup>.

فتؤدي هذه الرغبة إلى الضغط على إرادة المتعاقد المغبون، مما يُمثلُ نوعا من الإكراه عليه، يفقد المتعاقد بموجبه حرية التصرف فيفسدُ بذلك رضاه.

يرى في هذا الشأن الأستاذ علي فيلالي أنه: " يجب أن تفوق شدة هذا الميول الحد المعقول، بحيث لا يستطيع المغبون دفعها أو تحملها"، ويضيف قائلا: " هذه الحالة النفسية التي تنال من إدراك وتُمييز المتعاقد تتطلب حماية قانونية، وهذا ما يبرر إلحاق الإستغلال بعيوب الرضاء"<sup>4</sup>.

وتمثل سلطة القاضي في مجال محاربة الإستغلال 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 والإستغلال.

---

1- انظر عسالي عر عارة، المرجع السابق، صص 08-46.

2- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، صص 96.

3- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، صص 157، ويعرفه محمد صبري السعدي على أنه: " الشعور الملح العنيف نحو شخص أو شيء، يمتلك الإنسان فيجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة". انظر المرجع السابق، صص 206.

4- يرى الأستاذ علي فيلالي في ما يتعلق بأحكام المادة 90 مدني عموما: أن المشرع تقدم خطوة إلى الأمام في إعتداده 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 التعاقد "طيش بين أو هوى جامح"، وكان حرى بالمشرع الإعتداد بمعيار واحد، ومن الأحسن والأجدر أن يأخذ بالمعيار المادي أي بنظرة موضوعية لما في ذلك من إستقرار للمعاملات وثبات للمراكز القانونية. دروس غير منشورة أقيمت على طلبنة الماجستير دفعة 2006/2007.

## نخلص في نهاية هذا الباب إلى أن:

- على الرغم مما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة من مكانة إلا أن التطور الحاصل في المجال التشريعي لم يقبل (بالفكرة) على إطلاقها حيث سعت النصوص إلى الحد من آثاره، حيث أدى التطبيق غير المحدود له من توضيحات ببعض المصالح والحقوق، وهذا بوجه عام.
- تفصيلاً وإسقاطاً على مراحل العقد المختلفة يمكن القول أنه لم تُعد المفاوضات مجرد عملٍ مادي به يتم تبادل وجهات النظر، وإنما تحولت إلى مرحلة مهمة لها نظامها القانوني، وفيها يتقرر وجود العقد ومصيره، مما يُحتم تقييد إرادة الأطراف فيها.
- فالمفاوضات التعاقدية السليمة المتكاملة البنیان والمحددة الأركان والأهداف، القائمة على إحترام مبدأ حسن النية والأمانة، لها الدور الحاسم في الوصول إلى النجاح، والنأي بمتفاوضي الأمس ومتعاقدَي اليوم عن الخلافات والنزاعات؛ بما يكفل تنفيذ العقد بعيداً عن المشكلات والخصومات، أو الوصول إلى قناعة تامة بالعدول على اعتبار أن التعاقد ليس فيه مصلحة.
- هناك العديد من الإلتزامات المُكملة لمبدأ حسن النية - الذي يبقى من المبادئ الهامة في إطار نظرية العقد-، وهي التزامات مُستقلة أساسها فكرة موضوعية الإرادة، بإعتبار أن الإرادة المُطلقة لم يعد لها وجود، وإنما هي مقيدة بإعتبارات من أهمها تحقيق العدل، ومن طرائق الوصول إلى العدل الإلتزام بهذا المبدأ.
- كما أن هناك العديد من التطبيقات لمبدأ حسن النية والوضع الظاهر، والتي تُشكّل فُيوداً واستثناءات على مبدأ الأثر الرجعي للعقد الباطل بالنسبة إلى الغير، والتي من تطبيقاتها العقد السوري، مسألة الوارث الظاهر، الإعتداد بالشركة الفعلية عند تقرير بطلان الشركة...
- نخلصُ كذلك إلى أن مقتضى الأثر الرجعي للبطلان فيما بين المتعاقدين إعادة المُتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها عند إبرام العقد، إلا أن هناك إستثناءات تَرُدُّ على هذه القاعدة، وما يَجْمَعُ هذه الإستثناءات هو الإستناد إلى فكرة الموضوعية.
- كما أنه من مقتضيات موضوعية الإرادة التعاقدية إعتقاد الإرادة الظاهرة لما تُقدِّمه من عوامل الإستقرار والأمن الاجتماعي والمصلحة لعامة، فهو إرتباط بالوضع الظاهر وتقديم الحماية له.

- من مظاهر الحد من دور الإرادة في المجال التعاقدى فكرة النظام العام، والتي تُعد فكرة مرنة، تزداد أو تقل حسب قدرة التشريع في الدولة على أن تكون تعبيراً صادقاً عن هذه الجماعة بأفكارها وأسسها وقيمتها.

لذلك يتبين أهمية دور القضاء فى الإضطلاع بمهمة تحديد مدى تعارض التصرفات القانونية مع القبول الجماعى لهذا التصرف، ويستلزم إحترام مقتضيات النظام العام والآداب العامة الحد من حرية الأفراد، والتقييد من دور الإرادة، فلم تعد حرية التعاقد مبدأ مطلقاً بورؤد هذا القيد عليها.

- تَبَيَّنَ كذلك أن الإتجاه ينحو نحو جعل الكثير من العقود شكلية (مما يعطى ويزيد من إمكانية مراقبتها وتوجيهها على نحو يحفظ الصالح العام، ومصالح أطرافها في نفس الوقت)، وهو الأمر الذي إنعكس على مبدأ سلطان الإرادة، والمساس بمبدأ الرضائية في العقود.

فالشكل المطلوب وبالرغم من الفائدة التي يتوخاها المشرع من خلاله لا يعد تأكيد للإرادة بقدر ما هو قيد وحد من دورها؛ ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد تطوراً تعاقب فيه عاملاً الإستقرار والإرادة على مراحل متتابعة.

- وجوب التمييز ما بين مبدأ سلطان الإرادة -الذي يتعلق بقدرة الإرادة على إختيار التعاقد أو عدم التعاقد- ومبدأ الرضائية الذي يتعلق بكفاية الإرادة لإنشاء التصرف؛ فالمبدأ الأساسى هو مبدأ سلطان الإرادة، وينتج عنه مبدأ الرضائية أي أنه هو الفرع.

- كما أن التقيد الضيق بمبدأ النسبية كان يفرض الإعتداد بالعقد في إطار المتعاقدين والملتزمين به فقط، وبالمقابل يُستبعد في الحياة القانونية خارج المتعاقدين، وهذا ما لم يعد يتفق مع المقتضيات الحالية، إذ للعقد وجود خارجي إلى جانب وجوده الداخلى لذا يجب فرض احترامه.

- يعمل الإلزام القانونى بالتعاقد على إبراز الوظيفة الاجتماعية للقاعدة القانونية عموماً وللعقد بصفة خاصة، وذلك منعا لحالات الإستغلال والغبن؛ وللقاضي في بعض الصور السلطة التقديرية الواسعة، فقد يُنقِص من مضمون العقد أو قد يتوسع فيه؛ كما له سلطة تقويم سلبياته.

هنا يمكن الكلام عن إنتقاص من دور الإرادة وتعطيل لفعاليتها، وهو ما جعل العقد يمر من نظام العقد الحر (القائم على الإرادة) إلى نظام العقد المُقيد؛ ونسائل هنا: هل توقف الأمر عند هذا الحد أم أن التطورات حَمَلت معها مُعطيات أخرى؟.

## الباب الثاني:

الإرادة من التوجيه والتنظيم إلى إعادة  
البعث من جديد

على تعدد وتنوع الحريات فإنه لا بُد من ترتيبها بالنظر لأهميتها سواء بالنسبة إلى الفرد أو المجتمع، ولو تم التنازل عن قدر معين من الحرية العقدية لكانت النتائج إيجابية؛ هذه وجهة نظر جانب من الفقه، فالحرية التعاقدية هي قبل كل شيء فكرة مُجردة لأنها حرية مقيدة بعامل الضرورة، وتَقْلُصِ لِمَجَالِ الإختيار.

كما يَعْتَرِضُ البعض في الآونة الأخيرة على أن الإرادة هي جوهر العقد، ولا يرون فيها سوى واقعة موضوعية يُعْلَقُ عليها القانون آثارا معينة، و(يهدف) القانون إلى تنظيم وضبط الإرادة ضمن إطار شامل يحقق الغاية بالنسبة إلى الفرد والمجتمع على حد سواء.

لأجل ذلك بدأ الخروج على مذهب الإرادة يتزايد في العصر الحديث على إثر التطورات التي حدثت نتيجة للثورة الصناعية والتكنولوجية، حيث أصبح المشرع يتدخل بوضوح في التصرفات القانونية للحد من دور الإرادة، وذلك من خلال تنظيم العقود، ولو على غير إرادة المتعاقدين.

كما زاد التعدي على الإرادة في إتيان التصرفات القانونية ومباشرتها، حيث أنه وبعد حراكٍ مُستمر، وتحت ضغط مؤثرات متعددة برز إلى الساحة بقوة مبدأ التنظيم والتوجيه، من خلال القواعد الأمرة، فتراجعت بذلك الإرادة إلى درجة الإلغاء التام لدورها في التعاقد. فوردت على مبدأ الإرادة قيود شتى أرهاقت أيمًا إرهاق، وتنطلق هذه القيود من المعطيات والمتغيرات المعاصرة اقتصاديا واجتماعيا وحتى سياسيا وثقافيا؛ فمسألة حماية الإرادة أصبحت مَوْقِع ومحل نظر، فالإرادة تتأثر بفعل ما يَعْتَرِيهَا من هذه العوامل.

إزداد الأمر حِدَةً ولم يقتصر على الضوابط التقليدية التي تَمَّت الإشارة إليها في الفصل السابق بل وصل الأمر لِدِرَجَةِ التساؤل عن دور الإرادة وحريتها؛ فأين هو سلطان الإرادة وما فائدة وقيمة هذه الحرية إن كانت لا تستطيع أن تظهر في إبرام عقد أو رفض تعاقد، أو حتى أن تكون (واعية) لمضمون العقد الذي لا يُحَقِّق مصالحها؟

ف نجد أن القواعد العامة تشترط في الإرادة السلامة من العيوب وتريدها وَاَعِيَةً ومُدْرَكَةً؛ وليس هناك عيب أكبر من أن تكون الإرادة مُجْبِرَةً وغير مُخْتَارَةً.

حيث ظهرت أنواع جديدة من العقود لا تملك الإرادة فيها مجال كبير، فكثير من العقود اليوم تتم بمجرد القبول لإيجابٍ مُحدد وقاطع، بل وموضوع مُسبقاً، لا يقبل العارض فيه أي نقاش؛ فالإرادة هنا لا تملك إلا أن تقبل بضغظ من الحاجة.

الأكثر من ذلك أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد بل ظهرت طائفة من العقود الجبرية تنشأ من بداية تكوينها ضد إرادة أحد طرفيها وكرها عنه.

مما سبق بيانه يمكن القول أن جدة تدخل المشرع وتقييده للإرادة وسلطانها في المجال التعاقدية قد زادت بصورة كبيرة، حيث لم يعد يقتصر على ضرورة الإعتداد بالإرادة الظاهرة، ومراعاة مقتضيات النظام العام أو إفراغ العقد في شكل معين،...

بل وصل الأمر حُدود خطيرة دُقَّ معها ناقوس الخطر، حيث إنتقلنا من تجاوز إلى تجاوز أشد خطورة مثلما يُقال، فبعد التطرف في الإعتداد بالإرادة جاء الدور هذه المرة على التطرف في التدخل والمساس بقدرتها ومكانتها في إتيان التصرفات القانونية وتنظيمها، لدرجة إلغاء دورها.

يظهر ذلك في التطور الذي شهده التصرفات القانونية بصفة عامة والعقود بصفة خاصة، فمن عقود المبادلة إلى عقود التنظيم أو العقود المنظمة والموجهة (contrat d organisation) ومن واقع يعتمد على إرادة تُقابلها أخرى إلى واقع آخر يتميز بكثافة ومحدودية الإرادات. ذهب هذا الواقع إلى القول بأن سلطان الإرادة الذي كان يتمتع بحظوة كبرى وأدى دورا هاما في المجال التعاقدية يُوشك أن يختفي (الفصل الأول).

إلا أن هذه النظرة (المتشائمة) والتي إنطلقت حقيقة من واقع ملموسٍ مُعاشٍ ليست بنظرةٍ مُجمَعٍ عليها، ما أدى بطائفة أخرى إلى التفاضل والقول أن الطابع التعاقدية (الإرادى) لم يَضْمَحِل ويختفي، بل تطور وكان تطوره هذا استجابة لِحتمية تطويع التصرفات القانونية لظروف الحياة الحديثة.

فالتطورات المُستجدة وسَّعت من دور الإرادة، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل شهد إزدهارا وبلغ آفاقا جديدة، فصار التوجه ينحو منحي إعادة الإعتبار لدور الإرادة وفق هذه المعطيات الجديدة (الفصل الثاني).

## الفصل الأول: تفهقر سلطان الإرادة في الحياة

### الاقتصادية والاجتماعية

زادت حدة التعدادات على الإرادة والانتقال من دورها، ويبرز ذلك بتراجع و تضائل دور مبدأ سلطان الإرادة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية؛ فقد اتسعت دائرة النصوص الأمرة، ما أدى إلى أن تتحسر تلك الحرية في حدود ضيقة؛ ويرى أنصار مبدأ سلطان الإرادة أن تراجع النظرية هو أمر شديد الخطورة، لأنهم يربطون هذا المبدأ بمفهوم الحرية، والتي تُعد الحرية العقدية إحدى صورها.

فالعقد لم يُعد يقوم على (فكرة) مبدأ سلطان الإرادة، من خلال إطلاق العنان للأفراد بإيقاع التصرفات القانونية والإمتناع عن ذلك وفقاً لما يرونه، وبالكيفية التي يختارونها، فالعوامل الاقتصادية والسياسية التي كانت سبباً لإزدهار مبدأ سلطان الإرادة، والتطرف في الانتصار له إزدادت حدة لتفسح الطريق أمام عوامل أخرى دعت إلى الإعتراض على المبدأ؛ وبظهور هذه المتغيرات- كإتجاه العمال إلى تكوين نقابات للدفاع عن مصالحهم- بدأت مصلحة الجماعة ترجح على مصالح الأفراد.

لهذا أصبح العقد حقيقة إجتماعية ووسيلة لتحقيق أهداف إجتماعية واقتصادية فضلاً عن تحقيق حاجات فردية، ووجب على الدولة أن تُحدد للأفراد الطريق الذي يسلكونه في علاقاتهم التعاقدية لأنها اعتراف من الأفراد بالنظام الذي يجب أن يسود الجماعة لتحقيق الرفاهية لهم. فحرية التعاقد لا يجب أن تستغرق حق الطرف الضعيف في العقد، وذلك في ألا يدفع مُقابلاً مُغالى فيه، يفوق القيمة الحقيقية للسلعة أو الخدمة التي يحصل عليها.

في ظل هذه المتغيرات تم المساس بصورة كبيرة بالمبادئ والقواعد التي كانت تُعد من الدعائم التي تقوم عليها الإرادة، ونستعرض دور الإرادة على ضوء التوجهات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة، حيث لم تعد تتفق الإرادة في القانون الحديث مع ما نجم عن هذه التطورات (المبحث الأول).

هذه التحولات لم تتوقف عند هذا الحد والقدر، بل وصل حدود خطيرة حيث لا أهمية ولا قيمة للإرادة في التصرف؛ ونستعرض نماذج صارخة لحد إلغاء وإهدار دور الإرادة في المجال التعاقدية (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: قُصُور دور الإرادة في ظل المتغيرات المعاصرة

أدت المتغيرات إلى تَحْمِيلِ الدولة مسؤولية حماية الأفراد لا سيما على المستوى الاقتصادي، فصار القانون مَعْنِيَّ بحماية هذه الفئة من خلال القواعد الأمرة، والتي تَحُدُّ من تَسَلُّطِ الطرف القوي، وتمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف، الذي لا يَمْلِكُ بسبب تَدْنِي مركزه الاقتصادي أن يدافع عن مصالحه عند التعاقد **(المطلب الأول)**.

كإسقاط على بعض النماذج تعتبر عقود العمل المجال الرئيسي الذي شَهِدَ هذا التدخل لأجل حماية العامل، وسرعان ما امتد هذا التدخل سواء أكان تشريعياً أم قضائياً إلى مجالات أخرى جديدة كعقود الإيجار، الإستهلاك، والبيع بالإيجار، والبيع على التصاميم...، ويتم هذا التدخل بِدَوَاعِي تحديد ومراجعة مضمون هذه العقود؛ مُرَاعَاةً للتوازن الذي كثيراً ما تُوَدِي الظروف إلى إختلاله **(المطلب الثاني)**.

### المطلب الأول: إدخال الإرادة دائرة ونطاق القانون

وفقاً للمفهوم والتصور المعاصر أصبحت الإرادة مقيدة بحدود وقيود يفرضها المشرع، ما أدى إلى إدخالها في دائرة القانون لاسيما نصوصه الأمرة، مُبرِّرهم في ذلك مراعاة تحقيق العدل والمصلحة العامة **(الفرع الأول)**.

لأجل ذلك صار تدخل المشرع في الكثير من المجالات يكاد من الأمور المألوفة، لا سيما بذريعة حماية الأطراف الضعيفة **(الفرع الثاني)**.

### الفرع الأول: فساد الحرية العقدية

وقع تطرف ومبالغة تَجَسَّدَ في السماح للشخص الذي بلغ السن القانونية، والمتمتع بقواه، ولا يشوبه أي عَارِض من العوارض في أن يتعاقد بِكُلِّ حرية، والحكمة أن تكون الإرادة مُحَاطَةً بضوابط تقتضيها المصلحة العامة واستقرار المعاملات **(أولاً)**.

فالمُغَالَاةُ في إطلاق العنان لدور الإرادة ليس أمراً حسنناً، وليس من شأنه تحقيق الصالح العام والعدالة في كثير من الأحيان، لذا يُبْرَر تدخل المشرع، ومن خلاله القاضي لفرض رقابته على العقود، من خلال قواعد أمره لا يجوز الخروج عليها **(ثانياً)**.

## أولاً: الأزمة التي لحقت بالإرادة

ظلت النصوص القانونية لا سيما تلك المتعلقة بمجال العقود تتسم بشيء من الثبات والإسقرار، إلا أن هذا الثبات يتعارض نوعاً ما مع التطور والإنتشار الملحوظ للعقود الجديدة، والتي أصبحت ضرورية ولا غنى عنها لإتمام حاجيات الإنسان، وهو ما أضطر المشرع في الكثير من الأحيان إلى تعديل أو إكمال تنظيم هذه العقود؛ إلا أن الخطورة أن يصل الأمر إلى درجة إلغائها<sup>1</sup>.

إزدادت هذه المشكلة صعوبة بوجود طرف ضعيف في العقد، ففي العقود النموذجية ينفرد الطرف القوي بتحريرها مقدماً ولمصلحته الخاصة فقط، وليس أمام الطرف الثاني إلا القبول أو الرفض، وهو خيارٌ ليس له معنى في ظل إحتكارٍ مُتميز في إدارة هذه المشروعات الاقتصادية من طرف مُتمكن في مجالٍ ما.

من أجل إصلاح هذا الخلل، ومُحاولة لإعادة التوازن بين طرفي العلاقة عمدَ المشرع إلى تدعيم الإطار الجبري، وهو ما يُوشك أن يُفقد الحرية العقدية جانبا كبير من مزاياها، فنراه يَمنع بعض الإتفاقات تارة، ويُعطل بعض الشروط تارة أخرى، أو يفرض بعضها على المتعاقدين<sup>2</sup>.

هذا الإفراط في النصوص الأمرة أدى إلى إفساد الحرية العقدية بطرق متعددة، فالكثير من الشروط العقدية صارت في الوقت الحالي غير (مشروعة) ومتلائمة بعد أن أصبح القانون هو الذي يُنظم وبطريقة مُلزِمة مَرَكز الطرفين، مثل ما هو حال كثير العقود في الأونة الاخيرة كعقود الإيجار وعقود العمل...، وهو ما نجده كذلك في القانون الخاص بحماية المستهلك<sup>3</sup>.

---

1- كعقد الشركة، المقابلة أو عقود ايجار المساكن، كما صارت العقود النموذجية كثيرة الإستخدام نظرا لأهميتها الكبيرة؛ وحتى تلك التي جاءت في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص130.

2- انظر عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد المرجع السابق، ص42.

3- الإشارة لجنة الشروط التعسفية، من خلال ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 306/06، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

كما أدى إنتشار التنظيمات النقابية إلى الحد من الحرية التعاقدية، حيث تضع الهيئات المهنية قواعد معينة، في صورة اتفاقات جماعية بوجه خاص، أو عقود نموذجية من شأنها تقييد حرية أعضاء المهنة في إبرام عقود فردية، كما تكون الحرية العقدية محدودة في الحالات التي يفرض فيها القانون على الشخص التعاقد (الإجبار على التعاقد).

فأحياناً يظل الشخص حراً في إبرام العقد أو عدم إبرامه، وأحياناً أخرى تُستبعد حرية التعاقد، حيث يفرض المشرع عليه إبرام عقد معين، ومثال ذلك عقود التأمين التي إنتشر تداولها، وتعامل الأفراد بها، نظراً لمقتضيات الحياة.

ليصل الأمر حدَّ نشوءِ علاقات في بعض الأحوال "مُصطنعة" لا تحمِل من العقد سوى الإسم، وهكذا أدى هذا التدخل المتزايد من طرف القانون في العقود وتصرفات الأفراد إلى إفساد حرية الطرفين بشدة، ويُطلقُ على هذه العقود إسم العقد المفروض (contrat imposé) وهو الأمر الذي صار كثير التداول<sup>1</sup>.

إمتد هذا التدخل ليصل إلى تحديد مضمون العقد نفسه عن طريق سُلطة خارجية لا علاقة لها بإرادة أطرافه، وهو ما يظهر في تدخل القاضي، وفي العقد الموجه (contrat dirigé) تحديداً، فمثل هذه العقود تُنظَّم بِمَعزِلٍ عن أطرافه.

من أمثلة هذه العقود عقد العمل، والذي لأسباب إقتصادية أو إجتماعية يتدخل القانون لينظمه، فهنا لا تحمِل هذه العلاقة من العقد سوى الشكل فقط؛ ويتم ذلك إما بطريقة مباشرة، أو عن طريق فرض استخدام نماذج يفرضُ إتباعها.

كما كان للقضاء دور في إستخلاص بعض الإلتزامات التي لم يُفكر فيها ويُريدها طرفاً العقد نفسهما، كالإلتزام بالسلامة في عقد النقل، لذلك لم يَدُم مبدأ سلطان الإرادة بمفهومه التقليدي أمام هذا الوقائع، وخاصة بعد ما برز وبيان ما فيه من إرهاب لحقائق الحياة المعاصرة<sup>2</sup>.

---

1- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص143.  
2- فظهر من ينادي بتدخل المشرع في مجال العقود، وجعله من العقد يتوقف على إرادة المجتمع وليس على إرادة الأفراد.  
انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع نفسه، ص144-145.

فأصحاب هذه النزعة يدعون إلى تغليب مصلحة المجتمع على مصلحة الأفراد، وذلك بتضمين القانون بعض المبادئ التي تحد من دور الإرادة<sup>1</sup>، فلا يكفي أن تتفق الإرادتان لكي ينعقد العقد، ذلك لأن محل العقد ليس مجرد أداة فردية فحسب بل هو أداة اجتماعية، ومن ثم كان للمجتمع أن يتدخل فيه، ويتبدى تأثير المجتمع في الشروط التي يفرضها على العقد، ويتدخل القانون بطريق مباشر أو غير مباشر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها، فإنه يعتمد إلى تقييد سلطان الإرادة في شأنها<sup>2</sup>.

الظاهر أن هذا التدخل من القانون، ومن ثم إنكماش مبدأ سلطان الإرادة، سيزدادان يوماً بعد يوم، حتى قيل بأننا نسير رويدا رويدا نحو نظام العقد الموجه<sup>3</sup>؛ فلا حرية إلا في فلك القانون، والقانون بتنظيمه لعلاقات الأفراد داخل المجتمع يرسم حدود نشاط كل منهم، وهذا سيؤدي إلى التوازن وتحقيق العدل، فوظيفة القانون هي العمل على تحقيق العدل بين الأفراد، ولا يتفق مع العدل أن يكون للإرادة سلطانها المطلق في إنشاء الإلتزامات؛ لذا وجب على الإرادة ألا تنشئ الإلتزامات إلا بالقدر الذي يتفق مع تحقيق العدل<sup>4</sup>.

لقد أصبح من المسلمات اليوم بسط سلطان الدولة في تنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع وحققها في تنظيم العقود، وعلى هذا فقد إهتز مبدأ سلطان الإرادة إلى الإقرار بأن العقد ليس ضماناً كافياً لتوليد التزامات عادلة.

فالتغير والإختلاف ظاهرة طبيعية في أي مجتمع، وقد يؤدي هذا التغير إلى إضطرابٍ وَعَدَمٍ إنتظام، فلم تعد المتغيرات تسير وفق مُنحناها الطبيعي بل أصبحت هناك حالات من "الإنقلاب" في الحياة الاجتماعية، وذلك بفعل العديد من المؤثرات الثقافية والتكنولوجية والاقتصادية، وهو ما انعكس على الحياة التعاقدية<sup>5</sup>.

---

1- كمبدأ التعسف في استعمال الحق ومبدأ حسن النية، وفكرة العدالة الاجتماعية التي تهدف إلى حماية ومساعدة الطرف الضعيف وتحقيق المساواة. انظر المواد 01/107، 124 مكرر مدني.

2- انظر محمد وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني، المرجع السابق، ص24.

3- انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص141.

4- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص198-200.

5- انظر جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص144.

## ثانياً: النتائج المترتبة عن ذلك

تراجعت الحرية العقدية وتم الإعتداء على القوة الملزمة للعقد، وهما أمران مُحققان، ولهما مظاهر وأشكال متعددة، وأمام هذه الصعوبات صار المشرع يتدخل لتنظيم هذه العقود حتى يَسْتَقِلَّ العقد شيئاً فشيئاً، ويصبح له نظامه الخاص؛ وأدى التدخل المتزايد من جانب الدولة في العقود- بالإضافة إلى تطور فكرة النظام العام خاصة في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية- إلى تَصَدُّع وتقهقر العقد، وتَعَرُّضه لأزمة حقيقية، هَدَدَتْهُ في وجوده نفسه، وهو ما أطلق عليه أزمة العقد (Crise du contrat)<sup>1</sup>.

هكذا لم يعد للأطراف في العقد الحرية في وضع القانون الذي يَسِرِي عليهم، مما يمكن معه القول أن مبدأ سلطان الإرادة قد أصبح له مفهوم آخر، وذلك بإزدياد القيود عليه؛ فالتسليم بالقوة الملزمة للعقد واحترام ما أتفق عليه المتعاقدان آخذان في الزوال، إن لم يَكُونَا قد زالا فعلا في بعض النواحي.

إن المساواة المزعومة في ظل مبدأ سلطان الإرادة تَنَحَّصِرُ في مساواة نظرية لا توجد على أرض الواقع، في إطار التعاملات الحديثة، وإعماله قد يؤدي إلى تكريس ضعف حماية المستهلك، وانتشار الشروط التعسفية، وتَقْشِي عقود الإذعان<sup>2</sup>.

بناء على هذا يذهب البعض إلى القول أن العقد الذي أدى دورا كبيرا وهاما؛ أَخْذُ الآن في الإضمحلال، ويوشيك أن يختفي من عالم القانون، فُلُوْحِظْ إنكماش وانحسار في المجال الذي تستطيع فيه الإرادة إنشاء التزامات، وزادت القواعد القانونية الخارجية<sup>3</sup>.

مما سبق نجد أن التعاقد أصبح يقتصر بالنسبة إلى طرفيه على التواجد تحت مظلة أو سيادة نظام قانوني مُلْزَم و أمر، ولهذا صار من الممكن الحديث عن علاقات قانونية ذات مصدر عقدي، فالعقد عمل لا يهدف إلى تنظيم الحقوق والإلتزامات، ولكن إلى تطبيق الحقوق والإلتزامات الناشئة عن نظام قانوني أو وضع تنظيمي معين<sup>4</sup>.

---

1- Pascal Ancel, Christophe Jamin, Denis Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, dalloz, 2003.

2- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 210-211.

3- فالإستناد إلى الظاهر واستقرار المعاملات وعدم الإخلال بالثقة التعاقدية يصطدم مع الحرية التعاقدية، والتي تؤدي إلى مظالم كثيرة؛ إذ غالبا ما تجعل الضعفاء تحت رحمة الأقوياء. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 284. وفي هذا الشأن يقول الأستاذ بول دوران: " لا يوجد العقد إذا ما حل القانون محل إرادة المتعاقدين" مقال بعنوان:

P.DUREANT, la contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTDC, 1944. P73.

نقلا عن الأستاذ علي فيالي، المرجع السابق، ص 41 هامش 26.

4- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع نفسه، ص 146.

لقد أدى إنتشار هذه النصوص الأمرة إلى تراجع الشريعة العامة للعقود لصالح التشريعات الخاصة، والتي زادت إنتشاراً، فهناك عقود كانت محل تنظيم خاص، ولو بصفة تدريجية دون الخروج من دائرة القانون المدني.

فداخل كل نموذج عقد تتعدد الإختلافات تبعاً لطبيعة التصرف، أو لصفة المتعاقد، ووصل الأمر ببعض الفقهاء إلى درجة التنبؤ **بنهاية العقد** (la mort du contrat) فالعقد سيختفي إذا حَلَّ التوزيع حسب الحاجات أو الضرورات محل التبادل الاقتصادي<sup>1</sup>.

فبدأ الضعف والتقهقر يَنَالُ من مبدأ سلطان الإرادة والأثر النسبي للعقد، وأصبح المبدأ في وضع لا يُمكنه من مواجهة الإعتداءات المتكررة عليه، فظهر الكلام عن ما يسمى **بالتنازل عن العقد** (La cession de contrat)، والتي بدأت مَلامحُه تتخذ شكل المجموعة العقدية<sup>2</sup>. تُعرفُ هذه المجموعة العقدية بأنها تشابك وتجمع عدة عقود تسمح بإنجاز عملية اقتصادية واحدة، ذلك أن التداول السريع للأموال، واتساع مجال الأنشطة والمشروعات أظهر قصور العقد المستقل في هذا الصدد.

فأحد السمات البارزة التي تُميز الحياة القانونية المعاصرة يكمن في العقود المُدمجة (المجموعة العقدية)، والتي يُقرُّ المشرع الفرنسي بعدة تطبيقات لها، على الرُغم من تعارضها مع مبدأ الأثر النسبي للعقد، وهكذا يمكن القول أن العقود لم تتغير فقط، ولكن أيضاً لم يَعد من الممكن النظر إليها في ذاتها على انفراد في كثير من الأحوال، فكل عقد من المجموعة يرتبط بشدة في وحدة اقتصادية مع باقي المجموعة<sup>3</sup>.

أمام تعدُّد الأشكال العقدية الجديدة، وتساعد تدخل الدولة في الأسلوب أو في الدرجة ظهر الحديث من بعض الفقه عن تفجير (éclatement)، تفكك (désagrégation) إنحدار، تقهقر أو تراجع (déclin)، أو أزمة (crise) في العقد.

---

1- أنظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص39-40.

2- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص428-431.

Teysie (B), les groupes des contrats, préf Mousseron (J.M) L.G.D.J.Paris 1975. pp 471-473.

4- انظر أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع نفسه، ص195-196.

في هذا الصياغ يرى السيد (josserand) أن ما حدث هو تطور مُستحدَث في الفكرة أو تطوّر لها، مما طرح للنقاش من جديد تساؤلات: هل العقد مفهوم ما زال مقبول؟ وهل كان فعلا من المفاهيم المقبولة؟<sup>1</sup>.

فمن وجهة نظر البعض الآخر: " فإذا كان الخروج على مذهب الإرادة قد أخذ يتزايد، فليس معنى ذلك أنه كان صحيحا في أول الأمر ثم غدا غير ذلك بفعل هذه التطورات، وإنما يعني ذلك حتما أنه لم يكن مُطلق الحرية من بادئ الأمر، وأن التطورات هي التي كَشَفَتْ عن الأخطاء الكامنة فيه، بعد أن وضعتها في مكان الرؤية"<sup>2</sup>.

يقول الأستاذ "قونو": " أليس معنى الحرية أن يكون سلطان إرادة الماضي مقصورا على التصرفات التي تمت في الماضي، وأن يكون سلطان إرادة اليوم مقصورا على اليوم؟ فلماذا تتغلب إحداها على الأخرى"، يتوجب على ذلك حسب هذه النظرة البحث عن أساس جديد للإلتزام التعاقدية، وتعريف جديد للعقد.

كما يرى "كلسن": أن أساس القوة الملزمة للعقد ليس إرادة أطرافه أو طرف فيه، وإنما نظام أعلى سمح بإنشاء القواعد بأسلوب تعاقدية<sup>3</sup>، وما يقتضي تميزه هنا هو أسلوب إنشاء العقد، وفيه تَبَرُّزُ الإرادة والنظام التعاقدية الذي ينتج عنه؛ وفيه تبرز فكرة النظام القانوني الأعلى الذي يفرض إلزاميته.

**إن الوضع الاقتصادي والاجتماعي والآثار السلبية التي تركها النظام الرأسمالي أدت بالحرية التي نادى بها أصحاب تلك المذاهب، والمساواة بين الأفراد التي أسسوا عليها فقه سلطان الإرادة إلى أن تصير خيالية في أكثر الفروض؛ ففي مجال العقود بين الأفراد، فإن ما يحكمها دائما هو أمر مفترض وليس أمر مطلق، والإنسان عندما يلتزم بشيء ما، فذلك لأنه يريد أن يحصل على شيء آخر يسعى لتحقيقه<sup>4</sup>.**

1- انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص113-114.

2- انظر عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص5-6.

3- انظر سامي بديع منصور، المرجع نفسه، ص114.

4-Eric Savaux, la théorie général du contrat, mythe ou réalité, LGDJ, 1997, p214.

إن التفاوت الموجود بين المتعاقدان وعدم التكافؤ بينهما، يرتب لا محالة عدم الممارسة الفعلية للحقوق، ما يولد اختلال للتوازن العقدي، الأمر الذي يمس بنظرية العقد برمتها. انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص4.

فالعقود هي دائما تعبير عن مصالح شخصية ورغبات متعارضة، ولا يوجد متعاقد يعامل متعاقدا آخر على أساس أن الانسانية هدف في ذاتها، بل لأجل تحقيق منفعة شخصية؛ مما تقدم أصبح سلطان الإرادة " لا يُطَاق ولا يُمكن التسليم به، لأنه يُنَافِي الواقع ويُجَافِي العدالة"<sup>1</sup>. كما يرى "ستارك"<sup>2</sup>: " أن سلطان الإرادة هو خرافة زائلة"<sup>2</sup>.

تجدر الإشارة إلى وجهة نظر (تبدو مهمة) ترى أن رجال القانون قد إستخدموا مبدأ سلطان الإرادة في غير المعنى الأصلي الذي أورده كانت، وأنهم كانوا يقصدون بذلك الإرادة التعاقدية، أما كانت فهو يعتقد أن الإرادة التعاقدية، وهي إرادة نفعية تتعارض بالضرورة مع سلطان الإرادة، وهو مبدأ أخلاقي؛ وهكذا فإن رجال القانون أخذوا من نظريته إسمها فقط وأستخدموه على عكس ما قصده هو نفسه، فسلطان الإرادة عنده إنما كان يُعبر عن الأخلاق أو القانون الطبيعي، والذي لا ينبغي للإرادة التعاقدية أن تُخَالَفَه<sup>3</sup>.

إجمالا يُمكن القول أن أنصار هذا الرأي يُحاولون تكييف مصطلح سلطان الإرادة بما هو مُستقرّ عليه في الوقت الحاضر، فالسلطان (المتطرف) للإرادة قد إختفى؛ بإعتبار أن القيود قد أحاطت بها في العديد من المجالات، بسبب التطور الذي أصاب المجتمعات، وانتشار النزاعات الإجتماعية، وظهور التدخل المتزايد من قِبل المشرع، عن طريق النصوص القانونية الأمرة<sup>4</sup>.

فيفترض في العقد تحقيق المساواة بين المتعاقدين، وتظهر هذه المساواة بصورة جلية في المساواة في توزيع الأخطار، أكثر منه من المساواة في توزيع المنافع<sup>5</sup>.

في هذا الصدد يمكن القول أن هذه الأراء على شِدَّتِهَا وصَرَامَتِهَا في إستبعاد دور الإرادة من دائرة التعاقد إنطلقت من واقع مُعَاش ومُعْطِيَات ملموسة، فكثرة التَّعْدِيَات على الإرادة أفقدتها محتواها؛ ولم يُعد الأمر يقتصر على بعض الإستثناءات، وإنما وصل الأمر إلى التصريح بالإستثناء الذي غلب وتفوق على الأصل.

---

1- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص197.

-Voir 2" Boris Starck, les obligations, Librairies Techniques, 1976.p1039-1041.

3- انظر حازم البيلاوي، المرجع السابق، ص108.

4- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص124 .

5- « La justice contractuelle exigerait l'équilibre des risques plus que celui des prestations », Eric Savaux, op.cit, p 102.

« Ce qui est essentiel dans le contrat, au regard du droit objectif, c'est la satisfaction des besoins qu'il permet de réaliser et sa conformité à la justice cumulative... IL importe que chacune des parties receive l'équivalent de Ce qu'elle Donne », Jacques Ghestin, op.cit, p6.

أشارت إليه فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص202.

## الفرع الثاني: مقتضيات حماية الفئات الضعيفة

لم يقتصر تطور المجتمع على تدخل الدولة في الميدان الإقتصادي، بتحكّمها في تسييره وتوجيهه، بل إمتد إلى تكفلها بحماية الفئات الضعيفة فيه إقتصاديا وإجتماعيا (أولا)، وهو ما يتطلب تدخلا قانونيا أكثر أهمية، بحيث يكون على المشرع أن يتّخذ كل ما من شأنه إزالة أو تقليص مجالات عدم المساواة الاقتصادية بين الأطراف (ثانيا).

### أولا: النزعة الجماعية للعقود

أفرزت ظاهرة تركز رؤوس الأموال ووسائل الإنتاج إلى ظهور تفاوتٍ شديدٍ في النفوذ الإقتصادي، وحتى المعرفي<sup>1</sup>، ما أوجد روابط عقدية في أجواء من التبعية الاقتصادية، بحيث يُصبحُ النشاط الذي يُزاوئه أحد العاقدين - بسبب الحاجة إلى منتج أو عمل أو سكن...- تابعا للعائد الآخر، وهو ما يُضفي عليه صفة الطرف الضعيف.

#### 1- توجيه العقود

تطلب هذا الأمر تدخلا قانونيا أكثر أهمية، بحيث يُكونُ على المشرع أن يتّخذ كل ما من شأنه إزالة أو تقليص مجالات عدم المساواة الاقتصادية بين الأطراف، لذلك قيل بأن: "بين الفقير والغني، الضعيف والقوي، الحرية هي التي تقهر، والقانون هو الذي يُحرر"<sup>2</sup>. حينئذ يُكونُ هذا التدخل من المشرع بقواعد أمرّة في صالح الطرفين، وذلك حين تنعدم المساواة، إذ هناك طرف ضعيف مُهدّد من طرف قوي، وهذا الضعف التعاقدية ينشأ عن إنعدام المساواة الفعلية بين المتعاقدين، وهو ما يتحقق عندما يضطر متعاقد إلى قبول شروط جائرة يفرضها الطرف الآخر دون أن يكون له الخيرة فيها، يظهر ذلك بسبب ما يتمتع به أحدهما من نفوذ إقتصادي، أو ما أُصطلح عليه بالتبعية الاقتصادية<sup>3</sup>.

---

1- انظر الصادق ضريفي، إختلال التوازن في المعرفة بين الأطراف عند تكوين العلاقة العقدية، مقال مجلة معارف، جامعة البويرة، العدد 13، السنة 2012، 07، ص 84.

2- انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 06-143.

Voir, Ch-Larroumet, droit civil, les obligations, 3ed, Delta, Paris, 1996.

Ghestin, traité, la formation du contrat, op.cit.p...

3- مثال ذلك التبعية الاقتصادية التي نجد في عقد العمل، حيث تعتبر من عناصر عقد العمل إضافة إلى عنصري الأجر والزمن.

كما قد ينشأ الضعف عن إنعدام المساواة من حيث المعرفة والخبرة التي يحوزها طرف على آخر، وهنا لا يكون التفوق والتفاوت إقتصادي وإنما معرفي؛ ولا تُفِيدُ صيغة الدائن والمدين - المقررة في القواعد العامة - بالضرورة مركزا قويا وآخر ضعيف<sup>1</sup>.

هذه المعطيات الجديدة إقتضت التدخل لأجل حماية الفئات الضعيفة تعاقديا، وهو ما يعد مجالا آخر يُحدُّ فيه من دور الإرادة؛ وذلك لأجل منع تسلط الطرف القوي على الطرف الضعيف<sup>2</sup>، وهو ما أدى إلى خروج العقد من نزعته الفردية إلى نزعته الجماعية، حيث أصبح يهم المجتمع، وهو الذي كان يُعْتَبَرُ مُجرّد شأن للمتعاقدين دون غيرهم<sup>3</sup>.

إن العقد أداة نافعة لتبادل الثروات والخدمات، فلا يجب أن تُستعمل هذه الأداة لإستغلال الأشخاص، ولهذا فلا بُدَّ من توجيهه، ويُعد هذا التوجيه أحد الظواهر الهامة في القانون المعاصر<sup>4</sup>، وقد عبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بـ **بِجْمِيعَةِ الْعَقْدِ** (socialisation du contrat)، ويُقصد بجميعة 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. فالعقد يُعْتَبَرُ وسيلة من وسائل الحياة الإجتماعية وأداة لتحقيق النفع العام، وهو بهذا الوصف يجب أن يندمج في البيئة الإجتماعية، وأن ينطوي تحت لوائها، ويخضع لمقتضياتها، ومن ثم فلا يجوز أن تترتب على الإرادة آثار، إلا بقدر ما تتفق هذه الآثار مع البيئة وقوانينها. ووفقا لهذا الأمر بدأت تبرز المظاهر الجديدة أو التصور الجديد للعلاقة العقدية حيث تتدخل الدولة لأجل تحقيق المساواة عن طريق تقييد إرادة القوي لصالح الضعيف حتى تصل بهذه التصرفات القانونية لشيء من المساواة الفعلية فيما بين الطرفين.

---

1- كالإلتزام بالإعلام. انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص37-38  
2- " يتميز تطور المجتمع عموما بالبطيء أخذًا في ذلك بالتجارب والقناعات السابقة، ومع ذلك فقد يتم بطريقة ثورية، فيتبنى المجتمع تصوّرا جديدا، كثيرا ما يكون مخالفا لما كان عليه، ولكن لا يعني ذلك تجاهل بعض الحقائق".  
كما أن: " القانون أصبح أداة لتقدم المجتمعات وتطورها اقتصاديا واجتماعيا وثقافيا، فالقانون ومسايرة منه للتطورات التي يشهدها المجتمع، وحفاظا منه على أمن واستقرار هذا الأخير في شتى المجالات يَعْمَلُ على حماية الأطراف الضعيفة".  
انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، صص12-15.

-Voir, Ch. Larroumet, op.cit.p9.

3- انظر علي فيلالي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص41.  
4- إن العقد واقعة إجتماعية، ولذا يجب أن تكون أداة لتحقيق النفع العام إلى جانب كونها أداة للإرادة الفردية. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص280.

ما أدى إلى أن تتجرد هذه المشاريع من طابعها الشخصي، كما أخذت مكانة العقد تتقلص حيث أصبحت هذه الإرادات، وأصحابها مجرد أدوات في هذا النظام<sup>1</sup>، ويتساءل البعض<sup>2</sup>: هل المشرع أو القضاء يتبنى ويعتق مفهوم واحد لفكرة الطرف الضعيف في سائر العقود؟ كما يُتساءل عن المعايير التي يتقرر على ضوءها إعتبار أحد المتعاقدين طرفاً ضعيفاً جديراً بالحماية، وعلى أي أساس يجرى التوسع في إضفاء هذا الوصف على النحو الذي نشهده الآن؟. ففي العصر الحالي يصعب القول بأن الإعتبارات التي اضطرت المشرع في بادئ الأمر التدخل لا تزال هي وحدها التي تقوده إلى التدخل لحماية فئات متنوعة أخرى.

فالحرص على الحد من مساوي المذهب الفردي وغلو سلطان الإرادة، وإن كان لا يزال إعتباراً قائماً، فهو لا يكفي وحده لتفسير إتساع مفهوم الطرف الضعيف، ولا تقتصر فكرة الطرف الضعيف على المعاملات المدنية فقط أو تلك التي يكون المستهلك طرفاً فيها، وإنما تتحقق أيضاً في إطار المعاملات التجارية (فيما بين التجار أو المحترفين)، لأنهم مثل المستهلك قد تعثرهم حالة ضعف، وهو ما يدخل في إطار فكرة التبعية الاقتصادية<sup>3</sup>.

لأجل هذا يرى أنصار المذهب الإجتماعي أنه من الواجب إقامة عدالة جديدة بين أفراد المجتمع، وذلك نظراً للتفاوت الموجود بين العمال وأرباب العمل، وبين المنتجين والموزعين، وبين الحرفيين والمبتدئين، وبين المنتجين والمستهلكين... إلخ ذلك.

فالمشاهد في الآونة الأخيرة هو استحدث الأقوياء لطرق جديدة للتعاقد تُعزز قدرتهم على فرض شروط العقد، فبواسطة العقود النموذجية، والعقود المحررة مسبقاً من قبل المتعاقد، أو عن طريق الشروط العامة التي تقررها المنظمات المهنية، أو عن طريق الإذعان.

---

1- "من وسائل جميعة العقد: فكرة النظام إذ الكثير من الإتفاقيات تهدف اليوم لا لإنشاء إلتزامات وحسب، بل تهدف كذلك إلى إنشاء نظام دائم له من الثبات في الزمان والمكان ما ليس للعقد.

وأوضح ما يظهر فيه حلول فكرة النظام محل فكرة العقد: هو مفهوم "المشروع"، حيث دعت الحاجة إلى القيام بأعمال ضخمة؛ ونظراً لضخامة هذه الأعمال وتعددتها، زاد حجم هذه الشركات، حيث صارت تستغرق بعض المرافق العامة كمرفق الكهرباء والنقل... إلخ ذلك.

ففقدت بذلك الإرادة دورها وسلطانها في العقود، وتكمل فكرة المشروع وتحققها فكرة الخطة (plan) ذلك أن الضرورات الاقتصادية والإجتماعية تقتضي أن لا ينظر إلى كل مشروع على حده، وهو ما أدى إلى التوصل إلى إبتداع فكرة الخطة، والتي تتمثل في جمع شتات المشروعات وتنسيقها على النحو الذي تبينه الدولة". انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 266-282.

2- انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 08-09.

3- انظر محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، ص 09.

## 2- مخالفة مضمون العقد

تُسْتَبَعَدُ القواعد المُكْمَلَة لِتَحِلَّ مَحَلَّهَا شروط المتعاقد القوي فتصبح ملزمة، وأقترحوا تصورا جديدا للعلاقة الأساسية التي تربط الفرد بالمجتمع<sup>1</sup>.

ما أدى إلى أن جعل المشرع من عقود الإذعان نظرية عامة، لحماية الطرف الضعيف الذي أذعن لشروط الطرف الآخر، في مُختلف التطبيقات (عقود العمل، التأمين، النقل...)2، ويرى الأستاذ (L, josserand) : " أن المفاهيم القانونية تنشأ، وتتطور وتتجزأ في مناخ فردي، ومناخ إجتماعي، والإتجاه الحالي أن المناخ الإجتماعي يَطغى على المناخ الفردي، لأن الحرية العقدية أصبحت دون معنى بين الأقوياء والضعفاء، ولا تخدم إلا مصالح الأقوياء"<sup>3</sup>.

ما يجعل من العقد أداةً لتحقيق أهداف إجتماعية، وهو الأمر الذي ينعكس كذلك على مفهوم العدالة، الذي يجب أن يتماشى والتطور الذي تَشهدهُ العلاقات التعاقدية، كما تَمَّ المساس أيضا بمبدأ نسبية العقد، حيث لم يَعد عند أنصار المذهب الإشتراكي قَصْرَ آثاره على طرفيه، ولو كَانَا هُمَا اللذان أبرمَّا العقد بإرادتهما الحر.

ذلك لأن قيمة العقد في هذا المذهب لا تقوم على إرادة طرفيه؛ بِقَدْرِ ما تَقُومُ على مدى مُلائمته للضرورات الإجتماعية، وهو ما أدى إلى أن صار العقد الذي يُعْنَى وَيَهْتَمُّ بتنظيم مصالح طرفيه، فيما يتعلق بالحقوق والواجبات التي تترتب عليه، أصبحت آثاره تنصرف إلى أطراف خارجية وأجنبية عنه، فصار يستفيد منه من لم يَكُن طرفا فيه<sup>4</sup>.

---

1- تقوم هذه العلاقة من وجهة نظرهم على أن:

- المصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة، فتقديم مصلحة الجماعة أولى وأجدر بالحماية

- إستقرار المعاملات أولى من حماية المتعاقد.

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

- حقوق الأفراد ليست مطلقة بل مقيدة بالمصلحة الإجتماعية التي رسمها القانون.

- مراعاة ومعالجة التفاوت الإقتصادي والثقافي والإجتماعي بين أفراد المجتمع. انظر علي فيلالي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص41 هامش27.

2- انظر سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص85.

3- يقول كذلك: " لا بد من تجديد المفاهيم نظرا للتحويلات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ويجب إستبدال المساواة المجردة بالمساواة الحقيقية، وذلك بتدخل المشرع في تنظيم العلاقة التعاقدية حماية للطرف الضعيف". راجع المقال بعنوان:

-Aperçu général des tendances actuelles de la théorie de contrat, RTDC, 1973, P1.

نقلا عن علي فيلالي، المرجع السابق، ص43 هامش29.

4- من مظاهر الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقد أن أصبح التعاقد يباشر بواسطة جماعات فتتنصرف آثاره إلى أطراف كثيرة، كاتفاقيات العمل الجماعية. انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص36-43.

لقد وقع الصدام في الموازنة ما بين القوة الملزمة للعقد وخيارات الطرف الضعيف، حيث صار المشرع يتدخل في العلاقة حماية له (الطرف الضعيف)، فالتشريعات المدنية، وما تضمنته من مبادئ تقليدية، تم وضعها بالنظر إلى علاقات تعاقدية سادت في وقت لم يصل فيه التطور الصناعي والاقتصادي والتقدم العلمي والتكنولوجي إلى الحد الكبير الذي يشهده العالم في الوقت الحاضر، فقد تغيرت الظروف وأصبحت المبادئ التي تحكّم العقد أكثر عرضة للتطور.

فإذا كان تطبيق مبدأ سلطان الإرادة مقبول بالنسبة إلى علاقات تعاقدية إلتسمت في حينها بقدر من التوازن والقدرة على التفاوض، وإمكانية الشخص العادي الإلمام بظروف التعاقد، إلا أن تطبيقه يبدو في غاية الخطورة عندما يتعلق الأمر بعقود يختل فيها التكافؤ<sup>1</sup>.

إن القول بأن إرادة الطرفين لازمة لتحديد مضمون العقد وما يترتب عليه، يقتضي أن تتصرف إرادتهما إلى جميع ما ينشأ عنه، وتدخل المشرع عن طريق القواعد المكملة يدل على أنه يفضل فاعلية العقد على عدم فاعليته، وهو لذلك يكمل إتفاق الطرفين كلما كان ذلك جائزاً؛ وهذا هو أحد مظاهر رعاية العقد، فبفضل هذه القواعد المكملة تتم حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة بعض، مهما كانوا من حيث عدم التبصر، وعدم الدراية بالمسائل القانونية<sup>2</sup>.

فلمتعاقدين الإتفاق على مضمون العقد وتحديد شروطه، إلا أن هذه الحرية قد تنقيد في توجيه الإرادات إلى تحقيق غاية إجتماعية نبيلة للمشرع، وهي تحقيق التوازن والعدل القانوني لكلا الطرفين، وأن كثرة تدخل المشرع بنصوص أمره توضح لنا أن الإرادة التعاقدية ليست مطلقة في فضاء شاسع، بل مطلقة في فضاء القانون<sup>3</sup>، وهو ما أبان عنه المشرع في المادة 24 من الأمر 03-05<sup>4</sup>.

---

1- الأصل أن يتحدد المضمون بإتفاق الطرفين، إلا أن الإهتمام بالطرف الضعيف أدى إلى الخروج عن المبدأ من خلال التنظيم الأمر لمضمون العقد، وهو ما ينشئ نظام عام حمائي على حساب مبدأ الحرية التعاقدية. انظر عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط المتعاقدين، مرجع سابق، ص98.

2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص567.

3- وكمثال يُولى المشرع الفرنسي أهمية قصوى للحق الأدبي للمؤلف، حيث أجاز له مخالفة مضمون القوة الملزمة لعقد، حيث يمنح له حق الرجوع، وتنص المادة 1/32 من القانون رقم 57-298 الصادر في 1957/7/11 المتعلق بحق المؤلف على أنه: "على الرغم من تنازل المؤلف عن حقوق الإستغلال فإنه يتمتع حتى بعد نشر مصنّفه بالحق في إعادة النظر أو السحب في مواجهة من آلت إليه حقوق الإستغلال، ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض مقدما المتنازل إليه عن الضرر الذي قد يصيبه من جراء هذا الرجوع أو السحب". انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص513.

4- الأمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو عام 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية، العدد 23، 44 يوليو، 2003، ص03.

## ثانياً: حُلُول إرادة المشرع محل إرادة الأطراف

تقلصت الحرية في مجال الإلتزامات التعاقدية نتيجة لسيادة المذاهب الاجتماعية، وما نَجَمَ عنها من إنتشار للقوانين في النواحي الإقتصادية، وانتشار الروح الإقتصادية، حيث كان لظهورها دورٌ كبير في الإنتقاص من دور الإرادة، ولم تُعد هذه الأخيرة حُرَّة في تحديد مضمون الإلتزامات التعاقدية، كما لم تعد حرة في إنهاء العقد بالإتفاق أو تعديله<sup>1</sup>.

### 1- الإرادة حرة ذات وظيفة

يُوردُ المشرعُ قُيود من خلال نصوص قانونية أمره، يجب على المتعاقدين التقييد بها، ولا يقتصر تدخل المشرع على مضمونه الأصلي الذي إتفق عليه المتعاقدان وقت التعاقد، بل يستمر هذا التدخل طوال مدة تنفيذ العقد<sup>2</sup>.

فبانعقاد العقد يتدخل المشرع فيه، فقد يُضيفُ له شيئاً جديداً، أو يحذف منه مَوْجُود، وذلك من أجل تحقيق غرض إقتصادي أو إجتماعي، وقد يحصل ذلك لِخِدْمَةِ طائفة معينة من الناس<sup>3</sup>. ووصل أمر تدهوره إلى درجة أن أصبح تدخل المشرع في تنظيم العقود على غير إرادة المتعاقدين أمراً شائعاً، بل وظهرت طائفة من العقود تنشأ من البداية ضد إرادة أحد طرفيها وكرها عنه<sup>4</sup>.

كما لم يعد كامل الصحة اليوم أن القوة الملزمة للعقد تنشأ من الإرادة وحدها، فقد يأتي القانون ويتدخل في العلاقة العقدية، وقد يُجبر الشخص على إبرام عقد معين<sup>5</sup>، ويسنّد أنصار المذهب الإقتصادي إلى الإرادة دوراً متواضعاً، ويذهبون إلى الإعتراف بأن دور الإرادة يكمنُ في إرتباطها مع الغير، والقانون هو الذي يعرف لماذا ترتبط ويُحدّد مداها<sup>6</sup>.

---

1- فكثيراً ما تؤدي الحرية التعاقدية شعار المذهب الفردي وسلطان الإرادة إلى مظالم كثيرة إذ غالباً ما تجعل الضعفاء تحت رحمة الأقوياء. انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص20.  
2- يظهر ذلك في عقود المدة، أي العقود المستمرة والدورية التنفيذ. محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص497-501.  
3- "الأخذ المطلق بالإمتداد القانوني في عقد الإيجار يؤدي إلى عدم توازن، وقد يصيب ويلحق بالمؤجر ضرر، وعليه فلا بد من تحديد مدة الإمتداد القانوني، وهو ما وفق فيه المشرع العراقي عندما حدد المدة وجعلها 12 سنة بموجب القانون رقم 56 لسنة 2006". انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص501. وعبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص274.  
4- انظر سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص78.  
5- انظر رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص20 وما بعدها.  
6- " فينهبون الدور الذي تقوم به في تكوين العقد بالدور الذي تقوم به قطعة النقود عندما يلقى بها في الآلة الأوتوماتيكية للحصول على البضاعة التي يريدونها من ألقى بقطعة النقود. فليست قطعة النقود هي التي تتولى إنزال البضاعة بل الآلة، ويقتصر دور قطعة النقود على إعمال هذه الآلة؛ كذلك دور الإرادة اليوم في تكوين العقد فهي لا تنشأ العقد وإنما يقتصر دورها على إعمال النظام الذي أنشأه المشرع لهذا الغرض ". انظر عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص265.

ما أدى بالبعض إلى إنتقاد الإعتراف بالدور المُطلق للإرادة، فالعقود عندهم لا يكون لها قيمة إلا إذا وظفت في خدمة الجماعة، فالحرية هي : " حرية ذات وظيفة "1. كما أن هناك مانع إجتماعي يُمنعُ معه أن تكون الإرادة مصدر الإلتزام الوحيد، فمع التسليم بأن للفرد حقوقا يجب إحترامها، فهو قبل كل شئ فرد في جماعة يَلتزمُ بالالتزامات معينة. إن العقد واقعة إجتماعية، ومن ثم فلا يجوز أن تترتب على الإرادة الفردية آثار إلا بقدر ما تتفق هذه الآثار مع البيئة الإجتماعية وقوانينها<sup>2</sup>.

كما لم تعد حرية الإرادة متفقة مع ما نجم عن التطورات الإقتصادية والصناعية والإجتماعية؛ ذلك أن الإرادة في خدمة القانون وليس القانون في خدمتها، ووظيفة القانون هي العمل على تحقيق العدل بين الأفراد، وليس يتفق مع مُقتضى العدل أن يكون للإرادة سلطانها المطلق، وأدى تطور القواعد التقليدية إلى فرض صور جديدة من القيود على مبدأ سلطان الارادة، من زاوية إبرام العقد وتحديد مضمونه<sup>3</sup>.

فوجود الشركات الضخمة التي تُهيمنُ على السوق، وتُفرضُ شروطها على المواطن البسيط، يضرُ بمصالح الأطراف الضعيفة إقتصاديا، والتي ترتبط بكثير من السلع والخدمات الرئيسية، والتي لا يُمكنها الإستغناء عنها بحالٍ من الأحوال.

إن القيود التي يفرضها المشرع مباشرة إما أن تَرَدَ على التنظيم الكامل من حيث المضمون للعقد بِرُمتِهِ، أو على جزئية من جزئياته؛ وفي الحالة الأولى يتقيد المتعاقد تقيدا كاملا في تفاصيل العقد، ومثال ذلك تنظيم المشرع لعقد العمل - الأجر وساعات العمل، شروط السلامة والعطل...- ، نظرا لما تُعانيه الطبقة العاملة من ظُلم إجتماعي واقتصادي<sup>4</sup>.

---

1- " ذلك أن تقرير الحرية المطلقة للعقود هو على حد تعبير "إهرينج" بمثابة منح ترخيص بالسلب للقراصنة وقطاع الطرق ، وتقدير حقهم في الإستيلاء على كل ما تقع أيديهم عليه". انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص20-21.

2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص266.

3- انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص12 وما بعدها.

4- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص197-202.

## 2- عَيْمَة العَقْد

تَقَلَّصَتِ الحَرِيَّةُ العَقْدِيَّةُ فِي مَجَالِ الإلتِزَامَاتِ التَّعَاقِدِيَّةِ، وَلَمْ يَبْقَ الأَمْرُ كَمَا كَانَ؛ فَفَقْدَ صَارَ التَّوَجُّهُ نَحْوَ تَرْجِيحِ مَصْلَحَةِ الجَمَاعَةِ عَلَى مَصْلَحَةِ الفَرْدِ، وَنَتِيجَةً لِسَيَادَةِ هَذِهِ المَذَاهِبِ صَارَ المِشْرَعُ يَتَدَخَّلُ فِي مَعَامَلَاتِ الأَطْرَافِ وَاتِّفَاقَاتِهِمْ، وَهُوَ مَا جَعَلَهُ يَتَدَخَّلُ فِي المَعَامَلَاتِ التَّعَاقِدِيَّةِ الَّتِي يَبَاشِرُهَا الأَفْرَادُ، وَذَلِكَ بِتَقْيِيدِ إِرَادَتِهِمْ مِنْ عِدَّةِ جَوَانِبٍ، وَقَدْ عَبَّرَ الفَقْهُ عَنْ هَذِهِ الظَّاهِرَةِ الجَدِيدَةِ بِعَيْمَةِ العَقْدِ publicisation du contrat<sup>1</sup>.

يَقْصِدُ بِهَذِهِ العِبَارَةِ أَنَّ العَقْدَ الخَاصَّ الِذِي كَانَ مِنْ قَبْلِ مَقْصُورًا عَلَى الإِرَادَةِ الفَرْدِيَّةِ قَدْ تَدَخَّلَتْ فِيهِ الإِرَادَةُ العَامَّةُ (إِرَادَةُ الدَّوْلَةِ)، فَفَقْدَ بِذَلِكَ جَانِبًا مِنْ طَابَعِهِ الخَاصِّ، وَتَعْيِيمَ بِقَدْرِ مَا فَقْدَ مِنْ ذَلِكَ الطَّابَعِ.

فَالعَقْدُ الِذِي كَانَ يُجَسِّدُ الإِرَادَةَ الفَرْدِيَّةَ (أَيَ إِرَادَةَ أَطْرَافِهِ فَقَطْ) أَصْبَحَتْ تَتَدَخَّلُ فِيهِ الدَّوْلَةُ بِحَيْثُ تُشَارِكُ طَرَفِيهِ فِي تَكْوِينِهِ وَتَحْدِيدِ مَضْمُونِهِ، وَتَتَحَقَّقُ العَيْمَةُ بِتَدَخُّلِ الدَّوْلَةِ<sup>2</sup>.

فَيَجِلُّ القَانُونُ فِي شَتَّى مَرَاكِلِ العَقْدِ مَحَلَّ إِرَادَةِ الطَّرَفَيْنِ وَلَوْ جُزْئِيًّا، وَلَا تَسْتَطِيعُ الإِرَادَةُ إِنْشَاءَ الإلتِزَامَاتِ إِلاَّ بِالقَدْرِ الِذِي يَتَّفَقُ مَعَ تَحْقِيقِ العَدْلِ، وَلَا يَتَوَقَّفُ الأَمْرُ عِنْدَ هَذَا الحَدِّ، فَفَقْدَ يُسْتَعْنَى فِي بَعْضِ الأَحْيَانِ عَنِ فِكْرَةِ التَّعَاقُدِ تَمَامًا<sup>3</sup>.

بِنَاءً عَلَى هَذَا النِّصِّ إِسْتَطَاعَ القَضَاءُ فِي فَرَنْسَا أَنْ يُرْتَبَ عَلَى بَعْضِ العُقُودِ الإلتِزَامَاتِ لَمْ يُرْتَبِهَا المَتَّعَاقِدَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا، فَتُدْمَجُ هَذِهِ الإلتِزَامَاتُ فِي نِطَاقِ العَقْدِ بِاسْمِ العَدَالَةِ، وَمِثَالُ هَذِهِ الإلتِزَامَاتِ الإلتِزَامُ بِالسَّلَامَةِ (obligation de sécurité) حَيْثُ أُدْرَجَ هَذَا الإلتِزَامُ فِي كَثِيرٍ مِنَ العُقُودِ، كَعَقْدِ العَمَلِ، وَعَقْدِ نَقْلِ الأَشْخَاصِ، وَعَقْدِ الإِسْتِهْلَاقِ... الخ ذَلِكَ

كَمَا يُعَدُّ الإلتِزَامُ بِالإِعْلَامِ - وَالِذِي يُعْتَبَرُ إلتِزَامًا مُسْتَقِلًا عَنِ العَقْدِ وَسَابِقَ عَلَيْهِ- إلتِزَامًا بِعَمَلٍ يَتِمُّثَلُ فِي الإِدْلَاءِ بِبَيِّنَاتٍ صَحِيحَةٍ وَكَافِيَةٍ، كَمَا أَنَّهُ إلتِزَامٌ بِتَحْقِيقِ غَايَةٍ، فَلَا يَكْفِي مِنَ المِهْنِيِّ أَنْ يَثْبُتَ أَنَّهُ بَذَلَ العَنَايَةَ اللّازِمَةَ فِي إِصَالِ البَيِّنَاتِ وَالمَعْلُومَاتِ لِلْمُسْتَهْلِكِ<sup>4</sup>.

1- انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 41-43.

2- يحصل هذا بطرق شتى منها إقتضاء شكلية لا ينعقد العقد إلا بها، أو ضرورة الحصول على إذن بالتعاقد، وطريقة التنظيم. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 267.

3- مثل ما هو الحال فيما جاءت به المادة 136 من قانون 11/90، والتي تنص: " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفًا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون".

4- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 504.

فهذه الإلتزامات وغيرها تُعد بمثابة قيود تحد من الإرادة، إذ تصبح بموجب القانون ملزمة بها، وإن كانت في الأصل لا تريدها ولا ترغب فيها، وهكذا تصبح هذه العقود بعيدة عن متناول قاعدة حرية التعاقد وسلطان الإرادة.

في هذا الصياغ يرى الأستاذ **حجازي** أن "... هذه الإلتزامات التي يدرجها القضاء ليس أساسها التراضي، وإنما سلطة أو (إرادة) القاضي، وبقدر ما يضع القاضي وينشئ من إلتزامات جديدة يتراجع سلطان الإرادة.

حيث لم يعد الأفراد هم وحدهم الذين يضعون أو يصنعون قانونهم التعاقدية، بل هناك سلطة أعلى من إرادتهم تراقب استعمالهم لهذا القانون التعاقدية، وتحدد مدى كفايته، وهذا التدخل من المشرع في العقد يؤدي إلى إضمحلال 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 " قَلَّ طابعه الفردي il devient moins Individuel وتقلص طابعه التعاقدية il devient moins contractuel " <sup>1</sup>.

ففي هذه الأحوال نجد أن التنظيم القانوني أخذ يُضيق الخناق على حرية التعاقد، ولم يُبق للفرد من حرية إلا في قدر ضيق ينحصر في قبول إبرام العقد أو الإمتناع عن إبرامه، هذا عن كامل العقد، وكذلك الحال إذا كان الأمر يتعلق بجزئية معينة من جزئيات التعاقد، كتحديد المتعاقدين لمدة تزيد عما يجيزه القانون، فهنا يتعين إنقاص هذه المدة، ويبطل الشق الباطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً <sup>2</sup>.

مما تقدم يتبين 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 <sup>3</sup>؛ ما أدى إلى إظهار نقائص المذهب الفردي، والتقليص من المبادئ التي وضعتها النظرية التقليدية <sup>4</sup>.

---

1- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 275.  
2- الأمر الذي يستخلص من مضمون المادة 104 " إذا كان العقد في شق منه باطلاً...، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً..." انظر المادتين 104 و 105 مدني.  
3- حيث برز مبدأ التنظيم (régime de réglementation) ومبدأ الحماية (régime de protectionnisme) على أنقاض مبدأ التبادل الحر (régime de libre échange) الذي لم يعد يستجيب لمتطلبات الجماعة. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 283-284.  
4- "ما دفع بأصحاب المذهب الفردي للتنبذ بالأزمة التي لحقت بالعقد في تصوره ومبادئه". انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص 41.

## المطلب الثاني: تنظيم القانون لبعض العقود الخاصة

نتيجة لما نَجَمَ عن بعض الممارسات من تعسف، يَنحُو التوجه الجديد نَحْوَ تدخل المشرع وتنظيمه للعقود تنظيمًا قانونيًا مباشرًا، على نَحْوِ لا يَتَرَكُ للأطراف المتعاقدة خيارًا كبيرًا في تحديد شروطها وأثارها، كما هو الحال في ما صار يُعْرَفُ بالعقود النموذجية، فَجَدُهُ صار يُضْفِي عليها طابعًا تنظيميًا، من خلال فَرَضِ قُيُودٍ على هذه العلاقات (الفرع الأول).

كما يعد التدخل في عقود الإستهلاك، بدواعي حماية الطرف الضعيف، صورة أخرى يَتَجَلَّى من خلالها المساس بالإرادة ودورها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الإرادة والعقود النموذجية

نتناول في هذا الفرع واقع الحرية التعاقدية في بعض الصور- على سبيل المثال-، من ذلك عقد العمل، الذي تراجعت الحرية في تحديد محتواه وأثاره (أولاً)، كما فرضت التطورات صورًا جديدة من العقود، كالبيع بالإيجار، وحتى البيع على التصاميم، والتي تَبَرَّزُ فيها معالم التنظيم والتوجيه بصورة جَلِيَّة (ثانياً).

### أولاً: خصوصية الإرادة في عقد العمل

العمل<sup>1</sup> أهم نشاط تتميز به حياة الإنسان لأنه يتعلق بمهنته ومعيشته، ولم يَتَوَأَى المشرع في تنظيم علاقات العمل سواء الفردية أو الجماعية، وذلك بالنظر لأهميتها وقيمتها، وما يُمَيِّزُ عقد العمل طبيعة العلاقة التي تجمع بين طرفيه، علاقة يَمْتَرِجُ فيها البعد الاقتصادي بالبعد الاجتماعي من جهة، والبعد النفعي بالبعد الإنساني من جهة أخرى<sup>2</sup>.

### 1- حقيقة وجود حرية الإرادة

هنا تَبَرَّزُ أهمية هذا الجزء من الدراسة، من خلال البحث في حقيقة وجود هذه الحرية في إطار علاقة قانونية، قائمة حقيقة على عدم التكافؤ الواقعي بين طرفيها، ما بين شخص صاحب العمل المُمْتَكِنِ اقتصاديًا، وشخص العامل الضعيف اقتصاديًا.

---

1- يحث ديننا الحنيف في كثير من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة على العمل وضرورة إتقانه، ونبذ الكسل والإتكال على الغير، فالعمل في الشريعة الإسلامية يحتل الصدارة والسبب في ذلك هو اقتران العمل بفكرة الإيمان، وعلى سبيل المثال الآية 10 من سورة الجمعة، والآية 14 من سورة النحل؛ والعمل هنا هو دنيوي وأخروي.  
وفي السنة النبوية يشيد صلى الله عليه وسلم بقيمة العمل في قوله ﴿مَا أَكَلُ أَحَدٌ طَعَامًا فَطُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ عَمَلِ يَدَيْهِ، وَإِنْ نَبِيَّ اللَّهِ دَاوُدَ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ عَمَلِ يَدَيْهِ﴾ رواه البخاري في الصحيح، كتاب البيوع، باب كسب الرجل وعمله بيده، برقم (2073)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الريان للتراث سنة النشر 1407هـ / 1986م.  
2- تقوم علاقة العمل على عدم التكافؤ بين طرفيها، ويوضع من خلالها بحكم القانون والحاجة طرف في موقع التابع لأخر، في إطار ما يسمى بمفهوم التبعية القانونية، لأجل ذلك تدخل المشرع لوضع بنود تنظيمية محددة قانونًا، تهدف لإعادة التوازن المفقود؛ كمدة العمل والأجر الأدنى، تحديد ساعات العمل، سن العمل... الخ ذلك. انظر القانون 11/90 المؤرخ في 12/04/1990 المتعلق بعلاقات العامل، الجريدة الرسمية، العدد 17، 1990.

مما يُعطل إلى حدٍ كبير من القدرة على التفاوض النَّابع من مفهوم سلطان الإرادة، حيث تتعدد المصالح، سواء بالنسبة للمزايا الفردية والأسرية لهذه العلاقة، بالنسبة للعمال وأصحاب العمل على حد سواء<sup>1</sup>.

لقد أدى انحسار المذهب الفردي، وظهور المذاهب الاجتماعية إلى تحمّل الدولة مسؤولية حماية العمال، لاسيما على المستوي الاقتصادي، حيث تتلاشى في عقد العمل فكرة الحقوق المتساوية النابعة من الفكرة العقدية، فيلتزم العامل بما جاء في النظام الداخلي، لا على اعتبار أنه جزء مُكمل، وإنما على أساس أنه قانون العمال، الذي يُعتبر صاحب العمل فيه بمثابة المشرع<sup>2</sup>.

فهنا يُتعمق في حالة تعاقدية غطاؤها ومظهرها قانوني، ومحتواها اقتصادي اجتماعي، ما يجعل من تلمس وجود هذه الحرية في أحيان كثيرة أمرا غير يسير، كما ترتبط هذه الحرية بالمجتمع والبيئة، حيث أن مدلول الحرية التعاقدية وفق مبدأ سلطان الإرادة وحرية الطرفان في المفاوضة، وصولا لفرض ومناقشة الشروط التعاقدية يبقى موضع أخذ ورد كبيرين، فيرى الكثيرون أن عقد العمل لم يعد له من دور سوى تنظيم الإتفاق المُبرم بين الطرفين، أما ما تبقى فهو خارج عن الإرادة التعاقدية، ويخضع للإرادة التنظيمية للمشرع<sup>3</sup>.

يبرز هذا التمايز في هامش الحرية التعاقدية المتوافرة فيه، وحقيقة وجود هذه الحرية من عدمها، فالمتمتع في مدلول عقد/علاقة العمل يُدرك جيدا أنه وبالرغم من أهمية البعد التعاقدية في هذه العلاقة إلا أن الجانب التنظيمي والقانوني هو الذي يطغى عليها.

إن تسمية علاقة العمل تُعتبر المصطلح الأكثر تعبيراً عن عقد العمل بمفهومه الحديث، وقد ظهرت هذه الفكرة أول مرة في الفقه الألماني الذي دعى إلى الحد من حرية التعاقد وسلطان الإرادة، حيث جعل هذه العلاقات تقوم على أساس التنظيم التشريعي واللائحي، بما يضمن أكبر قدر من الحماية للعامل بإعتباره الطرف الضعيف.

---

1- عرف المجتمع الروماني تقسيما يتألف من أحرار وعبيد، طبقة تملك الشخصية القانونية وطبقة تفقدها، وفي ظل هذا النظام لا يمكن تصور هذا النوع من العقود؛ فعلاقة العمل تقتصر على العبيد فلا مكان لتصور وجود للشخصية القانونية للعبيد بشكل يصبح فيه الحديث عن الحرية في العمل في غير محله، وهو ما جعل من عمل العبد قيمة اقتصادية منفصلة عن قيمته الإنسانية. وبخلاف ما كان سائد عند الرومان تميزت علاقة العمل في العصور الوسطى بثنائية نظام العمل في القطاعين الزراعي والصناعي. انظر محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل "ازمة عقد العمل" مجلة الشريعة، جامعة دمشق، يوليو 2011، ص21-23.

2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص271 هامش 15.

3- يطرح هذا الموضوع أزمة سلطان الإرادة في عقد العمل، أو ما أصطلح عليه في التشريعات الحديثة بأزمة عقد العمل، ويحاول بالنظر في النصوص القانونية، وبالاستعانة بأراء الفقه والإجتهد تحديد الهامش المتاح لكل من البعدين التعاقدية والتنظيمية في هذا العقد؛ حيث يرى الكثيرون أن عقد العمل ليس له من دور سوى منح أحد الطرفين (العامل) بطاقة الدخول إلى المنشأة، أما ما تبقى فهو خارج عن الإرادة التعاقدية للطرفين، ويخضع للإرادة التنظيمية للمشرع. انظر محمد عرفان الخطيب، المرجع نفسه، ص25-26.

فطبيعة هذه العقود تفرضُ إختلاف في مركزي طرفيها، فيكون صاحب العمل في مركز تَفُوق، ويتدخل لإصدار الأوامر؛ في حين يكون العامل في مركز أقل، يتلقى الأوامر وينفذها، لأجل هذا فقد قيلَ أن عقد العمل الجماعي هو من قبيل العقد الجبري، الذي لا تقوم الإرادة فيه بأي دور؛ الأمر الذي يحدُ بشكل كبير من مفهوم سلطان الإرادة، ودورها في إنشائه، بشكلٍ يُصبح فيه العقد من حيث انعقاده، ومضمونه وأثاره الترجمة الفعلية لإرادة المشرع لا لإرادة أطرافه<sup>1</sup>،

فالعلاقات العمل مَحْكُومة حُكماً تنظيمياً لا حُكماً تعاقدياً، مما ألغى مفهوم الحرية التعاقدية، فالعامل ليس له أي حق في تحديد، أو تكييف شروط العمل ضمن المهنة التي يَعْمَلُ بها، ويقبل بالشروط الموضوعية سلفاً من قِبَل الجماعة، مما شكّل عقبة كبرى في وجه الحرية في العمل.

إن تنظيم مختلف قواعد العمل لم يكن يتم في إطارٍ من التفاوض الحر والمتساوي بين العمال وأصحاب العمل، بل في إطار سُلطوي أحادي الجانب، من قِبَل القائمين على هذه الطوائف، وسادَ إحساسٌ عارِماً بالإستغلال و بلاعدالة، فبقدر فهم المشرع لحقيقة وخصوصية هذه الحرية، وموقفه تجاه طرفي هذه العلاقة، بقدر ما يتشدد أو يتساهل في تحديد الضوابط التشريعية المنظمة لها<sup>2</sup>.

## 2- تدخل المشرع لأجل إعادة التوازن

لأجل إعادة التوازن لعلاقة العمل تتدخل الدولة لوضع حدٍ للممارسات التعسفية، فبعد ما كانت مسألة تنظيم علاقة العمل تقوم على أساس حرية التعاقد واستقلالية الإرادة، لم يبقى مبدأ حرية العمل مُطلقاً كما كان، وكنتيجة لما نَجَمَ عن هذه الممارسات من تعسف تدخل المشرع لوضع حدٍ لذلك، فنجدته صار يُضفي عليه طابعاً تنظيمياً من خلال فرضِ قُيُودٍ على هذه العلاقة، وتنصرف أغلب هذه القيود التنظيمية أساساً إلى صاحب العمل، من خلال ضرورة توافر شروط معينة<sup>3</sup>.

1- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص271 هامش15.

2- علاقة تعاقدية لم تحظ في أغلب التشريعات العربية بالإهتمام الكافي، فمعظم التشريعات أشارت إليها بعبارات مقتضبة وعالجتها إلى حد كبير وكأنها جزء لا يتجزأ من الحرية التعاقدية بمفهومها العام في ضوء أحكام النظرية العامة للعقود. انظر محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، صص25-33.

3- E Gounot, le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, op.cit, p124.

3- لاسيما فيما يتعلق بحماية العمال والتغطية الاجتماعية، أو بالنسبة للأعباء الاقتصادية والمادية المفروضة على أصحاب العمل. " خاصة في تشغيل الأجانب، وكذا تقييد عمل الأطفال والنساء، كما يتم تحديد الحد الأقصى لساعات العمل، والحد الأدنى للأجر، والسن الأدنى لتشغيل الأحداث،... إلخ ذلك هذا ما يسمى بالتأطير القانوني لعقد العمل عن طريق أحكام النظام العام، والذي نجم من جراء إتساع دائرته، وبروز النظام العام الإقتصادي، إذ لم يعد يقتصر تدخل المشرع لأجل حماية فئة من المتعاقدين بل تعداه لحماية المصلحة العامة.

ما يمكن قوله كذلك أن قانون العمل قد تطور بحيث إنسحب العقد أمام القانون، ثم انسحب القانون أمام التفاوض الجماعي، لذا نجد في بعض الدول كفرنسا ما يسمى بالنظام العام الاستثنائي (l'ordre public Dérégatoire). انظر حسان نادية، علاقات العمل الفردية في القانون الجزائري، تكريس ثنائية حرية التعاقد و التأطير القانوني، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، صص177-178.

لقد أدى عدم المساواة الموجود بين العمال وأصحاب العمل، إلى وجود عدم توازن بينهما، ومن ثم حدوث إختلالٍ تَعاقُدي، ولأجل هذا ذهبت النصوص القانونية إلى العمل على إعادة التوازن الموضوعي لهذه العلاقة، وذلك من خلال تنظيمٍ كاملٍ من القواعد الأمره<sup>1</sup>.

فتم تقييدُ حرية العامل في ممارسة حقه في الإضراب، وحقه النقابي... من جهة، ومن جهة أخرى نجدُ المشرع يُجبرُ العامل على العمل منتهكا بذلك عنصر الرضا المكون لعقد العمل، ومن ثم حرية العمل، تحت غطاء التسخير والتكليف، حيث تغيب فيهما الإرادة.

إضافة إلى ذلك يُعدُّ الطابع التنظيمي، ومن خلاله النظام الداخلي إلتزاما وليس حقا للعامل، حيث مَكَّنَ المشرع صاحب العمل بالإنفراد في تكوينه، وهنا نجدُ أن العامل يُجبر على الخضوع لنظام لم يُشارك فيه.

كما تُعد الاتفاقيات الجماعية للعمل، والتي تُعتبر من أهم مصادر قانون العمل إصابة أخرى لحرية العمل، تعكس الطابع التنظيمي وهيمنة السلطة على هذه العلاقة<sup>2</sup>، فيُعبَّرُ وفقا لذلك عن العلاقات بين العمال وأصحاب العمل بعلاقة العمل بدلا من عقد العمل<sup>3</sup>.

إن عقد العمل الجماعي تحديدا، يُعدُّ من أبرز العقود النموذجية، التي تنقيد إرادة الأطراف فيها، بحيث لا يمكن تجنُّب التنظيم المُقترح، ولا الشروط الواردة في العقد المُنظَّم<sup>4</sup>، ويقتصر دور الإرادة على إعمالِ النظام القانوني الذي يُقره المشرع، إذ ليس لها من هامشٍ للحرية سوى في إيجاد العلاقة العقدية، ولكن في حُدود الأطر المحددة قانونا؛ فهذا العقد على حدِّ تعبير البعض يَحْمِلُ "جسم العقد وروح القانون"<sup>5</sup>.

---

1- مثل ما هو الحال فيما جاءت به المادة 136 من قانون 11/90، والتي تنص " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون".

2- انتقد هذا الطرح على أساس أن أنه لا يمكن تشبيه صاحب العمل و القانون الداخلي بالمشرع والتشريع في ظل دولة قائمة لأن هذا يتعارض مع فكرة تدخل الدولة في تنظيم علاقة العمل ". انظر عبد المنعم بن أحمد، علاقة العمل بين السلطة والحرية، ماجستير، الجزائر 2003-2004، صص 25-28.

3- انظر أيمن إبراهيم لعشماوي، المرجع السابق، ص 155.

4- العقود الجماعية هي تلك التي تبرمها هيئة لتنظيم علاقة افرادها بفرد أو هيئة أخرى. انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 118.

5- انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 148.

## ثانياً: تنظيم عقود البيع بالإيجار والبيع على التصاميم

فرضت التطورات التي حصلت في المجتمع صوراً جديدة من العقود، فَبات الحديث عن ما يُعرف بعقد البيع بالإيجار، والبيع على التصاميم (مثالاً لا حصرًا)، ففي ظلِّ الحركية التي تمتاز بها الحياة كان لا بُدَّ من توجيه العملية العقدية خدمة لمصلحة الجماعة. الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تنظيم هذه الصور من العقود من خلال ما عُرفَ بالعقود النموذجية، والتي تُعدُّ مثالاً صارخاً عن المساس بالحرية التعاقدية، وتقبيداً واضحاً لإرادة المتعاقد، كَوْنَه هذه العقود تُحرر مُسبقاً، فحاول المشرع توجيه العلاقة التعاقدية في الإتجاه الذي بدأ له من وجهة نظره أكثر نفعاً<sup>1</sup>.

إن هذه العقود تُشتمِلُ على جُملةٍ من النصوص المنظمة للعقود، والتي تكون غالباً نصوصاً أمرية، فهو ليس عقد من المنظور التقليدي، الذي يتم بتوافق إرادتي طرفيه، وفقاً للمادة 54 مدني، فبمجرد التوقيع على النموذج صار المتعاقدان مُلزَمان بتنفيذ ما فيه من بُنود.

### 1- عقد البيع بالإيجار

يعتبر هذا النوع من العقود من الصيغ الجديدة، يُمكنُ من خلالها بيع المَسكن للمؤجر<sup>2</sup> بصيغة أخرى يمكن القول إن صح التعبير أن هذا العقد يبدأ عقد إيجار ثم في النهاية، ووفق شروط نظمها القانون يصير عقد بيع.

---

1- أصبحت العقود النموذجية كثيرة الإستعمال لأنها تختصر الوقت، إلا أن في هذه الصورة الجديدة من العقود إفساداً لمبدأ جوهرى هو حرية التعاقد، فتتطوي هذه العقود على عدم مساواة حقيقية بين الأفراد في ممارسة الحقوق، سواء أكان التنظيم من المشرع أو كان من طرف الأفراد، فُتُحد إرادة أحد المتعاقدين في كلا الحالتين. إن العقود النموذجية تعتبر مجرد صياغة مُعدَّة مُسبقاً، أو ما أصطلح عليه قالب جاهز، مُعد لإبرام عقد في المستقبل، ويعرفه Léauté على أنه " صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، بحيث يستخدم عند الإبرام عقود متشابهة تنصب على نفس موضوع العقود النموذجية "

Léauté (M.J), les contrats types, RTDC, 1953, N° 1, p430.

انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص 84. وأيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 139.

2- انظر المرسوم التنفيذي 35/97 المؤرخ في 5 رمضان عام 1417 الموافق 14 يناير 1997 يحدد شروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار وشروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري والمهني وغيرها ، التي أنجزتها دواوين الترقية والتسيير العقاري بتمويل قابل للتسديد من حسابات الخزينة العامة أو بتمويل مضمون منها والمسلمة بعد شهر أكتوبر سنة 1992، الجريدة الرسمية، العدد 4، السنة 34، ص 08.

والذي عدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 29 محرم 1422 الموافق 23 أبريل 2001 يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كيفيات ذلك، الجريدة الرسمية، العدد 25 المؤرخة في 29 أبريل 2001، ص 18. والذي تتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 35/03 مؤرخ في 11 ذي القعدة 1423 الموافق 13 يناير 2003، الجريدة الرسمية، العدد 4، السنة 40، ص 6.

فموجب القانون يحق لدواوين الترقية والتسير العقاري باعتبارها تحوُّ صفة المالك المؤجر أن تُحوَّل ملكية العقار للمستأجر، الذي سيحوز صفة المشتري فيما بعد، وفقا للشروط والأوصاف التي يتطلبها القانون<sup>1</sup>.

فصيغة هذا العقد تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة<sup>2</sup> بعد إنقضاء مدة الإيجار المحددة في العقد المكتوب، ويكون بدل الإيجار في النهاية بمثابة ثمن المبيع، ولكنه مُقسط<sup>3</sup>.

يُبين من طريقة تنظيم هذه العقود الغايات الاجتماعية التي يتوخاها المشرع من وراء هذه الصور من العقود، فهي ذات طابع إجتماعي، والذي نُسلط عليه الضوء في مجال دراستنا هو أن الاستفادة من هذه السكنات قُيدت بشرط عدم التصرف مدة من الزمن يحددها القانون، يُبرر مثل هذا الشرط في هذه العقود مثلما سبق بيانه بغايات يُسميها المشرع اجتماعية يُريد تحقيقها. هنا يُمكن الكلام عن التعدي على مبدأ حرية الإرادة، كما أن القواعد المقررة في النظرية التقليدية للعقد ترى في شرط المنع من التصرف مخالفة للنظام العام.

إن صيغة البيع بالإيجار تُخدّم المستفيد كأصلٍ عام من خلال تمكينه من سكن، ويتحدد وفق العقد النموذجي الذي يوقعه هذا الأخير جُملة من الشروط يقع عليه واجب إحترامها، فهذه الصيغ أُستحدثت لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية، فتطبق عليها إلى جانب القواعد العامة المقررة في القانون المدني قواعد خاصة، أشدها مَساسًا بالقواعد العامة عدم التصرف في الملكية، حتى ولو يدفع المستفيد كافة الأقساط المحددة في الإتفاق، إلا بعد مرور مدة زمنية معينة؛ على هذا يُعدُّ هذا النموذج صورة واضحة لعدم توازن الإلتزامات<sup>4</sup>.

- 
- 1- انظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي 35/97.
  - 2- تعد هذه الصيغ من البيوع مسلكا تنتهجه الدولة للتخفيف من أزمة السكن التي يعاني منها المجتمع الجزائري، حيث أصبح من الضروري مشاركة المواطنين في تمويل المشاريع السكنية. انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص111.
  - 3- جاء المشرع بأساليب أخرى للحد من هذا المشكل مثل ما هو الأمر في المرسوم التنفيذي رقم 42/98 المؤرخ في 4 شوال 1418 الموافق 1 فبراير 1998 يحدد شروط الحصول على المساكن العمومية الإيجارية ذات الطابع الاجتماعي وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية، العدد 5، السنة 35، ص12.
  - 4- كما نظم المشرع أيضا صيغة السكن التساهمي بعد فشل سياسة البناء الذاتي جراء ضعف القدرة الشرائية للمواطن، ووفقا لهذه الصيغة يستفيد المواطن من إعانة من الدولة، كما يدفع هو حصة مقدرة ب 20 بالمائة، والباقي 60 بالمائة يقترضه من مؤسسة مالية.
  - 5- إضافة إلى ذلك أُستحدثت المشرع بموجب المرسوم التنفيذي 148/91 المؤرخ في 27 شوال 1411 الموافق 12 مايو سنة 1991 الوكالة وطنية لتحسين السكن وتطويره AADL، الجريدة الرسمية 1991، العدد 25.
  - 6- انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي 35/03.
  - 7- كما تقع بموجب هذا العقد جملة من الإلتزامات على عاتق المستأجر المستفيد هي في الأصل والقواعد العامة على عاتق المؤجر البائع، ومن ذلك الإلتزام بالصيانة وتبعة مخاطر الشيء. انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، صص 115-120.

## 2- عقد البيع بناء على التصاميم

جاء إقرار عقد البيع بناء على التصاميم لتحقيق الغرض السابق بيانه في عقود البيع بالإيجار، فالإرادة التشريعية تهدف من وراء إقرار هذه الصور من العقود تحقيق غايات إجتماعية، تتعلق بحل مُشكل السكن، الذي كان ولا يزال يُورقُ المواطن والدولة على حدٍ سواء<sup>1</sup>.

لقد استحدثت المشرع بموجب المرسوم 58/94 نموذج البيع بناء على التصاميم<sup>2</sup>، هذا الأخير الذي يُعرف بأنه : " عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بنانية مقرر بناؤها أو في طور البناء هو ذلك العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات من طرف المرقي العقاري لفائدة المقتني، موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المقتني بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز"<sup>3</sup>.

فالقائم بهذه العملية هو المرقي العقاري، شخصا طبيعيا أو معنويا، يُبادرُ بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميمات أو تجديد أو إعادة هيكلة... وفقا لما جاء في المادة 03 من القانون 04/11.

لتبسيط الفكرة أكثر يمكن القول أن البيع بناء على التصاميم هو عقد يُبرم ما بين المرقي العقاري، الذي يمكن وصفه بالبائع والمقتني مشتري العقار، وتبدو خصوصية هذا العقد في أن عملية التعاقد تتعلق بمحل مستقبلي سيوجد في المستقبل<sup>4</sup>.

إن عقد البيع على التصاميم عقد نموذجي، ألزم القانون إبرامه في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، ووفقا للنموذج المحدد قانونا<sup>5</sup>، ومن طبيعة هذا العقد وصفة أطرافه تتأكد الطبيعة التنظيمية التي تطغى عليه، فتتقيد الحرية التعاقدية من خلال واجب إتباع النموذج المفروض<sup>6</sup>.

---

1- تم تنظيم عقد البيع على التصاميم من خلال جملة من النصوص القانونية بدء من القانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، المؤرخ في 23 جمادى الثانية 1406 الموافق 1986/03/04، الجريدة الرسمية، العدد 10، السنة 23، ص350. تعزز ذلك بصدور المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، السابق ذكره، والملغى بموجب القانون 04/11 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 الموافق 2011/02/17 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، السنة 2011، ص4.

2- المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 25 رمضان 1414 الموافق 7 مارس 1994 يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي طبق في مجال الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، السنة 1994، العدد 13، السنة 31، ص11.

3- انظر المادة 28 من القانون 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

4- إن مثل هذه العقود دعت إليه الظروف الاقتصادية والإجتماعية، فيتم التعاقد على (مجسمات ونماذج إفتراضية) تجسد مستقبلا على أرض الواقع، وبالرجوع للقواعد العامة نجد أن هذا التعاقد صحيح وفقا لنص المادة 92 مدني التي تجيز أن يكون محل الإلتزام شئ مستقبلية ومحقق؛ وإن كان فيها ما يقال فكيف يكون محل الإلتزام شئنا مستقبليا ومحققا، فالأمر المستقبلي في علم الغيب، وقد يتحقق وقد لا يتحقق، فما هي الضمانات التي يقدمها المشرع لتحقيق الإلتزام المستقبلي؟

5- انظر المادة 1 من المرسوم 58/94، وعلى الموثق إبرام العقد وفقا للنموذج المحدد، كما يشترط شهر التصرف وتسجيله، طبقا للمادة 34 من القانون 04/11.

6- غرض المشرع في ذلك تشجيع الإستثمار، ودفع العجلة الاقتصادية في هذا المجال. انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص123-

كما يُوجِبُ القانون على المرقي العقاري قبل تسليم البناية أو جزء منها تسليم شهادة المطابقة<sup>1</sup>، بالإضافة إلى إحترام الآجال المحددة في العقد، والإلتزام بتسليم البناء وفق المواصفات الفنية، بالمقابل يستفيد مُقْتَنِي العقار من تقسيط الثمن<sup>2</sup>.

من إستقراء هذه النصوص يمكن القول أنه من خلال تنظيم المشرع لعقد البيع على التصاميم، يكون قد كفل للمقتني حماية خاصة من مرحلة ما قبل التعاقد إلى غاية مرحلة التنفيذ، مُرورًا بطبيعة الحال بمرحلة التكوين، حيث يقع على عاتقه إلتزام بالإعلام بكل ما يتعلق بالأرضية أو البناية، ويكون قد أخل بهذا الإلتزام إذا لم يُعطي مَعلُومَاتٍ كافية، أو قَدَمَ معلُومَاتٍ مَغلُوطَة، مما يؤدي إلى قيام مسؤوليته<sup>3</sup>.

يبرز هنا الدور الذي يلعبه المشرع في وضع هذه العقود الخاصة ذات الوظائف الإجتماعية، فيشارك فيها لأجل تحقيق عدالة إجتماعية، حماية للطرف الضعيف من استغلال الطرف المُتفوق اقتصاديا، لذلك كان من الضروري ضبط محتوى هذه العقود بقواعد أمره، لدرء الأضرار التي تنجم عن عدم التوازن الذي يُصاحِبُها، ومع ذلك كله يبقى العقد وسيلة التبادل في العلاقات المالية، في إطار نظام إقتصادي واجتماعي معين، تحت مسمى مُلائمة العقد مع الواقع، ومراعاة فكرة التطور.

ففي ظل المعطيات الراهنة صار التحول في المفاهيم التي سادت فترة طويلة من الزمن، حيث لم تعد العقود شأن واهتمامات الأفراد فقط، بل صارت من إهتمامات المجتمع، ممثلا في الدولة التي تسهر على المحافظة على أمنه واستقراره، كما جُعِلَ من العقد - الذي كان أداة لخدمة المصلحة الخاصة - أداة لخدمة المصلحة العامة<sup>4</sup>.

إلا أنه ومع كل هذه المبررات التي يَطْرَحُها أصحابها، مُحاولين من خلالها إيجاد المبررات لتدخلات المشرع تبقى من زاوية دراستنا للموضوع تَعِدِ صَارِخٍ على مبدأ قانوني أصيل تقوم عليه النظرية العامة للعقد هو الحرية التعاقدية، وهنا صار التحول مثلما يُقال من تجاوز إلى تجاوز أخطر منه، فمن الحرية الزائدة إلى الإفراط في التنظيم والتدخل.

---

1- في حالة عقد البيع على التصاميم، لا يمكن حيازة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة، المنصوص عليها في القانون رقم 90- 29 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، والقانون رقم 15/08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.

2- انظر المواد 37،43،49 من القانون 04/11.

3- يقع على عاتق المرقي العقاري بموجب هذا العقد جملة من الإلتزامات بدء بالإلتزام بالإعلام إلى الشكلية وتحديد الثمن إلى تحديد آليات مراجعته، لتستمر هذه الإلتزامات حتى مرحلة التنفيذ من خلال إلتزامه بالمسؤولية العشرية المقررة في القواعد العامة إلى التأمين من المسؤولية وتأمين الأضرار، وهنا يبرز بجلاء تقييد الإرادة والمساس بدورها.

4- انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص 131.

## الفرع الثاني: سلطان الإرادة وحماية المستهلك

إنطلاقاً من مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة فإنه للمتعاقدين كامل الحرية في تحديد مضمون العقد، إلا أن الأخذ بهذا من شأنه المساس بالمشتري، والذي تحت تكرر هذه التصرفات اليومية في حياته قد يُقدّم على إبرام عقود من دون دراسةٍ وتدقيقٍ في شروطها، وذلك تحت دافع الحاجة إليها (أولاً)، الأمر الذي ألزّم توفير الحماية لهذه الفئات، وهو ما كان له كبير الأثر على نظرية العقد (ثانياً).

### أولاً: مبدأ القوة الملزمة للعقد وخيارات المستهلك

البيع من أكثر العقود تداولاً في حياتنا اليومية، لأننا نشترى سلعاً ومنتجاتاً مختلفة، وقد تضاعفت أهمية هذا العقد في الآونة الأخيرة، لا سيما بعد التطور الذي شهده المجتمع المعاصر<sup>1</sup>، إذ لم يعد البيع اليوم يُبرم في الصور السابقة، فالأطراف مُتفاوضون من حيث المركز الاقتصادي والخبرة، بالإضافة إلى اعتماد الباعة على أساليب الدعاية والإشهار، لإقناع المستهلك على التعاقد.

### 1- المساس بإرادة المستهلك

متى أبرم المستهلك عقداً للحصول على سلعة أو خدمة ما، إنما يلتزم بذلك العقد، وبتنفيذه أياً كانت الظروف، حتى لو تبيّن له أن تلك السلع لا تفي بالغرض الذي يسعى إليه أو لا تفيده أصلاً، وتعالج هذه الصورة ضعفاً في مركز المستهلك، إذ تنقيد إرادته في مواجهة المنتج والحرفي، وهذه الصورة من أحدث مجالات الروابط العقدية التي فرضت نفسها، حيث يضطر المستهلك بسبب حاجته إلى الدخول في عقود، فيها إختلال كبير وملحوس، ما يعكس خضوعه لسيطرة المنتج<sup>2</sup>.

مما يُخرج هذه العقود (من حيث طبيعتها وآثارها) عن غيرها من العقود، وذلك قولٌ غير مُبالغ فيه بالنظر إلى التداخلات التي يشهدها وقتنا المعاصر، بل لا مُبالغة إذا قيل بأن العقود التي تُبرم للإستهلاك بصورتها الحالية إنما تؤثر تأثير كبير في النظرية العامة للعقد ذاتها<sup>3</sup>.

حيث نلّمس تراجعاً كبيراً من سلطان الإرادة، وهو ما عبّر عنه الفقه بتراجع أو تضائل دور مبدأ سلطان الإرادة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية في الآونة الأخيرة<sup>4</sup>.

---

1- لقد خص المشرع هذا العقد بجملة من النصوص القانونية، حيث أفرد له 61 مادة من 351 إلى 412 من القانون المدني، ويعتبر الإستهلاك ظاهرة اقتصادية تمثل الحلقة الأخيرة بعد الإنتاج والتوزيع، وقد عُي علماء الاقتصاد بدراساتها وتحليلها، وقد ظل هذا المفهوم محتفظاً بطابعه الاقتصادي ولم يعنى به التشريع إلا موقراً حيث تحول إلى فكرة قانونية تحظى باهتمام بالغ.

2- مثال ذلك: العقود التي تبرم بين جمهور المستهلكين وبين الشركات الاحتكارية، فأين المساواة في الإرادة الحرة بين شركة كبيرة، ومستهلك ضعيف؟ إن المساواة هنا هي مجرد مساواة نظرية فحسب، فلا نجد مشتركا (مستهلكاً) يستطيع مناقشة الشروط الموضوعية.

3- فبدأ يظهر واضحاً بسبب ضرورات حماية المستهلك تنظيم العقود التي يبرمها هؤلاء تنظيمًا قانونياً مباشراً بما يكفل تحقيق تلك الحماية. انظر بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2008، ص 87 96.

4- Voir Jacques Flour et L.Aubert, les obligations, op.cit, p86.

كما يُعدُّ منع الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك ومراقبتها زعزعة أخرى لسلطان الإرادة في العقود، ولقد إنتشرت هذه العقود في الحياة اليومية، إلى دَرَجَةٍ صارت معها هذه التدخلات - التي تَمُسُّ الإرادة التعاقدية وسلطانها - تكادُ تكون غَالِبَةً على الأصل.

فسبب إختلال ميزان القوَى في العلاقة التي تقوم بين المنتج أو البائع المحترف من جهة والمستهلك من جهة أخرى، لا يتركُ المجال لتطبيق سلطان الإرادة، ويقيد من الحرية التعاقدية على اعتبار أنه غير كافٍ لتحقيق مصالح الطرفين، حيث لا يستطيع المستهلك أن يَقِفَ الند للند مع البائع أو المنتج، الذي يتمتع بالخبرة التي تُؤهِله للسيطرة على العقد<sup>1</sup>.

فالمستهلك لا تتوفر له القُدرات الفنية أمام هذا التطور الصناعي والتكنولوجي، وما صاحبه من تطور في أساليب الغش والخداع، الأمر الذي يجعل منه جاهلاً بفنيات ومُقومَات السلع التي يفتنيها، وقد ظهرت عقود بيع جديدة تتم عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة، لا سيما الأنترنات والهواتف الذكية، وعادة ومن الناحية العملية، بل في الغالب تُحرزُ هذه العقود من طرف المُحترف مُسبقاً، وفي شكلٍ نموذجي، وما على المستهلك إلا التوقيع أو ملأ الفراغات المخصصة له، من دون مراجعة للمضمون<sup>2</sup>.

فالمستهلك يتحول إلى مشتري في غالب الأحيان دون أن يُدركُ بسبب الإغراءات التي يتعرض لها في المحلات التجارية ووسائل الإشهار المختلفة، التي تجلبُ أنظاره عن طريق شاشات، مجلات،... في ضوء ما تقدم ذكره يمكن القول أن أعمال سلطان الإرادة، وفي ظل المتغيرات والتطورات قد يؤدي إلى تعقيد المُشكلات، من خلال إزدياد الإختلات، وهو ما يتجلى في تكريس ضعف المستهلك، وانتشار الشروط التعسفية، وتفشي عقود الإذعان...<sup>3</sup>.

---

1- فتح تعريف المستهلك الباب واسعاً أمام الفقه والقضاء لتحديد مفهومه، فمن منظور ضيق كان الإتجاه السائد في فرنسا أن مفهوم المستهلك لا يشمل إلا كل شخص طبيعي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لإشباع حاجات شخصية أو عائلية لا تتصل بمهنته، فلا يعد مستهلكاً من يتعاقد لإشباع حاجات مهنية؛ أما المفهوم الواسع فهو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة بهدف إستعمالها فيما لا يدخل في دائرة اختصاصه المهني، وجاء هذا التعريف ليشمل الشخص المعنوي.

ويعرف المستهلك بأنه: "هو الشخص الذي يضطر بسبب حاجته الشخصية غير الحرفية والمهنية إلى الدخول كطرف في عقد لتقديم الأشياء، وهو بسبب حاجته يعجز عن التحكم في نظام توزيع السلع، ما يجعله في مركز تعاقد ضعيف يجعله جدير بالحماية". انظر سعيد عبد السلام، الإيجار القانوني على التعاقد، المرجع السابق، ص84.

كما تعرفه المادة 02 في فقرتها 02 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 20 جوان 2004، الجريدة الرسمية لسنة 2004، العدد 41 ص03، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية العدد 46 المؤرخة في 2010/08/18 بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يفتني سلعة قدمت للبيع، أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني.

وتعرفه المادة 02 فقرة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش بأنه: " كل شخص يفتني بثمن أو مجاناً منتجاً أو خدمة معديين للإستعمال الوسيط لسد حاجاته.

2- من خلال التأكيد على حق المستهلك في الإعلام، انظر شهيدة قادة، التجربة الجزائرية في حماية المستهلك، المرجع السابق، ص11.

3- انظر ياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، ماجستير، الجزائر، 2002.

## 2- الحد من حرية التعاقد وفق مبرر منع الشروط التعسفية

أمام دافع إنعدام الخبرة من المشتري في مواجهة البائع المحترف تُدرج شروط تعسفية، لاسيما إذا كانت هذه العقود مطبوعة أو مكتوبة سلفا من المحترف<sup>1</sup>؛ فالمستهلك ونتيجة للفتاوت في المراكز المالية التي يوجد فيها لا يستطيع مُجابة الشروط التعسفية التي تُملئ عليه، والتي تكون في الكثير من الأحيان مُجحفة في حقه.

فقد يمتنع التاجر أحيانا عن التعاقد دون مبرر مشروع، وفي أحسن الأحوال قد يقبل البيع، لكن يَقْرئه بعقد آخر قد لا يَرغبُ فيه المستهلك، الشيء الذي ينال من حريته في الإختيار، ومن جهة أخرى قد يتعلق الأمر بالمساس بحرية إختيار مُحتوى العقد، حين يتعذر على المستهلك مناقشته، خاصة إذا تضمن شروطا تعسفية<sup>2</sup>، مثال ذلك الشروط التي تُخفف من مسؤولية التاجر التعاقدية، أو تلك التي تُشدد من مسؤولية الطرف الآخر.

فاليوم ولكثرة هذه العقود حيث غدا الإستثناء هو الأصل لا يصح أن يبقى الحال على ما كان عليه (عدم المساواة بين المنتجين والمستهلكين)، ومما لا شك فيه أن هذا الطرح يُقلل على الأقل من الناحية النظرية من إرادة المتعاقدين، حيث يحد من سلطانها في هذه العقود؛ فالمستهلك لم يعد حرا في خياره وفي تعاقدته، والمنتج أو البائع كذلك؛ إذ أن إرادة الأول لم تعد حرة بسبب التطور الإقتصادي والتكنولوجي وإرادة الأخير لم تعد حرة بسبب تدخل المشرع<sup>3</sup>.

---

1- فقد لا تكفي وسائل الحماية السابقة على التعاقد لتوفير ظروف أفضل للتعاقد من وجهة نظر المستهلك لاسيما في بعض أنواع العقود التي أبرمها على عجل ودون دراسة متأنية، وذلك بسبب الحاجة للسلعة الإستهلاكية أو بسبب القدرات الإقناعية أو الإشهارية التي يبدئها المنتج أو البائع .

هاته الأخيرة التي بلغت دورا رهيبا بحيث أنها تتحكم في نفسية المستهلك وتدفعه إلى التعاقد في الكثير من الأحيان التي لا ينوي فيها أساسا في إبرام الصفقة، أو لا يحتاج فيها إلى السلعة التي يشتريها، وكثيرا ما يكتشف المستهلك بعد فوات الأوان أن شروط العقد الذي أبرمه لا تناسبه، ولو ترك المستهلك لكي يتحمل عواقب ما أقدم عليه لنتج عن ذلك التضحية بمصالح الآلاف من المستهلكين. وفي هذا السياق يطرح السؤال: هل يمكن أن نستمر في الإعتقاد بوجود مبدأ أساسي وعم يتمثل في حرية الإرادة وسلطانها في إطار التعامل المدني؟ أم أن ذلك أصبح إستثناء على الأصل؟

وهو الأمر الذي يدفع إلى التساؤل كذلك عن حقيقة مبدأ سلطان الإرادة اليوم وعن نطاقه وأهميته الحقيقية في إطار القانون المدني، لاسيما في التشريعات التي تبنت نظرة موسعة في مجال المستهلك، إذ أضحي مجاله محصور في نطاق ضيق من التعامل، وحيث لا تقوم علاقة فيها مستهلك؛ وهو أمر صعب نوعا ما إذ علمنا أن مجمل العقود التي تبرم من قبل الأفراد اليوم ترمي إلى الحصول على خدمة استهلاكية، ويحتاج المستهلك في هذه العقود إلى حماية خاصة وإعلام خاص وعقود محددة المعالم والشروط. انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص71.

2- أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص240 وما بعدها.

3- انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص99.

لقد زاد الإهتمام بتحديد مفهوم الشروط التعسفية، والإعتناء بعدم التعادل في المراكز الاقتصادية وفى المعرفة التكنولوجية، وخاصة فى الوقت الراهن، ويتدخل المشرع كما سبقت الإشارة فى تنظيم العقود لا سيما فى مجال منع الشروط التعسفية والضارة بالمستهلك، ويمثل هذا المنع تحديدا وتقيدا صارخا لحرية المتعاقدين وسلطان الإرادة.

يعتبر المشرع فى بعض الأحيان شروطا ضارة بالمستهلك فيقرر بطلانها حتى لو إرتضاها المستهلك نفسه، ومن ذلك الشرط الذي يقضي بإستحقاق جميع الأقساط المتبقية على المشتري دفعة واحدة فى البيوع بالتقسيط، عند تأخره فى الوفاء بأحد هذه الأقساط، أو الشرط الذي يتنازل بموجبه المستهلك عن كل أو بعض حقوقه فى المطالبة بالتعويض عما يصيبه من ضرر بسبب السلعة، ولا تنحصر الشروط التعسفية.

فلكل عقد ظروفه وخصائصه، فنتغيير هذه الشروط وتتطور بحسب أنواع العقود وتطورها، الأمر الذي أدى بالمشرع إلى إحاطة المستهلك بالحماية من خلال إستحداثه للنصوص القانونية التي تكفل ذلك<sup>1</sup>؛ وانطلاقا من أن من أخص مهام القانون التوفيق بين حرية التعاقد ومعنى المصلحة العامة، لذا يعمل المشرع فى مثل هذه العقود على حماية المستهلكين من جشع المحتكرين، وذلك بتحويل القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية، التي يتضمنها العقد<sup>2</sup>.

إن إعادة التوازن فى عقد الإستهلاك 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 من غير مبرر.

فعرض السلع فى المتاجر وواجهات المحلات مع بيان أثمانها يعد إيجابا صريحا، فيبقى بناء على ذلك (البائع) ملزما، مالم يعدل عنه، بسحبه للبضاعة مثلا، أو أية وسيلة أخرى تُعبر عن عُدوله عن العرض<sup>3</sup>.

---

1- مما زاد الأمر تعقيدا على المستهلك أن طبقت المبادئ العامة التقليدية للعقد، ما ترتب عنه غل يد المحكمة عن التدخل فى الرابطة العقدية لمساعدته عند تعاقد مع طرف قوي من خلال هذا النموذج. انظر أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص243.  
كما يقرر المشرع أن الممارسات غير المشروعة تشكل إخلالا بالنظام العام لاسيما فى شقه الإقتصادي الحماي. انظر زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، ماجستير، جامعة تلمسان، 2005، ص02.  
2- يتم ذلك بإعفاء الطرف المذعن منها أو بإلغائها. انظر علي فيلاي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص228-229.  
3- كما قد تؤدي ندره بعض السلع ذات الإستهلاك الواسع مقابل وفرة أخرى محدودة الإستهلاك، بعض التجار إلى إستغلال هذا الوضع ولأجل هذا فقد كرس المشرع حماية من رفض التجار للبيع، تنطلق من الأحكام المقررة فى القواعد العامة وتتمثل فى إلزامية الإيجاب الموجه للجمهور، ونص المشرع فى المادة 59 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة والمعدلة بموجب المادة 15 من القانون 02-04 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 على أنه: " تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع.  
ويرى الأستاذ السنهوري أنه : " لا يجوز لصاحب المتجر أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته، إلا إذا أستند فى ذلك إلى أسباب مشروعة". انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص47 وما بعدها.

## ثانياً: مستجدات الحماية المقررة للمستهلك

يُنظّم القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة العقود التي تُبرّم بين المستهلكين والمنتجين، وهي ما تُعرّف بعقود الإستهلاك، ويُمكن القول أن هذه الحماية (الكلاسيكية) غير كافية، فأمام عجز القواعد العامة على توفير الحماية لهذه الفئات تدخل المشرع، ومن خلال نصوص خاصة لحلّ المشكلة، فجاء هذه المرة الدور على تنظيمها من خلال القانون المُتعلق بحماية المستهلك<sup>1</sup>.

### 1- إعلام المستهلك وأثره على مبدأ سلطان الإرادة

من أجل دَعْم الحماية شَدَدَ المشرع من إلتزامات المهني، ورَتَبَ عليه إلتزام إعلام المستهلكين، ولا تُلغى هذه القواعد الجديدة قواعد القانون المدني، والتي لم تُغفل إحتتمالات التعسف أو الخداع الذي يقوم به أحد العاقدين إضراراً بالآخر، ويبقى القاسم المشترك هو حماية المستهلك، فهو قانونٌ وظيفيٌّ، يَسْتَمُدُّ وجوده وذاتيته من الوظيفة المرسومة له<sup>2</sup>.

لقد جاء اللجوء إلى استحداث قواعد عامة ضمن نصوص تشريعية مُتخصّصة في حماية الأطراف الضعيفة في جميع أوجه التعامل تنويجاً للنزعة إلى الحماية، حيث أن العقود التي تُبرّم في سبيل الإستهلاك مثلاً قد تم تنظيمها على نحو يُوجّه العملية التعاقدية نحو ضمان سلامة المستهلكين، وصحة رضاهم، وحسن اختيارهم، وتحقيق حقوقهم، بعيداً عن سيطرة المنتج أو البائع. فمما لا شك فيه أن هذه القوانين إنما تَمَسُّ قواعد العقد بشكلٍ واضحٍ ومباشرٍ، فتُغيّرُ في طبيعته، وإلتزامات أطرافه، وحقوقهم على نحو يُضفي على العقود التي تُبرّم في سبيل الإستهلاك طبيعة خاصة، مُغايرة للعقود الأخرى التي تُبرّم في الحياة العملية<sup>3</sup>.

إذ أن العقود التي تُبرّم بين أطراف متساوية من حيث القوة والإمكانيات لا يتدخل فيها المشرع إلا لضمان مشروعيتها وحسن تنفيذها، وعدم إخلال أي طرف بما يقتضيه حسن النية في التعامل، وهي أمور لا تكفي لتوفير سلامة المستهلكين في إطار هذه المعاملات.

---

1- القانون 02/89 المُلغى بموجب القانون رقم 09/03 المؤرّخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 2009/03/08، وجاء هذا القانون حماية للطرف الضعيف فيها "المستهلك"، ولقد حمى المشرع رضا المشتري بعدة ضمانات من خلال القواعد العامة (الغبن، الإكراه، التذليل).  
2- فهو عامل شفافية السوق وعامل في تطوير المنافسة، فإذا كان المستهلك عالماً بالمنتج يكون له سلطة الخيار بطريقة حسنة. - انظر أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص 103.  
3- إلا أنه يطرح هنا تساؤل: هل قانون المستهلك جزء من القانون المدني؟ الجواب وإن كان يحمل في طياته تطبيقات للقواعد العامة المقررة في الشريعة العامة إلا أنه يمتاز عنه بتنظيمه لأوجه أخرى كالنصوص التجريبية التي تجرم الغش نحو المستهلك والإعلان الكاذب والتضليل... كما يتضمن نصوص إجرائية تتعلق بالرقابة المنوطة بالسلطات الإدارية. انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 93-94.

إن قانون حماية المستهلك لا يتعلق بطائفة من الأشخاص، ولكنه يرتبط بالوصف القانوني للتصرفات التي يُبرمونها، فبالرغم من الخُلول التي ضَمَّنَهَا المشرع في القانون المدني لمعالجة هذا التفاوت، إلا أنها تبقى قاصرة، ولا تُحقق التوازن المنشود، فلا بُدّ وفقا للقواعد العامة إثبات الضرر للرجوع بدعوى المسؤولية، ولا يُفصل المستهلك هذا الطريق لِطُولِ إجراءات التقاضي وما تقتضيه من نفقات.

فالإستهلاك ظاهرة جماعية مما تَعَيَّنَ مَعَهُ أن يتضمن القانون إجراءاتٍ وقائية جماعية، تتوخى حماية المستهلكين، الذين قد يُضارون بسببه، وبالنظرا لكون المستهلك ك فرد، لا تتوافر له القدرات الفنية و القانونية، وكذا الوقت الكافي للتفكير في جميع ما يُبرمه من عقود، فإنه يحتاج إلى حماية خاصة نوعا ما في هذا الشأن، ويُشكل توسيع نطاق إلزام البائع أو المنتج بإعلام المستهلك بطبيعة العقد أو السلعة إضافة جديدة في مجال هذه العقود، من شأنها أن تُغيّرَ في الطريقة التقليدية للتعاقد. فلكي تُوفّرَ حماية خاصة للمستهلكين تَلَجَّأَ القوانين في الوقت الحالي إلى إلزام المُنتِجِ والبائع، وحتى المُوزع والمُستورد...، بإعطاء معلومات إضافية وكافية للمستهلك، حتى يكون على بَيِّنَةٍ من العقود التي يُبرمها؛ ويأتي في المَقَامِ الأول الهدف الاقتصادي.

يلجأ القانون في هذا إلى وسائل متعددة يمكن تقسيمها لقسمين: وسائل وقائية تهدف إلى توطيد وتثبيت مركز الطرف الضعيف، وتمكينه من الإحاطة بالمعلومات المتعلقة بالعقد، مما يلزم لأن يكون رضاؤه مستنيرا؛ ووسائل علاجية منها تقرير بطلان العقد، وتفسير الشك في مصلحة الطرف الضعيف<sup>1</sup>.

يتحقق ذلك أيضا بفرض إلزام مُشدّد بالإعلام لمصلحته على عاتق الطرف القوي، أو إقتضاء إفراغ العقد في شكلٍ مكتوب يتضمن بيانات إلزامية ينبغي الإدلاء بها، وهو ما يُعرَف بالشكلية الإعلامية (le formalisme informatif)<sup>2</sup>، وعند تعارض شروط التعاقد فيما بينها تُفَضَّلُ الشروط المحررة يدويا على الشروط المطبوعة، والشروط الخاصة على الشروط العامة. كما قد يقع في بعض الأحوال الإلتزام السابق بالإعلام على عاتق الطرف الضعيف، وهو شأن المؤمن له، حيث يلتزم في مواجهة شركة التأمين بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه.

1- انظر المادة 112 مدني.

2- إلزام البائع بإعلام المستهلك بنبين كل جوانب العقد وتقديم معلومات واقية عن هذه الأشياء، وفي هذا الشأن يلزم القانون الفرنسي 1971/07/16، من خلال المادة 01/45 المَقاول بإعطاء المتعاقد معه لبناء منزل معلومات أساسية تتعلق بذلك. انظر محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية، المرجع السابق، ص 95-98.

نتيجة لهذا لم تُعدّ الأمور كما كانت قبل ظهور هذه العقود، حيث ظهرت جُملة من الإلتزامات على عاتق المنتج تضمن إعلام المستهلك إعلاما كافيا، ولم يُعدّ بمقدوره إتخاذ موقِفٍ سلبي، على أساس أن المستهلك ينبغي عليه أن يحمي نفسه، بأن يسعى إلى الوقوف على طبيعة العقد أو السلعة.

بذلك تم تحديد دور الإرادة، حيث تم فرضُ الإلتزامات على عاتق المنتج في سبيل تحقيق هدفين: يتمثل الأول في إعلام المستهلك، وإعطائه صورة واضحة عن العقد، وعن كل ما يتضمنه من شروط، بالإضافة إلى إعلامه عن السلعة محل العقد، من حيث إستخداماتها، وصيانتها وإصلاحها...، وأما الهدف الثاني فيتمثل في إغلاق المجال أمام المنتج الذي يسعى لإستغلال ما يتمتع به من قدرات للهيمنة على العلاقة، عن طريق منعه من وضع شروط تعسفية يكون المستهلك ضحية لها<sup>1</sup>.

## 2- حق المستهلك في العُدول عن العقد

لعل من أهم مظاهر الحماية القانونية المقررة للمستهلك في التشريعات الحديثة تخويله حق العُدول عن العقد، سواء قبل أو بعد إبرامه، وتجدر الإشارة هنا إلى أن العُدول عن العقد لا يُمكنُ تصوره إلا بعد إبرام العقد، أما قبل ذلك فإن الكلام يكون عن المرحلة السابقة على التعاقد، أو ما تُسمى بمُهلة "التروي" أو "العُدول".

أ- صور العُدول عن العقد: العُدول حق شخصي مقرر للمستهلك، يُقدره ويُقرره وفق ما يُحقق مصالحه، فهو ليس مُلزما بإبداء أسبابٍ معينة لهذا العُدول، ولا يؤدي ذلك إلى قيام مسؤوليته، ومع ذلك يُميز ما بين: -الإنسحاب خلال المهلة السابقة على التعاقد، إذ يحقُّ له العُدول عن العقد قبل إبرامه، خلال مدة يُعينها القانون، وهي مهلة إلزامية ينبغي فواتها لإمكان إنعقاد العقد، وتأتي مهلة التفكير هاته في المرحلة التي تسبق التعاقد إلا أنها شرط لإنعقاده، والقصد منها إطالة أمد هذه المرحلة بما يُتيح الفرصة أمام المستهلك للدراسة والتفكير، كما أن حق العُدول مُقررٌ خلال مهلة التفكير اللاحقة على التعاقد<sup>2</sup>.

---

1- ففي مرحلة تكوين العقد فرض الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد كما هو الحال في المادة 2 من قانون حماية المستهلك الفرنسي 1992/01/18، كما يعد الإلتجاء إلى الشكلية في بعض الأحوال أسلوبا لحماية الطرف الضعيف كما في الرهن الرسمي لتبنيه الراهن بخطر التصرف. انظر محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية، المرجع السابق، ص46-50.

2- تضمن القانون الفرنسي تطبيقات لهذا الحق، ومنها في مجال التعليم عن بعد يتمتع التلميذ وفق المادة 9 من قانون 1971/07/21 بمهلة للتفكير قدرها سبعة أيام قبل قبول العقد، كما يتمتع بالحق في الفسخ بإرادته المنفردة قبل مضي ثلاثة شهور على إبرامه. وفي مجال التسويق والبيع في محل الإقامة يجيز قانون الإستهلاك لعام 1972 في المادة 25/121 للعميل الذي قام بتوقيع العقد أن يعدل عن رضائه به خلال 7 أيام من تاريخ طلب السلعة وذلك بخطاب مسجل يرسل على عنوان البائع مصحوب بعلم الوصول. أما القانون المصري فلم يتقرر هذا الحق للمستهلك واقتصر قانون حماية المستهلك لسنة 2006 في مادته 8 على: "... للمستهلك خلال 14 يوما من تسلّم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله، ويلتزم المورد في هذه الأحوال ببناء على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية.

مع أن هذا النص لم يتضمن مثالا لحق العُدول عن العقد بمعناه الدقيق، وإنما هو محض تطبيق للقواعد العامة في حالة الإخلال بالاللتزام بالتسليم أو ضمان العيوب في عقد البيع. انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص128.

هذه الصورة هي الأكثر أهمية وانتشاراً، وإليها ينصرف معنى العدول عن العقد، وفيها يحق للمستهلك خلال مدة معينة يحددها القانون أن يعدل عن العقد بعد إبرامه بإرادته المنفردة، فمتى قام المستهلك بتوقيع العقد يبدأ سريان مهلة التفكير، وله خلال هذه المهلة أن يعدل عن تنفيذ العقد مقرراً فسخه، وهذا حق مطلق للمستهلك وفق ما يراه يحقق مصلحته، دون أن يكون مُلزماً بإبداء أسباب معينة للعدول، ودون أن يتحمل بتعويض ما، جَراء استعمال هذا الحق، وهنا يمكن القول أن لا بُدَّ من مراعاة أمرٍ مهمٍ فقد يكون المستهلك ذاته متعسفاً؟.

يُشترط في هذا العدول من المستهلك أن يكون صريحاً، يُعبرُ عن رغبته في الفسخ خلال المهلة المقررة، ويتم ذلك عادةً بخطابٍ مُسجل يُرسله إلى العاقد الآخر مصحوباً بعلم الوصول، وإذا أراد الإبقاء على العقد فما عليه إلا السكوت طوَال مهلة العدول، ويصبح بعدها مُلزماً بتنفيذ التزاماته<sup>1</sup>.

### ب- تبرير حق المستهلك في العدول

يؤكد الفقه أن جهل المستهلك وعدم خبرته هو ما دفع المشرع إلى منحه حق العدول عن العقد، سواء قبل أو بعد إبرامه، وهو ما يُشكل مظهر الحماية المقررة له، والتي لا تتعلق بمرحلة التنفيذ، وأتبع المشرع أسلوباً خاصاً، فلم يُقم بتشديد مسؤولية الطرف القوي اقتصادياً، وإنما عمد إلى حماية إرادة المستهلك، ولعل ذلك ما يُبرر صعوبة قبول العدول عن العقد بعد إبرامه، مرد ذلك عدم خبرة المستهلك وجهله، مما يؤثر في إرادته، وحق المستهلك في العدول تقرر إعتداداً بما يعتريه من ضعفٍ ناشئ عن قلة خبرته<sup>2</sup>. بالنتيجة تكون العلاقة العقدية بين المستهلك والبائع المهني علاقة غير متوازنة، ويصدر رضا المستهلك دون أن يُعبر عن رغبته الحقيقية، بسبب تسرعه في الإقدام على التعاقد، دون أن يأخذ الوقت الكافي للدراسة والتدبر.

1- مثاله المادة 10/312 من تقنين الإستهلاك الفرنسي في مجال الائتمان العقاري، حيث تتطلب لإنعقاد الفرض مضي 10 أيام من تاريخ تسلم العميل لإيجاب مكتوب بالفرض، فلا يستطيع هذا الأخير أن يقبله إلا بعد فوات المدة. انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص128-132.

2- ما يدعم هذا أن قضاء محكمة النقض الفرنسية جرى على الإقرار بهذا الحق ليس فقط للمستهلك بمعناه العادي بل أيضاً المستهلك بمعناه الواسع بما يشمل المهني الذي يتعاقد خارج دائرة اختصاصه، ففي نزاع بشأن عقد أبرمه أحد المزارعين مع أحد مكاتب الخبرة لتقدير الأضرار الناشئة عن حريق إلتهم جانباً كبيراً من مزرعته وما بها من مباني، ثم قرر المزارع العدول عن هذا العقد خلال المهلة القانونية "7 أيام" المنصوص عليها في المادة 3 من قانون 1972 بشأن عمليات التسويق في محل الإقامة. غير أن المكتب تمسك بعدم سريان حكم هذه المادة بشأن المزارع لأنه تعاقد لحاجات استغلاله الزراعي، أي بوصفه مهني لا مستهلكاً على أن محكمة النقض قضت بأن أحكام قانون 1972 تهدف إلى حماية المتعاقد في محل إقامته باعتباره مستهلكاً يفترض فيه عدم الخبرة. cass,civ,I,15av,1982,D,1984,p439.

انظر محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، ص139.

يرى الأستاذ زبييري أن تبرير العدول يكون ضمن بحث طبيعة الحق في العدول، والذي يعد مساساً صارخاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المقررة والمعتمدة في القوانين الوضعية، هاته الأخيرة التي لا تعترف إلا بشيين إما تمام العقد أو إنعدامه؛ وهنا تجدر الإشارة إلى تميّز الفقه الإسلامي في شكل "العقد غير النافذ" و"العقد غير اللازم"، هاته الصور والأشكال هي التي يمكن أن تستوعب العدول، أضيف إلى ذلك خيار الرؤية وغيرها.

وإن كان بعض الفقه "L.BRUNEAU" يميز بين تمام العقد وفعالته، إلا أن ذلك لا يتم إستعباه إلا في ظل شروط النفاذ وشروط الزوم التي أثري بها الفقه الإسلامي القانون الوضعي، رغم عدم إقرار هذا الأخير بهذا الفضل، وعليه فالحق في العدول انتهاك للقوة الملزمة للعقد.

خاصة في إطار صور جديدة للبيوع لم يألفها بعد النظام القانوني، مثال ذلك البيوع التي تُبرم عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة<sup>1</sup>، ولذلك على المشرع الأخذ بمهلة الانسحاب لأن ذلك سيؤدي إلى إيجاد سنَدٍ ومُبررٍ قانوني لمنح الطرف الضعيف فرصة إضافية للتفكير، وبذلك فإن قبوله سيكون أكثر تعبيراً عن إرادته الحقيقية، ومن ثم فإن ذلك سيجنب الكثير من المتعاقدين الوقوع في حالة الغبن، ويكون بذلك القانون قد حقق العدالة والتوازن بين التزامات الأطراف<sup>2</sup>، وهو الأمر الذي يدعيه المشرع فيما يتعلق بالقرض الإستهلاكي<sup>3</sup>.

لذا أصبح من الضروري البحث عن معالجة قانونية جديدة تكفل الحماية اللازمة للمستهلك في إبرامه عقداً مع المحترف، سواء بإيجاد قواعد قانونية خاصة أو من خلال تطوير القواعد العامة الواردة في التشريعات المدنية؛ كأن يتم تمديد الحماية المقررة للطرف المذعن في إطار عقود الإذعان، لتشمل حماية المستهلك<sup>4</sup>.

كما تتم حماية المتعاقد الضعيف من خلال تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، إما بإعفاءها منها أو توزيعها بينهما، والأمر كذلك بالنسبة لتحديد الاختصاص القضائي، فحمايته في العقد الدولي تقتضي أن تكون المحكمة المختصة قريبة منه<sup>5</sup>؛ وبعد هذه الخطوة وانطلاقاً من مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين يُلزم المستهلك بالعقد، ويظهر الإختلاف والتفاوت وعدم التوازن ما بين الطرفين، وللحد من التطبيق الصارم لمقتضيات القوة الملزمة للعقد، يُمنح للمستهلك خيار الرجوع عن هذه العقود، ولم تترد التشريعات المقارنة في منح هذه الحلول<sup>6</sup>.

---

1- فالمشرع الفرنسي تأسيباً بالموجة الأوروبي 83/2011، الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، 64/304، المؤرخة في 2011/11/22، لم يقبل بحق العدول إلا في نوعين من العقود، هي العقود المبرمة عن بعد والعقود التي خارج المؤسسة، وفي هذا الصدد زاد من مدتها إلى 14 يوماً وألزم البائع أن يعلم المستهلك بهذا الحق، تحت طائلة استتماله خلال السنة الموالية للعقد. انظر زبيري، المرجع السابق، ص 491-490.

2- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 490-491.

3- من خلال المادة 11 من مرسوم تنفيذي رقم 114-15 مؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 مايو سنة 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 2015/05/13.

4- وبالرجوع للقواعد العامة نجد أن المشرع نظم هذا الأمر كذلك في القرض الإستهلاكي كأحد العقود المسماة، انظر المواد 450-458 مدني؛ وخصوصاً المادة 458 التي تجيز للمدين بعد إنقضاء 06 أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد، ورد ما اقترضه.

5- كما يمكن توظيف الشكلية في إبرام العقود بوصفها وسيلة للحماية، فهي أداة لإعلام المستهلك وتنوير رضاه بالحقيقة، والسماح له بالتروي والتفكير فيما يقدم عليه. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 490 - 519 وما بعدها.

6- انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 70.

7- من ذلك خيار الرجوع في العقد قبل بدء التنفيذ، حيث توسع المشرع الفرنسي في العقدين الأخيرين في الأخذ بهذا الخيار، وذلك تحت الحاجة إلى حماية المستهلك، فيمنح لهم حق الرجوع عن العقود التي يبرمون لها للإستهلاك بعد إبرامها وقبل البدء في تنفيذها. ففي شأن عقود التأمين جاء القانون 06/72 الصادر في 1972/01/03 ينص في المادة 21 على خيار المستهلك في العدول عن هذه العقود بعد إتمامها وقبل تنفيذها خلال مدة لا تقل عن 15 يوم من تاريخ إبرامها؛ وعلى غرار المشرع الفرنسي تبنت تشريعات أخرى مثل هذه الأحكام بإقرار الخيار للمستهلكين.

هنا يطرح التساؤل عن السبب الذي حدا بهذه التشريعات إلى منح هذا الخيار المهم للمستهلكين على الرغم من أثره الكبير على العملية التعاقدية، وعلى الرغم من تعارضه الصارخ مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، وتبرير هذا التغيير إنما يكمن في مد الحماية القانونية لإرادة المستهلك إلى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد. انظر محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، ص 105-106.

## المبحث الثاني: المساس بالإرادة إلى حد إلغاء دورها

وصل المساس بالإرادة ودورها درجاتٍ قُصوى عندما حلت إرادة المشرع، ومن خلاله القاضي محل إرادة المتعاقد في إتيان التصرفات القانونية وتحديد مضمونها، فهذا الأخير تعديله ونقضه، كما له إنقاص التزامات أحد المتعاقدين أو زيادة التزامات الآخر تبعاً للظروف؛ دُونَما أي اعتبار للإرادة التي أنشأت التصرف، غير أنه بما تتجه إليه.

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل برزت عقود تُبرم بناء على إلزام قانوني، فلا تلعب الإرادة فيها دور، وإنما يُطبق الطرفان نظاماً رسمياً مفروضاً عليهم بمقتضى القانون، ما أدى إلى تراجع مكانة الإرادة فيها بصورة خطيرة **(المطلب الأول)**، فلا وجود لمبدأ سلطان الإرادة، وإنما توجد مصلحة عامة يكون بموجبها العقد من بداياته إلى نهايته خاضعاً لمقتضياتها **(المطلب الثاني)**.

### المطلب الأول: التعدي على حرية التعاقد من عدمه

هناك عقود تُبرم بناء على إلزام قانوني، والتي يُمكن تسميتها بالعقود الإلزامية، ولا تلعب الإرادة فيها دور، وإنما يُطبق الطرفان نظاماً رسمياً مفروضاً عليهم بمقتضى القانون، فالمتعاقد يُعتبر إن صح التعبير مُكرهاً على إبرام العقد، ما أدى إلى تراجع الحرية التعاقدية بصورة خطيرة، لا سيما فيما يتعلق بحرية اختيار المتعاقد **(الفرع الأول)**.

إن من أبرز صور العقود الإلزامية عقد التأمين، ونختار على سبيل المثال- كأمودج للدراسة - إجبارية التأمين على السيارات والمركبات، والإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض أصحابها، لأهميتهما وكثرة إنتشارهما مؤخرًا **(الفرع الثاني)**.

### الفرع الأول: إلزام الشخص بالتعاقد ومنعه من ذلك

كان الأصل السائد أن الشخص حُرٌّ في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وهو حر كذلك في إختيار المتعاقد الآخر، ونستعرض بداية مدي اعتبار هذه التصرفات عقوداً رضائية على النحو المعروف **(أولاً)**، فقد صار الشخص مُجبَّراً على الدخول في علاقة تعاقدية، ولو لم تكن إرادته تُريد ذلك؛ وقد يُمنع من التعاقد فلا يُبرم عقداً ولو إتجهت إليه إرادته **(ثانياً)**.

### أولاً: مدى اعتبار هذه التصرفات عقوداً رضائية على النحو المعروف

لم تعد للفرد الحرية في إبرام ما يشاء من العقود أو إمتناعه عن إبرامها، فقد يأتي القانون ويُجبره على إبرام عقد معين، وفي مثل هذه الحالات لا تكون الإرادة حرة بل مقيدة<sup>1</sup>.

1- انظر أحمد سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 29-30.

ففيما يَخُصُّ الأثر الذي يَتَرَكُهُ الإلزام القانوني على رضا المتعاقد، وبالتحديد فيما يتعلق بمدى إعتبار التصرف القانوني عقداً فهنا يمكن القول بأنه لو نُظِرَ للأمر من منظار مبدأ سلطان الإرادة، وبصورة مُجَرَّدة لأصبح من العسير جداً، إن لم يَكُنْ من المرفوض إعتبار التصرفات الصادرة من المتعاقد عقوداً رضائية على النحو المعروف.

هنا يُسَمَّى العقد بالمفروض أو الجبري، وفيه يَكُونُ المتعاقد مُجبراً على التعاقد من دون أن يَحِقَّ له الرفض، وهي أشدُّ خطورة من عقود الإذعان، حيث نكون بصدد إجبار على التعاقد يَسْتَنِدُ إلى القانون ذاته؛ والذي يَعْمَدُ إلى تقييد حرية المتعاقد ذاتها، وبدرجات تتفاوت تبعاً للهدف الذي يَنشُدُهُ القانون، فالعقد المفروض يتضمن إذعاناً لحكم القانون لا لإرادة العاقد الآخر<sup>1</sup>.

فيتدخل المشرع بفرض قيودٍ على الإرادة، تَمَنَعُ هذه الأخيرة في بعض الأحيان الأفراد من الدخول في العقد أصلاً، وفي أحيان أخرى يَفْرِضُ عليهم الدخول في عملية أخرى بالمقابل؛ فالسياسة والتوجه العام للدولة في توجيه الإقتصاد يَعْكُسُ أثره على العقود، ومن ثم سيتدخل المشرع لمراعاة العدالة وتحقيق المساواة القانونية، والأكثر من ذلك أن يَصِلَ الأمر إلى حدِّ التدخل لإنشاء علاقات قانونية لم تَكُنْ لتنشأ إلا بتوافق إرادتي طرفيها، فحرية الفرد في ألا يتعاقد بدورها لم تبقى كما كانت بؤرودٍ هذه القيود عليها<sup>2</sup>.

فإجبار الشخص على التعاقد - وهو لا يُرِيدُهُ - يرجع لضرورات اجتماعية اقتصادية إستوجبت ذلك، وفي هذا ضغط على إرادته، ضغط نَجَمَ عنه أن الإرادة لم تُعَد حرة في تحديد مضمون الإلتزامات التعاقدية، كما لم تعد الإرادة حرة في إنهاء العقد بالإتفاق أو تعديله<sup>3</sup>.

لقد أدى هذا التدخل من المشرع إلى ظهور فكرة العقد الموجه (contrat dirigé)، ومن أمثلة التوجيه التعاقدية (dirigisme contractuel) ضرورة الحصول على إذنٍ مُسَبِّقٍ من السلطة العامة قبل عملية التعاقد، وكذلك تدخل الدولة لتحديد أسعار السلع والأجور<sup>4</sup>.

---

1- انظر أحمد سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص30.

2- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص469.

3- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص58-61.

4- إن تنظيم وتوجيه العقد يحصل داخل حدود صارمة يرسمها المشرع، نزولاً عند مقتضيات الضرورات الاجتماعية، فيتضاءل بذلك نصيب الإرادة، إلى حد أنه في بعض العقود تُفَرِّضُ على الأفراد بإسم هذه الضرورات إلتزامات تعاقدية لم يرتضوها، وهذه هي ظاهرة العقد الجبري (contrat imposé ou forcé). انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص20.

هكذا 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 عند حد إبرامه بل تجاوزه إلى مرحلة تنفيذه؛ مُراعاةً للتوجه الاجتماعي<sup>1</sup>.

فالعقود المُنظمة (les contrats reglementés) والتي تجاور تنظيمها بعض بنود العقد إلى محتوى العقد بإجماله، تُراعي تحقيق السياسة الاقتصادية والاجتماعية للمشرع، كالتنظيم الشامل لعقد العمل، أو تحديد السلطة للحد الأدنى للأجر.

الأمر كذلك بالنسبة للعقود المراقبة (les contrats controlés) التي تضاعف عددها بتطور مفهوم النظام العام الاقتصادي، الذي تتصل به في نشأتها ووجودها، فالعقود المفروضة لم تعد مجسدة في فرض التعاقد أو المتعاقد، والنظام التعاقد لا يطبق إلا قياساً، فمن التهديد القانوني في تكوين العلاقة التعاقدية إلى إنشاء العلاقة التعاقدية من مصدر قانوني<sup>2</sup>؛ فهذه النماذج من العقود، وإن لم يظهر فيها الإلزام تصرّيحاً فإنه يتبدى من خلال التدخل المُفْرِط من المشرع.

نتيجة لهذا الإلزام يَكُون المُلْزَم بالبيع (البائع) في حالة إيجابٍ جبّري، ويُعدُّ التعبير الصادر عن يريءُ الشراء قبولاً للإيجاب، وتكتفي المحكمة عندئذ بتقرير أن العقد قد انعقد، ومصدر الرابطة العقدية هنا ليس الإرادة الفردية بل القانون ذاته<sup>3</sup>.

عن موقف الفقه الإسلامي من المسألة، فبالرغم من تأكيد الشريعة الإسلامية على الحرية العقدية ورفض الجبر، لاسيما في التعاملات المالية بين الأفراد، إلا أنها أجازت الإلزام على التعاقد، وذلك في بعض الصور كنزع الملكية الخاصة مُراعاةً للمصلحة العامة، وبيع طعام المحتكر جبّراً عن صاحبه عند الحاجة إليه؛ وكذا إذا ضاق المسجد على الناس، وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها عنه<sup>4</sup>.

---

1- "بذلك أخذ تأسيس العقد على الرضا يتناقض شيئاً فشيئاً، في حين أخذ تأسيسه على السلطة يتزايد شيئاً فشيئاً". انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص35. إشارة إلى عبارة جوسران

"le contrat est de moins à base du consentement et de plus à base d'autorité"  
2- إنما تجاوزت ذلك إلى فرض أساس العقد ومضمونه فالعلاقة القانونية تنشأ مباشرة من القانون، كالإلزام بالسلامة في عقد النقل، أو بطريق غير مباشر من القضاء. المرجع نفسه، ص112.

Voir.Ghestin,op.cit.p136.

3- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص472-473.

4- انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص109، وجاء في المادة 1216 من مجلة الأحكام العدلية: "يؤخذ لدى الحاجة ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ويلحق بالطريق، ولكن لا يؤخذ ملكه من يده ما لم يؤد له الثمن.

إن تَدَخُلَ المشرع من خلال إجباره أحد الطرفين القيام بأعمال ما للتعاقد، يُؤدى إلى أن يَظَهَرَ إلى الوجود عَقْدٌ جديد، وهذا العقد هو ما يستهدفه المشرع فى الظاهر، وبالمقابل هناك أهداف اجتماعية واقتصادية وحتى (انسانية)، هي التى تقف وراء ما استهدفه المشرع من هذه العقود، ويرى البعض أن هذا الإلزام القانوني بالتعاقد يُعَدُّ قيذا خطيرا على حرية التعاقد وحرية التجارة، وهو يُبررُ خاصية الوظيفة الإجتماعية<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن هناك من يُبرر هذا الإلزام القانوني، على أساس أن إجبار الشخص أحيانا على التعاقد، ولو لم يكن يُريدُ ذلك، يرجع لضرورات تستوجبه، وفي هذا ضغط على الإرادة، ولكنه ضغط مشروع لا يؤثر على صحتها<sup>2</sup>، لذا لا يَجِبُ والحالة هكذا أن نَجْعَلَ من العقد قالباً ثابتاً لا يجوز المَسَاسُ به، ولا نسمح حتى للمشرع بذلك، وحالٌ كهذا سيجعل من العقد- وهو وسيلة لتنظيم المعاملات بين الناس- غاية لذاتها، دون النَظَر لمقتضيات هذه المعاملات، وهو مالا يرضاه أحد<sup>3</sup>.

فما دام المجتمع مُنْذُ وِجْدَ وسيظل كذلك مُكوِّناً من أقوياء وضعفاء، وستَظَلُّ مَهْمَةُ التشريع حماية الضعفاء من سلطان الأقوياء، فيلجأ المشرع لهذه الطرق لِقَرَضِ القيود على الإرادة التعاقدية فى مراحلها المختلفة، خصوصا عند تكوين العقود، فيتدخل لِفِرْضِ قُيُودٍ على الإرادة، تَمْنَعُ فى بعض الأحيان الأفراد من الدخول فى العقد أصلا، وفى أحيان أخرى يفرض عليهم الدخول فى عملية أخرى؛ ومن ثم سيتدخل المشرع لمراعاة العدالة، وتحقيق المساواة القانونية<sup>4</sup>.

يبدو هذا الطرح - على أَحَقِّيَةِ الحجج التى أتى بها وقدمها - غير مُقْنَع، ولا يُبرر الإلزام والإجبار على التعاقد، فما يمكن قوله عن هذه الصور من (العقود) الإلزامية هو أن الرضا لا يُؤدى دوراً فى مناقشة شروط العقد عند إبرامه، وإنما يُطبِقُ طرفيه نظاماً مفروضاً عليهما بمقتضى القانون، فيتدخل المشرع لِيُجْبِرَ طرفاً على إتخاذ خُطواتٍ مُعَيَّنة، بُغْيَةَ إبرام هذا العقد.

1- انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص71.

2- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص61.

3- فى هذا الصياغ يُطْرَحُ تساؤل يتعلّق بالضرر الذى حَلَّ بالمجتمع من مثل هذه القواعد، والتى تُهدَفُ إلى أمور تُبْدُو جيدة، وحتى مثالية؛ فالهدف هو تنظيم المعاملات ووضع الحدود المناسبة لها؟

فكيف يُؤخَذُ على المشرع تدخله فى بعض الأحيان بالعقود، ومهمته الأولى هي إقامة العدل بين الناس، ومالم يتصرف المشرع بِتَحْيِيزٍ لمصلحة فريق ضد فريقٍ آخر، فإنه يتصرف دائما للعمل على جَفْظِ المجتمع، وتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض.

لقد ألجا تطور المجتمع وتعدّد المشاكل الناشئة عن هذا التطور إلى سِنِ النصوص، والتدخل فى الكثير من شؤون الحياة، وكأمثلة ذلك تحديده ثمن تذاكر الركوب، كى لا يَقْعُوا ضحية أصحاب مؤسسات النقل. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص473.

4- من الثابت أنه مالم توضع هذه القواعد فإنه سيلجأ الأفراد إلى ظلم بعضهم البعض، وهذا الطرح وإن صَحَّ من زاوية فإنه من زاوية دراستنا يُعَدُّ التدخل لأجل هذه المقتضيات تقييداً للإرادة، وخذُّ من دورها فى المجال التعاقدى.

## ثانياً: صور الإلزام القانوني

عندما يكون المجتمع في حاجة إلى توجيهه وتسيير الفرد، فإنه يُجبرُهُ على المساهمة في غاية إقتصادية واجتماعية قد لا يَرغبُ فيها، ومن ذلك التآطير والتنظيم القانوني للعقود، فيمنع القانون في بعض الحالات ويرفض التعاقد من دون سبب ومُبررٍ قانوني، كما قد يُجبر الشخص على التعاقد مع متعاقد معين، وفي أوصاف أخرى لا يكون للعقد أية قيمة قانونية إلا بعد الحصول على إذن من الجهات التي يعينها المشرع مسبقاً.

### 1- تنظيم العلاقة العقدية

يتولى المشرع تنظيم العلاقة حتى يُجنبَ المتعاقد الضعيف كل تعسف من قبل المتعاقد معه، فيضع قانوناً أساسياً يُديرُ العلاقة العقدية المعنية، حيث يتناول بنوع من التفصيل والدقة كل الشروط التي تحكّم هذه العلاقة، وعموماً يُعنى القانون بالحد الأدنى من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطرف الضعيف، والتي لا يمكن إنقاصها، في حين يسمح بالزيادة فيها<sup>1</sup>.

إن مثل هذا التنظيم للعلاقة الإقتصادية ينالُ كثيراً من حرية المتعاقدين، ومن الفقهاء من لا يعتبر مثل هذه العلاقة عقدية، وإنما هي مركز قانوني منظم، فتتظيم المراكز القانونية يعتبر من أهم العناصر الموضوعية المقيدة لمبدأ الرضائية والحرية.

كما تُعدُّ فكرة العقد الجامع والنموذجي تطبيقاً مباشراً لها، لأنه يُلزم إرادة الأطراف المنظمين للجماعة التي عقدته رُغم أنهم لم يكونوا طرفاً فيه، وحتى رُغم اعتراض بعضهم عليه، أو انضمامهم إلى الجماعة بعد إبرامه<sup>2</sup>.

يظهر ذلك جلياً في عقد العمل الجماعي حيث تُبرمه قلة من العمال، وتنصرف آثاره إلى كل عمال المؤسسة الذين يكونون في نفس العمل الذي يمارسه من أبرموا العقد، فتسري أحكامه على الجميع رغم اعتراض بعضهم وإظهار عدم رضاه؛ وفي هذا تقيداً لإرادتهم.

---

1- " تجذُرُ الإشارة إلى أن القوانين الأساسية وُضعت لتنظيم العلاقة العقدية تنظيمًا من شأنه حماية المتعاقد الضعيف من سيطرة وتعسف الطرف الأقوى تعاقدياً، وتختلف كذلك القوانين الأساسية عن العقود المسماة التي تتولى بدورها تنظيم العلاقة العقدية، ولكن من زاوية مساعدة المتعاقدين على تنظيم علاقتهما، ولهما أن يُخالفًا الأحكام القانونية المُكملة أو المنظمة لهذه العلاقة ". انظر علي فيلالي، المرجع السابق، صص 221-226 .

2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، صص 285.

مثال ذلك أيضا ما ورد في القانون التجاري، ففي الصلح الواقي من الإفلاس تتصرف آثاره إلى جميع الدائنين العاديين حتى من عارض منهم في الصلح، حيث تخضع الأقلية لرأي الأغلبية<sup>1</sup>.

فتحصل هذه الطريقة في جعل النصوص التي تُنظّم العقد نصوصا آمرة متعلقة بالنظام العام، وأصبحت الإتجاهات المعاصرة تتجه نحو تقييد دور الإرادة في نطاق العقد، لأن الأفكار الاجتماعية هي السائدة في المجتمعات الحديثة، كما يُنكر أنصار المذهب الاجتماعي عن الإرادة الدور الذي غالى فيه أنصار المذهب الفردي، إذ أن للإرادة دور متواضع (إن لم يكن معدوم) في إنشاء التصرفات القانونية.

فليست الإرادة إلا وسيلة لتحقيق غاية، لذا تخضع لقيود ترتبط بمصلحة المجتمع، لذلك فإن الأفكار الاجتماعية تنادي بضرورة تدخل الدولة عن طريق أحكام القانون لتنظيم علاقات الأفراد في معاملاتهم الخاصة، تنظيما إجباريا لا يتزك حرية لإرادتهم<sup>2</sup>.

فالاعتداد بمصلحة الجماعة يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، ولذلك يتدخل المشرع ويضع تنظيما معيناً لعقد من العقود بحيث لا يجوز لإرادة الأفراد الخروج عن هذا التنظيم بالتعديل<sup>3</sup>.

فالمصلحة العامة تُخول للدولة التدخل لإقامة مُساواة حقيقية بين المتعاقدين، لِمَنع تحكّم طرف على آخر، بناء على ما يتميز به من قوة اقتصادية<sup>4</sup>.

---

1- انظر سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 85-86. كما لم يعد عند أنصار المذهب الإشتراكي قصر آثار العقد 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 مدي ملائمته للضرورات الاجتماعية، حيث صار يستفيد منه من لم يكن طرفاً فيه، وفي هذا خروج على مبدأ نسبية العقد. انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 36. وعبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 271 هامش 15.

2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص 270. و منذر الفضل، المرجع السابق، ص 42.

3- ينبغي تقييد إرادة المتعاقد الأول لمصلحة الطرف الثاني، فالمستأجر والمستهلك في مواجهة كل من المؤجر والشركات الاحتكارية فكل الأطراف تملك الإرادة الحرة في التعاقد، إلا أن المساواة غير موجود بين الطرفين، والمساواة نظرية فقط فهل يستطيع الطرف الضعيف مناقشة الشروط الموضوعية. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 476.

4- قد ينصب التنظيم على محل العقد، حين تمنع الدولة التعامل في بعض الأشياء، أو اشتراط شروط معينة لجواز التعامل فيها.

- قد ينصب التنظيم على السعر، فلا يمكن للمتعاقدين الحرية في تقديره.

- قد ينصب التنظيم على شخص المتعاقد، فلا يكون المتعاقد حراً في أن يختار من يريد التعاقد معه، فالسلطة العامة هي تعين الشخص الذي يتعاقد معه.

- قد ينصب التنظيم على كم المعقود عليه وكيفه. انظر عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 364.

**إزاء التدخل المتزايد من المشرع فى العقود بنصوص أمره، ذهب جانب من الفقه إلى القول أن العقد الحر فى طريقه إلى أن يُصبح عقداً مُوجَّهًا، وهذا يؤدي إلى إختفاء الصفة الإرادية للعقد، وتحوّله إلى مُجرّد نظام (شرطي)، يخضع فى إبرامه للشروط التى يتحكم فيها القانون؛ هذا ما جعل العقد يَمُرُّ من نظام العقد الحر إلى نظام العقد المقيد، ومن المُقيد إلى (العقد) المنظم<sup>1</sup>.** إن لفكرة الإلزام القانوني تطبيقاتٌ تشريعية عديدة متناثرة فى نصوص القانون، ولكن تجمعها فكرة واحدة هي فكرة الإلزام القانوني، خصوصاً فى تكوين العقد، حيث يتلاشى دور الإرادة إلى حدٍ كبير فى المجال العقدي.

فتحلّ محلّها إرادة المشرع، الذى يتولى فرض العقد على الطرفين، من خلال النص على القواعد المُلزِمة لهُما، بحيث ليس بوسعِهما مناقشة هذه القواعد والنصوص؛ بل يُحتِمُ عليهما (الإلصاع) والتقيّد بالأوامر<sup>2</sup>.

هذا ما يظهر جلياً فى بعض المهن، حيث أن طبيعتها تمس بالنظام العام وتحقق المصلحة العامة، وهو ما يقتضي وجوب تدخل المشرع لتنظيمها بشكل أمر لا يترك لأطراف العلاقة العقدية حرية واسعة، بل يتوجب إحاطتها بحدود معينة، ومنها على سبيل المثال لا الحصر، العقد الطبي وعقود شراء الأدوية، وكذلك النشاطات التجارية للوكالات السياحية والإستثمار، وأعمال البورصة، وقطاع التأمين...

فهذه الأنشطة تجدّ فى الأونة الأخيرة سوقاً رائجَةً، لاسيما أنها صارت تُبرَم إلكترونياً، فهي تخضع لتنظيم خاص من حيث شروطها والقائمين عليها، وأي تعاملٍ بشأنها يُخالفُ التنظيم القائم يُعتبرُ باطلاً، مُبررهم فى ذلك فكرة التضامن الإجتماعي، التى يجبُ أن تسودَ المجتمع، وتحمّلهُ إلى المبادرة بحماية الجانب الضعيف فى العقد<sup>3</sup>.

---

1- مع ذلك هناك من يرى أن التدخل المتزايد والمستمر للمشرع فى تنظيم العقد ما هو إلا تماشياً مع أساس الإلتزام العقدي ومع الفكرة التعديبية الصحيحة التى تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين، بعيداً عن غبن أحد الأطراف للآخر؛ من دون إهمال للعقد واضمحلال لأهميته، بل سيبقي أسلوب ضروري للتبادل، وتتصب طريقة التنظيم على عناصر متعددة. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، صص 14-271.

2- عصمت عبد المجيد بكر، فكرة الإلزام القانوني بالتعاقد وتطبيقها فى القانون العراقي، ص 14. نقلاً عن محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 491.

3- مثال ذلك حضر بيع الأدوية إلا من خلال صيدلية مرخصة، ومن جهة أخرى يهدف قسم من الإعتبرات السابقة إلى ما يجب أن يتوافر للعاملات من الثقة والإستقرار. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، صص 267-493.

## 2- المنع من التعاقد أو فرض التعاقد الأخر

يَمْنَع القانون في هذه الصورة الشخص من التعاقد، وفي ذلك حدٌ كبيرٌ من حرية الإرادة، ويرجع هذا المنع والحظر من التعاقد إلى خُطوة محل العقد<sup>1</sup>، أو للأسباب التي يراها القانون ذات أهمية<sup>2</sup>، وكذلك إحتكار الدولة للتجارة الخارجية<sup>3</sup>.

هذا وقد يُجبر الشخص على التعاقد مع شخص مُعَيّن، كما هو الأمر في حالة الإحتكار بالنسبة للمُحتكر، وكذا الحالة التي أشار إليها المشرع في المادة 679 مدني<sup>4</sup>، فإفي حالة الإلتزام بالبيع بالنسبة للسلع المُسعرة كالمواد الأساسية؛ يعتبر الإمتناع عن التعاقد في هذه الحالة جريمة يعاقب عليها القانون.

كما يذهب المشرع إلى تجريم الرفض المطلق للبيع إذا كان في إستطاعة البائع أن يُلبّي الطلبات المعقولة التي يتقدم بها من يُريدُ التعاقد، ويُعطي لهذا الإمتناع حكم البيع بسعر غير مشروع<sup>5</sup>.

حيث أنه تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، ويُمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مُبرر مشروع (قانوني)، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة، يُستثنى من ذلك، ولا يُعنى بهذا الحكم أدوات تزيين المحلات، والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات.

كما يُمنع إشتراط البيع بشراء كمية مفروضة، أو إشتراط البيع بشراء سلعة أخرى أو خدمات، وكذلك إشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة<sup>6</sup>.

---

1- كمنع الأشخاص من التصرفات المتعلقة ببيع أو اقتناء أو حيازة عتاد حربي، المادة 01 من المرسوم رقم 85/63 المؤرخ في 16/03/1963، المتعلق بقمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق بإكتساب وحيازة و صنع الأسلحة و الذخائر والمتفجرات.

2- انظر القانون رقم 88/29 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق باحتكار ممارسة الدولة للتجارة الخارجية، الجريدة الرسمية، العدد 1988، 02، والمرسوم التنفيذي رقم 37/91 المؤرخ في 13/02/1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية، العدد 12، السنة 1991.

3- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 64-66. وعلي فيلالي، المرجع السابق، ص 213. وذلك سابقا أما اليوم فمقتضيات حرية واقتصاد السوق غيرت من ذلك حيث زاد وتوسع نشاط الأفراد في مجال التجارة الخارجية.

4- يشير المشرع في المادة 679 مدني لاسيما الفقرة الثانية إلى الاستيلاء على الأموال والخدمات لضمان استمرارية المرفق العام، وهذا في الظروف الاستثنائية، أما في الاحوال العادية فيتم الحصول عليها بناء على الاتفاق.

5- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 61. و علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 43 هامش 30.

6- انظر المواد 15 و 01/17 من القانون 02-04 المعدل والمتمم بالقانون 06/10.

## ب- طريقة الإذن بالتعاقد

وفقا لهذه الطريقة يُوكَلُ المشرع للسلطة المختصة أن تمنح إرادة المتعاقدين القوة التعاقدية أو تمنعها من ذلك، فإني بعض العقود يُلزم المشرع طرفي العقد أو أحدهما بتحديد مُتطلبات التعاقد، ويترك المشرع للسلطات المختصة مهمة إجازة العقد أو منعه. فلا يكون للعقد أية قيمة قانونية إلا بعد الحصول على إذن من الجهات التي يُعيئها المشرع مسبقا، ويكون العقد حينئذ هو مُحصلة إرادة الأطراف، ممزوجةً برخصة المشرع، وبهذا يُوشك المشرع أن يدخل في العقد متعاقدا ثالثا<sup>1</sup>.

ما يعني أن الأفراد لا يستطيعون بإرادتهم المنفردة ودون رخصة إبرام العقد، بل ستتقيد إرادتهم، وسيحدد سلطان الإرادة لديهم نظرا لتحقيق المصلحة العامة التي أراد المشرع حمايتها، وبذلك لم يعد مثل هذا التصرف خاصا محضاً، بل صار عقدا عاما، بقدر ما فقد من طابعه الخاص<sup>2</sup>.

كما قد يفرض المشرع واجبات على المتعاقدين، حتى تتحقق المساواة بينهما، ويتجنب كل تعسف من أحدهما، كما يحمي المشرع من خلالها الفئات الضعيفة؛ ومن ذلك على سبيل المثال الإلتزام بالإفشاء الذي رتبته المشرع على المتعاقد، كلما تعلق الأمر بواقعة يجهلها المتعاقد الآخر. وهو الإلتزام نفسه الذي يتحمله بائع المحل التجاري<sup>3</sup>.

يرى في هذا الشأن الأستاذ حجازي أن: "... هذه الإلتزامات التي يُدرجها القضاء ليس أساسها التراضي، وإنما سلطة أو (إرادة) القاضي، وبقدر ما يضع القاضي، وينشئ من إلتزامات جديدة يتراجع سلطان الإرادة<sup>4</sup>.

---

1- "فتستطيع السلطة المختصة عن طريق تخويلها منح الإذن، أن تمنع إنشاء العقد، أو على الأقل تؤجل إبرامه إلى وقت آخر انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص270 إشارة إلى: سافاتييه، التطورات الاقتصادية والاجتماعية للقانون المدني، المرجع السابق، فقرة37، ص475.

2- انظر علي فيلاي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص55-56.

3- انظر المادة 79 تجاري.

4- انظر عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص285.

## الفرع الثاني: التأمين الإلزامي ونماذج عنه

تُعَالج بِدَايَةِ أَحْكَامِ التَّأْمِينِ الإِجْبَارِيِّ، أَي ذَلِكَ الَّذِي يَنْصُ الْقَانُونُ عَلَى إِلْزَامِيَّتِهِ، أَمَا التَّأْمِينِ الإِخْتِيَارِيِّ الَّذِي يَتَجَهُ إِلَيْهِ الشَّخْصُ بِإِرَادَتِهِ فَذَلِكَ يَخْرُجُ عَنْ نِطَاقِ هَذِهِ الدِّرَاسَةِ (أَوَّلًا).

فَلَا خِيَارَ لِلشَّخْصِ الَّذِي يَضَعُ مَرْكَبَةً لِلسَّيْرِ فِي الطَّرِيقِ العَمُومِيِّ مِنْ وَجُوبِ التَّأْمِينِ عَلَى المَخَاطِرِ الَّتِي تُحْدِثُهَا هَذِهِ المَرْكَبَةُ، كَمَا يُلْزَمُ الْقَانُونُ وَيُوجِبُ التَّأْمِينِ عَلَى الكَوَارِثِ الطَّبِيعِيَّةِ، كَصُورَةِ مُسْتَجِدَّةٍ فَرَضَتْهَا مَا شَهِدَتْهُ البِلَادُ مِنْ كَوَارِثٍ؛ وَرَتَبَ عَلَى مُخَالَفَةِ ذَلِكَ جَزَاءَاتٍ (ثَانِيًا).

### أولاً: أحكام التأمين الإلزامي

يُجْبَرُ المُتَعَاقدُ عَلَى إِبرَامِ هَذَا العَقْدِ فِي مَجَالَاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ، كعَقْدِ التَّأْمِينِ عَلَى السَّيَارَاتِ وَالكَوَارِثِ الطَّبِيعِيَّةِ، وَحَتَّى التَّأْمِينِ عَلَى الحَيَاةِ فِي بَعْضِ الرِّحَالَاتِ- وَالَّذِي قَدْ يُعَمِّمُ تَحْتَ تَأْثِيرِ مَا قَدْ يُسْتَجَدُّ مِنْ مَعْطِيَّاتٍ مُسْتَقْبَلَةٍ؛ كَمَا يُشْتَرَطُ لِمَبَاشَرَةِ بَعْضِ المِهَنِ كَالْمَحَامَاةِ، التَّوْثِيقِ، الِهَنْدَسَةِ المَعْمَارِيَّةِ...، حَيْثُ صَارَتْ أَمْرًا وَاجِبًا، كَمَا صَارَ يَحْمِلُ أَصْحَابُ هَذِهِ المِهَنِ عَلَى التَّأْمِينِ مِنَ المَسْئُولِيَّةِ المَدْنِيَّةِ.

لَقَدْ عَالَجَ المَشْرَعُ عَقْدَ التَّأْمِينِ عَمُومًا فِي الشَّرِيعَةِ العَامَّةِ، وَفِي نِصُوصِ خَاصَّةٍ<sup>1</sup>، وَاحْتَكَرَتْ الدَّوْلَةُ نِشَاطَ التَّأْمِينِ إِلَى غَايَةِ صُدُورِ الأَمْرِ 07/95 وَالمَعْدَلِ بِالْقَانُونِ 04/06 حَيْثُ سَمِحَ بِظُهُورِ هَيْئَاتٍ خَاصَّةٍ تُمَارِسُ عَمَلِيَّةَ التَّأْمِينِ<sup>2</sup>؛ وَقَدْ يَحُوزُ عَقْدَ التَّأْمِينِ الصِّفَةَ المَدْنِيَّةِ أَوْ التِّجَارِيَّةِ، وَذَلِكَ بِالنَّظَرِ إِلَى صِفَةِ أَطْرَافِهِ، وَأُورِدَ الأَمْرُ 07/95 أَنْوَاعَ التَّأْمِينَاتِ الإِجْبَارِيَّةِ<sup>3</sup>.

---

1- نَظِمَ المَشْرَعُ هَذَا العَقْدَ مِنْ خِلَالِ الأَمْرِ 07/95 المُتَعَلِّقِ بِقَانُونِ التَّأْمِينِ وَالسَّارِيِّ المَفْعُولِ، الجَرِيدَةِ الرِّسْمِيَّةِ، العَدَدُ 13، بِنَايِخِ 1995/03/08، وَالمَعْدَلِ بِالْقَانُونِ 04/06 الصَّادِرِ فِي 2006/02/20، الجَرِيدَةِ الرِّسْمِيَّةِ، العَدَدُ 15، بِنَايِخِ 2006/03/12، وَالَّذِي أَلْغَى الْقَانُونُ رَقْمَ 13/80 المَوْخُوفِ فِي 1980/07/19.

كَمَا نُظِمَ عَقْدَ التَّأْمِينِ مِنْ خِلَالِ المَوَادِّ 619 إِلَى 625 مَدْنِي، وَيُعْرَفُ المَشْرَعُ هَذَا العَقْدَ فِي المَادَّةِ 619 مَدْنِي بِأَنَّهُ: "عَقْدٌ يَلْتَزِمُ المَوْمِنَ بِمَقْتَضَاهُ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى المَوْمِنِ لَهُ، أَوْ إِلَى المَسْتَفِيدِ الَّذِي اشْتَرَطَ التَّأْمِينِ لِصَالِحِهِ، مَبْلَغًا مِنَ المَالِ أَوْ إِيرَادًا مُرْتَبًا، أَوْ أَيَّ عَوْضٍ مَالِيٍّ آخَرَ فِي حَالَةِ وَقُوعِ الحَادِثِ، أَوْ تَحَقُّقِ الخَطَرِ المَبِينِ بِالعَقْدِ، وَذَلِكَ نَظِيرَ قِسْطٍ أَوْ أَيَّةِ دَفْعَةٍ مَالِيَّةٍ آخَرَ يُؤَدِّيهَا المَوْمِنُ لَهُ لِلْمَوْمِنِ"

2- انظُرْ بِنَ وَارِثِ مُحَمَّدٍ، دُرُوسٌ فِي قَانُونِ التَّأْمِينِ الجَزَائِرِيِّ، دَارُ هَوْمَةِ لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ، الجَزَائِرِ، 2011، ص 60-61.

3- وَفَقَ مَا جَاءَ فِي هَذَا الْقَانُونِ تَتَمَثَّلُ أَنْوَاعُ التَّأْمِينِ فِي:

- التَّأْمِينَاتِ عَلَى الحَرِيقِ وَالإِنْفِجَارِ، أَوْ الصَّوَاعِقِ وَالكَهْرِبَاءِ، ضَمِنَ الإِتِفَاقَاتِ الخَاصَّةِ بَيْنَ المَوْمِنِ وَالمَوْمِنِ لَهُ.
- تَأْمِينَاتِ القِطْعَانِ الحَيَوَانِيَّةِ مِنَ البَرْدِ وَالمَهْلَاقِ.
- تَأْمِينَاتِ القِطْعَانِ الصَّحِيَّةِ وَالعَمْرَانِيَّةِ، وَمِرَاكِزِ العَطْلِ وَالرِّحَالَاتِ.
- تَأْمِينَاتِ مَكَاتِبِ التَّسْيِيرِ العَقَارِيِّ لِلدَّوْلَةِ مِنْ أَضْرَارِ المِيَاهِ وَالحَرِيقِ.
- تَأْمِينِ نَقْلِ البَضَائِعِ وَالأَشْخَاصِ مِنَ المَسْئُولِيَّةِ المَدْنِيَّةِ، سِوَاةِ البَرِيَّةِ مِنْهَا أَوْ البَحْرِيَّةِ أَوْ الجَوِيَّةِ.
- تَأْمِينِ المَوْسَسَةِ الرِّيَاضِيَّةِ وَالتَّرْفِيهِيَّةِ مِنَ المَسْئُولِيَّةِ المَدْنِيَّةِ.
- تَأْمِينِ قِطَاعِ التَّرْبِيَّةِ وَالتَّكْوِينِ المِهْنِيِّ.
- تَأْمِينِ الصِّيْدِ البَرِّيِّ وَالبَحْرِيِّ، وَأَعْمَاقِ البَحَارِ.
- تَأْمِينِ المَرْكَبَاتِ، السَّيَارَاتِ، وَالشَّاحِنَاتِ، وَالمَرْكَبَاتِ بِصِفَةِ عَامَّةٍ.

إن عقد التأمين يمتازُ بِجُمْلَةٍ من الخصائص يشترك فيها مع جُلِّ العقود المسماة، فهو من العقود الملزمة للجانبين، فَكِلَا طرفيه مُلْزَمٌ تَجَاهَ الآخر، فيلتزم المؤمن بدفع الأقساط المتفق عليها، مقابل إلتزام شركة التأمين بتغطية المخاطر المتفق عليها، وجوهر العقد يَكْمُنُ في التقابل القائم ما بين الإلتزامين<sup>1</sup>.

كما يُعْتَبَرُ هذا العقد من عقود المُعَاوَضَةِ، فيأخذ كِلَا طرفيه مُقَابِلَ ما يُقَدِّمُهُ، ويثار اللبس والإشكال عندما لا يقع الخطر طَوَالَ المُدَّةِ المحددة في العقد، فقد تنقضي مدة العقد ولا يقع الخطر، وبالتالي لا يحصل المؤمن له على مقابل الأقساط التي دفعها.

في هذا النسق هناك من يرى أنه وحتى عند عدم وقوع الخطر فإن هذا لا ينفي عن العقد خاصية المعاوضة، ذلك أن المؤمن وإن لم يُقَدِّمَ مقابل بالرغم من إنقضاء مدة العقد، وعدم وقوع خطر، إلا أنه منح للمؤمن له الإطمئنان<sup>2</sup>، إلا أن هذا الطرح غير مقنع، فلا يُبْرِرُ أن هذا العقد من عقود المعاوضة، وَيَدْعُمُ ذلك أن هذا العقد من العقود الإحتمالية<sup>3</sup>.

إضافة إلى الخصائص السابقة يُعْتَبَرُ عقد التأمين من العقود الزمنية، فهو من العقود المُسْتَمِرَّةِ التي يَلْعَبُ فيها عنصر الزمن دورا مُهمًا، فهناك أداءات متكررة يَسْتَمِرُّ الوفاء بها مدة من الزمن؛ ومن الخصائص الأخرى كذلك أن هذا العقد من العقود الرضائية التي تَنَعَّدُ بِمُجْرَدِ تَبَادُلٍ وتطابق الإيجاب مع القبول، دون الحاجة إلى إفراغ العقد في شكل خاص<sup>4</sup>.

إن عقد التأمين من أشدِّ عقود الإذعان التي تتضمن شروط تعسفية، وذلك من خلال ما تفرضه شركات التأمين من شروط، فهناك جزئيات في العقد لا يستطيع المتعاقد مناقشتها<sup>5</sup>، وهو ما يؤكد أن عقد التأمين من عقود الإذعان، يتبين ذلك من خلال عدم تحقق مبدأ التوازن ما بين المراكز القانونية لطرفيه.

1- انظر بورزق أحمد، الشروط التعسفية في العقود بين الشريعة والقانون، دكتوراه، باتنة، الجزائر، 2015، ص377، وجديدي معراج، المرجع السابق، ص36.

2- انظر محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص375.

3- Benchabane (H) ,L'aléa dans le droit des contrats en droit civil Algérien ,OPU, Alger , 1992,p12.

4- عقد التأمين عقد غير شكلي وإن كانت العملية تُفْرَغُ في وثيقة التأمين، إلا أنها تبقى شكلية للإثبات لا للإنعقاد.

- Gérard Légier.op cit.p 20.5

من هذه المعطيات يُمكنُ وصف عقد التأمين بأنه من العقود التي تتضمن بنوداً تعسفية، قد تُضُرُ بمصالح الطرف الضعيف (خصوصاً المؤمن له)<sup>1</sup>، فتنفرد الجهة المؤمنة بوضع شروط وبنود العقد وتحديد مضمونه، بحيث لا يكون أمام الطرف الثاني إلا القبول بهذه الشروط المُعدَّة سلفاً، دون أن يكون له حق مناقشتها أو الاعتراض عليها.

فهو هنا أمام خيارين، لا دَوْرَ ولا مَكَاثِنَ للإرادة قَبْلَهُمَا، فإما قبولها كما هي إذا ما رَغِبَ في التعاقد، أو الإمتناع عن التعاقد.

للمعطيات السابقة وبالرجوع إلى القانون 07/95 نجد أنه تَلْتَزِمُ شركات التأمين بضرورة إخبار وإعلام المستهلك، وإخطاره بالشروط الهامة والأكثر خطورة، وبكل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعقد، وأن تكون هذه البيانات واضحة ومقروءة<sup>2</sup>.

فعلى المؤمن له إعلام المؤمن، وإطلاعه بالتصريح الصحيح، عند إبرام العقد بكافة الظروف المعروفة المساعدة على تقدير الخطر، ودرجة جسامته، وذلك بِكُلِّ وضوح وأمانة، من خلال نماذج الإستمارات المطبوعة، المتضمنة لأسئلة مُحدَّدة، لِتَبْصِرَةِ المؤمن بدرجة احتمال وقوع الخطر، وهذا حتى يَتَسَنَّى للمؤمن إتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة و ناجعة.

كأن يقترح قِسْطاً جديداً لإستمرار التأمين أو فسخ العقد؛ لأنه في حالة قيام المؤمن له بِكِتْمَانِ معلومات، أو الإدلاء بتصريح كاذب مُتَعَمِّد، بقصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر المؤمن عنه، فإنه يترتب على ذلك إبطال العقد<sup>3</sup>.

---

1- انظر بورزق أحمد، المرجع السابق، ص378.

2- يلتزم المؤمن (شركة التأمين) قانوناً بإعلام المؤمن له بكل ما يحتاج إليه من معلومات وبيانات، بهدف تبصيره بالعملية العقدية (في مرحلة إبرام العقد)، من خلال إخباره بكل المعلومات المتصلة بالتغطية التأمينية، ونطاق الضمان، وشروط الإستبعاد. انظر معراج جديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ص75 وما يليها.

انظر كذلك المواد 5 و8 و13 وكذلك المواد 15 و 19 و 21 و 75 و 153 من تقنين التأمين لعام 1995 الأمر رقم 07/95 المعدل بالقانون رقم 04/06.

Zennaki (D), L'information comme source de protection des consommateurs, p19 et s ; Séminaire National sur la protection des consommateurs, Univ D'Oran, 14 et 15 Mai 2000.

3- انظر المواد 21 و75 من القانون رقم 07/95.

## ثانياً: نماذج من عقود التأمين الإلزامي

نستعرض إلزامية التأمين على السيارات كتطبيق، نظراً للانتشار الواسع لهذه المركبات، فقد تحوّلت - اليوم نظراً لتعقّد ظروف الحياة ومشاكلها - من وصفها من الكماليات إلى أن صارت من أساسيات الحياة، إن لم تكن من ضرورياتها. كما نختار نموذج آخر لم يرد في هذا القانون، وهو ما جاء في الأمر 12-03 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض أصحابها.

### 1- إلزامية التأمين على السيارات

توسّع بعض القوانين من نطاق عقود معينة لمصلحة الجماعة، فترغم الفرد على التعاقد خلافاً لما يقضي به سلطان الإرادة التعاقدية، وذلك من خلال جملة من القيود للمصلحة العامة، ومن ذلك قانون السير والمركبات، الذي يلزم مالك المركبة الآلية بإبرام عقد تأمين، يُغطي الأضرار التي يُسببها استعمال هذه المركبة<sup>1</sup>.

فلقد أدى تزايد حوادث السيارات وتفاقم أضرارها إلى إقرار إجبارية التأمين من المسؤولية عنها، وهو الأمر الذي جعل من الموضوع يحتل مكانة بارزة في الدراسات القانونية الحديثة، لا سيما في جنبات الواقع العملي وساحات القضاء<sup>2</sup>.

يسعى المشرع من خلال الأمر 15/74 المؤرخ في 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار<sup>3</sup>، المعدل بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 1988/7/19<sup>4</sup> إلى تنظيم عملية تعويض الأضرار الجسمانية الناشئة عن حوادث المرور، حيث تبنى المشرع من خلاله نظاماً جديداً لتعويض الأخطار والأضرار الجسمانية التي تُصيب الضحايا، وذلك دون تمييز بين نوع وظروف الحادث، وبدون البحث عن مصدر الخطأ، إلا في حالات إستثنائية، والملاحظ هنا أن المشرع قد تخلّى عن مبدأ المسؤولية المدنية التي تركز على فكرة الخطأ.

1- انظر أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 64.

2- انظر محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري عنها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 07.

3- الأمر 15/74 المؤرخ في 6 محرم عام 1394 الموافق 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار

30 يناير سنة 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار

4- القانون رقم 31/88 المؤرخ في 1988/7/19 المعدل والمتمم للأمر 15/74 المؤرخ في 1974/01/30 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، الجريدة الرسمية، العدد 29، المؤرخة في 20 يوليو 1988.

بالبحث في النصوص القانونية السابقة نجد أن المشرع ألزم من خلال الأمر 15/74 المؤرخ في 1974/01/30، والخاص بالزامية التأمين على السيارات، حيث تنص المادة الأولى منه على ما يلي: " كل مالك مركبة ملزم بالإكتتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير، وذلك قبل إطلاقها للسير"<sup>1</sup>.

إن نظام التعويض عن حوادث المرور والتأمين على المركبات يكتسي أهمية قصوى في جميع الميادين قانونيا اقتصاديا، وحتى اجتماعيا، فصار حديث الساعة الكلام عن السلامة المرورية في ظل تفاقم حوادث المرور، وما يُنجر عنها من كوارث بشرية و مادية<sup>2</sup>.

فلا خيار للمؤمن له، فبمجرد وضعه مركبة للسير في الطريق العمومي، يستتب وجوباً التأمين على المخاطر التي قد تحدثها، ورتب القانون على عدم القيام بذلك مسؤولية، قد تصل حد وصف الفعل بالمجرم، الذي يُعاقب عليه قانون العقوبات؛ فالقانون يلزم صاحب المركبة شخصا طبيعيا أو معنويا بالتوقيع على عقد التأمين، قبل تحريك المركبة ولو خطوة<sup>3</sup>.

يتبين من هذا حرص المشرع على هذا الموضوع حيث يُولي عناية كبيرة لهذا الموضوع، بالنظر لخطورة الأثار الناجمة عنه، فيسعى من خلال سن النصوص القانونية إلى العمل على حماية المتضرر، وفقا للقواعد العامة في إطار قواعد المسؤولية عموما، وفي القوانين الخاصة تحديدا.

- 
- 1- تعني كلمة مركبة في هذا النص (المادة الأولى)، كل مركبة برية ذات محرك و كذلك مقطوراتها أو نصف مقطوراتها و حمولاتها، و يفهم بمقطورات و نصف مقطورات ما يلي:  
- المركبات البرية المنشأة بقصد ربطها بمركبة برية ذات محرك، و تكون تلك المركبات مخصصة لنقل الأشخاص و الأشياء.  
- كل جهاز بري مرتبط بمركبة برية ذات محرك.  
- كل آلية أخرى يمكن أن تكون مشابهة للمقطورات أو نصف المقطورات، بموجب مرسوم.
  - 2- تُطلع إحصائيات المركز الوطني للوقاية من حوادث المرور خلال السداسي الأول من سنة 2016، وإن عرف إنخفاضا مقارنة بالسنوات السابقة، إلا أن الأرقام تبقى خيالية بوقوع أكثر من 45000 ضحية في سنة 2015 بين قتيل و جريح، و حوالي 4000 قتيل. وهذا أمر خطير جدا يحتاج إلى تظافر جهود الجميع من أجل مكافحة هذه الظاهرة الغريبة، والتي يمكن تصنيفها ضمن الأخطار الجماعية التي تهدد كيان المجتمع برتمه، و يبدو أن الحل لا يقتصر على إلزامية التأمين فقط من المسؤولية.
  - 3- إن حوادث السير هي كل واقعة ينجم عنها وفاة أو إصابة أو خسارة في الممتلكات بدون قصد سابق، و بسبب المركبات أو حمولتها، أثناء حركتها، و يدخل ضمن ذلك حوادث الإحترق أثناء حركة المركبة على الطريق العام، و لإعتبار الحادث المروري حادثا فعلا لا بُد من توافر العناصر التالية:  
- وجود المركبة: المركبة بعجلين أو أكثر تسير في اليابسة، لها محرك ميكانيكي أو كهربائي، فردية كانت أو جماعية، وفقا للمادة 01 من الأمر 15/75، و لفظ المركبة هنا ينصرف إلى المركبة كسائق وركاب وحمولة.  
- سير المركبة أو كينونة المركبة في حالة حركة على الطريق العام: وهذا يقصد به أن تكون المركبة في حالة حركة على الطريق العام.  
-الضرر: الضرر قد يكون جسمانيا، بمعنى إصابات بشرية بأنواعها أو وفاة، سواء كانت الوفاة عقب الحادث مباشرة أو بعد فترة زمنية دون تحديد، أو قد تكون خسائر في الممتلكات العامة أو الخاصة.  
- الفعل دون قصد: وهذا أمر مهم للغاية لأنه في الحالة العكسية يعني ارتكاب جناية.

## 2- التأمين على الكوارث الطبيعية

التأمين الإلزامي على الكوارث الطبيعية من الصور البارزة التي يتجلى من خلالها التعدي الصارخ على الإرادة، حيث **ينعدم دور الإرادة**، فهي تُجبر على إبرام هذا العقد، بحيث يُلزم المشرع الأفراد بإبرام هذا النوع من العقود بصورة لا يتبين فيها أي قيمة أو دور لإرادتهم. فلا يستطيع المتعاقد رفضه، ولا حتى مناقشة مضمونه؛ ومما هو معلوم أن مقتضيات برزت على الساحة أدت بالمشرع إلى الإجماع على هذا النوع من العقود، لا سيما ما شهدته البلاد في تلك الفترة، وخصوصا الآثار الكبيرة والخطيرة التي خلفتها فيضانات باب الواد (الجزائر العاصمة)، وزلزال بومرداس.

لقد تم تحديد إلزامية هذا النوع من التأمين بموجب المادة الأولى من الأمر 12-03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا<sup>1</sup>، كما يُلزم هذا القانون بأن لا تقل مدة التأمين عن السنة<sup>2</sup>، وتبين في هذه الجزئية مظهر آخر من مظاهر إلغاء دور الإرادة، فلا يستطيع المتعاقد المفاوضة حتى في تحديد مدة العقد؟

### أ- الأخطار والأضرار المُغطاة وقيمة التأمين

إن كون هذا التأمين يَخُص الممتلكات وليس الأشخاص، فإنه يُغطي كل الأضرار المباشرة المتسببة من الممتلكات العقارية المبنية في الجزائر (عمارات، مباني فردية، تجارية...)، ولا يؤخذ بعين الاعتبار محتوى ذلك؛ كما يغطي المرافق الصناعية والتجارية، بما في ذلك محتوياتها<sup>3</sup>.

---

1- الأمر رقم 12 /03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية، العدد 52، السنة 2003.

2- بين الأمر 12-03 أنواع الأحداث أو الأخطار (المضمونة) التي يُكفل بالتعويض عنها، وأوضح هذا النص القانوني وبين الفئات المعنية بهذا التأمين، وحددها في:

- كل مالك (شخص طبيعي أو معنوي، غير الدولة) لمالك عقاري مَبني، يقع في الجزائر.
  - كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بنشاط صناعي و/أو تجاري.
  - شركات التأمين المعتمدة المطلوبة بتقديم ضمانات للأشخاص الخاضعين للتأمين الإجباري ضد الكوارث الطبيعية.
- 3- المتمثلة في:

- الزلزال.
  - الفيضانات و الغرق.
  - العواصف و الرياح القوية.
  - انجراف التربة.
  - أو كل كارثة مماثلة أخرى.
- كما تستثنى حالات من نطاق تطبيق هذا التأمين لمواجهة الأخطار، وفقا لنص المادة 10 من الأمر رقم 95-07.

يتم الإشتراك في هذا التأمين ويُفَدَّرُ ثمنه بناءً على المعلومات التي يجب تقديمها، فعلى من أراد الإشتراك في هذا العقد (التأمين ضد الكوارث الطبيعية)، تقديم كل المعلومات المتعلقة بممتلكاته الخاصة سواء كانت تُستخدَم للسكن أو لغرض صناعي أو/ و تجاري؛ وتقدم هذه المعلومات للوكالة التي يختارها الشخص- عن طريق الإستبيان الذي يُقدَّم من طرف المؤمن، و الذي يُملأ في الحين-.

أما عن تحديد مبالغ التأمين، فإنه يتم على أوجه متعددة<sup>1</sup>، كما يتم حساب قسط التأمين المستحق حسب معدل قسط التأمين على رأس المال المؤمن عليه<sup>2</sup>؛ كل ما سبق متوقف على إعلان حالة الكارثة الطبيعية، الذي يتم بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالجماعات المحلية والوزير المكلف بالمالية، ويُتخذُ هذا القرار في أجل أقصاه شهران (2) بعد وقوع الحادث الطبيعي<sup>3</sup>.

### ب- البنود الإجبارية التي تُدرَج في العقد وجزء عدم إكتتاب التأمين

من البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على أثار الكوارث الطبيعية، موضع الضمان حيث يضمن هذا التأمين للمؤمن له التعويض المالي للخسائر المادية المباشرة التي تلحق بمجموع الأملاك موضوع ضمان عقد التأمين والناجمة عن حدوث كارثة طبيعية.

---

1- فبالنسبة للأملاك العقارية تُحدِّد المادة 6 من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2004 معايير التسعيرة، وتوضح كيفية تحديد التعريفات والإعفاءات المطبقة على تأمين أثار التأمينات على الكوارث الطبيعية، إذ يجب أن لا تقل رؤوس أموال المؤمن عليها فيما يخص الأملاك العقارية عن حاصل ضرب المساحة المبنية بسعر معياري في المتر المربع المطابق. أما بالنسبة للمنشآت الصناعية و التجارية فيتم تحديد مبالغ التأمين على النحو التالي :

• في قيمة إعادة الإعمار للبناء (نشاط الإسكان)  
• قيمة استبدال المعدات.

• القيمة السوقية للسلع. المادة 1/6 من المرسوم التنفيذي رقم 04-269. الجريدة الرسمية رقم 55.

2- معدل قسط التأمين المطبقة على مبلغ التأمين، والتي تختلف على حسب:

- المنطقة الزلزالية : (0، 1، 2، 3) : المناطق الزلزالية محدّدة حسب "القواعد الجزائرية لمقاومة الزلازل 99 (RPA 99) "

- المطابقة لقواعد مقاومة الزلازل.

- التعرض لخطر الفيضانات و سوانل الوُحُل.

- التعرض لخطر العواصف و الرياح الشديدة.

- التعرض لخطر تحركات الأرض.

يحدِّد القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2004 التابع لوزارة المالية، تسعيرة التأمين على أثار الكوارث الطبيعية، ويتم تطبيق (عقوبة) 20% من مجموع الأقساط و الإشتراكات، إذا كانت الأملاك العقارية المبنية دون رخصة بناء أو/ و النشاطات الممارسة دون سجل تجاري قبل نشر الأمر 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003. المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 04-269.

3- الذي يحدد أيضا: طبيعة الحادث وتاريخ وقوعه، والبلديات المعنية به. المادة 03 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 04 - 268 الجريدة الرسمية رقم 55.

يمتد هذا الضمان لِيُغَطِّي تكلفة الخسائر المادية المباشرة التي تلحق بالأموال المؤمن عليها حسب القيمة المحددة في العقد<sup>1</sup>، ولايسري مفعول الضمان إلا بعد نشر النص التنظيمي الذي يُعلن حالة الكارثة الطبيعية في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية؛ وعن حالة الإعفاء فإنه يحتفظ المؤمن له على حسابه بِجُزءٍ من التعويض الواجب دفعه على حصة الخطر الخاضعة للإعفاء<sup>2</sup>.

ينجم عن هذا العقد إلتزامات تقع على عاتق كُلاً من المؤمن والمؤمن له، حيث يجب تبليغ المؤمن بكل حادثة يَنجُرُّ عنها الضمان، في أجل لا يتعدى ثلاثين (30) يوماً بعد نشر النص التنظيمي، الذي يعلن حالة الكارثة الطبيعية (إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة).

كما نظم القانون الحالة التي يُبرم فيها المؤمن له عدة تأمينات، تسمح بتعويض الأضرار المادية الناجمة عن كارثة طبيعية، فإنه يجب عليه في حالة وقوع الحادث، وفي حدود الأجل المنصوص عليها، تبليغ المؤمن بوجود هذه التأمينات.

كما يجب على المؤمن له قبل إبرام العقد ملاً إستمارة الأسئلة، التي يجب على المؤمن أن يقدمها له، ويجب على المؤمن تسديد التعويض المستحق بعنوان الضمان في أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم تقرير الخبرة عن الأضرار<sup>3</sup>.

أما في حالة الإحتجاج على نتائج الخبرة، فيجوز للمؤمن له في أجل لا يتعدى 15 يوماً، أن يُطالب بخبرة مُضادة (تكون التكاليف هنا على عاتقه بطبيعة الحال)؛ وعند عدم رضى أحد الطرفين بتقرير إعادة الخبرة، فإنه يمكنهما اللجوء إلى تعيين خبير ثالث، سواء بالتراضي أو باللجوء إلى المحكمة المختصة<sup>4</sup>.

1- في حدود:

80 بالمائة من الأموال المؤمن عليها، فيما يخص الأملاك العقارية المبنية  
50 بالمائة من الأموال المؤمن عليها فيما يخص المنشآت الصناعية أو التجارية، علاوة على ذلك، يحدد الخبير تكاليف التعويض، بعد خصم الجباية والقيم المتبقية. انظر المادة 07 الفقرة 01 من المرسوم 04-269 (الجريدة الرسمية رقم 55)

2- 2 بالمائة مع حد أدنى يساوي 30.000.00 دج فيما يخص الاملاك العقارية، و10 بالمائة للمنشآت الصناعية أو التجارية.  
انظر المادة 07 من أمر وزارة المالية المؤرخ في 31 أكتوبر 2004 الذي يضبط كفيات تحديد التعريفات والإعفاءات وحدود تغطية آثار الكوارث الطبيعية.

3- انظر المواد من 10-12 من الأمر رقم 12/03.

4- عن إجراءات التعويض، فإنه لتجنب تفاقم الأضرار تتخذ الإجراءات اللازمة:

يجب التبليغ للمؤمن الذي يعن خبيراً لتقييم الخسائر.

يجب أن يسلم الخبير المعين تقرير الخسائر في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر ابتداء من نشر النص التنظيمي الذي يعلن حالة الكوارث الطبيعية.

يجب أن يسدد المؤمن التعويضات في أجل لا يتعدى ثلاثة (3) أشهر ابتداء من إيداع تقارير الخبرة أي 6 أشهر بداية من تاريخ نشر النص التنظيمي الذي يعلن حالة الكوارث الطبيعية؛ وكل تجاوز للأجل المحددة يفتح المجال للمؤمن عليه للمطالبة بالتعويض. انظر المادة 12/ 2 من الأمر رقم 12/ 03.

ما سبق بيانه يتعلق بإجراءات تقنية أملت طبيعة الدراسة التعرض إليها، وما يعيننا بصورة جلية في موضوعنا هو الجزاء المترتب عن عدم الإكتتاب في النوع من العقود، فقد جاء الأمر 12/03 بجزاءات تطبق على المخالفين لأحكامه يتبين معها إهدار سلطان الإرادة وحرية الإرادة في المجال التعاقدية بحيث:

- لا يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي خاضع لأحكام هذا الأمر، ولم يمثل للإلتزامات المتضمنة فيه، أن يستفيد من أي تعويض للأضرار التي تلحق بممتلكاته جراء كارثة طبيعية<sup>1</sup>.

- كما يعاقب على كل مخالفة لألزامية التأمين المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه، عاينتها سلطة مؤهلة، بغرامة القسط أو الإشتراك الواجب دفعه مع زيادة قدرها 20 بالمائة<sup>2</sup>.

أما وسائل مراقبة الوفاء بهذا الشرط - والتي يتبين معها حقيقة المساس الصارخ بالإرادة - بالنسبة لأصحاب العقارات ذات الطابع السكني فإنه تطلب في كل عملية تنازل على ملك عقاري أو ايجاره أو بيع وثيقة تثبت الوفاء بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية.

كما أنه بالنسبة لأصحاب الممتلكات التجارية أو الصناعية تطلب شهادة التأمين من الكوارث الطبيعية عند كل تصريح جبائي من طرف إدارة الضرائب أو أي إدارة أخرى أو هيئة<sup>3</sup>.

ففي كل الحالات، يُمكن المطالبة بشهادة التأمين من الكوارث الطبيعية من طرف كل من يهتم حماية الأملاك، وخاصة البنوك، الشركاء الإقتصاديين، الشركاء، المساهمين...، وهنا نتساءل: لماذا التعدي على مبدأ قانوني (الحرية التعاقدية)؟، وكان حريء بالمشروع الإكتفاء بترتيب الجزاءات السابق بيانها؛ كحرمان الشخص الذي لم يقم بهذا التأمين من الإستفادة من التعويضات؟! من

1- انظر المادة 13 من الأمر رقم 12/ 03.

2- انظر المادة 14 من الأمر رقم 12/ 03.

3- المادة 01/04 و 02 الأمر رقم 12 / 03.

## المطلب الثاني: التدخل في مضمون العقد

إن محاربة الشروط التعسفية لا سيما في عقود الإذعان حالة أخرى تُحوّل التدخل لتنظيمها، بهدف مراعاة مصالح الطرف الضعيف تعاقدياً؛ فيمنح للسلطة القضائية (الضوء الأخضر) للتدخل في إتفاقات الأطراف التعاقدية (الفرع الأول).

كما يقوم القاضي بتعديل العقد بموجب نص القانون كما في نظرية الميسرة، أو في مجال تكملة العقد أو حالة إنتقاصه أو تحوله، كما قيدت الإرادة في مجال تخفيض التعويض في الشرط الجزائي إذا أثبت المدين عند تنفيذ العقد أن التقدير كان مبالغاً فيه؛ أظف إلى ذلك ضرورة مراعاة مقتضيات تغير ظروف التعاقد في مجال نظرية الظروف الطارئة، وتتميز هذه الحالة بكون التفاوت بين الأداءات يكون وقت تنفيذ العقد لا وقت إبرامه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التدخل لأجل محاربة الشروط التعسفية

كان من نتائج التطورات القانونية أن تدخل المشرع في بعض المواضيع، وذلك حفاظاً على موازنة مصالح الأطراف المتنازعة فيراقب التوازن الموضوعي (الإقتصادي) للعقود (أولاً)، وكانت الحماية مقررّة للقاضي فيتمتع بسلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفي أم لا وله أن يُعدّله بما يزيل ويرفّع عنه ذلك، وله أن يُلغيه حدوده في ذلك ما تقتضيه قواعد العدالة (ثانياً).

### أولاً: محاربة الشروط التعسفية بوجه عام

إضافة إلى نظرية الغبن والإستغلال- والتي تمثّل حماية موضوعية يتمّ الحد من خلالها من الإختلال الفادح بين الإلتزامات المتقابلة؛ يُعدّ التدخل لأجل محاربة الشروط التعسفية صورة من صور التدخل.

#### 1- رقابة الشروط التعسفية

لقد كثرت الرقابة على إرادة المتعاقدين، حيث أصبح المشرع يعتني بالظروف التي تُبرّم فيها العقود والشروط التي تتضمنها، والآثار التي تترتب عليها - وفي هذا خروج عن الأصل، من أنه يحقّ للمتعاقدين أن يُضمّنوا عقودهم ما يشاؤون من الشروط، بشرط أن لا تكون مخالفة للنظام العام والأداب العامة- ، وتنقيد الإرادة عند تفسير الشروط التعسفية، وذلك بالرغم من إرتضاء الأطراف لها<sup>1</sup>.

---

1- يحاول المشرع التخفيف من الشروط التعسفية لاسيما في عقود الإذعان، فأجاز للقاضي بناء على طلب للطرف المذعن أن يُعدّل من هذه الشروط بما يرفّع عنه إحفافها، أو يُعفيه منها كلية. انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص117.

ذلك أن مُقتضى القواعد العامة للعدالة أن القوانين والقواعد سُنّت كي تمنع القوي من أن يُسخر قدرته لفعال ما يثاء، كما يقتضي الإعتداد بمصلحة الجماعة منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، بل ينبغي تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير<sup>1</sup>.

ما يقتضي تفسير الشروط التعسفية التي تتضمنها، ولو على حساب الإرادة؛ وبمعنى آخر فإنه تفسر هذه الشروط التعسفية ولو كان في هذا التفسير تقييداً للإرادة<sup>2</sup>، ويقتضي التعرض إلى مواجهة الشروط التعسفية، التعرض ولو بإجاز إلى تبيان مفهومها، ومعايير إعتبار الشرط تعسفياً، ثم التعرض إلى وسائل مكافحتها.

#### أ- الشرط التعسفي ومعايره

يعرف الشرط التعسفي بأنه: الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك نتيجة إساءة إستعمال نفوذه الاقتصادي، وبغرض الحصول على مزية مجحفة<sup>3</sup>، ولا يعتبر الشرط تعسفي إلا إذا توافر له عنصران؛ أولهما تعسف المهني في إستعمال نفوذه الاقتصادي (l'abus de la puissance économique)، والثاني حصوله بسبب ذلك على مزية مفرطة أو مجحفة (Avantage excessif) كما يتطلب أن يكون هناك تفاوت ظاهر<sup>4</sup>.

كما يُعرف في عقد الإذعان المبرم بين مهني ومستهلك على أنه: " كل شرط بالنظر للميزة القاصرة على المهني، يؤدي إلى عدم توازن في حقوق والتزامات الأطراف"<sup>5</sup>، ولم يُعرف المشرع الشروط التعسفية في القانون المدني، وأكتفى بالإشارة إلى أن حصول القبول في عقد الإذعان يتم بمجرد التسليم لشروط مُقررة، يضعها المُوجب، ولا يقبل مناقشتها<sup>6</sup>.

---

1- انظر أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص 240 ومابعدها.  
2- هذا ما دفع بالمشرع إلى مراقبة الشروط التعسفية وإلى مواجهتها وبالضرورة محاربتها والغائها، وهو ما يظهر في تطبيقات عدة. انظر المواد 70، 110، مدني.  
3- معنى تعسف في معجم اللغة العربية المعاصرة تعسف يتعسف، تعسفاً، فهو متعسف، وتعسف في الأمر ظلم وجرار واستبداد، كما تعني كلمة التعسف في اللغة الإستخدام السيئ.  
يعرف التعسف بأنه: " الإستخدام الفاحش لميزة قانونية"، ويختلط معنى التعسف بمعاني أخرى كالإجحاف والتجاوز... الخ ذلك. فالشروط التعسفية هي الشروط المحررة مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة تتمثل في "تسلط اقتصادي" على الطرف الأخر. انظر زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص 93 ومابعدها.  
4- من نص المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، وما جرى عليه الفقه الفرنسي. انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 119.

5- Voir (J)calais-Auloy, droit de la consommation, Dalloz, ed 1992, p134.

6- انظر المواد 70، 110، مدني، وتعرف المادة 03 من القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 23 جوان 2004، الجريدة الرسمية لسنة 2004، العدد 41، ص 03، المعدل والمتمم بالقانون 06/10 الشرط التعسفي بأنه: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد". وفي التشريع الفرنسي تعرفها المادة 35 من قانون 10-01-1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك: " تلك الشروط التي تفرض على غير المهنيين أو المستهلكين عن طريق التعسف في إستعمال السلطة الاقتصادية للطرف الأخر مانحة لهذا الأخير ميزة متجاوزة أو مفرطة".

## ب- معايير التعسف

للشرط التعسفي معياران أحدهما إقتصادي هو التعسف في النفوذ الإقتصادي، والآخر قانوني هو الميزة الفاحشة<sup>1</sup>، ويبدو هذا المعيار غامضا إلى حد ما، لأنه يثير مسألة الغبن، بالرغم من الفرق بينهما، فالغبن ينصب على الثمن، في حين أن التعسف ينصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد؛ إلا أن المصلحة النهائية هي دائما عدم التوازن بين الحقوق والإلتزامات<sup>2</sup>.

يعتد المشرع في تقديره بمعيار الميزة الفاحشة أي بالاختلال الظاهر، ومهما كان المعيار المُعتمَد فمتى أعتبر المشرع أن شرطا ما يعتبر تعسفيا، وجب على القاضي الحكم بذلك<sup>3</sup>، ولا يقصر المشرع مجال أعمال هاته الشروط على عقود الإذعان فقط بل يمدّه إلى كافة العقود<sup>4</sup>.

### 2- تقيد الإرادة عند محاربة التعسف

تتقيد الإرادة في مجال مُحاربة الشروط التعسفية التي قد يُضمِنها الطرف القوي في العقد، والتي لا يَجِدُ الطرف الضعيف بسبب حاجته الإقتصادية للمنتوج أو السلعة سبيلا آخر سِوَى القبول بهذه الشروط، بالرغم مما فيها من إجحاف في حقه، ومما لا شك فيه أن مقتضيات العدالة والإنصاف تُحْتَم على المشرع، ومن خلاله القاضي التدخل في حُرمة العقد والمساس به، بالرغم من أنه شريعة المتعاقدين، وأن أطرافه أقبلا عليه بِتَرَاضٍ سليم من العيوب، لاسيما الطرف الضعيف منهم.

---

1- معيار التعسف في النفوذ الإقتصادي: حيث يتم فرض الشرط بتعسف من صاحب السلطة الإقتصادية، والمقصود من ذلك هو تعسف في الموقف المستخدم في نطاق إبرام التصرفات القانونية، وهو ما يتيح لأحد الأطراف فرض شروطه على الطرف الأخر مستغلا ضعفه.

- معيار الميزة الفاحشة: تتمثل في المقابل المغالي فيه، والمفروض بواسطة هذا الشرط، وهذا المعيار نتيجة للمعيار الأول، فهو المصلحة لإستخدام النفوذ الإقتصادي بطريقة تعسفية. أنظر زبيري بن قويدر، المرجع السابق، صص 93-100.

4-Voir Ch-Larroumet, droit civil, les obligations, Op.cit.p

3- أورد المشرع شروطا إعتبرها تعسفية بموجب القانون 04-02، المعدل والمتمم بالقانون 06/10 في المادة 03 منه، وعددت المادة 29 منه شروطا أو بنودا وأعتبرتها تعسفية.

4- يظهر ذلك من نص المادة 30 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 06/10، التي تنص "... وكذا منع العمل في مختلف العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

إن الشخص يُعتبر سيئ النية إذا صدر عنه 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 يُقْمَ بذلك على الوجه السليم عُد سيئ النية<sup>1</sup>.

في هذا السياق هناك من يرى أن هذا المبدأ يُعدُّ قيدياً يردُّ على دور الإرادة في مرحلة تنفيذها للعقد، فتنقيد بواجب إحترام مقتضيات العدالة، ما يؤدي إلى نَبذِ التصرفات التي تحتوي على إستغلال أو إختلال في إلتزامات الأطراف<sup>2</sup>.

كما يبرزُ دور القاضي هنا كإستثناء يردُّ على سلطان الإرادة، إذ يستطيع مثلاً خفض سعر السلع إلى الحد الأدنى الذي يتقرر معه تحقيق التوازن، وذلك رغم إتفاق الأطراف على ثمن مُحدّد، وفي هذا قيد على حرية البيع والشراء، والتي تُعتبر قوام مبدأ سلطان الإرادة<sup>3</sup>.

فتحويل المشرع للقاضي سلطة تعديل التزامات أحد الطرفين أو الآخر إذا ما توافرت ظروف معينة، تجعل مثل هذا التعديل ضرورياً لتحقيق العدالة، بالرغم مما فيه من مساس بما للعقد من قوة ملزمة على النحو المتقدم؛ فيعمل المشرع على وضع نوعٍ من الحماية القانونية للطرف المدعن تظهر في قواعد التفسير، والتي تتمثل في منح أو تحويل القاضي سلطة تعديل العقد إذا كان قد تضمن شروطاً تعسفية تمس بمصالح الطرف المدعن.

يتم ذلك بتعديل هذه الشروط ذاتها من خلال رفع ما فيها من تعسف إذا كان ذلك ممكناً، وإما بإعفاء الطرف المدعن منها نهائياً وفقاً لما تقتضي به العدالة، ولكن بالرغم من ذلك فيتم التدخل فيه، وهو النهج الذي يتبعه المشرع حيث يُجيزُ للقاضي التدخل لإبطال الشروط المجحفة في العقد أو إعفاء المتعاقد من تنفيذه، مثل ما جاء في المادة 110 مدني<sup>4</sup>.

---

1- انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97-98.

2- انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 94.

3- " فالعقد شريعة المتعاقدين ولكن بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد فمن الظلم القول بأنه شريعتهم، و يقوم مبدأ حرية التعاقد كأصل على حرية أطراف العقد في التفاوض توخياً لما يصيب مصالحهما، بالإضافة إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يرمي إلى تقرير حرمة العقد.

بيد أن المبدأ يعاني اليوم بظهور هذه الطائفة من العقود من إعتداءات تنخر في صلبه وتحد من تطبيقه، أدت إلى الحد من دور الإرادة". انظر أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص 240.

4- إلا أنه في هذا الجراء ما يخدم مصلحة الطرف القوي، وبالتالي تنتفي الغاية من وجود أحكام النظام العام الاجتماعي؛ لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي إبقاء العقد لا إبطاله، مع إبطال الشرط التعسفي.

إن التفكير لم يتوقف عند حد إزالة الشروط التعسفية بل إمتد إلى تنظيم العلاقة التعاقدية تنظيمًا يُرجى منه تجنّب العلاقة من كل تعسف، ويظهر ذلك من خلال فرض المشرع لنماذج العقود، أو من طريق التفاوض الجماعي بين جمعيات المستهلكين والمهنيين<sup>1</sup>.

فبغرض إعادة التوازن لعقد الإستهلاك الذي تُخلُّ الشروط التعسفية بتوازنه، إنصرف التفكير إلى محاولة التحديد المُسبق لمضمون بعض العقود من طرف المشرع، وذلك من خلال العقود النموذجية أو نماذج العقود.

هنا يمكن القول أنه في هذه الطريقة يتم إستبدال إرادة المستهلك بإرادة تشريعية، ويبرز ذلك على أساس أنها لصالح المستهلك حيث توجد شروط تعسفية لا تظهر بمجرد المعاينة الأولية، وهذا ما يظهر من نص المادة 30 من القانون 02-04 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 التي تنص على أنه: بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم<sup>2</sup>.

كما قد يتم التحديد المسبق لمضمون بعض العقود حماية لفئة المستهلكين من خلال التفاوض، الذي ينتهي باتفاق جماعي على طريقة الإتفاقيات الجماعية للعمل، وتتنوع صور الرقابة، فهناك أسلوب تشريعي يتلخص في سن قائمة تحدد الشروط التعسفية، وهناك أسلوب إداري أو تنظيمي، يتزك للسلطة الإدارية أو التنظيمية تقدير الشروط؛ وأسلوب قضائي يُترك فيه للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي قبل إبطاله<sup>3</sup>.

فتمثل التشريعات على رقابة هذه الشروط من خلال وضع قوائم، فيضع التشريع الألماني قوائم تعرف بالقوائم "البيضاء والسوداء"، أما في فرنسا فقد إقترحت لجنة تقوية قانون الإستهلاك إعادة صياغة الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية، وأقترحت قائمتين، القائمة السوداء، وتحتوي على الشروط التعسفية التي تُعتبر ملغية، وقائمة أخرى رمادية، تتشكل من مجموعة من الشروط التي تتضمن قرينة التعسف.

---

1- انظر أحمد عيد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص243.  
2- هنا يبرز بجلاء تقيد الإدارة، وتجدر الإشارة كذلك إلى تنظيم المشرع لعلاقة الإيجار من خلال أحكام القانون المدني بالنسبة لإيجار الخواص، ومن خلال المرسوم رقم 76-137 المؤرخ في 23/10/1976، الجريدة الرسمية رقم 12 بتاريخ 09/02/1977 ص250. وملحق هذا المرسوم الذي يتضمن عقد إيجار نموذجي الجريدة نفسها ص 254 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن، وتابعت لمكاتب الترقية العقارية.  
3- انظر المادتين 110 و112 مدني.

-Voir François terré, Philippe simler, yaves lequette ,droit civil ,les obligations ,6ed ,Daloz ,1996 ,p154 et ss.

يُمْكِنُ للمهني أن يُثَبِّت عكسها، وقد إنتقد البعض هذا التصنيف حيث يرون أن نظام القوائم الرمادية هو وحده الذي يُظهِرُ الإنسجام، لأن كل شرط له قرينة التعسف<sup>1</sup>؛ كما يُمنَح للمهني إمكانية إثبات العكس، بإثبات وجود توازن عقدي، وأكتفى المشرع الفرنسي مؤخراً بموجب قانون فبراير 1995 في مُلَحِّقِه، بإضافة قائمة بيانية غير حصرية لشروط يمكن إعتبارها تعسفية، وهي القائمة المُستوحاة من التعليمات الأوروبية لعام 1993<sup>2</sup>.

الذي يعنينا في هذا الصدد هو موقف المشرع الجزائري، حيث تجدر الإشارة إلى المادة 622 مدني، والتي نصت على بطلان طائفة من الشروط التي تُرد في وثيقة التأمين، كما أُورد في المادة 29 من القانون 02/04 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/06 شروطاً على سبيل المثال إعتبرها تعسفية، ووسع المجال بموجب المادة 30 أمام التنظيم ليمنع الشروط التعسفية<sup>3</sup>.

كما إستحدث المشرع لجنة البنود التعسفية<sup>4</sup>، حيث حددت المادة 05 منه البنود التي تُعَبَّرُ تعسفية، ونصت المادة 06 منه إستحداث لجنة البنود التعسفية، وتتشأ هذه اللجنة لدى الوزير المكلف بالتجارة وتحت رئاسته، ومن بين المهام التي تكلف بها هذه اللجنة: البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية... الخ ذلك<sup>5</sup>.

---

1- الذي يُعَدُّ سَبَاقاً في هذا الميدان، وذلك بموجب قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة. انظر المواد 04 و05 منه.

- Voir François terré, Philippe simler, yaves lequette, Op.Cit,p308.2

3- أما فيما يتعلق بالرقابة التنظيمية والإدارية فيُقرُّ النظام التشريعي الفرنسي بإعطاء السلطة التنفيذية حق إصدار مراسيم تحدد أو تنظم الشروط التعسفية؛ ولكن بعد مصادقة مجلس الدولة، وتضم لجنة الشروط التعسفية 13 عضواً.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي غداة إصداره لقانون 1978/01/10 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك حاول من خلال إستحداث لجنة الشروط التعسفية التوفيق بين متناقضين هما: من جهة المعارضة الشديدة من المهنيين الراضين لإعطاء القضاء سلطة تقدير الشرط التعسفي. ومن جهة أخرى ضرورة حماية المستهلك كطرف ضعيف تعاقدياً. انظر زبيري بن قويدر، المرجع السابق، ص109.

4- بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10. يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. الجريدة الرسمية العدد 56 المؤرخة في 2006/09/11.

5- انظر المادة 07 من هذا المرسوم، ونظمت المادة 08 منه تكوين هاته اللجنة.

## ثانياً: مجابهة التعسف في عقود الإذعان

إن التسليم بالقوة الإلزامية للعقد لا يُؤخذ بعين الاعتبار في بعض العقود، فبغرض تحقيق العدل والتوازن بين المتعاقدين زاد تدخل المشرع، حيث صار وكأنه يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد، بما يفرضه من إلتزامات على المتعاقدين<sup>1</sup>.

### 1- الحاجة دافع التعاقد

نتيجة للأوضاع التي أفرزتها الثورة الصناعية، وبسبب ظهور المشروعات الكبرى في مجالات متعددة - حيث التمتع بالنفوذ الاقتصادي الهائل، والهيمنة على الإحتياجات الأساسية للأفراد في ظل مناخ إحتكاري - ظهرت المؤسسات الكبيرة التي تقوم على تقديم السلع والخدمات الضرورية.

صاحب ذلك ظهور نوع من العقود يُسمى بعقود الإذعان، حيث تلجأ هذه الأخيرة تسهيلاً للتعامل معها إلى إعداد عقود نموذجية لتطبيقها على جميع المتعاملين، والذي لا يكون لهم في أغلب الأحوال سيوى قبولها سلفاً برمتها، أو رفضها دون أن يكون لهم حق مناقشتها<sup>2</sup>.

تُعرف هذه العقود بعقود الإذعان لأن أحد الأطراف يُدعِن للشروط التي يُملئها عليه المتعاقد الآخر، إذعائاً اقتضى تدخل المشرع بنصوص خاصة لحمايته<sup>3</sup>، وتُعكس هذه التسمية (الإذعان) بجلاء الإضطراب للقبول، الذي هو سمة هذا النوع من العقود، والتي تُعتبر كنعقوض لعقود المساومة، التي تكون نتيجة للرضا والإختيار، وتُعبّر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لا الإرادة الفردية لأحدهما<sup>4</sup>.

فِيخْتَلُ التوازن هنا نظراً لما يَحْتَلُهُ أحد الأطراف من مركز إقتصادي وقوة، يستطيع بها فرض شروطه على الطرف الآخر<sup>5</sup>.

1- Georges Vermelle, Droit civil, les contrats spéciaux, 2e édition, Dalloz, 1998, p5-6.

2- " تتميز هذه العقود بإنعدام التوازن الإقتصادي بين مركزي المتعاقدين، فسبب نشأة هذه العقود يرجع إلى قيام قوى إقتصادية تتحكم في السلع والخدمات لاسيما الضرورية منها". انظر أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص243.

3- " يزداد الأمر شدة في عقود الإذعان إذ يبدوا هذا الاعتداء وذلك الانتقاص بدرجة أكبر، ويظهر ذلك جلياً في هذا النوع من العقود من خلال إحتكار بعض الهيئات والأشخاص لخدمات وسلع ضرورية يكون البقية في حاجة إليها. وتجد هذه الحماية مكانها خصوصاً في تفسير العقد وفي مجال تنفيذه". انظر عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، دكتوراه، القاهرة، 1946.

وقد يتحقق التفاوت وعدم التكافؤ بين المتعاقدين من حيث الدراية والخبرة، وهو ما يعرف بالضعف المعرفي أو الناشئ عن الجهل، ويظهر عندما يفتقر أحد العاقدين إلى المعرفة الفنية والقانونية اللازمة لفهم العملية التي يتعلق بها العقد، والإحاطة بتفاصيلها على نحو دقيق، وتمثل هذه الأفكار الإطار العام لنظرية عقود الإذعان وعقود الإستهلاك في بداية الأمر. انظر مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص71.

4- إن الشروط المقررة في عقود الإذعان (Contrat d'adhésion) موضوعة مسبقاً من أحد المتعاقدين الذي ينفرد بوضع بنوده، ولا يملك المتعاقد الآخر مساومتها أو مناقشتها، أو على الأقل مناقشة الشروط الرئيسية، بحيث لا يكون له إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها. انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص53.

5- المادة 70 مدني: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ".

هنا يُطرح التساؤل عن المقصود بالسلعة الضرورية؟ فالיום هناك أمور عُدت من الكماليات أو حتى أقل من الكماليات، ولكن ظروف الواقع جعلت المجتمع لا يستطيع الإستغناء عنها، كخدمات الانترنت مثلا، فالمعطيات التي تَحْمِلُهَا مُستجَدَات العصر تُحْتِمُ مراجعة وضبط بعض المفاهيم<sup>1</sup>، وإذا كانت فكرة الإذعان تُبْنَى عن حالة من الضعف تُعْتَرِي العاقد، فما هي حدود هذه الفكرة، ومعالم الضعف التي تشير إليها؟ وما مدى ملائمة الحلول التي تَقَرَّرت لمواجهة هذا الضعف، وإعادة التوازن العقدي؟.

## 2- تقييد الإرادة في هذه العقود

الوضع العادي في إنعقاد العقد أن تَسِيقُهُ مفاوضات يتناقش فيها الطرفان حول شروطه وأحكامه، إلا أنه يَحْدُثُ وأن ينفرد الطرف القوي من الناحية الإقتصادية بفرض إرادته على الآخر، فَيَعْرَضُ عليه شروطا يَتَعَيَّنُ عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة.

فيكون الإيجاب في هذه العقود عن طريق عرض السلعة أو الخدمة على جمهور المستهلكين، وهو عَرَضٌ بات ودائم، يَعْلَمُ به الكافة، وبشروطه الموضوعية مُقَدَّمًا، وتكون في شكل نماذج تُعْتَمَد من قِبَل جميع الأطراف (Contrats types ou pré-rédigés).

أما القبول في مثل هذه العقود فإنه يقتصر على مُجَرِّدِ التسليم بالشروط المقررة التي وضعها الموجب، ولا يَقْبَلُ المناقشة فيها، فلا يستطيع مُحْتَكِرِ الخدمة أو السلعة (احتكارا قانونيا أو فعليا) التَحُلُّلُ من العقد بِرَفْضِ التعاقد مع شخص قابلا لهذه للشروط، وإلا قامت مسؤوليته العقدية<sup>2</sup>.

إنه ورغم مخاطر مثل هذه العقود- لكونها إنتقاصا واضحا من حرية المتعاقد في التفاوض، ومناقشة بنود وشروط العقد المرجو- فقد اعتبرها المشرع عقودا<sup>3</sup>، وأن التفاوت في مركز الطرفين هو تفاوت إقتصادي لا قانوني، لا أثر له في قيام التراضي ووجود العقد، الذي يخضع للقواعد العامة التي تنظم بقية العقود<sup>4</sup>.

1- انظر قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص01.

2- انظر محمد حسين عبد العال، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص750 وما يليها.

3- انظر لعشبة محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص152 وما بعدها.

4- تشكل النصوص المتعلقة بالمزايدات والمناقصات إعتداء على قواعد القبول والإيجاب، إذ تمثل انتقاصا من حرية المتعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه. انظر علي فيلالي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص73. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص26. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص123 وما يليها. وبلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص93.

فمع الجدل الكبير القائم حول طبيعة هذه العقود، إلا أن غالبية الفقه لم يُسلم باعتبارها مَرَكزًا قانونيًا مُنظَّمًا، ويرون أنها عقود بالمعنى القانوني، تتم بتوافق إرادتين، إحداها ضعيفة بالنسبة للأخرى، ضَعْفًا لا يَبْلُغُ مرتبة العيب<sup>1</sup>.

إن النتيجة 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<sup>2</sup>.

حتى أن هُنَاكَ شَكًّا في مدى توافر هذا الجانب أيضا، إذ أن الإحتياج إلى السلعة يدفع إلى القبول (مجرد إذعان لما يُملِيهِ المُوجب)، ولا نعني بهذا أن القبول في هذه الحالة لا يُعَدُّ رضا، ولكن نُريدُ أن نُقرر أن العقد لم يَصُدَّرْ بعد مناقشة و مفاوضة<sup>3</sup>.

فكلما تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية، وانعدم التفاوض بين الطرفين نجد فكرة الإذعان، وإن صلحت لإعتبار الطرف المذعن ضعيفا وجديرا بالحماية، فإن هذه الفكرة وإن تحققت في كثير من العقود التي يُبرمها المستهلك فإنها لا تستوعب كل عقود الإستهلاك، إذ يصعب القول أن المستهلك يُبرم عقوده في جميع الأحوال إذعاننا للطرف الآخر، وعلى إثر انتشار هذه العقود تحولت الفكرة من اقتصادية في الأصل إلى قانونية.

يرى الأستاذ Ripert أن المعيار الاقتصادي لوحده غير كاف لتحديد فكرة الإذعان، لأنه أمر قائم في كل زمان ومكان، وملاحظته لن تكشف في النهاية إلا عن فوارق في الدرجة<sup>4</sup>.

---

1- " هذا ما يؤدي بالبعض إلى التردد في وصفها بأنها عقد، ويمكن القول أنها في حقيقتها مراكز قانونية مفروضة على طرفيها أو على أحدهما تحقيقًا لمصلحة عامة... وإن كان أغلب الفقه يرى أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين". انظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 66-67.

تمتاز عقود الإذعان بالخصائص التالية:

- أنها شروط مقررة: تتقرر 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. انظر علي فيلال، المرجع السابق، ص 60.

2- "يظهر أن المشرع إختار 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 فيلال، المرجع السابق، ص 60-61.

3- " فيزداد الأمر شدة في هذه العقود، إذ يبدو الإعتداء على قواعد القبول والإيجاب بدرجة أكبر، ويكون القبول في هذه الحالة أقرب إلى التسليم". انظر أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع نفسه، ص 243.

4- فالعقد يتم في سائر الأحوال تحت تأثير حاجات معينة تمارس ضغوطها على طرفيه بدرجات متفاوتة، ولا تدع أمامها ذات القدر من الحرية في مناقشتها، وليس من شأن القانون كما يؤكد الأستاذ "ريبير" قياس قوة الإرادة بدقة. انظر محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 12-78 إشارة إلى:

Ripert (G) la règle morale dans les obligations civiles, 4<sup>éd</sup>, LGDJ, 1949, n 57, p 77.

فهناك عنصر قانوني بالإضافة إلى العنصر الاقتصادي، فلا يمكن فصلهما، لأن العنصر القانوني يَرتدُّ إلى التفاوت الاقتصادي بين الطرفين، كما يَرتدُّ كذلك لدرجة هذا النفوذ، وتبقى الحماية التي توفرها نظرية عقود الإذعان ناقصة أو جزئية، لأنها لا تعتد به إلا بوصفه طرفاً ضعيفاً من الناحية الاقتصادية فحسب، ولا تقيم وزناً واعتباراً للضعف الناشئ عن جهله أو عدم خبرته، باعتباره مستهلكاً في ذات الوقت؛ كما أنها تُعنى بمرحلة التنفيذ فقط، مع أن مرحلة التكوين هي التي يظهر فيها أثر الجهل وعدم الخبرة، ما أدى إلى بروز الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد مع كونه إلتزاماً عاماً لا يقتصر على عقد الإذعان فقط<sup>1</sup>.

تعتبر من قبيل عقود الإذعان عقود النقل 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 حفاظاً على موازنة مصالح الأطراف المتنازعة، وحتى لا يَطغى طرف على طرف، نتيجةً لعدم التكافؤ في المقدرة التفاوضية<sup>2</sup>.

فُتحت هذه الظروف والمعطيات الجديدة على المشرع ضرورة إعادة التوازن لصور جديدة من الإختلال التعاقدى، على الرغم من أن عدم المساواة الفعلية بين الطرفين ليست فكرة جديدة؛ إلا أنها أصبحت تتخذ صوراً ومظاهر جديدة<sup>3</sup>، ولعل من أهم هذه الصور محاربة الشروط التعسفية التي يضعها الطرف القوي في العقد، والتي لا يمكن للطرف الضعيف إلا أن يُذعن لها بسبب حاجته لها. فإذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي وفقاً للمادة 110 مدني التدخل قصد التوفيق بين مصالح الأطراف المعنية، ورفع الشدة عن الطرف المذعن، وذلك بتعديل أو إلغاء بعض هذه الشروط بما يتفق مع العدالة والقانون، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك<sup>4</sup>.

---

1- انظر محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية، المرجع السابق، ص 88.  
2- حاصل ذلك أن الأفراد كاملي الأهلية يملكون أقصى درجات الحرية في التعاقد، وعقودهم عندما تبرم بحرية واختيار تكون مقدسة، وعلى القاضي إحترامها و تنفيذها، وقد سادت هذه المبادئ حتى القرن 19 م. انظر أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص 243.  
3- انظر أحمد سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 79-80.  
4- تسمى الشروط التعسفية في هذه العقود "بشروط الأسد" (Clauses abusives ou Léonines). انظر بلحاج العربى، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 55.

من جهة أخرى وللتخفيف من صرامة القوة الملزمة للعقد، ولإنصاف الطرف المذعن فإن تفسير العبارات الغامضة أو المبهمة في عقود الإذعان، يجب أن يكون لمصلحة الطرف الضعيف مطلقاً، سواء كان دائناً أم مدنياً، وهذا مضمون نص المادة 02/112 مدني<sup>1</sup>.

إن عقود الإذعان المنظمة في القوانين الوضعية بأوصافها وخصائصها، يُماثلها في الفقه الإسلامي مسائل بيع المضطر والإحتكار، فإذا انطوى العقد على ظلمٍ أو إجحافٍ، بأن تضمن العقد شروطاً تعسفية أو جائرة ضارة، أو كان الثمن غير عادل...، جاز للحاكم (أي الدولة) التدخل لحماية الأطراف الضعيفة، لاسيما من خلال التسعير الجبري العادل، بما يحقق العدل بين طرفيه<sup>2</sup>. إن فقهاء الإسلام يُباركون عقود المساومة، لما فيها من نقاش وتشاور وحوار على قدم المساواة، حول مضمون العقد وشروطه وبنوده؛ فيقوم العقد على والوضوح والتفاهم بإجماع الإرادتين<sup>3</sup>. فإذا كانت مراكز الأطراف متساوية أو متكافئة، قد يتحقق التوازن التعاقدى المأمول، بما يُشجّع كل متعاقد على تنفيذ إلتزاماته، وعلى كل حال، فإن الطرف المذعن هو المُضطرُّ إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مُفروض، لحاجته للخدمة أو السلعة محل التعاقد، فتتعدم إرادة المتعاقد في التفاوض والمناقشة بشأن العقد المُراد إبرامه.

هذا الضرب من الإكراه الذي يفرضه الطرف الأقوى ليس هو المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه مُتصلٌ بعوامل إقتصادية أكثر منه أتصاليا بعوامل قانونية أو نفسية، وعلى هذا الأساس رفضت المحاكم في أوروبا إعتبار العقود النموذجية أو النمطية تصرفات شبه لائحية، أيا كان واضح هذه العقود، كما أنها تقوم بإلغاء الشروط التعسفية التي تحتويها عقود الإذعان، من خلال مراقبة كيفية إبرام العقد، وكذا مراقبة طريقة تنفيذه<sup>4</sup>.

---

1- يجب في عقود الإذعان حماية الطرف الضعيف الذي لا يشارك في وضع الشروط التي يتضمنها العقد، بما تفرضه المصلحة العامة، من قيام الأطراف بواجباتها التعاقدية. انظر لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص152 ومايليها.

2- انظر السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص77.

3- "كانت العرب تطلق عبارة المفاوضة على المفاوضات التي كان يجريها الرسول(ص)، في بداية إنطلاق الدعوة الإسلامية مع مُشركي مكة؛ وخاصة التفاوض في صلح الحديبية المعروف.

وقد إتجه الفقه الإسلامي المعاصر في مجموعة إلى جواز التسعير الجبري، بأن يتدخل ولي الأمر أو القاضي لتحديد أسعار السلع أو الخدمة أو العمل جبرا على أصحابها، لرفع الضرر الذي يصيب جمهور الناس، وذلك بعد الرجوع إلى أهل الخبرة في معرفة أحوال السوق والنظر إلى تكلفة السلعة، وتحديد هامش الربح الشرعي، وذلك للحيلة دون الإحتكار المهني عنه شرعا والذي يجب القضاء عليه". انظر بلحاج العربي، الأركان الشرعية لقيام عقد البيع في الفقه الإسلامي، المجلة الجزائرية، 1998، العدد2، ص111 و112.

4- انظر بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص56 إشارة إلى:

- Léauté (J), Les contrats- types, RTD.civ, 1953, p429 et s.

إن تدخل الدولة المعاصرة، في وضع السعر الإلزامي، ومراقبة القواعد الأساسية والشروط في عقود النقل، والتأمين، والإيجار، والعمل، وخاصة في مجالات حماية المستهلك، سواء في الإقتصاد الحر أو الإقتصاد الموجه، أدى إلى ظهور العقود الموجهة (Contrats dirigés)<sup>1</sup>، وبذلك أضحى من المُتَعَيِّن في بعض الأطراف وفق شروط موضوعة مُسبقا، لتحقيق المصلحة العامة (في حماية المستهلك)، فامتدت دائرة النظام العام الإقتصادي إلى درجة ملموسة.

ففي هذه العقود الموجهة، لا يلعب الرضا دورا حاسما في مناقشة شروطها، فيطبق طرفيه نظاما رسميا (Statut officiel) مفروضا عليهم، بمقتضى سلطات الدولة للتدخل في العلاقات القانونية<sup>2</sup>، وذلك لحماية الطرف الضعيف، وإبطال الشروط التعسفية (كتنظيم شروط عقد العمل الفردي بقصد حماية الطبقة العاملة، وإبطال شرط عدم المسؤولية في عقود النقل، وتنظيم عقود التأمين وعقود البيع التي تحدد الدولة فيها السعر الإلزامي لبعض السلع والخدمات...).

لأجل ذلك أيضا تتدخل الدولة في تكوين العقد بإشراكها مع إرادة الطرفين، فهي تَحُلُّ ولو جزئيا محل إرادتهما، ويأتي تدخلها كطرف ثالث حيث تشترط إنها لإمكان إبرام التصرف، وبهذا لم يبقى هذا التصرف خاصا، حيث فقد طابعه الخاص وصار عقدا عاما.

يُسمَى العقد في هذه الحالة بالعقد المأذون (contrat autorisé)، وقد يُستغنى عن فكرة العقد بصيغة جديدة هي العقد الواقعي أو الفعلي (contrat de fait) أو مايسمى كذلك بالعلاقة القانونية (relation contractuelle)، وذلك حين يُطيل المشرع أمد العقد بعد إنتهاء المدة المحددة له في الاتفاق؛ إن أكثر ما يتدخل المشرع في تحديد مضمون العقود في عقد العمل، وعقد التأمين...، وذلك بنصوص قانونية أو تنظيمية، دون نظر إلى إرادة الطرفين<sup>3</sup>.

---

1-Voir Ghestin (J), le contrat,op.cit,p.

Et Terré (F), Simlier (ph) et lequette (Y) Les Obligations,op.cit.p196.

2 - انظر بلحاج العربي،المرجع السابق،ص 57 إشارة إلى:

Sauphaur (N), L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, Thèse, paris1, 2000, p 250 et s.

3- " مثال ذلك بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد إنتهاء المدة المحددة للإيجار، حيث لا يعد بقاءه بعد إنقضاء المدة عقدا بالمعنى التقليدي بل عقدا فعليا.

ومثاله كذلك العقد الواقعي في الشركة الواقعية أو الفعلية "société de fait" حيث تخلف الشكل أو إجراءات الشهر حَمَل بعض التشريعات القول بالشركة الفعلية، فالبرغم من تخلف بعض عناصر العقد، فتترتب عليه آثار معينة لا يجوز تجاهلها. كما نجد فكرة العقد الفعلي في علاقة العمل التي لا تستند إلى عقد، أو تستند إلى عقد باطل وتترتب عليه آثار ولو على سبيل الإستثناء؛ فالنظام القانوني ينظم هنا مراكز تعاقدية كان القياس يقتضي تجاهلها بسبب نقص عناصر أساسية فيها. انظر عبد الحي حجازي،المرجع السابق،ص279.

## الفرع الثاني: القاضي و ضبط الإرادة التعاقدية

للقاضي صلاحية وضع القيود على ماتم الإتفاق عليه من قِبَل المتعاقدين، وذلك من خلال الأخذ بالتفسير المرن للنصوص القانونية، وتطويعها بما يتوافق مع الواقع، كما تنقيد الإرادة في مجال تخفيض التعويض في الشرط الجزائي، إذا أثبت المدين عند تنفيذ العقد أن التقدير كان مُبالغًا فيه (أولاً)؛ الأمر نفسه في مجال نظرية الظروف الطارئة حيث يجوز للقاضي التدخل لأجل رَدِ الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول (ثانياً).

### أولاً: للقاضي صلاحية وضع القيود على ماتم الإتفاق عليه

يقوم القاضي بتعديل العقد بموجب نص القانون كما في نظرية الميسرة، أو في مجال تكملة العقد، أو حالة إنتقاصه أو تحوله، والخطورة أن يقوم القاضي بإيجاد واستحداث قاعدة مُنظمة للعقد بمناسبة تأويل العقد، عندما يَخْتَبِئُ وراء النية المشتركة، وفي الحقيقة هو يقوم بإحلال إرادته محل إرادة المتعاقدين<sup>1</sup>.

### 1- القاضي ومراجعة الشرط الجزائي

الأصل أن التعويض من إختصاص القاضي، فهو الذي يُقَدِّره، إلا أنه قد يتفق المتعاقدان -ضمن شروط العقد الأصلي، أو قد يُدرَج في اتفاق لاحق- على مَبْلَغٍ معين كتعويض<sup>2</sup>، ويستحق هذا المبلغ إذا لم يَقُمْ المدين بتنفيذ ما عليه أو تأخر في ذلك، ويُصطَلح على هذا الأمر بالتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي؛ وقد أشار إلى ذلك المشرع في المادة 183 مدني<sup>3</sup>. فيجوز لقاضي الموضوع أن يُخَفِّض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن، وذلك إذا كان المدين قد نَفَذَ بعض التعهدات التي التزم بها، وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر، كما يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مُبالغًا فيه، أي إذا ظهر له أن التعويض المتفق عليه يفوق الضرر الذي حصل<sup>4</sup>.

1- انظر محمد شليح، سلطان، المرجع السابق، ص293.

2- انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص88.

3- تنص على أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد من 176 الى 181 مدني.

4- في هذا الصدد تنص المادة 184 مدني في فقرتها 02 على: " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مُفرطاً، أو أن الإلتزام الأصلي قد نُفِذَ في جزء منه ".

في هذا الإطار يمكن القول أن للشرط الجزائي وظيفة تعويضية إذا كانت قيمته مساوية للضرر الذي وقع، وقد تكون له وظيفة جزائية إذا كانت قيمته تفوق حجم الضرر. انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص181.

هنا نلمس مظهرا من مظاهر تقييد الإرادة في مجال تخفيض التعويض في الشرط الجزائي إذا أثبت المدين عند تنفيذ العقد أن التقدير كان مُبالغا فيه<sup>1</sup>، فالاصل أن تتم المراجعة من طرف المتعاقدين لا القاضي.

كما يقيد القانون كذلك من سلطان الإرادة عند سماحه للمدين بالإقتصار على دفع تعويض نقدي، إذا ما تبين أن في التنفيذ العيني إرهاقا له، ولا يلحق بالدائن ضررا جسيما من ذلك<sup>2</sup>، إذ يُمكنُ وفقا للمادة 184 مدني استبعاد وإسقاط التعويض المحدد في الإتفاق، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر؛ أما عن زيادة القاضي لمقدار التعويض فقد أشار المشرع في المادة 185 مدني لذلك، وأشترط أن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. فاهتمام المشرع بالشروط الجزائية الواردة في العقد جاء لإصلاح ما أفسدته الحرية العقدية، وعلى هذا الأساس يبقى الشرط الجزائي يحتفظ بطابعه الإتفاقي، فهو نتاج الارادة المشتركة للمتعاقدين، ما لم يؤدي بطبيعة الحال إلى اختلال التوازن، فيتدخل القاضي حينئذ وفق نطاق معين، دون أن يكون مطلوبا منه مساواة التخفيض للضرر الحاصل، ويبقى تدخل القاضي في هذه العلاقة بطلب من أحد العاقدين، فلا يمكن له التدخل من تلقاء نفسه، عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد<sup>3</sup>.

إن في هذه الأحوال مظاهر وتطبيقات تعدى القاضي والمساس بالإرادة، ويتبين ذلك من تدخله في إرادة الأطراف الحرة، والتعدي على (حُرمة) الإتفاق، وإن كان يُبرر ذلك على أنه في صالح ومصلحة المتعاقد الضعيف، فالشرط الجزائي يبقى صورة حقيقية لممارسة الحرية التعاقدية، لأنه يعتبر شرطا ضامنا لتنفيذ العقد (وسيلة ضغط لأجل إتمام وتنفيذ العقد)<sup>4</sup>.

---

1- يُجيزُ القانون للقاضي أن يُعدلَ من شروط العقد، وأن يُعفيَ الطرف المذعن من الشروط التعسفية، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة؛ وله كذلك صلاحية وضع القيود على ماتم الإتفاق عليه من قبل المتعاقدين، وذلك من خلال الأخذ بالتفسير المرن للنصوص القانونية وتطويعها بما يتوافق مع الواقع. انظر أحمد عيسى، المرجع السابق، ص52. ومحمد وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص112.

2- انظر أحمد عيسى، المرجع نفسه، ص56-57.

3- انظر نجاري عبد الله، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، ماجستير، الجزائر، 1983، ص185-188.

4- هذا هو جوهر ولبُّ هذه الرسالة فليس البحث في مبررات ودوافع التدخل والحد من دور الإرادة بقدر البحث في تأثير هذه التدخلات ومساسها بسمو ودور الإرادة، ولا يعنى ذلك للتوضيح من زاوية أخرى رفض العدالة العقدية أو المساواة الفعلية، وإنما مسار الدراسة وطبيعة الطرح والمعالجة تحتم تتبع مواطن ومظاهر الإنتقاص من مكانة الإرادة.

مع ذلك ومن زاوية أخرى هناك من يرى أن تخويل القاضي صلاحية تعديل العقد هو لتجنب عدم العدالة، حيث أن السعي إلى تحقيق العدالة والأمن التعاقدية -على الرغم من أنها عدالة لاحقة على تكوين العقد- تعد أفضل من عدم العدالة المحققة وقت إبرام العقد؛ وهنا يمكن القول أن المشرع يقوم بدور المراقب للمضمون العقدي تحت ستار إعادة التوازن. انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص168-179.

## 2- سلطة القاضي في منح المدين أجل للتنفيذ

الأصل أن يتحدد تاريخ ووقت الوفاء إما بالإتفاق أو بموجب القانون في بعض الأحوال، إلا أنه إستثناء يقوم القاضي بهذا، إذ يجوز له كما سبق بيانه أن يُنصِرَ المدين إلى أجلٍ معقول، فيمنحه أجلاً بقي فيه بدينه.

تُعرف هذه المسألة بنظرية الميسرة، فكلما إستدعت حالة المدين ذلك، ولم يلحق الدائن من تأجيل حقه ضرر جسيم، جاز للقاضي منحه أجلاً إضافياً لسداد دينه، ويقتضي أعمال أحكام (نظرية) الميسرة توافر شروط تتمثل في:

أ- أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك بأن يكون حسن النية، وهذا ضابطٌ ومِعيارٌ عام؛ ومثال ذلك كمن يكون له مال عقار أو منقول وتعذر عليه بيعه في الحين، فيمنح له أجل للوفاء، إلى حين التصرف في أمواله<sup>1</sup>.

ب- شرط ثانٍ مهم وواقعي وهو أن لا يلحق بالدائن من جراء منح المدين أجل وفقاً لنظرية الميسرة ضرر (جسيم)، ويُطرح التساؤل هنا عن معيار تقدير جسامته هذا الضرر؟.

ج- الشرط الثالث هو عدم وجود مانع قانوني لمنح هذه المهلة، كما هو الحال في قواعد وأحكام القانون التجاري، حيث يُعدُّ توقف التاجر عن دفع ديونه سبباً لشهر إفلاسه.

د- أن يُراعى القاضي في منحه المدين أجل، ضرورة منح أجلاً معقولة للوفاء بالدين، وهذا الشرط يقتضيه المنطق قبل القانون، ففي منح المدين آجالاً طويلة تُحوّل من مُراعاة ظروف المدين إلى الإضرار بالدائن<sup>2</sup>.

---

1- انظر وفتي علي المقابلة، المرجع السابق، ص127، ويرى أنه لا يجوز للمدين لكي يستفيد من نظرية الميسرة أن يكون معسراً، لأنه لا جدوى من منحها بل يجب أن يكون عنده مال ما يكفي للوفاء ولكن ليس في مقدوره مؤقتاً أن يتصرف فيه. والظاهر أن هذا الطرح في غير محله فالأصل أن المدين في حالة إعسار لا يستطيع الوفاء بما عليه، ويطلب منح أجل للوفاء بغض النظر عن المعطيات والوقائع الجانبية.

2- انظر وفتي علي المقابلة، المرجع نفسه، ص128، وفي الفقه الإسلامي تطبيق لنظرية الميسرة في قوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ الآية 280 سورة البقرة.

يتم هذا التأجيل إما بتحديد وقت معين للوفاء في المستقبل أو يكون وقت الوفاء هو الوقت الذي تزول عنده أسباب وقف التنفيذ، وللقاضي سلطة تقديرية في أن يمنح المدين مهلة للوفاء، وهذه السلطة ليست مطلقة وإنما يمارسها بموجب شروط معينة، ويترتب كآثر عن المهلة القضائية أن الدين يظل مستحق الأداء، كما أن أثر هذه المهلة نسبي، أي لا يستطيع أن يُحتج بالمهلة إلا بصدد الدين الذي أمهل للوفاء به.

## ثانياً: القاضي وتغير ظروف التعاقد

هناك عقود لا تُنفذ فوراً وإنما بعد فترة من إنعقادها مثل عقود التوريد، وخلال ذلك قد تتغير الظروف التي أبرمت فيها، على نحو يُهدد أحد الطرفين بخسارة، ففي هذه الحالة لا شك أن العدالة تقتضي تعديل العقد للتخفيف من الخسارة، وهنا تبرز القوة الملزمة للعقد كحائل دون ذلك، فأَي هذين الإعتبارين يجب تغليبهما؟ للإجابة نتعرض لمضمون تغير الظروف، وشروط وكيفية مراجعتها.

### 1- مفهوم الظرف الطارئ

بناء على المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكّم العقد، حيث تم الحد من الحرية التعاقدية من خلال فرض مضمون العقد (أو فرض بعض أحكامه وشروطه)<sup>1</sup>، وبهذا يوجد المتعاقدان في وضع قانوني يختلف عن الوضع الذي أراداه من قبل، إن لم يكن على نقيضه، ويُبرر التدخل في تحديد مضمون العقد بهدف بلوغ غرض إقتصادي أو إجتماعي<sup>2</sup>.

إن هذه النظرية تهدف إلى تعديل مضمون العقد على غير الإرادة المشتركة للمتعاقدين، من خلال رد الإلتزام الذي جعله الحادث الطارئ مُرهقاً إلى الحد المعقول، ووفقاً لهذا الإتجاه لا يلتقي مبدأ سلطان الإرادة ونظرية الظروف الطارئة على صعيد واحد<sup>3</sup>.

### أ- مبررات نظرية الظروف الطارئة

يُبرر نظرية الظروف الطارئة ضرورة مراعاة مقتضيات قواعد العدالة والإنصاف؛ حيث لا يجوز الإبقاء على الإختلال الفادح بين إلتزامات المتعاقدين عندما يحدث ذلك جراء ظروف تطرأ بعد تكوين العقد، وليس للطرف المُرهق (المتضرر) يدٌ فيها، فهذه النظرية تعتبر وسيلة لتقاسم الدائن مع المدين تبعاً للحادث، ووسيلة لحماية المدين<sup>4</sup>.

---

1- إستحدث المشرع نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني لسنة 1975 في المادة 03/107 منه، وتعد إنتهاكاً صارخاً للقوة الملزمة للعقد، وتفيد كذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة بحيث أصبح المتعاقد في بعض 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 الإختلال الخطير لتوازن العقد من جراء هذا الحادث. انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص 43.

2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 274، وهنا تنقيد إرادة الأطراف ويحد من دورها ذلك أن الإلتزامات التي تم تقريرها بإرادة الأطراف تعدل من طرف القاضي بالرغم من عدم قبولهم، ومن وجهة نظر رجال القضاء فقد رفض الأستاذان "كولان وكابيتان" دائماً تطبيق الظروف الطارئة، وتعديل ما تنص عليه الإتفاقات صراحة. انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 122.

3- عالجت القوانين المدنية الظروف الطارئة بعد قيام العقد في نظرية عامة إلى جانب تطبيقات منفردة في بعض العقود المسماة، ويشترط في الأخذ بها أن تكون إستثنائية عامة غير متوقعة، وتحدث صعوبة وإرهاق تهدد بخسارة فادحة. انظر عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 366، وفاطمة نساخ، المرجع السابق، ص 166-167.

4- هنالك نظريات شبيهة للظروف الطارئة كنظرية العذر، حيث يُجيز الفقهاء فسخ العقد للعذر، ويقولون أنه لو لزم تنفيذ العقد لترتب عليه ضرر يلحق بصاحبه، والتأصيل التاريخي للمستجدات الطارئة المؤثرة بعد قيام العقد يمكن تصوره في الشرائع القديمة، وكمثيل ما جاء في المادة 48 من شريعة حمورابي التي أشارت إلى أنه عند تعرض حقل لفيضان أو قلة ماء، فإنه يعفى الفلاح من تسديد الفوائد ويتأجل تسليم الحبوب للدائن المقترض إلى موسم آخر. انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 551-552.

إن نظرية الظروف الطارئة تضع مبدأ عاما يسمح للقاضي بتعديل العقد- خلافا لما تقضي به القوة الملزمة له- إذا طرأت ظروف استثنائية عامة ترتب عليها إخلال بالتوازن بين التزامات الطرفين<sup>1</sup>، وعلى الرغم من عدم قبول هذه النظرية من بعض التشريعات التي تنادى بالحرية وتقديس سلطان الإرادة، حيث الدعوة من جانبهم إلى ما يُسمى بإعادة التفاوض، بدل إعمال النظرية.

كما أن مجال تأثير نظرية الظروف الطارئة هي العقود الملزمة للجانبين، والمقصود من التعديل هو إعادة التوازن العقدي الذي إختل بسبب الظرف الطارئ؛ ولو أن الحادث الطارئ جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا لكان قوة قاهرة ينقضي بها الإلتزام، ولا تنطبق هذه النظرية على عقود الغرر<sup>2</sup>، وتعدُّ نظرية الظروف الطارئة الثغرة التي ينفذ منها القاضي إلى العقد فَيَبَالُ من قوته الملزمة، فهو يُعَدِّلُ العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر<sup>3</sup>.

بخصوص الفقه الإسلامي يمكن القول أنه يُغلب في الأصل إعتبارات العدالة على القوة الملزمة للعقد كلما دعت الحاجة، لذلك لم تقم الحاجة لديه لوضع نظرية عامة للظروف الطارئة<sup>4</sup>.

---

1- " أعتمدت هذه النظرية أول مرة في القانون الدولي تطبيقا لقاعدة تغير الظروف "PACTA SUN SERVANDA"، و مفادها أن تراضي المتعاقدين مشروط باستمرارية الظروف التي تم فيها التعاقد، وإذا تغيرت الظروف وجب تغير الإلتزامات، ثم انتقلت هذه النظرية إلى القانون الإداري من خلال قضية شركة "غاز بوردو".  
أما فيما يخص القانون الخاص، فما زال بعض المشرعين مترددين في قبول هذه النظرية، وأخذ بها المشرع الجزائري في الفقرة 03 من المادة 107 مدني ". انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص298.  
وهناك من يرى أنه كان ينبغي على المشرع وضع هذه الفقرة إستثناء من المادة 106 مدني، إذ الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، يجب على كل منهما أن إلتزاماته الناشئة عنه بكل أمانة وحسن نية، غير أنه قد تجد خلال تنفيذ العقد ظروف لم تكن متوقعة عند إنعقاده تجعل تنفيذ إلتزامات أحد المتعاقدين مرهقة تهدده بخسارة فادحة.  
فقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يُرَبِّون على الحوادث الطارئة آثار قانونية، وعندهم الغبن ضربٌ من الربا المُحَرَّم، وهو إثم دون حق.  
لقد قامت الصياغة الفنية للنظرية عندهم على أساس تغير الظروف (REBUS SIC STANTIBUS) فيفترض أن في العقد شرط ضمني مفاده أن الظروف الإقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغير جوهرى؛ فإذا ما تغيرت وجب تعديل العقد.  
انظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص98. ومحمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص321.

-Voir Rémy Cabrillac, Op. Cit,P85-86.

2- انظر المادة 57 مدني، وتجدر الإشارة إلى أنه ثمة خلاف في هذا الجانب فهناك من يعمم إعمال أحكام النظرية على كافة العقود.  
انظر علي فيلاي، المرجع نفسه، ص299 هامش 23. والسنهوري، المرجع السابق، ص705.

3- " 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 إستعمال حقه بمطالبة المدين بتنفيذ الإلتزام عندما أصبح مرهقا، ويردُ خصوم النظرية أن حسن النية يقتضي تنفيذ الأطراف ما إتفقا عليه لا أن يُعَدِّلُ القاضي ". انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص709.

4- انظر مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص314، ويرى الأستاذ السنهوري أن هذه النظرية تقوم على إسعاف المتعاقد المضروب عندما يخلل التوازن العقدي، ولها أثر في الفقه الإسلامي.

سلم رجال الفقه الإسلامي بالنظرية في بعض العقود خاصة عقد الإيجار فيفسخ بالعذر في المذهب الحنفي؛ كما يرى أن أصل نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ماهي إلا من قبيل تطبيقات الفقه الإسلامي، في صورته الفسخ بالأعداء والجوائح. ويرى جانب آخر أنه لا تمثل هذه الصور النظرية. انظر السنهوري، المرجع السابق، ص553-707.

يورد الفقه الإسلامي صور شبيهة بنظرية الظروف الطارئة، تحت تسميات معينة بهدف رفع المشقة والحرَج، كما في قوله تعالى ﴿...يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾ الآية 185 من سورة البقرة، وقوله جل في علاه ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا... ﴾ الآية 286 من سورة البقرة.

## ب- شروط الظرف الطارئ

الأساس الذي تقوم عليه النظرية يقتضي أن تكون هناك فترة تفصل ما بين تكوين العقد وتنفيذه<sup>1</sup>، ويستثنى من نطاق هذه النظرية العقود التي يكون محل التزامها نقوداً<sup>2</sup>، ولم يُحدّد المشرع الحادث الطارئ، فيشمل كل الأحداث أياً كانت طبيعتها اقتصادية، اجتماعية، سياسية... إلخ ذلك. لكنه بالمقابل يشترط أن يكون الحادث: إستثنائياً<sup>3</sup>، عاماً<sup>4</sup>، وغير متوقع<sup>5</sup>، ويعتبر عدم الإعتداد بأي ظرف خاص بالمدين بمثابة ضمانه لعدم الغش من جانبه، وذلك بإدعائه خلاف الواقع، وتقدير ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع<sup>6</sup>، و تتميز نظرية الظروف الطارئة كذلك عن القوة القاهرة، ذلك أن هذه الأخيرة هي حادث إستثنائي غير متوقع، لكنها ليست عامة، فهي تتمثل في حادثٍ فردي يخص المدين دون غيره.

من هذا يتبين أن شرط العمومية يعتبر وسيلة لتضييق مجال تطبيق النظرية، فإذا كان في وسع الرجل العادي توقعه فلا يعتبر هذا الحادث غير متوقع، ولو لم يتوقعه المدين<sup>7</sup>.

- 1- لم يقيد المشرع نطاق هذه النظرية بصنف معين من العقود؛ فيشترط فقط أن يكون هناك فاصل زمني بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه على أن يحصل الحادث الطارئ خلال تلك الفترة، فقد يكون العقد زمنياً وقد يكون فورياً مالم يكن تنفيذه قد تمّ حال إنعقاده. انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص 299-300. " ولهذا أثر التقنين المصري مقتدياً في ذلك بالتقنين البولوني أن يسكت عن شرط التراخي فهو شرط غالب، لا شرط ضروري ". انظر السنهوري، المرجع السابق، ص 718 هامش 3.
- 2- يعرف هذا المبدأ بمبدأ القيمة الإسمية. انظر المادة 95 مدني.
- 3- هو الحادث غير المألوف، والذي يندر وقوعه، وذلك بحسب السير العادي للأمر، فهو حادث لا يقع في الظروف العادية. ومثال ذلك الزلازل، الفيضانات، الوباء، الحروب... وهناك من ينسب صفة الاستثنائية إلى آثار الحادث وليس للحادث نفسه، على أساس أن الحادث في حد ذاته مألوف كالضخم، إلا أن الآثار التي تترتب عليه تكون كبيرة قد تخرج عما هو معتاد، ولا يبدو أئمة وجه للفرقة بين الآثار الاستثنائية للحادث أو الحادث نفسه.
- انظر علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 300.
- 4- ينبغي أن تكون الحوادث الإستثنائية عامة، فتمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم، بمعنى أن آثار هذا الظرف لا تقتصر على المدين، كحالة الفيضان. والا تقتصر على المدين وحده، كحالة إفلاسه أو إتلاف ممتلكاته، أو حريق محصوله... حيث لا تكفي هذه الحوادث لإعمال أحكام النظرية. انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 322. وعلي علي سليمان، المرجع السابق، ص 99.
- 5- مفاد ذلك أن يكون الحادث مفاجئاً، أي يخرج عن المألوف ولم يكن في الوسع توقعه (Imprévu) حيث لا يستطيع الرجل العادي وخصوصاً المدين توقعه عند إبرام العقد، وإلا لاحتاط لذلك.
- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 256-257. ومحمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 323.
- 6- انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 257.
- 7- " فلا يطلب هذا الشرط في القوة القاهرة وهي أشد خطورة من الظرف الطارئ، حيث تجعل تنفيذ الالتزام أمراً مستحيلاً. أنظر علي فيلاي المرجع السابق، ص 376، وبضيف قانلاً: " إذا كان الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة العقدية، فلا نرى مبرراً لإشترط صفة العمومية في الحادث الطارئ خاصة وأنه يجلب تنفيذ الالتزام مرهقاً فقط؛ ويعتبر هذا الشرط في الحقيقة مكمل للشرط الأول ذلك أن الحادث غير المتوقع هو الحادث الاستثنائي.
- كما يرى كذلك أن: " المشرع 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 بعدم توقع نتائج الحادث؟ فيرى البعض 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 معيار 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.
- انظر علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 301.

-Ali Benchneb, le droit Algérien des contrats, donnée fondamentales, édition AJED, 2001. P87.

يرى هنا الأستاذ محمد صبري السعدي أنه: " لا يكفي أن يكون الحادث استثنائيا عاما وغير متوقع، بل يجب الا يكون في الإستطاعة دفعه أو تحاشيه، فالمدين يلتزم بأن يتَخَطَّى الحوادث التي تُعْجِزُهُ عن الوفاء بالتزامه، إذا كان في وسعِهِ ذلك"<sup>1</sup>.

يُضَافُ إلى الشروط السابقة، والمتعلقة بالحادث شَرْطُ يَتَعَلَقُ بالإلتزام في حد ذاته، ومَفَادُهُ أن يصبح أو يصير الإلتزام مرهقا، وأن لا يبلغ درجة إستحالة التنفيذ<sup>2</sup>، ويعتبر الإلتزام مُرْهِقًا متى كان يُهَيِّدُ المدين بخسارة فادحة، ونظرا لعدم وضع معيار دقيق لتقدير الخسارة، فالمشرع بهذا يُخَوِّلُ القاضي سلطة تقديرية واسعة<sup>3</sup>.

خاصة عندما يأخذ القاضي بعين الإعتبار حالة المدين، التي تختلف من عقد إلى عقد، ومن شخص لآخر، أي بالرجوع في ذلك إلى معيار ذاتي، 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<sup>4</sup>.

في الصياغ ذاته يرى الأستاذ محمد صبري السعدي أن معيار تقدير فداحة الخسارة هو معيار موضوعي ينظر فيه إلى صفة محل التعاقد<sup>5</sup>.

إن نظرية الظروف الطارئة تجسد المعيار الموضوعي، فلا يتوقف الأمر على ما أراده المتعاقدان بل يلزم التقيد بمعايير موضوعية تساعد على الإبقاء على العقد واستمراريته رغم هذه الظروف الغير متوقعة، فيتدخل القاضي لإزالة الإرهاق ولو في الجزء غير العادي منه، لا إزالة الإرهاق كُلِّهِ<sup>6</sup>.

---

1- انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص323، ويضرب مثلا: أن انقطاع المواصلات انقطاعا عارضا يمكن التغلب عليه برجوع المواصلات سريعا إلى ما كانت عليه، أو بإستعمال طرق أخرى للنقل غير التي انقطعت، ومن ثم لا مجال لتطبيق النظرية.

كما يتبين ذلك مما سار عليه القضاء في بلادنا منذ مدة طويلة. انظر قرار المجلس الأعلى، المؤرخ في 1968/12/13، النشرة السنوية، 1968، ص49.

2- فإذا كان الحادث يؤدي إلى إستحالة تنفيذ الإلتزام كان قوة القاهرة يترتب عليها إنقضاؤه طبقا للمادة 307 مدني، ومن ثم إنفساخ العقد بقوة القانون.

3- لم يعين المشرع مقدارا حسابيا للإرهاق، وأكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة. انظر علي فيلاي، المرجع السابق، ص377.

4-Ait ouali (A), La théorie de l'imprévision en droit civil Algérien, Mém Magister, Univ D'oran, 1986, p

5- فللمتعاقدين المهتدين بالخسارة أن يطلب من القضاء تعديل العقد بما يزيل الإرهاق عنه تبعا للظروف، وحتى يترتب على الطرف الطارئ تعديل العقد لا بد أن تترتب عليه تعرض المتعاقد لخسارة فادحة إذا ما أُجبر على تنفيذ إلتزاماته كما حددها العقد، انظر محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص323.

6- الغرض من إدراج هذه النظرية هو العمل على منع إنهيار العقود مما يساعد على استقرار المعاملات المدنية. انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص178. وحمدى إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص246-248.

## 2- كيفية رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول

يتضح من نص المادة 03/107 مدني أنه إذا توافرت الشروط السابقة جائز للقاضي تبعا للظروف، وبَعَدَ المُوازنة بين مصلحة الطرفين أن يَزُد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك، ولا يُحْمَل لفظ "جاز" الذي أورده المشرع في نص المادة على أن القاضي مُخَيَّر في تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، وإنما عليه إعمال أحكامها عند توافر شروط الظرف الطارئ<sup>1</sup>.

فَيُوجِب النص رَدَ الإلتزام إلى الحد المعقول حتى يستطيع المدين تنفيذه؛ بمشقة ولكن من دون إرهاق<sup>2</sup>، ويرد القاضي الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول (بانقاص الإلتزام المدين)<sup>3</sup> مثلا بإنقاصه للكمية المتفق عليها، وهناك من يرى أنه يمكن رد الإلتزام المرهق (بزيادة الإلتزام الدائن)<sup>4</sup> كزيادة الثمن المحدد في العقد، مثلما هو الحال في المادة 561 مدني.

تعتبر كذلك عملية (وقف التنفيذ مؤقتا<sup>5</sup>) -إلى حين زوال الظرف الطارئ أو آثاره- من وسائل رد الإلتزام المرهق، كأن يوقف القاضي الإلتزام المُورَد فترة معينة من الزمن؛ وهناك من يرى أنه يمكن (فسخ العقد<sup>6</sup>) إلا أن هذا الطرح لم يَسَلَم من النقد<sup>7</sup>.

- 
- 1- انظر السنهوري، المرجع السابق، ص728. وبلحاج العربي، المرجع السابق، ص260 حيث يرى أن: "حكم المادة 03/107 من النظام العام، فيبطل كل إتفاق يقضي بإستبعاده. وقد أراد المشرع بهذا التحريم أن يتفادى تحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف، وبذلك يضمن الأخذ بحكم تمليه قواعد العدالة والإنصاف". فالأخذ بالمعنى الحرفي لنص المادة يوحي بأن القاضي مخير في مراجعة الإلتزام، ولكن ذلك يتنافى مع حكمة وهدف المشرع من وراء إقرار هذه النظرية. ما يمكن ملاحظته في شأن الجزاء الذي تقرره المادة 03/107 مدني أن النص من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على خلافه.
  - 2- انظر السنهوري، المرجع نفسه، ص723.
  - 3- هناك من يرى أن هذه الطريقة هي الوسيلة الوحيدة الممنوحة للقاضي والتي يتمكن من خلالها من مراجعة مضمون العقد في إطار نظرية الظروف الطارئة. يرجع ذلك إلى الأسباب التالية: بالرجوع إلى النص أو من ظاهر النص يتبين أنه: على القاضي النظر في الإلتزام المرهق، وهو بطبيعة الحال إلتزام المدين. وبالرجوع إلى النص الفرنسي والذي يعتبر هو النص الأصلي للمادة نجد أن المشرع استعمل عبارة "réduire" ومعنى ذلك الإنقاص. انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص378. حيث يرى أن: "الأخذ بالنص العربي (الرسمي) فإن تعبير "برد الإلتزام المرهق" لا يعني إنقاص الإلتزام، زيادة علي أن القاضي ملزم بالنظر في الإلتزام المرهق فقط". المرجع السابق، ص380. هامش42. بينما يتبين من النص العربي وهو النص الرسمي إستعمال عبارة "رد الإلتزام المرهق" وإذا كانت العبارة يمكن تأويلها: فتكون على النحو التالي: "إنقاص التزم المدين أو زيادة التزم الدائن... فإن التأويل الأول يكون أكثر اتفقا وملائمة مع النص.
  - 4- هناك من يرى أنه يمكن للقاضي رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول بزيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق (الإلتزام الدائن) حتى يتوازن مع إلتزام المدين. انظر علي سليمان، المرجع السابق، ص101. وخلييل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص113.
  - 5- هناك من يرى أن وقف التنفيذ بعيد كل البعد عن أحكام المادة 03/107 مدني، وهناك من يرى أنه يمكن وقف تنفيذ التزم 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. انظر علي سليمان، المرجع السابق، ص101.
  - 6- تثار المشكلة فيما يتعلق بالفسخ، حيث يرى البعض أنه لا يجوز الفسخ؛ ذلك أن النص لا يسمح للقاضي إلا بَرَدَ الإلتزام المرهق للحد المعقول لا الفسخ؛ فتوزع بذلك تبعه الحادث المفاجئ بين الطرفين. انظر السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص727.
  - 7- انظر بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص260.

## الفصل الثاني: راهن و آفاق دور الإرادة في المجال التعاقدى

عَالَى المناهضون لمبدأ سلطان الإرادة مُغالاة المؤيدين له، فأنكروا وجود أي دور للإرادة، ونَفَوْا المبدأ من دائرة العقد، وقالوا بأن الإلتزامات الناشئة عن العقد تَسْتَنَدُ إلى إعتبارات اجتماعية بَحْتة، فالعقد ليس سِوَى نظام هدفه تحقيق الإستقرار الإجتماعي، والملكية - مظهر الحرية- ذاتها هي اليوم وظيفة اجتماعية...

إلا أن التطور الحاصل في فلسفة الفكر القانوني لم يَقْبَلْ بهذا؛ والواجب هو الوُقُوفُ مَوْقِفًا فيه من الإعتدال ما بين الرأيين السابقين، فلا يُؤْخَذُ بالنقد المُوَجَّه للمبدأ على إطلاقه، ومن ثم التَخَلِّي عنه نهائياً، وبالمقابل لا يُمكن الأخذ بالمبدأ كلياً، وإهدار المُقَوِّمات الأخرى. فلا بُدَّ من إقَافِ الإرادة عند حدودها المعقولة؛ فسلطان الإرادة مجال ولكن بحدود معينة، ويبدو هذا التوافق من خلال تراجع المفهوم الجامد والكلاسيكي للعقد، وأزدهار ونهوض جديد لدور الإرادة في المجال التعاقدى في نفس الوقت.

لقد أدى تشدُّد كل من مُناصري مبدأ سلطان الإرادة و مُعارضيه إلى إبراز محاسنه و عيوبه، غير أن هذه الإنتقادات التي قُوِّبِلَ بها مبدأ سلطان الإرادة، والعيوب التي تَعْتَرِيهِ لم تَكُنْ لِنُقُوضِهِ (تعدمه) من أساسه، مما ترتب عنه انتعاشه وعودته من جديد؛ وإن كان في صورة مُلْطَفَةٍ، بعيداً عن كل مبالغة وإطلاق (المبحث الأول).

بهذا الطرح صار التوجه الحديث يَنحُو في بعض المجالات -لا سيما قانون الأعمال- نحو تكريس الطابع التعاقدى للعلاقات القانونية، والذي يتناسب وحاجات الأفراد الاقتصادية والاجتماعية؛ وبالنظر في الشريعة العامة وبعض النصوص الخاصة نتلمس بعض المظاهر والتطبيقات لإعادة بعث دور الإرادة في المجال التعاقدى، من خلال صدور قوانين جديدة، أو تعديلات مست قوانين أخرى (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: تجاوز النظر التقليدية للعقد

نظرا لإعتبرات قانونية فرضتها المصالح الخاصة تطور مفهوم العقد، حيث لم يعد هناك موقف ثابت، وذلك نظرا لمرونة الفكرة ذاتها؛ فالتصرفات القانونية عموماً تتأثر بما يُحيطُ بها من ظروف وعوامل، والقانون في حد ذاته هو ظاهرة إجتماعية، وكنيجة لهذا التطور بدأ التغيير يطرأ على مفهوم العقد ذاته، وقد حاول البعض إثبات أن هذه التغييرات تخضع لقانون إجتماعي خاص (المطلب الأول).

فقد كان من شأن تدخل المشرع في مجال العلاقات التعاقدية الخاصة بالتأثير في تطور نصوص القانون المدني ( لا سيما النزعة التقليدية التي تميزه )، وهو ما انعكس على المبادئ التي قام عليها سلطان الإرادة وحرية التعاقد (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التوازن ما بين التدخل والحرية

يُنشئُ العقد أثرا قانونية لأنه يَنجِجُ إلتقاء إرادتين، وإن كان يَجِبُ ألا يُتجاهلَ مظهره الذاتي كونه مُعداً لتلبية حاجيات المُعبرون عنه، فإنه لا بُدُ كذلك من مُراعاة المُؤخّذات التي وُجّهت إليه، والتي أباَنت عن وُجوهٍ عديدةٍ من القُصورِ تَعَثْرِيهِ (الفرع الأول).

فمقتضيات التآقلمِ وفنُ التعايش تُوجبُ تطويع الإرادة مع المعطيات والأوضاع الجديدة للحياة، لأن توافق النظم وخصوصا العقود مع الظروف يُعدُّ اليوم أكثر من ضرورة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: قُصورُ الإرادة وتراجع قوتها الملزمة

أدى ظهور التوجّهات والحقائق المناهضة للإفراط والمبالغة في سُمُو وهيمنة الإرادة، إلى توجيه العديد من الإنتقادات (أولا)، ولأجل ذلك صار التوجه صوب توجيه الإرادة و(تطويعها) مع الواقع الجديد، دون استبعاد دورها من الحياة القانونية (ثانيا).

### أولا: جديّة الإنتقادات المُوجّهة

تعرّض مبدأ الإرادة إلى إنتقادات شديدة، فلم يعد من الصحيح القول أن القوة الملزمة للعقد تنشأ من الإرادة وحدها، كما تقلص دور الإرادة إلى الحدود التي بدأ فيها دورا متواضعا<sup>1</sup>.

1- بالنسبة إلى المصدر التاريخي فالمبدأ يستمد أفكاره من بعض الكتاب والفلاسفة، وليس من أفكار رجال القانون، وفيما يتعلق بمبادئ الفردية والمذهب الحر فهي كذلك منتقدة من جانب كثير من الفقهاء، الذين أدركوا البعد الإجتماعي للإنسان، ورفضوا فكرة العقد الإجتماعي. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص264.

إن الإلتزامات الناشئة عن العقد لا تترتب على إرادة العاقدين وحدهما بل هناك إعتبرات ترجع إلى ضرورة توافر الثبات والإستقرار، والثقة في التعامل، والعقد نظام إجتماعي الهدف منه هو تحقيق التضامن الإجتماعي، وليس الخضوع لسلطان الإرادة<sup>1</sup>.

فأخذت بذلك الإرادة بالتراجع أمام ازدياد تدخل المشرع والقاضي في تنظيم أغلبية العقود؛ فلم يبقَ التعاقد مقتصرًا على طرفيه، بل صار عملية قانونية مُركبة تشترك في تكوينها مجموعة إتفاقات، وليس إتفاقا واحدا<sup>2</sup>.

إن القول بأن الإنسان حُرٌّ بطبعه لا يَجِدُ له أساس منطقي، فهو يعيش في مجتمع يتفاعل معه ويرتب إلتزامات، ولا يمكن بحال من الأحوال أن تَعْلُو إرادة الفرد على إرادة الجماعة، وأساس هذه المذاهب هو مراعاة مصالح الجماعة قبل كل شيء، فإذا تعارضت هذه المصلحة مع مصلحة الفرد قُدِّمَت عليها<sup>3</sup>.

ما أدى إلى انتقاد الحرية القانونية التي تمثل أداة الحرية الإقتصادية، ولم يعد كل ما هو عقدي فهو بالضرورة عادل، لأن هذا القول يقوم على مبدأ المساواة المطلقة بين المتعاقدين<sup>4</sup>، فأصبح التضامن الاجتماعي أساس القانون؛ والملكية ذاتها - والتي كانت تمثل الصورة الواضحة والبارزة للحرية - لم تعد مطلقة، بل صارت وظيفة إجتماعية، تنقيد بإعتبرات التضامن الإجتماعي، فلا يستطيع الفرد تجاوز الحدود التي رسمها القانون<sup>5</sup>.

---

1-Le contrat, norme sociale, Voir Billement (J), op cit.p 43-46.

2- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص194.

3- كما أن الإفراط في الإعتداد بفكرة العقد حدث بطريقة تنطوي على إساءة كبيرة لنظرية العقد الإجتماعي، والذي يعني في حقيقته العقد العقلي العادل وليس العقد الإرادي، وأن مصدر العقد الإجتماعي هو القانون الطبيعي وليس الإنسان. انظر سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص156. وعبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة 34، ص50.

4- كما أضحى غاية القانون الجماعة وليس الفرد الأمر الذي أدى إلى إهتزاز مبدأ سلطان الإرادة وتراجع له لصالح أفكار جديدة تقيم القانون على أساس العدالة والتضامن الإجتماعي. انظر عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص13. و أيمن ابراهيم العشموي المرجع السابق، ص49 إشارة إلى:

Ghestin jacques, l'abus dans les contrats, Gaz Pal, 1981, doc, 379.

5- الأمر نفسه بالنسبة لمسائل الزواج والميراث، وعليه يجب قصر الإرادة على دائرة القانون الخاص مع استبعاد روابط الأحوال الشخصية، واستبعاد الحقوق العينية والتي يستقل المشرع بتنظيمها وكذا روابط القانون العام حيث لا أثر للإرادة فيها إذ تقوم قواعده على إعتبرات تتعلق بالصالح العام. أما القول بأن المجرم قد إرتضى توقيع العقوبة عليه فهو غير سليم وغير منطقي، لأن العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى إعتبرات إجتماعية لا دخل أبدا لإرادة المجرم فيها. انظر السنهوري، المرجع السابق، ص147. وأنور سلطان، المرجع السابق، ص14.

بالرجوع إلى مسألة المساواة- التي تعتبر من المسائل الفاصلة في هذا المجال- يمكن القول أن الطرفين في الواقع غير متساويين لا في الذكاء ولا في القوة الإقتصادية، ولا حتى في المراكز الإجتماعية، فالطرف الأكثر فطنة وقوة يفرض إرادته وشروطه على الطرف الأخر، وهو ما يبدو بجلاء في عقود الإذعان، وبصفة عامة جميع العقود التي تتصف بالتبعية الإقتصادية. حيث كانت هذه العقود هي الوسيلة التي يستطيع بها أصحاب المصانع استخدام العمال في تشغيل مصانعهم بأقل الأجور، وأشد الشروط<sup>1</sup>، والمقولة الشهيرة "من قال عقدا فقد قال عدلا" يُكذِّبُهَا الواقع كل يوم، لأن التفاوت الإقتصادي والإجتماعي أَخَذُ في التَّزَايُدِ بين المتعاقدين، فالحاجة والضرورة المُلِحَّة تدفع الطرف الضعيف إلى قبول ما يمليه عليه الطرف الأخر. إن المركز الأصلي بين المتعاقدين يقوم في غالب الأحوال على التفاوت وعدم المساواة، وذلك يؤدي حتما إلى علاقة غير متوازنة، ومن ثم تصبح الحرية العقدية مجرد أداة<sup>2</sup>؛ وعليه فإن ستار الإرادة الحرة للطرفين وفكرة المساواة بين الأفراد، والتي يركز عليها مبدأ سلطان الإرادة أصبحت وهمية تماما<sup>3</sup>.

فكيف لِعَامِلٍ أو مُسْتَهْلِكٍ أو أَى مُتَعَاقِدٍ بسيطِ الوقوف أمام مُتَعَاقِدٍ قَوِي، وهل يستطيع أن يمتنع عن التعاقد إذا وَجَدَ بُنُودَ العقد غير متكافئة؟ وهكذا فإنه إذا أقام القانون المدني نظرية العقد على الحرية والمساواة بين الأفراد، فإن هذه المساواة نظرية بحتة، لأنها في الشروط القانونية وليست فعلية في القوة بين الطرفين، فهي مُجَرَّدُ خُدْعَةٍ للمتعاقد الضعيف<sup>4</sup>.

لأجل ذلك يُشَجَّع على إيجاد آليات وحلول قانونية تُكفِّلُ حماية هذه الفئات الضعيفة وإعادة التوازن لعلاقاتها بما يحقق مصالحها(محاولة تحقيق مساواة حقيقية)، لا سيما في صورة إستحداث التجمعات بين أصحاب هذه الفئات، وهو الأمر الذي بدأ يظهر في الآونة الأخيرة<sup>5</sup>.

1- انظر سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص164.

2- فالاعتداد بالمساواة الحقيقية وليست المجردة. انظر علي فيلاي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص12-13.

3- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص57.

4- انظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة 12، ص39.

5- Le regroupement : pour lutter contre le déséquilibre structurel des parties au contrat , on peut encourager le regroupement des plus faibles au sein d'organismes collectifs – syndicat, association, centrale d'achat – qui confèrent à ceux –ci un poids similaire à celui de leurs interlocuteurs. Voir Terré (F), simler (ph), et lequette (y),op.Cit.p33.

## ثانياً: توجيه الإرادة دون استبعادها

القول بأن المتعاقد هو أفضل من يُدافع عن حقوقه ومصالحه الخاصة قولٌ غير صحيح، لأن الإنسان لا يكون بعيد النظر دائماً، ولا يُمكنه في معظم الأحوال أن يتوقع كثيراً من الأمور، وإذا كان واضعوا القانون المدني قد تصوروا أن نظام الأهلية -مثلاً- كافٍ لحماية فئات كثيرة، فهذه الآلية لا تكفي دائماً لحماية الفرد من الإلتزامات التي يُبرمها مُتسرعاً، والتي تتم بلا روية وتبصر. كما لا تؤدي الإرادة الحرة للطرفين إلى قيام علاقاتٍ إجتماعية أكثر نفعاً، ذلك أن الأفراد يتجهون طبعياً نحو الأنشطة الأكثر ربحاً، والتي قد لا تكون بالضرورة أكثر نفعاً<sup>1</sup>.

فتوجيه الإقتصاد قد بدأ في وقتنا الحالي كضرورة حتمية لا يُمكن الإستغناء عنها، وتُناسبُ الحرية العقدية الإقتصاد الحر في الوقت الذي يَكُونُ فيه للدولة دور سياسي فقط وليس إقتصادي، أما المفهوم الحديث لدور الدولة فهو توجيه الإقتصاد في نطاق واسع، وهو ما لا يتأتى إلا على حساب الحرية العقدية؛ فقد صار الحديث اليوم عن مفاهيم لم تكن إلى زمنٍ قريب مقبولة في الحياة التعاقدية، فالانسحاب التدريجي للدولة من الحقل الإقتصادي، أوجب التفكير في وضع ميكانيزمات وقواعد جديدة لضبط النشاط الإقتصادي.

فإشراف الدولة على تنظيم التجارة الخارجية وسهرها على ترقية وضمان بعض الحقوق، يُوجي بأن الدولة لم تتخلى كُليّةً عن الميدان الإقتصادي، بل تُراقب العديد من النشاطات الإقتصادية، فدورها تحوّل من دولة مُتدخلّة إلى دولة ضابطة مُنظمة فقط، عن طريق تحديدها لقواعد اللعبة، لتترك المجال مفتوحاً لقواعد المنافسة<sup>2</sup>.

إن هذا التوجه تحميه الدولة في المَقَام الأول، ويتمخضُ عن القوانين التي تُوجّه النشاط الإقتصادي بدلاً من تركه يسيرُ حسب رغبة كل فرد.

---

1- إن نظام عدم الأهلية يكفي لإستبعاد القُصّر والمجانين والسفهاء، ومن يعانون من ضعف أو خلل عقلي، من الحرية العقدية نظراً لعدم تمتعهم بالإدراك والتمييز، حيث كان سلطان الإرادة عائقاً يحوّل دون الأخذ بمسؤولية المجنون والطفل، والأخذ بالمسؤولية المادية؛ وهذه مذاهب تطورت، واخذت الشرائع الحديثة، وفي الأخذ بها لمدى معين إرضاء للعدالة، ومطابفة لأسباب الإستقرار، وسيرٌ في طريق التقدم. انظر السنهوري المرجع السابق، ص147.

2- تنص المادة 43 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 2016/03/06 المتضمن تعديل دستور 1996 على: " حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الاعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية. **تكفل الدولة ضبط السوق**، ويحمي القانون حقوق المستهلكين. يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة".

فالإقتصاد المُوَجَّه وإن كان يَتِمُّ على حساب سلطان الإرادة، إلا أنه لا يَهْدَفُ إلى إستبعاد الإرادة كعنصر في العقود، ولكن إلى تُوَجِيهها بطريقة سليمة، بحيث لا تُؤدِّي إلى الظلم والتعسف<sup>1</sup>، لأجل ذلك يَسْنِدُ أنصار المذهب الإجماعي للإرادة دورا متواضعا، ويذهبون إلى الإعتراف بأن دور الإرادة يَكْمُنُ في إرتباطها مع الغير، والقانون هو الذي يَعْرِفُ لماذا ترتبط وهو الذي يُحَدِّدُ مَدَاهَا<sup>2</sup>. الأمر الذي أدى إلى نقد الإعتراف بالدور المطلق للإرادة، فالعقود لا يكون لها قيمة إلا إذا وُظِفَتْ في خدمة الجماعة، والحرية من هذا المنظور هي " حرية ذات وظيفة"<sup>3</sup>، وليس صحيحا كذلك القول أن كل التزام تعاقدي هو التزام مشروع وعادل، وليس هناك مساواة مطلقة بين الأفراد لأن الحرية التعاقدية كثيرا ما تؤدي إلى مظالم كثيرة، إذ غالبا ما تجعل الضعفاء تحت تسلط الاقوياء. مثال ذلك عقود بيع المنتجات المُعَدَّة للتغذية بِسَعْرِ مُبَالِغٍ فيه في فترة أزمة، فإن ذلك يؤدي إلى إرتفاع الأسعار، ومن ثم عَامِلًا الإضطراب والفوضى<sup>4</sup>.

فالمتغيرات الاقتصادية والصناعية وما صاحبها من تطورات علمية وتكنولوجية تَسُوْدُ واقعا الراهن، أدى إلى اختلال التوازن ما بين أطراف العقد، من حيث المعرفة التي يَطْلُعُ بها كل طرف بهذه الوسائل الحديثة، التي غيرت مفهوم مبدأ سلطان الإرادة من الناحية الواقعية<sup>5</sup>.

كما أن هناك مانعين يَمْنَعَانِ الإرادة أن تكون مصدر الإلتزام الوحيد، الأول مَانِعٌ نفسي، فلا يُتَصَوَّرُ أن تَبْقَى إرادة الشخص مُقَيَّدَةً في المستقبل إستنادا للإلتزام وقع بالأمس؛ فكيف يَسْتَقِيمُ من منطلق الإرادة أن يتقيد الفرد بالإلتزام بالأمس، ولا يستطيع اليوم وهو صاحب الإرادة ذاتها أن يقوم بِأمرٍ آخر، وعليه فلا بُدَّ من وُجُودِ شَيْءٍ غير الإرادة، كعامل الثقة الذي يتولد عند المتعاقد الآخر، وهناك مانع آخر إجماعي يَنْطَلِقُ من كَوْنِ الفرد هو فرد في جماعة مع التسليم بحقوقه الشخصية، لذلك عليه أن يَلْتَزِمَ بالإلتزامات معينة<sup>6</sup>.

1- انظر أيمن ابراهيم العشموي، المرجع السابق، ص 61-62، إشارة إلى ستارك، المرجع السابق، فقرة 22، ص 8.

2- " فيشبهون الدور الذي تقوم به الإرادة في تكوين العقد بالدور الذي تقوم به قطعة النقود عندما يُلقَى بها في الآلة الأوتوماتيكية للحصول على البضاعة التي يريدونها من ألقى بقطعة النقود.

فليست قطعة النقود هي التي تتولى إنزال البضاعة بل الآلة، و يقتصر دور قطعة النقود على إعمال هذه الآلة؛ كذلك دور الإرادة اليوم في تكوين العقد فهي لا تنشئ العقد، وإنما يقتصر دورها على إعمال النظام الذي أنشأه المشرع لهذا الغرض". انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 265.

3- " ذلك أن تقرير الحرية المطلقة للعقود هو علي حد تعبير "إهرينج" بمثابة منح ترخيص بالسلب للقرصنة وقطاع الطرق وتقرير حقهم في الإستيلاء على كل ما تقع أيديهم عليه". انظر خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 20-21.

4- انظر أيمن ابراهيم العشموي، المرجع السابق، ص 64.

5- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 195-196.

6- Ghestin, J, la notion de contrat, op, cit, P 48.

## الفرع الثاني: صعوبة تجاوز الإرادة

لا يُقصد بفكرة الموضوعية واعتبارات العدالة الإهمال الكلي لدور الإرادة في العمل القانوني، أو تجاهل الحرية الفردية، فلممارسة الحق ذاته وتجسيده لا بُد من إرادة تُعلن عنه، وتحدد آثاره في الحدود المرسومة له (أولاً).

فالتصور والتحليل الجديد للإرادة التعاقدية من شأنه أن يُوفّر للمتعاقدين بيئة مناسبة تسمّح لهم بإستعمال حريتهم، وإعمال مسؤوليتهم في الوقت ذاته، وبشكل أفضل (ثانياً).

### أولاً: تجلّي تأثير الإرادة على عناصر التصرف

إن دور الإرادة في ترجمة العمل القانوني يضيّق ويتسع بالمدى الذي تضيق فيه النصوص الأمرة أو تتسع، فالعمل القانوني دون الإرادة الفردية يَبقى مفهوماً مُجرّداً، أما بالإرادة فيُصبح وضعاً محسوساً ومُنْتِجاً<sup>1</sup>.

كما أن الحق الوضعي هو أساس العمل الإرادي، والإرادة (الذاتية) هي أساس ترجمة العمل القانوني كحقٍ وَضِعي، وهي أساس إنتاج آثاره، وتأسيساً على ذلك فالعقد كالتقاء بين إرادتين لا يَعُدُّ مُجرّد وسيلة أو أداة يَمْنَحُهَا القانون آثار قانونية، بالقدر الذي تُحقّق فيه التوافق بين التطلّعات الفردية والإعتبارات العليا، المتمثلة في تحقيق العدالة<sup>2</sup>.

فالمشكلة الأساسية في هذا الإطار تظهر في التساؤل عن الإمكانيات المُتاحة أمام الإرادات الفردية عندما يَصْعُبُ عليها أن تتناول الأوصاف مباشرة؟، وفي هذا الشأن يتفحص الأستاذ " تيري " تأثير الإرادة الفردية في عناصر التصرف، ثم تأثيرها في بُنيته، ويُركّز ما جاء به بشكلٍ أساسي على أن إرادة الأفراد بإمكانها أن تتناول بفاعلية العناصر الموضوعية للتصرف، وهذه الظاهرة تُكوّن أكثر تأكيداً بِمقدار ما يَكُونُ المتعاقدان قد أساءا التعبير عن إرادتيهما، أو لم يُعبّرَا عنها أصلاً<sup>3</sup>.

1- انظر جاب الله عبد الحميد، المرجع السابق، ص59.

2- انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص492-496.

3- انظر جاك غاستان، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص118.

-Terré (F), simler (ph), et lequette (y), droit civil, les obligations,op.Cit.p 78-80.

في هذا الإطار ترى الأستاذة زمام جمعة أن : " بَحَثَ الفقه المُعاصر في إشكالية "مستقبل العقد"، لم يَكُن بغير دافع ولا بغير جدوى، فالمسألة بدأت بأزمة عقدية لا يُمكن لأي قانوني تجاهلها وإنكارها؛ فإذا كان العقد وما زال لمدة طويلة مؤسسة قانونية، فقد إندمج معه وصف "الصيغة" المتعددة الأوجه للبنية الإجتماعية القائمة، بسبب (غزو) واقتحام العقد للمتغيرات الإجتماعية والإقتصادية للجماعات والأفراد، الأمر الذي جَدَدَ مَعَهُ بنيته الهيكلية على مختلف الأصعدة، ولعل البداية ستكون على مستوى تنامي وازدهار الحركة التعاقدية، الذي نوع معه آليات وتقنيات تنظيم العقود<sup>1</sup>.

ما يزيد في تعميق فهم هذا الأساس، هو مركز الإرادة التعاقدية بين إزدواجية داخلية - يتأثر بها وتخرجه من التأصيل التقليدي- إلى طبيعة مزدوجة الأرضية، تتقاسمها كل من النظرة الشخصية (الذاتية) والموضوعية، فلا الإرادة يمكن تجاهلها كسلطة منشئة في النظام القانوني الوضعي، ولا الظروف والعناصر الخارجية يُمكن إستبعادها كوضعية جديدة للعقود المعاصرة.

فكان من اللزوم الإقرار بنوعية دورهما ومعا، ولعل إحياء فكرة "المصلحة"، وكيف أن العقد كأداة لتحقيق مصالح الأطراف فيه قاعدة من الموضوعية، لولا أن مُنطَلَقَهُ شخصي، لأنه يتعلق بالأطراف، كما أن إعتبرات وأركان عقد الإذعان تبدأ بتبرير موضوعي، ولكن تنفيذه وإشكالاته تخضع لتقدير ذاتي<sup>2</sup>.

مع كل المبررات السابقة يمكن القول أن التراجع الذي مَسَ نظرية العقد لا ينبغي أن يَكُون مُبالِغًا فيه، إذ أنه ليس تراجعًا نهائيًا ودائمًا، فبعض الفُيُود التي تَرُدُّ على الحرية التعاقدية، والتي فرضتها ظروف الأزمات التي لِحِقَت بالإرادة يُمكنُ إلغاؤها إذا تم احتواؤها والسيطرة عليها<sup>3</sup>.

---

1- خاصة ونحن نصادف وضعايات تتساءل فيها: على أي علاقة يطبق قانون العقود؟ وعلى أيها لا يطبق؟، وهل هذه المعاملة تشكل عقدا أم لا ؟، هل يرتب إلتزاما تعاقديا؟ أم أن هناك إلتزاما خارج العقد؟". انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص56 وما بعدها.

2- مثلما هو الشأن كذلك بالنسبة لألية تفسير الشك لصالح المدين، وكذلك مفهوم النظام العام الحمائي الذي وجد أساسه، وأهدافه وأحكامه من التقدير الذاتي. انظر زمام جمعة، المرجع نفسه، ص60.

3- "فالتشريع الخاص بإيجار المساكن في فرنسا فرضته أزمة الإسكان التي سببتها الحرب العالمية الأخيرة، وبعد فترة ظهر إتجاه آخر يوید العودة إلى الشريعة العامة المتحررة بعد أن تغيرت الأفكار السياسية السائدة، وظهرت تنظيمات أخرى أمره لإيجار المساكن". انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص156. و جاستان، الإلتزامات، المرجع السابق، فقرة 156 ص 161.

إضافة إلى ذلك فإن تراجع العقد لم يصل أبداً إلى درجة إختفائه، حتى في ظل التشريعات التي تنبأ واضعوها بنهاية العقد؛ حيث عرفت هذه التشريعات فكرة العقد، حتى ولو كان مفهوم هذه الفكرة بالنسبة لها مختلفاً عن غيرها من التشريعات الأخرى، والواقع أن روح العصر الذي نعيش فيه لا تجعلنا نتوقع نهاية العقد، ولا حتى المطالبة الدائمة بمزيد من القيود.

فالنظرة التي ترى أن العقد بدأ يضمحل ويوشك أن يختفي من دائرة القانون لا تحظى بالإجماع، فمن الشراح من يتفاءل ويقول: أن العقد لم يضمحل بل تطور، وكان تطوره إستجابة لقانون سوسبيولوجي، هو قانون تطويع النظم القانونية لظروف الحياة المتوازنة، فالعقد أداة للتعاون الصادق، ونتاج للثقة المتبادلة بين الطرفين<sup>1</sup>.

أدى هذا الطرح إلى القول بأن الأزمة التي يوجد فيها العقد هي أزمة مبالغ فيها، ذلك أن من أسبابها ظروفًا عارضة؛ ولئن كان صحيحاً أن العقد قد تراجع في بعض الميادين، فصحيح كذلك أنه إتسع في كميته وفي كميته؛ أما إتساعه في كميته فيتجلى في إزدياد عدد العقود، على ما كانت من قبل، ومن حيث الكيف فيتمثل في إتساع مضمونه الملزم، حيث زادت إلتزامات لم تكن فيه من قبل<sup>2</sup>.

هنا لا يمكن تجاوز الإرادة كمياري للعقد، ومؤشر على عنصر الثبات فيه؛ فما يطبع ويميز العقد هو طريقة إيرامه وآثاره، فدور الإرادة أساسي في ذلك، بمعزل عن البحث في مصدر القوة الملزمة له<sup>3</sup>.

مما سبق يمكن التوصل إلى أن التقلبات التي عرفتتها الإرادة لا تعني تدهور العقد وضمحلل أهميته، بل يعود السبب في هذا التمايز إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني، فالتشريع بإعتباره قانوناً موضوعياً يعلّو على العقد بحسبانه مصدراً للحقوق الشخصية، ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج.

لأجل ذلك سيبقى العقد ويستمر في جميع الأنظمة، بإعتباره مصدراً بالغ الأهمية للعلاقات الملزمة بين الأفراد، رغم إحتتمالات التحول والتغير التي تطرأ عليه<sup>4</sup>.

---

1-Voir MESTRE (Jacques), l'evolution du contrat en droit privé fraçais, in l'évolution contemporaine, p162-163.

2- كالإلتزام بالسلامة، والإعلام... الخ ذلك. انظر عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص284-285.  
3- انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص120، حيث يستشهد ببعض التشريعات التي أخذت بهذا التوجه، ومن ذلك القانون المدني العراقي، إذ تنص المادة 176 مدني منه على أن " أن رضا المتعاقدين هو الصلب والركن لكل عقد أو اتفاق على وجه أعم"، كما يتضح من توجّه المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود، والمشرع الفرنسي في القانون المدني الترويج لعنصر الثبات في العقود إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة كقاعدة عامة ومبدأ، ورفضه لعامل التغير كمؤثر في العقد؛ مما يطرح التساؤل حول دور القضاء في ذلك.

4- انظر أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص197-202.

## ثانياً: الإرادة حرة ومسؤولة

يأمل البعض في وضع حدٍ للسباق المتواصل بلا نهاية بين الإفراط في التدخل والإسراف في الحرية، عن طريق توسيع وتجديد النظرية العامة للعقد – والتي أثريت بالفعل بمبادئ وقواعد جديدة- وقدم هؤلاء تصورا وتحليلا جديدا للعقد، من شأنه أن يُوفّر للمتعاقدين بيئة مناسبة، تسمح لهم باستعمال حريتهم، وبالمقابل مُسائلتهم عما يقع منهم، وأبعد من ذلك يجب أن لا يُنظرَ إلى العقد على أنه تعبير عن مصالح متعارضة بين الطرفين؛ ولكن على أنه إتحاد بين المصالح<sup>1</sup>.

فالواقع العملي اليوم يشهدُ نمواً متزايداً لشروط التوافق الذاتي في العقد، والتي تفسح المجال بدورها أمام الأطراف لإعادة التفاوض مرة أخرى حول مضمون إتفاقاتهم، وتدعوهم إلى التعاون فيما بينهم عند الإقتضاء، بمساعدة شخص آخر من الغير، وذلك من أجل بقاء العقد واستمراره؛ وهكذا يتجسد عند تنفيذ العقد هذا الإلتزام بالتعاون والمُلتزم للطرفين، والذي تُعبّرُ عنه شروط التوفيق والتسوية الودية المتكررة، بهدف صرف نظر المتعاقدين عن اللجوء إلى القضاء، وعليه فلا يُسمح بتدخل طرف ثالث أجنبي عن العقد، حتى ولو كان القاضي نفسه.

لأن ذلك من شأنه أن يهدم الأمن القانوني للعقد، الذي هو أداة لتنظيم العلاقات؛ ويُفقدُ جانبا كبيرا من فاعليته<sup>2</sup>، وكتب "كاربونيه" في هذا الصدد: "العقد يظل من الناحية الاجتماعية إرتباطا عملا من أعمال النية، وعمل من أعمال الثقة".

مع هذا القدر من التفاعل يُمكن القول أنه لن يُصبح العقد أداة للتعاون المتبادل على النحو السابق مرة واحدة، إلا أن هناك تطورا مستمرا أدى إلى تغيّر النظرة التقليدية للعقد، ويتفاعل "MESTRE" فمن الثقة إلى التعاون لم يعد هناك سوى خطوة<sup>3</sup>.

---

-CABRILLAC M, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la 1 pratique commerciale, Mélanges Marty, 1978, pp 235-245.

2- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص168. إشارة إلى:

-FOUCHARD(ph),L'adaptation des contrats a la conjoncture économique, Rev,arb.1979, p74.

3- المرجع نفسه، ص168 إشارة إلى:

- Mestre (J), l'évolution contemporaine du droit des contrat. Journée-savatier. P.U.F.1985.p 45.

-CARBONNIER(J),Flexible droit,5 édition ,1983,p259.

فالمطلوب والمرغوب فيه هو ضرورة إيجاد نوع من التوازن بين التدخل أو التوجيه في العقود وبين الإفراط في الحرية، فالمجتمع لا يمكنه الإستمرار دون قيم ومبادئ، وهو ما يقع على عاتق الدولة تأمينه، وذلك من خلال تحديد النواهي والمحظورات، التي يجب مراعاتها، وضرورة الإلتزام بعدم إتيانها.

لذلك يجب أن يكون للإرادة دور في تكوين العقود، فإذا كان لا يحق لها أن تنشئ علاقات قانونية بلا معقب ولا رقابة؛ فإنه يحق لها على الأقل أن تنشئ علاقات في حدود القانون، فالتصرف القانوني هو ثمرة التعاون ما بين القانون - الذي يلعب دوراً مهماً ورئيسياً-، و الإرادة الفردية<sup>1</sup>.

فيتوجب الأخذ بمبدأ معتدل يصنع الأمور في نصابها الصحيح، فيؤخذ بسلطان الإرادة في التصرفات القانونية، مع السماح بتقييدها بقيود<sup>2</sup>، لأن الإفراط والمبالغة في أي توجه أمر غير ممدوح، وفي هذا يقول الفيلسوف البريطاني "براتر أندرسن": "القليل من الحرية يؤدي إلى الفئور والرُكود، والكثير منها يُسبب الفوضى والإضطراب"<sup>3</sup>.

فلا مناص من الوقوف من مبدأ سلطان الإرادة موقف الاعتدال، فلا يُنقص منه إلى الحد الذي يجعل منه يفتى في سلطان المشرع والقاضي، ولا تركه يطغى لدرجة الإستبداد، في إنشاء التصرفات، دون مراعاة مصالح الجماعة ومقتضيات العدالة، وللمعطيات السابقة لم يبق تدخل الدولة في العملية الاستهلاكية مُقتصرًا على مجرد توفير السلع والخدمات في الاسواق، بل توسع مع إتساع حجم طبقة المستهلكين، وتعاظم حاجاتهم إليه، وذلك بتحقيق مصالح أخرى تتعلق بشؤون العملية الاستهلاكية.

لذلك يجب والحال هكذا أن يكون للحرية هدف إجتماعي، ترتبط به وتستمد منه حيويتها وإنسانيتها، وأن لا تكون مجرد أداة للوصول إلى إمتيازات، واحتكار فئة على حساب الأكثرية؛ وما استحداث القانون لمثل هذه الأوضاع في نصوص متفرقة من القانون، إلا للتخفيف من حدة النزعة الفردية، التي تميز التقنيات اللاتينية<sup>4</sup>.

---

1- انظر أيمن ابراهيم العشاوي، المرجع السابق، ص 161-201  
2- فالشكلية قيد يرد على مبدأ الرضائية، وهناك قيود أخرى تتعلق بالنظام العام والآداب العامة لتحقيق مصلحة عامة.  
3- انظر حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 150. ومحمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 71.  
4- انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 93.

هذا ما يُسمَى بالتدخل الإيجابي للمشرع، والذي يتحقق بإيجاد قواعد قانونية تضمن شفافية العمليات في السوق، وإصباح العنصر الأمر على هذه القواعد، لتوجيه السوق وضبطه، فتوضع الإلتزامات على عاتق المنتج المحترف، بهدف وضع البيانات والمعلومات التي يحتاجها المستهلك، لكي يتمكن من الإختيار الأفضل.

هذا ما دَعَى ودفع بالمشرع إلى فرض القيود على الإرادة، بل قد يكون هذا التدخل في بعض الأحيان أمرًا لازمًا في ظل نظام حرية واقتصاد السوق، إذ على الدولة أن تتدخل لرقابة الإنحرافات التي قد تُشوّب المنافسة التي تتم بين الأفراد، والواقع أن تدخل الدولة اليوم ليس بالأمر المذموم والمُنقَد، فقد أظهرت الإضطرابات التي حدثت في الحياة الاقتصادية لمُعظم البلدان، الحاجة إلى تدخّل أكبر من الدولة في الجانب الاقتصادي، وبصفة خاصة في فترات الأزمات<sup>1</sup>.

فالغاية المنشودة هي الوصول إلى نظرية متكاملة، في ضوء المتغيرات السياسية والاقتصادية، وحتى الاجتماعية، وخصوصا بعدما دخلت الأنترنت بخدماتها المتعددة والمتنوعة مجال ممارسة الأعمال التجارية، في إطار ما يُسمَى بالتجارة الإلكترونية، والتي وفرت سوقا إلكترونيا إفتراضيا واسعا، أدى إلى زيادة التعاقدات مما يبين أهمية تنظيم ومراجعة الكثير من الآثار الناجمة عن مبدأ سلطان الإرادة.

على الرغم من كل المعطيات السابقة، وبنظرة تفألية يمكن القول أن العقد فقد الكثير من تماسكه المنطقي وهذا أمر صحيح، إلا أنه قد تغلب بقوة على مخاطر التفكك والإنهيار، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل شهدَ إزدهارا كبيرا، وبلغَ آفاقا جديدة كانت بعيدة المنال<sup>2</sup>.

---

1- " أصبحت تشريعات حماية المستهلك جزءا مُهمًا من المنظومة القانونية التي إنتهجت نظام اقتصاد السوق، وتدخل المشرع في توجيه الاقتصاد ببقى أمرا ضروريا في إجراء الموازنة بين حقوق والتزامات أطراف العلاقة القانونية. فيحتمل المنتجين واجب وضع بيانات ضرورية على منتجاتهم، تساعد المستهلك على إجراء المقارنة الحقيقية بين أسعار البضائع المتماثلة، وذلك تطبيقا لقواعد قانونية تفرض عليهم هذا الإلتزام...  
فيجب توافر أمور أساسية، من بينها حماية المستهلك، لأن ذلك من أهداف أية تنمية اقتصادية، حيث لم يعد بالضرورة في نظام اقتصاد السوق عدم التدخل في الشؤون الاقتصادية بشكل مطلق، وترك الأمر للمنافسة بين المعنيين". انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص205-207.

2- كتب "ديموج" أن العقد في النهاية أداة للتعاون الصادق بين الطرفين، وهو ما يظهر أثره ولو جزئيا على واضعى القانون الفرنسي، حيث تغيرت ولو قليلا الأبعاد الخاصة به، سواء على مستوى مرحلة المفاوضات أو على مستوى تنفيذ العقد.  
فقد إستمر العقد في أداء الأدوار المنوطة به مُتغلبًا على ما واجهه من صعاب؛ بل أكثر من ذلك فقد شهد إزدهارا جديدا، وأقتحم مجالات عديدة لم تكن من قبل، فالعقد معيار إجتماعي على الرغم من إرتضاء الأفراد له. انظر أيمن ابراهيم العشموي، المرجع السابق، ص08-163.

## المطلب الثاني: العقد قيمة اقتصادية واجتماعية

مع كثرة الحديث في الوقت الراهن عن أزمة العقد، أو التوجه نحو مفهوم جديد للعقد، يمكن الحديث أيضا بالمقابل عن بقاء العقد وأستمراره، لما له من أهمية ومزايا لا نستطيع إنكارها، فهو من الأدوات الضرورية، التي لا غنى عنها وخاصة إذا تم تنظيمه بعناية، تنظيما يحقق المقصود منه (الفرع الأول).

ما أدى إلى بروز أفكار جديدة تتعلق بالنظام التعاقدى الجماعي، والإتجاه نحو إضفاء الطابع أو السمة الإجتماعية على العقود (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: العقد قيمة الإقتصادية

تتجه النزعة الحديثة إلى تَجَاوُزِ النظرة التقليدية، والتي كان يَنْظُرُ فيها المشرع للعقد نَظْرَةً ذاتية، أي من وجهة نظر الأشخاص الذين أبرموه، والذين يلتزمون بتنفيذه، فالتوجه الإرادى (الجديد) يَطْمَحُ في هذا الباب إلى تحقيق قيم اقتصادية مُعْتَبَرَة (أولا).

فلقد تغير المفهوم التعاقدى القائم بصفة أساسية على توافق الإرادتين، والتي تتمتع كُلٌّ مِنْهُمَا بالحرية المطلقة والمتطرفة، بل ضُيِّطَ بِشَكْلِ مُسْتَقِلٍّ، وإن نُظِرَ إليه من الزاوية الفردية (ثانيا).

### أولا: العقد أداة تداول الثروات وآلية النشاط الإقتصادي

على الرغم من الجدل الشديد والشكوك الدائرة حول بقاء وفاعلية النظرية العامة للعقد، تبقى تَنْطَوِي على مزايا عديدة تُبْرِرُ بقاءها، وضرورة التمسك بها<sup>1</sup>؛ ما أدى إلى الحديث عن ما عُرفَ " بالإزدهار الحديث للمفهوم العقدي"، أو عن " الإزدهار الجديد للمفهوم العقدي"، وفقاً لتعبير كلاً من "جوسران" و"فاسير"<sup>2</sup>.

#### 1- من الناحية العملية

العقد يكاد يكون الأداة الوحيدة لتداول الثروات، وأحد الآليات الرئيسية للنشاط الإقتصادي، ويؤكد الواقع العملي أن ما ينشئه العقد بمفرده من التزامات يفوق بكثير ما تنشئه مصادر الإلتزام الأخرى مجتمعة.

1- انظر علي فيلالي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 56-60  
2- انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 141 وما بعدها.

كما تَسْمَحُ هذه الأداة للأفراد، ولفاعلي الحياة الاقتصادية عموماً بالتكيف وبأقصى درجة من الفاعلية مع الحاجات والضرورات المتغيرة دوماً، ويكفي أن ننظر في هذا الصدد إلى العقود التي يفرزها عالم الأعمال والتجارة، والتي تُعدُّ بطريقتهم مبتكرة لكي تتلائم بطريقة فعالة قدر الإمكان مع ضرورات الحياة الاقتصادية.

فما هو ثابتٌ هو أن الإرادة بقيت أساساً للإلتزام العقدي، وإن برزت إنتقادات تُرْفُض ذلك، والتدرج الذي ظَهَرَ في تقييد هذا المبدأ ذاته، قد تمَّ تبعاً للأسس التي يَنبَنِي عليها المجتمع السياسي والاقتصادي؛ فتأثير الأسس الاجتماعية والاقتصادية على مبدأ الإرادة، يفوق تأثير المبدأ على هذه الأسس<sup>1</sup>.

## 2- من الناحية النفسية أو التحليلية

الطريق التعاقدية ينطوي على مزايا واضحة، فما يقبل به المرء طواعية واختياراً كان أكثر حرصاً على احترامه وتنفيذه، وتحت تأثير الظروف الاقتصادية تغيرت النظرة للعقد؛ حيث صار ينظر إليه بإعتباره كيان مستقل ومنفصل عن الأشخاص الذين أبرموه؛ ما أدى الي ظهور التكتلات والمجموعات العقدية، والتي غيرت كثيراً من المفهوم التقليدي لفكرة العقد<sup>2</sup>.

فمهما يكن مستقبل الأنظمة السياسية والاجتماعية، فإن العقد سيبقى ويستمر، رغم احتمالات التحوُّل والتغيُّر التي يُمكن أن تطرأ عليه، وحاصل القول أن العقد نظام فُذَّ وعمالق من أنظمة القانون؛ بل هو بَعْدَ القانون نفسه أهم الأنظمة التي تَسْتَبِلُّ بظله<sup>3</sup>.

فالعقد يلعب الدور الأساسي الكبير في دُنْيَا المال والأعمال بين الناس، وهو أكثر أنظمة القانون شُيُوعاً في حياتهم<sup>4</sup>، ذلك أن الفرد منا في حياته العادية يُبرمُ في اليوم الواحد العديد من العقود مرات ومرات.

1- انظر سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص93.

2- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص180.

3- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص183.

4- تطبع الظروف الاقتصادية القانون بآثار بعيدة لا يمكن إنكارها، بل إن الجزء الأكبر من القواعد القانونية إنما يتجه لإعطاء حلول لمشاكل ذات طابع اقتصادي، كما أن ضرورات الإنتاج والتوزيع تقتضي إبرام العقود، وضرورات الإستقرار في التعامل وما يولده من ثقة في نفوس المتعاقدين تقتضي أن يلزمَ العاقد بتعاقده، وذلك سواء في القطاع الخاص أو في القطاع العام، وفي علاقات المشروعات العامة فيما بينها، ولذلك بقي هذا المبدأ (مبدأ الإرادة) أساسياً في جميع النظم القانونية، حتى تلك التي يقوم اقتصادها على التأميم الشامل. انظر حازم الببلاوي، المرجع السابق، ص106.

## ثانياً: ضبط المضمون الإرادي للعقود

يُعتبرُ العقد النظام القانوني الرئيسي، الذي يعملُ على توفير الحماية القانونية للمعاملات وحسن استقرارها، ولذلك فإن الدولة تتدخل لوضع نظامٍ قانوني سليم، يحمي الحقوق ويضمنُ العقود، ويتجسد هذا الهدف على الوجه المأمول بإقامة نظام قضائي فعال.

فالواقع يُبين الانتشار الواسع لنماذج جديدة غير مألوفة من العقود، وقد كان هذا الأمر محلَّ أخذٍ ورَدٍ كبيرين، وذلك وفق طرحٍ يدورُ حول "تراجع أم إزدهار"<sup>1</sup>؛ واستقر الحال على أن ذلك أدى إلى إزدهار للمفهوم العقدي، ولو بغير الصورة التي دعى إليها دُعاةُ سلطان الإرادة. فالمفهوم الصحيح لفكرة العقد يرتكزُ على جانبين<sup>2</sup>، يتمثل الجانب الأول في أن العقد عملٌ قانوني إرادي، والإرادة هي التي تظهر عند إنشائه؛ على الرغم من وجود إستثناءات تؤخذ بعين الإعتبار، كذلك ضرورة وجود سبب مشروع للتصرف، فلا تكفي الإرادة ذاتها، كما تتوقف الإرادة على مراعاة مقتضات العدالة وحسن النية...

أما الجانب الثاني فالعقد واقعة اجتماعية، ولذلك قد تكون للتعبير عن الإرادة نتائج قانونية بوصفه واقعة موضوعية، بصرف النظر عن محتواه الذاتي الحقيقي، فيلتزم المتعاقد بالعقد بالرغم من أن إرادته معيبة لمجرد أنه عبرَ عنها.

كما أن العقد بوصفه واقعة اجتماعية موضوعية يُمكنُ الإحتجاج به في مواجهة الغير، مع أن الأصل أن لا يرتب آثار إلا بالنسبة لعاقديه، وهكذا يصبح القانون أداة رئيسية في الإدارة الاقتصادية، فالعقد هو الوسيلة القانونية الأساسية التي تقوم عليها كل النشاطات الاقتصادية حيث يسود نظام السوق، وحيث تباشر النشاطات مدفوعة بتحقيق المصلحة الخاصة<sup>3</sup>؛ وهو يقوم بدوره هذا عن طريق قانون العقد من ناحية، وعن طريق حماية وتنظيم الحقوق المالية من ناحية أخرى<sup>4</sup>.

---

1- فازدهر بذلك العقد بشكل واضح وبصفة خاصة في القانون المدني، والذي تميز بنزعة استقلالية أستخدم فيها الفن القانوني والصياغة العقدية شيئاً فشيئاً من أجل التعبير عن بعض الإلتزامات أو تبرير بعضها الآخر، كالإلتزام بالسلامة الذي استخلصه القضاء في كثير من العقود، مع الانتشار الواسع لعقود التأمين والنقل والإستهلاك. انظر أيمن ابراهيم العشاوي، المرجع السابق، صص 184-189.

2- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، صص 255-256.

3- يسود الاعتقاد بان هذه الوحدات وهي في سبيلها لتحقيق صالحها الخاص تحقق في نفس الوقت المصلحة العامة، كما يتحقق التوازن من خلال جهاز السوق. انظر حازم الببلاوي، المرجع السابق، صص 107.

4- انظر محمد وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني، المرجع السابق، صص 117.

يُستخلص مما سبق أنه لكي نصل إلى موضوعية الإرادة التعاقدية يتوجب ضرورة التوازن ما بين التدخل أو التوجيه وبين الإفراط في الحرية، فالمجتمع لا يمكنه الإستمرار دون حد أدنى من القيم والمبادئ، وهنا يقع على عاتق الدولة تحديد النواهي والمحظورات، والعمل على مراعاتها وضرورة الإلتزام بها، وعدم مجاوزتها.

بالمقابل فإنه عندما يتعلق الأمر بتنظيم العلاقات الاقتصادية فإن الحل لا يكون في التدخل المفرط من جانب المشرع في هذه العلاقات، وإنما بالتدخل المتوازن، وبالحدود التي تتطلبها مقتضيات الحاجة الإجتماعية.

إن المعيار الذاتي الذي يقوم على الإفراط في فكرة سلطان الإرادة والحرية الفردية الخالصة، وهي عوامل ترفع من شأن القصد والنية، يعد معيارا فيه من التطرف الشيء الكثير لأنه يهدف إلى الوصول إلى الحقيقة الذاتية للسلوك محل التقويم لا إلى الحقيقة الإجتماعية<sup>1</sup>.

بالمقابل يعتبر القول بخلاف مبدأ سلطان الإرادة، وأن القانون هو المصدر الحقيقي للإلتزامات التعاقدية، وأن إتفاق إرادة المتعاقدين هو شرط فقط لتطبيق القانون على العلاقة بين الأفراد، وتحديد مضمون حقوق كل طرف والتزاماته، يعد إهدارا لأحد المبادئ الراسخة في نظرية العقد أو وفق ما يُصطلح عليه حديثا بقانون العقود.

فمن الأهمية بمكان الإستناد إلى مرجعية أساسية تقوم عليها فكرة تجديد نظرية العقد، والتي تتعلق بفكرة إستقلالية قانون العقود كأثر ناتج عن إستقلال الإرادة وسلطانها، فتنامي العقود وتطورها لا يتناسب والمغالاة في تقديس الإرادة، الأمر الذي أثر على مصادر العقود وأولوياتها وأهدافها، فالتحديد الإفرادي للسعر أصبح إطارا جد ثري للعديد من الإلتزامات<sup>2</sup>.

كما لم يبق الأمر على حاله، لأنها إقتحمت إطار العلاقات غير المتكافئة أو علاقة التبعية الاقتصادية.... وغيرها، لتخرج قواعد أخرى تتعلق بحرية الأسعار، وتلتها مباشرة، حماية أحد المتعاقدين من أي تعسف إرادي في إطار الممارسات غير النزيهة للتجارة، أو الإلمام بحالة من الحالات الإستثنائية التي تؤثر على التوازن الإقتصادي<sup>3</sup>.

1- انظر منذر الشاوي، المرجع السابق، ص168.

2- كما هو الشأن بالنسبة لقاعدة تقدير الثمن في عقد البيع، المنبثقة عن قانون العقود، وتقدير حرية التعاقد إزاءها بشأن الإتفاق عليه، كما يتم تجنب خطر البطلان عن طريق اللجوء إلى السعر المتداول والمتعامل به. انظر المواد 356-357 مدني.

3- كما هو الحال في مسألة إعادة التفاوض على السعر، ولو بالنسبة للعقود العامة (القانون العام) في مجال الصفقات. انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص61. إشارة إلى القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والقانون 03-03 والمعدل بالقانون 08-12 المتعلق بالمنافسة، لاسيما المواد 4،6،7،11،12 منه.

## الفرع الثاني: السمة الاجتماعية للعقد

لم يظل العقد ذلك الكيان الذي يقومُ بصفة أساسية على أنه اتفاق بين إرادتين - تتمتع كُلُّ منهما بالحرية المطلقة وحتى المتطرفة في بعض الأحيان - بل ضُبطَ بِشَكْلِ مُسْتَقَلٍّ، يُنظَرُ فيه إلى الزاوية الفردية بالتوازي مع السمة الاجتماعية (أولاً).

فبالرغم من بقاء مظاهر سلطان الإرادة، إلا أن تحوُّل العقد إلى عملٍ إجتماعي، يجعلُ من المبادئ التي قام عليها غير ملائمة وصالحة، ويتعيَّنُ عَدَمُ الأخذِ بِهَا بِالْحِدَّةِ التي عُرفَت من قبل (ثانياً).

### أولاً: نُظْمُ التعاقد الجماعي

إذا كان الحل الذي دَعَى إليه أنصار التدخل في المجال التعاقدية يتمثل في تدخل المشرع في ميدان العقود- والذي قد يكون واجباً تفرضه عليه الضرورات في كثير من الأحيان -، فإنه يجب عليه كذلك أن يتدخل بالقدر وبالشكل اللازمين، لتنظيم المعاملات وإقامة التوازن، حتى يظل الأفراد محتفظين بحريتهم في التعاقد، وبالحدود المعقولة النافعة لهم جميعاً، دون أن يستغل بعضهم بعضاً.

الأمر الذي أدى إلى بروز الأفكار التي تتعلق بالنظام التعاقدية الجماعي، ومن ثم الإتجاه نحو إضفاء الطابع أو السمة الاجتماعية على العقد<sup>1</sup>، فسلطان الإرادة لم يعد مطلقاً بل وردت عليه قيود لا بد من الوقوف عليها، لكي يتضح المدى الحقيقي للدور الذي تقوم به الإرادة.

لذلك كان لزاماً على المشرع معالجة القصور الذي أفرزه الواقع في البناء القانوني للعقد، وهو ما أبان عنه من خلال إصدار قوانين، كتلك المتعلقة بحماية المستهلك التي تضمنت أحكاماً عُدَّت ثورة على مبدأ إستقلال الإرادة، فتضمنت أحكاماً حَوَّلَ بموجبها المشرع للمستهلك حق الرجوع عن التعاقد.

فالغرض العام على سبيل المثال هو حماية المستهلكين من تجاوزات أو استغلال القوى الاقتصادية المختلفة؛ إلا أنه قد يؤدي ذلك إلى حرمان المستهلك بهذه النصوص الخاصة من ميزة الحماية التي توفرها له القواعد العامة، والمقررة في نظرية الإلتزام بوجه عام<sup>2</sup>.

1- انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص 10-02.

2- انظر أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 212-210.

إن نظام الاقتصاد المُوجّه وسياسة التدخل من جانب الدولة يؤدي إلى بعض النتائج الفاسدة، كما عجز عن تحقيق الأغراض التي نشأ من أجلها<sup>1</sup>، حيث يؤدي الإفراط في حماية بعض الفئات إلى نتائج عكسية أحيانا، ضد مصلحة المستفيدين المباشرين من هذه الحماية، وغالبا ما تتولد عنه نتائج غير مرغوب فيها.

فالإسراف في حماية المستأجرين يُضعف من الإستثمار الإيجاري؛ والإسراف في حماية فئة من العمال قد يُضعف من تشغيل هذه الفئة، وبذلك تزداد حدة البطالة، ويتحول الأمر إلى درجة الإضرار بهؤلاء الذين أراد قانون العمل العمل على إسعادهم.

فالتدخل التشريعي لإسباغ الحماية على بعض أطراف التعاقد لا يحقق المقصود منه، وإنما يؤدي إلى عكس هذا المقصود<sup>2</sup>، وهنا نجد أنفسنا أمام أخذ ورد، فالطرح ينتقل من تجاوز إلى تجاوز آخر، فالتحليل يستند إلى رؤية مادية للإنسان والمجتمع؛ فمسألة تنظيم العلاقات الإقتصادية " الرخاء والرواج الإقتصادي".

إلا أن دور الدولة يبقى ضروري في التدخل، إذا كان هدفه فرض منطق آخر أو مصلحة عامة، أعلى مقاما وأرفع منزلة من مجرد المصلحة الإقتصادية<sup>3</sup>.

لحل الإشكالات المطروحة تُفضل بعض التشريعات وجود قوانين خاصة، وهو طرح يبدو غير سليم، فكان من الأفضل سدّ ثغرات القانون الأول(النظرية العامة)، وتدعيمه كي يكون قادرا على مواجهة التغيرات الجديدة بدلا من تجاوز القانون بمثل هكذا قوانين<sup>4</sup>.

إلا أن الواقع الحالي يبقى ما سبق في دائرة الأمانى- التي تهدف إلى إحداث تغيير جوهري في فكرة العقد دون أن تدخل دائرة التنفيذ-، فما زالت النظرية العامة للعقد جامدة كما هي، وبعيدة تماما عن روح العصر الذى نعيش فيه<sup>5</sup>.

---

1- Terré (F), simler (ph), et lequette (y),op.Cit.p 35.

2- انظر محمد أحمد سراج،المرجع السابق،ص86.

3- انظر أيمن ابراهيم العشماوي،المرجع السابق،ص160.

- CALAIS –AULOY(J), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, 4 Rev.trim.dr civ.1994, p 239.

5- انظر أيمن ابراهيم العشماوي،المرجع نفسه، ص171. إشارة إلى:

-Terré (F), simler (ph), et lequette (y),op.Cit.p36

## ثانياً: ملأمة التوجه الإرادي مع الإعتبارات الإجتماعية

هناك من يرى أن الدور الإرادي في المجال التعاقدى لم يختفى، ولكنه تلامم مع المفهوم الموضوعي للقانون الحديث، ما أدى كذلك إلى القول بموضوعية الإرادة بدل سلطان الإرادة، فُحافظُ بذلك على الأساس الإرادي مع إعطائه مفهوماً نسبياً، يُخضعه للتنظيم الموضوعي القانوني<sup>1</sup>.

إن البحث في هذا المجال لا يُقصدُ به تَبني أيّا من النزعتين الفردية أو الجماعية بصورة مستقلة، بل هو البحث للتوفيق ما بين حقوق الفرد والجماعة على حدٍ سواء، فالواجب من خلال ما آلت إليه الأوضاع هو ضرورة الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي، لأن كليهما مُتطَرِّفٌ في توجهاته؛ إذ ينتهي المذهب الفردي إلى تقديس الفرد وحرّيته، فيتحكم بذلك أفراد في آخرين لِمَا لهم من غلبة اقتصادية واجتماعية<sup>2</sup>.

بينما ينتهي المذهب الاجتماعي بمنطقه إلى تقديس الجماعة ومصحتها، وهو ما يؤدي إلى تحكّم الدولة واستبدالها بحريات الأفراد وإهدار مصالحهم، ما يقضي على الدافع الشخصي لديهم، وهكذا وعندما تغيرت هذه الظروف وظهرت هذه المذاهب الاجتماعية نظر الفقه الوضعي مرة أخرى إلى دور الإرادة من خلال الردّ على المذهب السابق.

من أجل ذلك وجب الجمع بين إجابيات أفكار المذاهب بما يحقق التوازن بين طبيعة الإنسان الفردية وطبيعته الاجتماعية، وبطبيعة الحال تَجَنَّب ما وُجِّه لها من انتقادات، مما يُتِيح الوصول إلى الموضوعية إتباعاً لهذا المسلك المعتدل.

فَعَجَزُ كِلَا المذهبين الفردي والاجتماعي عن إدراك غاية القانون يرجع لتركيزهما على حقيقة واحدة هي الفرد أو المجتمع؛ وأمام سعي القانون إلى تحقيق الغايات السابقة قد يُرَجِّح مصلحة على أخرى، إلا أنه لا يمكن بحال من الأحوال إهدار حرية التعاقد، فإتجاه المشرع إلى تحقيق الخير العام لا بُدَّ أن يُرافقه تدخل من المشرع<sup>3</sup>.

1-Ghestin (J), la notion de contrat, Dalloz, 1990, P 48.

2- تراوح مجال ودور المشرع (الدولة) بين التوفيق بين مصلحة الفرد والجماعة، وبين تغليب إحداها على الأخرى أحياناً. انظر أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 51-52.

3- وورد في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن: " القانون لم ينجح إلى الغلو والانحراف إلى جانب إتجاه اجتماعي أو أن ينحاز إلى مذهب معين، بل وفق إلى حد بعيد بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة، وجعل من العدالة والخير مذهب الأسمى". المذكرات الإيضاحية للقانون المدني، ج 1، ص 27، نقلاً عن محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 115-117.

إن هذه الإتجاهات الفقهية المتناقضة في نظرتها إلى الإرادة ودورها ما كانت لتتناقض لو أنها إستندت إلى أصول تشريعية ثابتة، وقادرة على إستيعاب المتغيرات الإجتماعية المتعاقبة، فثبات الأصول لا يتناقض بحال من الأحوال مع مرونة التشريع وقابليته للتطور، وعليه فالإرادة القانونية يجب ألا تخرج عن هذا الإطار أو تتعارض معه، ومن أجل بقاء الإرادة ضمن هذا الإطار لا بُد من ربطها بأصول ثابتة.

هذه الأصول التي نجدها مُتَجَدِّرة في الدين الإسلامي، الذي جمع بين الغايتين، فالفقه الإسلامي يقيم الفكرة على أسس متوازنة فيها من المرونة ما يتسع لمُتطلبات التطور الاجتماعي، فلا مغالاة في إعطاء الإرادة كامل الحرية، وبالمقابل لا يُنْتَقَصُ من شأنها. السبب في ذلك يرجع ببساطة إلى أن هذا الفقه يستمد أحكامه من أصول ثابتة لا تتغير بتغيير الزمان والمكان، على خلاف المذاهب الوضعية السابقة، والتي جاءت كنتيجة وَرَدِ فِعْلٍ على ظروف مذاهب اجتماعية سادت في فترة زمنية معينة<sup>1</sup>.

فالفقه الإسلامي يَمْنَحُ للإرادة دورها المتوازن، ولا غَرَابَةَ في ذلك وهو الذي يَعْتَرَفُ بالإرادة المنفردة، ويجعل منها مصدرا من مصادر الإلتزام، يُسْتَدَلُّ على ذلك بلاِسْتِنَادٍ إلى قوله تعالى في سورة يوسف: ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾<sup>2</sup>.

إن الحرية الإقتصادية التي تَعْتَبَرُ حرية التعاقد أدواتها القانونية، وتنادى بها القوانين الوضعية قد تؤدي إلى الإضطراب والفوضى، وليس صحيحا القول بأن الإرادة الحرة للطرفين تؤدي دائما إلى قيام علاقات إجتماعية أكثر نفعا.

ذلك أن الأفراد يتجهون طبيعيا نحو الأنشطة الأكثر ربحًا، والتي قد لا تكون بالضرورة الأكثر نفعًا، مع عدم إنكار أن المصلحة الشخصية هي العامل المحرك للنشاط الإقتصادي، بالمقابل فإن توجيه الإقتصاد في الوقت الحالي ضرورة حتمية لا يمكن الإستغناء عنها بحال من الأحوال، لأن المفهوم الحديث للدولة يُحْتَمُّ أن يكون لها دور في إدارة الإقتصاد وتوجيهه على نطاق واسع، وهو ما قد لا يتحقق إلا على حساب الحرية العقدية<sup>3</sup>.

1- انظر محمد بني ياس، المرجع السابق، ص 164.

2- الآية 72 سورة يوسف، ففي هذه الآية الكريمة تطبيق جاءت به القوانين الحديثة ومنها القانون المدني الجزائري، والمتمثلة في الوعد بجائزة، المادة 115 مدني (الملغاة بموجب القانون 10/05). انظر محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، طبعة 1992.

3- الإرادة المنفردة مصدر من مصادر الإلتزام، وبالأولى إعطاء الإرادة دورها وأهميتها في مجال العقود دون حاجة إلى بناء نظرية على أسس فلسفية أو اقتصادية أو اجتماعية. انظر محمد بني ياس، المرجع السابق، ص 111-164.

فمع أن الإقتصاد المُوجّه لا يتم إلا على حساب سلطان الإرادة، إلا أنه لا يهدف إلى إستبعاد الإرادة بوصفها عنصرا في العقود، ولكن إلى توجيهها بطريقة سليمة، بحيث لا تتحول إلى فوضى تؤدي إلى الظلم أو التعسف.

فقيمة الإلتزام التعاقدية تأتي من القانون الذي يَضَع الإطار ويرسُم الحدود التي تنشأ بداخلها العقود، وبذلك لم تعد الإرادة هي العنصر الوحيد في إنشاء العقد، بل زاحمها القانون في ذلك، إذ لا بُد أن تقوم إلى جوارها عناصر أخرى لا تقل عنها أهمية كإعتبارات العدالة، وحسن النية والسلام الإجتماعي، مع ضرورة توافر عناصر الثبات والإستقرار والثقة، وعليه أضحت العقود تفقد بإستمرار عناصرها الشخصية، وتظهر بدلها عناصر جديدة موضوعية، ومن ثم صارت (العقود) تقترب من فكرة النظم<sup>1</sup>.

يمكن القول أنه ومع إختلاف الفقهاء في التفرقة بين التصرف القانوني بوصفه عملا إراديا والواقعة القانونية التي هي أمر موضوعي بَحْتٌ، تَبَقَى العقود ترتبط في وجودها بالنظم الإجتماعية، التي تُعَبِّرُ عن الحاجات والضرورات الإجتماعية المختلفة وتحددها، تاركة مساحة صغيرة أو كبيرة للحرية<sup>2</sup>.

إن دراسة وضعية العقد المُعاصرة تُبَيِّنُ ذلك التَغْيِرُ المنهجي والموضوعي والشكلي، وهذا الواقع لم يَكُنْ تَغْيِيرًا للإلغاء والإنقلاب على الأوضاع القائمة، بقدر ما كان تجديدا لروح العلاقات التعاقدية، حتى أن أثرها إمتد إلى الأحكام الكلاسيكية، وأدخلها في تنافس قاعدي أبرز مَكَنَّةَ الخِيَارِ لدى المتعاقدين والغير.

لكن على تَعَدُّ مصادر هذا التنافس ومَرَجِيَّاتِهِ، أصبح يُنظَرُ للعقد في نطاقه الشخصي، من مُنطَلَق قيام علاقة بين أطراف معنية بالعقد (متعاقدين أصلا، مشرع، وقاضي)، بدلا من إحتكار حصري للمتعاقدين بالدرجة الأولى، وترك الباقي في المستوى الثاني، حيث أصبح هؤلاء في وَصْلٍ مُمتَدِّ، تتجانس فيه أدوار كل واحد منها، لهدف واحد، حتى ولو إختلفت المعايير والوسائل<sup>3</sup>.

1- انظر محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص248.

2- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص96.

3- الغاية في ذلك تحقيق الأمن القانوني للعقود، ويظهر ذلك في إستقرار قانون العقود، في جانب ثان، يمكن تصور ذلك الإتساع الموضوعي والمنهجي الذي آل إليه حُكْمُ المادة 106 مدني على ضوء تدخل عوامل جديدة، فالعقد ليس قانونا إراديا فقط، جاء بشكل مشروع قانوني، وإنما إقحام (الإرادة القانونية) أكثر فأكثر هو ما راح يفرض نفسه بشكل تجاوز " فنة الإلتزامات الأساسية، لأنه يتعلق هذه المرة بإلتزامات مُرتَضَاة بشكل "خاص"، وهو ما نجده في الإلتزام بالضمآن (خارج إطار القانون المدني)، والإلتزام بالسرية، والإلتزام بالتوريد، وغيرها. انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص65.

## المبحث الثاني: مقتضيات ومظاهر إعادة بعث دور الإرادة

أدى إزدياد وتعقد حاجات الأفراد الاقتصادية والاجتماعية - لا سيما في ظل إقتصاد السوق وما أفرزته ثورة الاتصالات والتكنولوجيات الحديثة، إضافة إلى ما أفرزته العولمة من تحديات، وما صاحبها من آثار- إلى الدفع نحو التوجه إلى إعادة الإعتبار وبعث الطابع التعاقدى لبعض العلاقات القانونية التي تتناسب وهذه المقتضيات (المطلب الأول).

فبالنظر في القانون المدني وحتى في بعض القوانين الأخرى نجد أن تأثيراً طرأ على بعض أحكامها بسبب التطور والتجدد، ونستعرض في هذا المطلب صوراً من ذلك، يتبين من خلالها مظاهر لإعادة الإعتبار لدور الإرادة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مقتضيات ومبررات إعادة الإعتبار للإرادة

تحتكر الاقتصاديات الكبرى السوق، لا سيما بعد ظهور تكنولوجيا المعلومات، من خلال تطبيقات المعرفة العلمية والتقنية في معالجة المعلومات (انتاج، صياغة وتخزين، واسترجاع بالطرق العلمية)، الأمر الذي إنعكس بالضرورة على نُظم التعاقد التقليدية (الفرع الأول).  
فالقوانين في جوانب كبيرة منها هي ترجمة للظواهر الاجتماعية والاقتصادية المُتقلّبة، فمن النزعة الجماعية إلى تَبَيُّن نظام إقتصاد السوق، وما نجم عنه من مستجدات (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: إستقرار مبدأ الارادة

أثر التوجه الإقتصادي على النظام القانوني سواء من حيث آليات التشريع أو من حيث الغايات، وهو الأمر الذي إنعكس بالضرورة على الإرادة القانونية (أولاً)، حيث دفعت هذه المتغيرات النظام القانوني نحو الفردية القانونية، من خلال بُرُوز حرية المنافسة، وتحرير المجال أمام الأفراد (ثانياً).

#### أولاً: إنعكاسات التحولات على الإرادة

إن الإرادة من أهم المصطلحات التي يجب فهمها وتَبَيُّان دورها وأهميتها في الوقت الحاضر، فالإنسان يعيش اليوم في عصر إزدياد الطلب على السلع والخدمات وتحسن وسائل الإنتاج، فقد كان لجوانب من إنفجار ثورة علوم الإتصالات وتطور التكنولوجيا بالغ الأثر على العقود بإعتبارها أداة فعالة للتعاملات المالية، وهو ما أثر وأنعكس على الإرادة إذ لم تعد حمايتها بالأمر السهل، فهي تتعرض اليوم لمؤثرات كثيرة، لا سيما من خلال رواج السوق الإلكترونية<sup>1</sup>.

1- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص420.

إلا أنه وعلى الرغم من كل المؤثرات السابقة تبقى الإرادة فاعلة ومؤثرة في المجال التعاقدى، وفي هذا السياق ترى الأستاذة فريدة محمدي : " أنه لا يمكن للتطور القانوني مَهْمَا بلغت ذروته أن يؤدي إلى إلغاء دور الإرادة في مجال التعاقد"<sup>1</sup>.

ففي ظل توجهات إقتصاد السوق أخذ دور الإرادة مكانة مُتقدِّمة، فقد تَجَلَّتْ مَلامِحُ الفردية القانونية من خلال إزالة القُيود المفروضة على إرادة الأفراد، وكذا إعادة الإعتبار لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مع تكريس إعتبارات العدالة الإجتماعية و إعتبارات تحقيق الإستقرار القانوني.

فهذه المُتغيّرات دفعت بالنظام القانوني نحو سُمُو التوجه الإرادى بما تعنيه من إعتبار لمكانة الإرادة في المجال العقدي، وعلى ذلك أصبحت الغاية من القانون هي حماية النشاط الفردي وتحقيق الإستقرار الإقتصادي<sup>2</sup>.

فالإتجاهات الحديثة جاءت حقيقة مشبعة بروح العدالة ومحاربة التعسف في إستعمال الحق، ومساندة الطرف الضعيف...- وذلك بعد أن تغلب في الحق طابع الخدمة الاجتماععة على طابع المنفعة الفردية، وساد مبدأ التضامن الاجتماعى -، وبالمقابل تهدف غاية القانون إلى حماية الفرد وإعطائه حريته في التمتع بحقوقه، وإجبار الغير على احترامها؛ وما هذا إلا عودة إلى نظرة المذهب الفردي وإن كان بصورة مُلطفة وغير متطرفة.

يمكن تلمس ذلك في تطبيقات عدّة، كإلغاء الإمتداد القانوني لعقد الإيجار<sup>3</sup>، كما يُعتَبَر الغرض من وقف تنفيذ العقد صورة من صور المحافظة عليه، ومن ثم الحرص التام على استمراره واستقرار المعاملات بين طرفيه، بغية تفادي اللجوء إلى نظام الفسخ، ذلك الجزاء الخطير الذي يؤدي إلى إفساد العلاقة بين المتعاقدان<sup>4</sup>، أو بغية تفادي اللجوء إلى نظام الإنفاسخ الذي يؤدي هو الآخر إلى القضاء على العلاقة التعاقدية، لهذا فقد تدخل القانون بما مَنَحَهُ للقاضي من سلطة تقديرية في منح المدين أجلا للوفاء<sup>5</sup>.

1- انظر فريدة محمدي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص01.

2- انظر جميل محمد بني ياس، المرجع السابق، صص126-145.

3- انظر المادة 469 مكرر 02، والتي استحدثها المشرع مؤخرا بموجب تعديل سنة 2007 " لا ينتقل الإيجار إلى الورثة..."

4- انظر المادة 119 فقرة 01 مدني.

5- انظر المادة 119 فقرة 02 مدني.

## ثانياً: الحرية التعاقدية حقيقة قائمة

حرية التعاقد لا تزال واقعا قائما بمدلولها ومفهوما الذي قد يختلف عن مثيلها الذي جاء عند سن القانون المدني، وحتى في النصوص الخاصة بقانون العمل... فعلى الرغم مما قيلَ حولها إلا أنها تبقى حقيقة قائمة، فكثرة التعديلات والتدخلات التي تعرضت لها الإرادة، والتي جعلت الكثير يتساءلون عن موقعها في مجال العقود عموماً، وفي بعضها تحديداً كعقد العمل مثلاً، إلى أن وصل الأمر حدَّ التشكيك في مدلولها، بكونها التعبير الصادق عن إرادة أطرافها أم إرادة المشرع، لا تعدوا أن تكون اليوم مجرد نظريات من الماضي<sup>1</sup>. فالإلغاء البعد الإرادي في المجال التعاقدية فيه مبالغة كبيرة وعدم إلمام بروح هذا التشريع، فالإرادة تبقى فيه مصدر الإلتزام، وفي اللحظة التي تلتزم يكون الإلتزام التعاقدية قد نشأ بغض النظر عن القيود ومصدرها القانوني؛ وما عملية التوجيه التعاقدية للإرادة في بعض العقود إلا نتيجة للعيوب التي إعترت المساواة الاقتصادية والاجتماعية في هذا العقد، كما كانت نتيجة للتطورات والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المجتمع<sup>2</sup>. الأمر الذي أدى إلى بروز النظام العام الحمائي، وتطبيق الشرط الأصلح للعامل (الطرف الضعيف) الذي لطفَ بشكل كبير من مفهوم الإذعان الاجتماعي، لاسيما من حيث جواز الإلتفاق على ما يُغايِر القواعد الأمرة إذا كان هذا الإلتفاق أصلح له. يقول في هذا الشأن الأستاذ **عبد الحي حجازي**: أن في هذا القول شئ من المبالغة إذ لا يزال للإرادة في عقد العمل الجماعي دور تُوديه، وإن كان دوراً صغيراً جداً، فالعامل يستطيع أن يترك العمل إذا لم يرد الخضوع لذلك العقد، وهذه الحرية الضئيلة لا توجد في العقد الجبري<sup>3</sup>. كما يرى الأستاذ **محمد عرفان الخطيب** أن حرية الإرادة أو الحرية التعاقدية في تشريع العمل حقيقة تبحث خصوصيتها<sup>4</sup>.

1- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص271

2- انظر محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص32.

3- انظر عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص271 هامش 15.

4- انظر محمد عرفان الخطيب، المرجع نفسه، ص32.

إن القيود السابقة والتي فرضتها العوامل الاقتصادية والاجتماعية المُستجدة لا ترمي في الحقيقة إلى إهدار فعالية النظرية بقدر ما تُرومُ (تهدف) إلى صيانتها، من خلال تكيفها وملائمتها مع التقلبات والتغيرات.

**فالتبعية** التي يدينُ بها قانونا المدني في جوانب عدّة منه - وهذا حال جُل التشريعات العربية - للقانون المدني الفرنسي جعلَ منه قانون لا يُسائر واقع المجتمع؛ ما أدى إلى الإقتصار على توجيه الجهود الفقهية والقضائية نحو العمل على تطبيقه بدلا من العمل على إبراز واقع تشريعنا من أجل تغييره نحو الأحسن<sup>1</sup>.

لقد أدت هذه المعطيات والظروف الخارجية، والتي فرضت نفسها على المتعاقدين، وعلى المشرع ومن خلاله القاضي إلى إعادة النظر في دور ومكانة الإرادة، فالخشية من تحكّم القاضي في مصير العقد لا يكفي ولا يُبَرِّر إنصراف المشرع عن إقرار فكرة السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مسألة تحمّل التبعة، لأن رفع الظلم أسمى ما تهدف إليه رسالة القضاء<sup>2</sup>.

إن بعث دور الإرادة في المجال التعاقدى فرضته التحولات الاقتصادية والاجتماعية، والقانون كما سبق بيانه ظاهرة وسمّة اجتماعية تنشأ من واقع المجتمع وتنعكس عليه، لذا وجب الإقرار بالمعطيات الجديدة، وإن كانت صعبة التقبل<sup>3</sup>.

فليس من اليسير على واضعي القانون المدني، ولا من كان يتبنّى التصور الإرادي على إطلاقه، تصور وقبول أن التصرف الذي تنشئه الإرادات الحرة صار يتوقف على مراعاة اعتبارات إقتضتها المؤثرات الاجتماعية والاقتصادية وحتى الثقافية<sup>4</sup>.

---

1- إن هذا الطرح يكاد يكون محل إجماع لا سيما على مستوى الفقه العربي، فالنية واحدة في النهوض بالتشريعات العربية على النحو الذي يصلح ويتلائم مع واقع مجتمعاتنا، وعاداتنا وتقاليدينا، وبطبيعة الحال مُراعاة خصوصيتنا العربية والاسلامية. انظر عرض الأسباب للقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص2، ومحمد شليح، سلطان، المرجع السابق، ص293.

2- انظر محمد صديق محمد. عيد الله، المرجع السابق، ص570-574.

3-Renaissance du phénomène contractuel, séminaire organisé à Liège les 22, 23 et 24 octobre, 1970, Université de Liège, Faculté de Droit, 1971 – 505.

- Arnold Chassagnon, Les contrats, leur origine et leur type Université de Tours, PSE - Hiver 2013.

4- إن فلسفة التشريعات الحديثة ترمي في جُلها للمحافظة على استمرارية العقد وبقائه قدر الإمكان، وهذه الفكرة لا تعني تكريس الإرادة بالضرورة، فنظرية إنقاص العقد مع استمرار العقد الصحيح فيها تعدي على الإرادة، وكذلك نظرية تحول العقد مع استمراره قد يُنخرِفُ بأعمالها عن إرادة العاقدين، وهذا كله مُبرَّر بدواعي إستقرار المعاملات، وهو الطرح الذي سار على نهجه المشرع الجزائري في المواد 104 و 105 مدني.

## الفرع الثاني: آفاق الإعراف بظهور قانون معاملات وأعمال

أفرزت التطورات والتقلبات عقوداً جديدة من طراز عالم الأعمال والتجارة، حيث ظهرت فيها السياسة التشريعية للقانون المدني على نحوٍ من التطور النوعي أكثر من الكمي، وذلك بسبب الإنفراج القانوني للنظام العقدي (أولاً)، وليس أدل على هذا أنه لا يخرج عن تجاوز النظرة التقليدية لمفهوم العقد، لأنه لم يبقَ ظاهرة مُقتَصِرة على الشريعة العامة، وإنما نُقِلَ لبيئة جدٍ ديناميكية، وأكثر تَطَلُّباً للإنتفاح (ثانياً).

### أولاً: مظاهر الفعالية والتطور النوعي في قانون العقود

عندما كان للفقهاء القانونيين نظرةً سَبَاقَةً في الكشف عن أزمة العقد في العصر الحديث، كان لهم أيضاً عناية بإبراز الوجه المُتقائل لتلك الأزمة، أو ما أُصطلح عليه بالإنفراج التشريعي، من خلال الخروج به مثلما سبق بيانه نحو "إزدهار حديث للمفهوم العقدي" على حدّ تعبير الأستاذ "Vasseur"، ولعل تلك المُرونة التي أصبحت تتميز بها النظرية العامة للعقد، تتجلى في التأثير والتكيف مع المُتغيّرات، وضرورات الحياة الإجتماعية والإقتصادية<sup>1</sup>.

إن تطور المناخ والبيئة العامة للمعاملات والمبادلات صاحبه سياسة تشريعية مُتقدّمة، وبالذات في مجالات حيوية ومخصصة، كما هو الشأن بالنسبة: لترقية الإستثمار والبيئة المؤسساتية، والتي عرفت تنظيماً قانونياً نوعياً لا كميّاً، خاصة في مجال الإستثمارات المرتبطة بالنشاطات الإقتصادية لإنتاج الأموال والخدمات<sup>2</sup>.

كما تم - على سبيل المثال - إيجادُ تشريعات جديدة تُشجّع المستثمر الخاص الوطني، بالقدر الذي يَسْمَحُ له بإمكانية تحريك رؤوس الأموال من الخارج نحو الداخل، وهو ما ظهر في جُملة النصوص التي جاءت بفضل تجذّر التغييرات المفروضة بواسطة التوجيه الإقتصادي الجديد في الجزائر، فكل هذه العوامل نهضت بالنظام القانوني لما يُعرّف بالإصلاحات، والتي جاءت خصيصاً لدعم التنمية الإقتصادية في مجالات متعددة منها<sup>3</sup>.

1- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص425.

VASSEUR (M), un nouvel essor du concept contractuel, les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, Rev.trim.dr.civ, 1964, p5 et s.

2- الأمر 01-03 المعدل والمتمم والمتعلق بترقية الإستثمار المؤرخ في 20/08/2001.

3- ما يتعلق بقانون القرض والنقد، والمرسوم المتعلق بإنشاء بورصة للقيم المالية، وكذلك الأمر المتعلق بتنمية الإستثمار، أيضاً الأمر المتعلق بخصوصية المؤسسة العمومية، وكذلك القانون المتعلق بالمنافسة، ونسمع اليوم (2016) عن النموذج الصناعي والإقتصادي الجديد في الجزائر، الذي يعمل منتدي رجال الأعمال في بلادنا على تحقيقه، بما ينعكس إجاباً على إقتصادنا؟!!

فالقاعدة ومُنذُ سن القانون المدني (1975) تدعو إلى تكريس حرية الإرادة، ومع هذا التطور الذي غطاه القانون المدني - فترة طويلة - بإعتباره الشريعة العامة، إلا أن التطورات استدعت تكميلته، وهو ما تجسد من خلال التعديلات التي عرفها، حيث اهتم المشرع في تعديل 2005 بموجب قانون 20 جوان 2005 على التركيز على أمور ذات صلة بالشريعة العامة (كالأحكام التي تخص الأهلية، وعيوب الرضي...).

ثم جاء تعديل 2007 من خلال قانون 13 ماي 2007، والذي حرك فعلا- عقد الإيجار من مجرد إتفاق وارد على الإنتفاع، إلى تغطية أكثر للإلتزامات العقدية ذات البعد الغائي، الذي يرتبط بتحقيق منفعة إقتصادية، وتوازن بين دواعي السوق العقارية وحاجات المستأجر، من خلال إعادة تنظيم التوازن العقدي بين أطرافه<sup>1</sup>.

لأجل ذلك يُمكن القول أن القانون المدني والنصوص الملحقة والمُكملة لمفاهيمه وغاياته وآلياته - من خلال عديد التعديلات التي وردت فيه أو في النصوص الخاصة والمتخصصة -، جاءت بانفراج تشريعي ذا أهمية على الأشخاص المتعاقدة، وعلى موضوع العقد وغاياته، وهو ما يدعوا إلى الإعراف، وقبول تفسير الرؤية العصرية للعقد، ليس في قانون مدني بل في قانون عقود إصطنع مع الوقت بحركية وديناميكية، وحتى لا يُضار بتنوع وتعدّد الظروف المؤثرة فيه، كان من اللازم الإحتكام إلى ما هو عادل وما هو نافع لإعادة ترشيده، دون تجاوزه<sup>2</sup>.

لقد ظهر من خلال هذه (الصحة أو الإستفاقة التشريعية) المجال الذي تُغطيه عملية الإستثمار من حيث الأشخاص (المعنوية والخاصة، الوطنية والأجنبية)، ومن حيث الموضوع (الأموال والخدمات)، ومن حيث الإطار والهدف (حركة رؤوس الأموال والإمتيازات والضمانات)، والتي حققت فيه حرية الإستثمار، وهذا هو الشق الإيجابي في عقود الإستثمار<sup>3</sup>.

---

1- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص425-427.

2- المرجع نفسه، ص427.

3- أنظر القانون المعدل والمتمم بالأمر 08-06 الصادر في 15 /05 /2006، والأوامر المتعلقة بقوانين المالية التكميلية 2009 و2010.

## ثانياً: الفرص المتأاحة لإعادة النظر في مفهوم العقد

العقد مثلما هو معلوم أداة فعالة لتداول الثروات، وإحدى آليات النشاط الإقتصادي، وهو في مجال الأموال مصدر أساسي لنشأة الحقوق والإلتزامات، أما في مجال العلاقات فهو قالب لتنظيم المعاملات بين الأفراد والجماعات؛ ولقد أدى تطور الحياة وتشابك مجالاتها إلى ظهور صور ونماذج جديدة من العقود.

لقد أظهر تنامي اللجوء إلى هذه العقود الجديدة تدخلاً نوعياً مُغايِراً لتدخل الدولة التقليدي عن طريق المشرع، مثلما هو الحال بالنسبة لعقود الترقية العقارية والبيع على التصاميم، والإمتياز العقاري، والعقود المالية، وعقود إتفاقات الضمان الإجتماعي<sup>1</sup>.

فقد أُعيدَ فيه ضَبَطُ مبدأ الحرية العقدية من جديد، كما أن الإستفادة من العقد كآلية خارج إطار القانون المدني وتحريرها من ضوابطه - مثلما هو الحال بالنسبة لمجالات الإستهلاك، المنافسة، والممارسات التجارية، وحتى الإستثمار مهما كان نوعه - أفرَزَ عن مَضْمُونِ مَفَادُهُ أن العلاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف تَحْكُمُهَا إلتزامات أكثر من عقود بِمُشارِطَاتٍ وبنود إتفاقية.

كما أن صَيْرورة العقد أيضا كأداة للسياسة الإجتماعية والإقتصادية رشَدَ من منهج تدخل الدولة في المجال الإقتصادي والمعاملاتي بشكل عام، وإن في تنظيم وإعادة تنظيم إتفاقيات العمل الجماعية وإتفاقات الضمان الإجتماعي، لتكريسا لِمَصْدَرِ عَقْدِي فِي مَجَالَاتِ لم تَكُنْ تَسْتَنِدُ إِلَى الْعَقْدِ كإطار وَحِيدٍ لِلْعَلَاقَاتِ.

فلقد تعددت غايات العقد وتنوعت، بحيث لم تعد فيها الحرية العقدية تسعى للمصلحة الفردية فقط، - أو لأقصى الخلاف معها تفضيل وألوية المصلحة العامة التي تضغط على هذه الحرية وتقيدها -، وإنما وصول العقد إلى مرحلة فَرَضِ التَعَايُشِ بَيْنِ الْمَصْلِحَتَيْنِ، بل إلى حَدِّ التَّرْكِيبِ بَيْنَهُمَا، وتعديلهما في صيغة موحدة<sup>2</sup>.

1- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص 427.

2- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 175.

الشأن نفسه بالنسبة لذلك التزاوج الذي رتبهُ قانون المعاملات والأعمال بين عقود الإستهلاك وقانون المنافسة، وإلا كيف جُسدَتْ حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقات العقدية، جنباً إلى جنب مع المهنيين أو المحترفين، والذين أصبحت تحكمهم بيئة أخلاقية.

بيئة تراكمت فيها قواعد حققت بالفعل نَجَاعَةً بين ماهو نافع وماهو عادل، ثم إن منهج تحويل العقد إلى أداة لتنظيم وضبط السوق، إنطلاقاً من / وإلى الطرف المستهلك، الذي أصبح في مجال علاقة المهنيين ببعضهم البعض معياراً أو مرجعاً لتحديد إطار هذه العلاقة، وترشيدها بواسطة مبادئ الشفافية والنزاهة العقدية.

فقد أظهر قانون المنافسة 03-03 المعدل والمتمم بموجب القانون 08-12<sup>1</sup> إنفراجاً (مفهوماتياً) لفكرة العقد، لأن الأمر بَاتَ يتعلّق بالعلاقات المنبثقة عن حرية الصناعة والتجارة<sup>2</sup>، كما أن القوانين المتعلقة بالإستثمار ومنذ سنة 2001 رسخت في البيئة القانونية فكرة المعاملات كأداة فاعلة في قانون الأعمال، والذي يعتبر قانوناً مدنياً لأبعد المقاييس، بقلب التشريع الإقتصادي<sup>3</sup>.

بذلك ظهر تأثير وجود مجتمع تعاقدى أو عقدي ( Société Contractuelle ) في تنظيم العلاقات (التصرفات ما بين المتعاقدين )، والتي أبرزت تميزها بتعميق فكرة الكيان العقدي (Entité Contractuelle) والتي تُعتَبَرُ فكرة غير حديثة<sup>4</sup> - وإن كان تداولها في الحياة القانونية قليل نوعاً ما، وغير شائع -؛ لأجل ذلك كانت العقود المنشئة لمراكز قانونية كعقد العمل، الوكالة وعقود الإمتياز،... من قبيل العقود التي تكتسي أهمية إقتصادية<sup>5</sup>.

لقد إنتشرت فكرة المشروع أو المؤسسة بشكلٍ رُسِخَتْ فيه كيفية تنظيم عناصر الثروة، وخاصة بالنسبة لعملية الإستثمار، لأنه جعل من العقد أداة لتنظيم إستراتيجية المؤسسة، لا سيما خلال مرحلة تنفيذه (وفي هذا عملية توجيهية للعقد).

---

1- الأمر 03/03 المؤرخ في 03/07/19 2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 2003، 43، المعدل والمتمم بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ 15 أوت 2010.  
2- المادة 37 من دستور 96 المعدلة بموجب المادة 43 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 2016/03/06 المتضمن تعديل دستور 1996.  
3- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص 428.  
4- TEYSSIE(B) les groupes de contrat, Préf Mousseron (J M).LGDJ.1975.n°64 et ss.  
5- انظر أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 176-178.

فالتصور الإقتصادي الجديد للعقد إنعكس على القانون الوضعي، وإلا فكيف تُفسر الإتجاه لإبقاء الرابطة العقدية والمحافظة على إستمرارها، فالمسألة أصبحت تُستند إلى الممارسة العقدية التي تستدعي اللجوء إلى تقنية التعديلات المؤثرة على طبيعة الأداءات والإلتزامات، أو تلك التي تتعلق بكيفية دفع الثمن، وغيرها من الصور...<sup>1</sup>.

إن إعتقاد أدوات جديدة في قانون العقود (القانون المدني) على غرار القوانين المقارنة، من أجل تقييد حق إنهاء العقود غير المحددة المدة من جانب واحد، أو وفق تنفيذ العقد على أساس ظرف معين، بدل الفسخ غير المناسب للعقد، حققت في التصور الغائي (Conception de finalité) للعقد مضمونه النفعي، وهذا أمر تنادي به فكرة العدالة العقدية<sup>2</sup>.

على ذلك يُمكن القول أن العقد بالفعل قد تَغَيَّر وتطور<sup>3</sup>، بالنظر لعلاقة التعدي التي أصبح يُمارسها خارج بيئته الطبيعية، في إطار الحرية العقدية، وتجاوزًا لمرجعياته القانونية - القانون المدني - بات في صيرورته أداةً شريكاً في الإضطلاع بمجال قانون أعمال ومعاملات، دافعا لضرورة أخذ هذا الأخير بعين الإعتبار، حتى لا يتفكك النظام القانوني للإلتزامات، وحتى تُعادَ القيمة والمكانة لمصدره بدَل تهميشه واللجوء إلى البحث عن الحلول في القوانين الخاصة، وعلى المشرع الوطني إيجاد صيغ توفيقية بين هذا القانون وبقية النصوص<sup>4</sup>.

---

1- انظر زمام جمعة، المرجع السابق، ص 429. و عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 265. Claud, Champaud, Mondialisation et droit économique, Rev, Int, Dr, Econ, numéro spéciale, 2002. p 171 et ss.

2- Mestre (Jacques), op.cit, pp51-58.

- Anne Morin, Droit des contrats privés, master droit notarial, université paris-Dauphine, 3 2011,p 2.

4- " إذا كانت فكرة العدالة العقدية لم تأخذ حقها كما يجب قبل هذا التطور بل شكلت عامل أزمة للعقد سابقا، إلا أننا علينا الإعتراف بالأهمية التي حققتها في قانون العقود، من حيث أن العدالة عدالة قانون وضعي مُنظَّم للعقود والمعاملات، بين المحافظة على القيمة وهذا ما تتطلبه المنفعة، ومُراعاة الأخلاق في العلاقات، تكريسا للعدالة، بوصفها من أبعاد العقد المعنوية؛ ولعل الخطاب القانوني في تكريس العدالة أصبح أكثر وضوحا في إطار الأحكام الخاصة وهذا التطور الذي حصل على المستوى التشريعي مقارنة مع القانون المدني حيث جاء التطور في مجال العدالة التشريعية بواسطة زخم التقنيات الخاصة.

من ذلك النشاطات المقننة (الإستثمار، التأمينات، الإستهلاك، المنافسة، النشاطات التجارية...)، ومختلف القوانين الإقتصادية والإجتماعية، وبالفعل لم يعد هناك جمود في الشريعة العامة بقدر ما جاء فيه ظهور "قوانين متحركة" وأصبحنا أمام قانون وضعي معاصر للعقود جدد فيه النظام على مستوى تكوين وتنفيذ العقود على حد سواء". انظر زمام جمعة، المرجع نفسه، ص 430-432.

## المطلب الثاني: نماذج لإعادة الإعتبار لدور الإرادة

نستعرض من خلال هذا المطلب مظاهر من الشريعة العامة لإعادة بعث دور الإرادة في الحياة التعاقدية، وهو ما أبان عنه المشرع في بعض التطبيقات، حيث أعاد الإعتبار لدور الإرادة وفعاليتها في عقود الإيجار، وفي بعض أنواع عقد الشركة (الفرع الأول).

كما يعتبر تنظيم قواعد المنافسة في ظل الانفتاح الاقتصادي مظهرا آخر نتلمسه هذه المرة من النصوص الخاصة، ففي ظل هذه القواعد يُتَجَّه نحو ترك الحرية والمبادرة للمتعاقدين في إدراج ما يتناسب ومصالحهم من شروط لتنظيم روابطهم التعاقدية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مظاهر وتطبيقات من الشريعة العامة

نظم المشرع مختلف التصرفات القانونية الواردة على الإيجارات المدنية والتجارية، وبتغيير التوجه والسياسة التشريعية للبلاد نحو تشجيع الإستثمار في النشاط العقاري، والإنتقال إلى إقتصاد السوق، تراجع المشرع عن تدخله في عقد الإيجار، تاركًا الحرية والمبادرة للمتعاقدين في إدراج ما يتناسب ومصالحهم من شروط في تنظيم علاقاتهم التعاقدية (أولاً).

كما تتبين هيمنة الإرادة وسُمو سلطانها في تنظيم المشرع لشركات الأشخاص، حيث نلّمس طغيان الفكرة التعاقدية في أوجه متعددة من حياة هذه الشركة، لاسيما في ظل ظهور ما يُعرف بالكيان العقدي والمجموعة العقدية (ثانياً).

### أولاً: إعادة الإعتبار للإرادة في تنظيم عقد الإيجار

أعاد المشرع تنظيم العلاقة العقدية التي تربط المؤجر بالمستأجر بموجب التعديل الأخير للقانون المدني، وحتى القانون التجاري، بما يوفر حرية أكبر للطرفين في تنظيم بُنوده أو إستبعاد أخرى، لا سيما تركه الحرية للأطراف في تحديد مُدته، واستبعاد التنبيه بالإخلاء، واستبعاد التعويض جراء عدم التجديد...<sup>1</sup>.

---

1- نص المشرع بدايةً في المادة 509 - المُلغاة بموجب التعديل الأخير 05/07- على حق البقاء بهدف حماية المستأجر الشاغل للإمكنة بإعتباره الطرف الضعيف، وذلك نظرا لإعتبارات إنسانية اقتصادية واجتماعية، تتمثل في حماية الأسرة، والتخفيف من جِدّة أزمة السكن، في ظل النمو الديموغرافي الذي تشهده البلاد في الأونة الأخيرة. انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص62.

Benslimane née Hadj Mokhtar Leila, op.cit, p123.

ففي مايسمى بالإمتداد القانوني لعقد الإيجار، يجعل القانون من المتعاقدين - بعد أن كانوا في مركز إتفاقي - بصبحان في مركز قانوني، وذلك أن إرادة المشرع قد حَلَّت محل إرادتهما، فقد لا يرعُب المؤجر في الإستمرار بالعقد، ولكنه في ظل الإمتداد القانوني يُصبح مُجبرًا ومُكرهًا على ذلك. انظر أحمد عيسى، المرجع السابق، ص64-66.

## 1- ترك الحرية والمبادرة للمتعاقدین في تنظيم هذا العقد

جاء هذا التوجُّه من المشرع إستجابة لمُبرراتٍ اقتصادية، بحيث يُعدُّ مُساهمةً في السوق العقارية، التي تشكُّو من أزمة المَحلات المُعدة للإيجار<sup>1</sup>، وجاء هذا التدخل من المشرع كنتيجةٍ وردِ فعلٍ على إعراض وعُزوفِ المؤجرین عن الإيجار بسبب تلك المشاكل، فألغى المواد التي تتكلم عن حق البقاء في الإيجارات المُعدة للإستعمال السكني، والمُبرمة بعد تاريخ صدور المرسوم 03/93.

### أ- تنظيم الإيجار المدني بموجب القانون 05/07

ألغى المشرع ضمناً بموجب المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري - المُلغى بموجب القانون 04/11 - التمديد القانوني لعقد الإيجار<sup>2</sup>، ثم بعد ذلك وبمناسبة التعديل الأخير للقانون المدني بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 المُعدَّل والمُتمَّم أعاد المشرع تنظيم العلاقة العقدية التي تربط المؤجر بالمستأجر، حيث ألغى بموجب المادة 08 منه حق البقاء؛ ويرجع البعض الهدف من هذا التعديل إلى الموازنة بين حقوق وواجبات أطراف العقد والغير، بالإضافة إلى تكليف أحكامه ومقتضات الإقتصاد الوطني<sup>3</sup>.

إن عمل المشرع هذا ينحُو حسب التوجه الجديد إلى إعادة التقدير للحرية التعاقدية، مع ترك الضمانات الضرورية لكلٍ من المؤجر والمستأجر في الخضوع للأحكام العامة؛ على الرغم من أنه يتبدى بعض ملامح التقييد في إبرام هذا العقد<sup>4</sup>.

---

1- يتجه عمل المشرع إلى إعادة التقدير للحرية التعاقدية مع ترك الضمانات الضرورية لكل من المؤجر والمستأجر في الخضوع للأحكام العامة. انظر ديدن بوعزة، الإيجارات التجارية بين النظام والتعاقد، المرجع السابق، ص69.

2- تم إلغاء هذا المرسوم بإستثناء المادة 27 منه، بموجب القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/02/2011 المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، 2011.

3- انظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص62-63.

4- من زاوية دراستنا للموضوع فيمكن القول أن الإرادة في عقد الإيجار عرفت هي الأخرى نوعاً من التدرج في التقييد - لا سيما ما يتعلق بتكوين العقد، وخصوصاً ركن الشكلية- بدأ من صدور القانون المدني سنة 1975 وإلى غاية آخر تعديل مسنه سنة 2007. ففي البداية كان عقد الإيجار رضائياً ينعقد بمجرد توافق إرادة الطرفين (المؤجر والمستأجر) أيًا كانت البنود والشروط التي يضمنانها عقدهما، إنطلاقاً من أن العقد شريعة المتعاقدين، ثم عرفت الإرادة في هذا العقد نوعاً أو شيئاً من التقييد، يظهر في ما جاء به المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخ في 03/03/1993، المُلغى بموجب القانون 04/11 حيث صار هذا العقد من العقود النموذجية؛ ليصل الأمر بعد ذلك إلى درجة يُدقُّ معها ناقوس الخطر، ففي سنة 2007 وبمناسبة التعديل الأخير للقانون المدني بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 جعل المشرع من عقد الإيجار المدني عقداً مكتوباً، مع إلزامية أن يكون له تاريخ ثابت، تحت طائلة البطلان، وهذا وفقاً لنص المادة 467 مكرر الجديدة، والتي أُضيفت بموجب القانون 05/07.

## ب- تنظيم الإيجار التجاري بموجب القانون 02/05

ما سبق بيانه يتعلق بالإيجار المدني، أما عن الإيجار التجاري فهو الآخر عَرَفَ مَحَطَاتٍ، تَعَكِّسُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا التَّوَجُّهَ الَّذِي لَازِمَهَا خِلالَهُ، حَيْثُ سَمَّحَ المِشْرَعُ فِي بَدَايَةِ الأَمْرِ بِمَوْجِبِ المادَّةِ 172 تجاري وما بعدها بِتَكَرُّبِ حَقِّ التَّمَسُّكِ بِالتَّجْدِيدِ، الغَايَةُ مِنْ ذَلِكَ هِيَ اسْتِقْرَارُ المَعَامَلَاتِ التَّجَارِيَةِ، بِالمُقَابِلِ وَتَفَادِيًا لِتَعَسُفِ المَوْجِرِ قَبْدَ رِفْضِ التَّجْدِيدِ بِدَفْعِ التَّعْوِيضِ الإِسْتِحْقَاقِيِّ<sup>1</sup>. فَكَانَ يَنْصُ عَلَى أَنَّهُ تُلغَى وَتُصْبِحُ عَدِيمَةً المَفْعُولِ الشَّرْطِ الَّتِي يَكُونُ مِنْ شَأْنِهَا إسْقَاطُ الحَقِّ فِي تَجْدِيدِ الإِيجَارِ، إِلا أَنَّهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَدْرَكَ المِشْرَعُ عَدَمَ التَّوَاظُنِ الَّذِي حَصَلَ، فَحَاوَلَ تَعْوِيضَ المَوْجِرِ بِتَقْرِيرِ حَقِّهِ فِي اسْتِرْجَاعِ مَحَلِّهِ؛ فَأَعْطَى بِمَوْجِبِ المادَّةِ 187 مَكْرَرِ تجاري، وَالمُسْتَحْدَثَةِ بِمَوْجِبِ القَانُونِ 02/05 لِلْمَتَعَاقِدِينَ مَطْلَقَ الحُرِّيَةِ فِي تَحْدِيدِ الإِجْرَاءَاتِ وَالشَّرْطِ الَّتِي يَنْتَهِي بِهَا عَقْدُ إِيجَارِ هَذِهِ المَحَلَّاتِ<sup>2</sup>.

الأمر الذي فَسَّحَ المَجَالَ لِسُلْطَةِ المَتَعَاقِدِينَ بِخُصُوصِ بَعْضِ المَسَائِلِ الَّتِي ظَلَّتْ تُشَكِّلُ قَبْلَ تَعْدِيلِ 2005 التَّزَامَاتِ قَانُونِيَّةً تَتَعَلَّقُ بِالنِّظَامِ العَامِ، فَتَرَكَ فِكْرَةَ التَّنْبِيهِ بِالإِخْلَاءِ، وَمَسْأَلَةَ التَّعْوِيضِ، وَمُدَّةَ الإِيجَارِ، لِإِرَادَةِ المَتَعَاقِدِينَ كَأَصْلِ عَامِ، فَأَشَارَ المِشْرَعُ فِي المادَّةِ 187 السَّابِقَةِ الذِّكْرُ (...مَالِمْ يَشْتَرِطُ الأَطْرَافَ خِلاَفَ ذَلِكَ).

إنه وبالرغم من رغبة الأطراف في الخضوع والإمتثال لأحكام هذا (التنظيم)، إلا أن ذلك لا يَنفِي عَنِ هَذَا التَّصَرُّفِ وَصِفِ العَقْدِ، فَقَدْ أَوْقَعَهُ أَطْرَافُهُ بِصِفَةِ إِرَادِيَّةٍ، وَبِالتَّالِيِ لِهِمْ حَقُّ قَبُولِهِ أَوْ رِفْضِهِ، لَكِنْ لَا يَجِبُ أَنْ تَخْرُجَ هَذِهِ الشَّرْطُ عَنِ النُّصُوصِ الأَمْرَةِ الَّتِي فَرَضَهَا المِشْرَعُ فِي نِظَامِ الإِيجَارَاتِ التَّجَارِيَةِ، فَيَلْتَزِمُ الأَطْرَافُ بِهَا، فَيَعُودُ إِلَى التَّنْظِيمِ المَعْمُولِ بِهِ؛ وَانْطِلاقًا مِنْ أَنَّهُ لَيْسَتْ كُلُّ أَحْكَامِ الإِيجَارَاتِ التَّجَارِيَةِ مِنَ النِّظَامِ العَامِ، فَيُمْكِنُ بِالتَّالِيِ لِلأَطْرَافِ مِمَارَسَةَ شَيْءٍ مِنْ حُرِّيَّتِهِمُ التَّعَاقِدِيَّةِ، وَهَذَا مَا أَصْطَلَحَ عَلَيْهِ بِالخُضُوعِ الجِزْئِيِّ<sup>3</sup>.

---

1- هذا من وجهة نظر الدراسات التي تبحث في أهداف وغايات تدخل المشرع في المجال التعاقدية كما سبقته الإشارة إلى ذلك في مقدمة هذه الرسالة.  
2- صار عقد الإيجار التجاري محدد المدة بموجب التعديل الأخير للقانون التجاري، القانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/26 الجريدة الرسمية رقم 11، كما أنه ينتهي بإنهاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء، ولا دفع تعويض الإستحقاق، انظر المادة 187 مكرر تجاري.  
3- انظر ديدين بوعزة، الإيجارات التجارية بين النظام والتعاقد، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، ص 69-70.

## 2- حرية المتعاقدين في إستبعاد التعويض والتنبيه بالإخلاء

كان عقد الإيجار التجاري قبل تعديل 2005 يقوم على توفير حِمَاية قانونية لمالك المحل التجاري تتمثل في الحق في تجديد الإيجار عند إنقضاء المدة (المدة المحددة في العقد او الإتفاق)، وفي نفس الوقت أعطى للمؤجر حق رفض التجديد، أي إنهاء العلاقة من جانب واحد مقابل تعويض المستأجر، ويمكن إرجاع هذا التعويض إلى الأضرار التي تلحق بالمستأجر<sup>1</sup>. أما بعد التعديل فصار العقد ينتهي بإنهاء مدة الإيجار، وعلى المستأجر إخلاء الأمكنة، ولا حق له في المطالبة بالتعويض، وفي هذا الطرح ضمانه جاء بها المشرع في هذا التعديل الأخير، يُتَوَخَى من خلالها إزالة المخاوف التي كانت تعيق عملية التأجير.

### أ- التنبيه بالإخلاء ومبدأ سلطان الإرادة

يُعَبَّرُ التنبيه بالإخلاء عن نية المؤجر في عدم التجديد، وهنا يَتَوَجَّبُ على المؤجر- إذا ما أراد أن لا يجدد الإيجار- أن يُوجِّهَ إلى المستأجر ما يعرف بالتنبيه بالإخلاء، في صورة ورقة غير قضائية، عن طريق المحضر القضائي؛ مع ضرورة توجيهه قبل 6 أشهر على الأقل من إنتهاء المدة، واشتراط هذه المدة هو لتمكين المستأجر من البحث عن محل آخر<sup>2</sup>.

هذا ما كان يستوجبه المشرع قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 05/07، أما الآن فلا حاجة لهذا الإجراء، وهو ما أبان وعبر عنه المشرع صراحة في المادة 469 مكرر 1 مدني، التي جاء فيها: "... دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء"، فلا تقييد لإرادة المتعاقدين بضرورة إتباع هذا الإجراء، وترك الحرية لهما في إختيَار ما يُحَقِّقُ مَصَالِحَهُمَا<sup>3</sup>.

فترتب على عقد الإيجار المنتهية مدته أن للمؤجر إستعمال حقه في إستعادة العين المؤجرة دون إنذار، كما يقع على المستأجر إلّتزام بإخلاء ومغادرة الأمكنة؛ والذي يمكن إستنتاجه من قراءة الأحكام المنظمة لعقد الإيجار أنها في خدمة مصلحة المؤجر، وهذا هو الجديد الذي جاء به القانون 05/07<sup>4</sup>.

---

1- يَبْدُو هنا أن المشرع حَقَّقَ نَوْعًا من التوازن في الحرية ما بين الطرفين، فمن جهة مَكَّنَ المؤجر من إستعمال حقه في ملكيته من خلال رفضه تجديد الإيجار للمستأجر، مع دفع تعويض لهذا الأخير، وهو ما يعرف بتعويض الاستحقاق، ومن جهة أخرى مَكَّنَ للمستأجر من إستعمال حق التجديد، والذي يُعَدُّ من أبرز العناصر المعنوية للمحل التجاري.

2- انظر المادة 173 تجاري.

3- تَسْتَنِي هذه المادة في فقرتها الثانية، إذا أنهى المستأجر الإيجار قبل المدة المتفق عليها لسبب عائلي أو مهني، فيجب عليه إخطار المؤجر، بِمُوجِبِ مُحَرَّرٍ غير قضائي، يتضمن إشعار لمدة شهرين. انظر المادة 469 مكرر 01 مدني، فقرة 02.

4- انظر فاطمة نساخ، المرجع السابق، ص98.

## ب- تنظيم المدة والرسمية في عقد الإيجار

بالرجوع إلى المادة 469 مكرر 1 مدني والتي جاءت بنص عام: "ينتهي عقد الإيجار بانتهاء المدة المحددة في العقد..."، ويستخلص من هذا أن المشرع أعاد في هذه الجزئية المتعلقة بمدة العقد الإعتبار إلى مبدأ سلطان الإرادة لا سيما في مظهره العقد شريعة المتعاقدين؛ فللأطراف الحرية الكاملة في تحديد المدة إنطلاقاً من تراضيها على ما يعود عليهم بالفائدة<sup>1</sup>.  
وأما عن الكتابة في عقد الإيجار مدني، والرسمية في الإيجار التجاري فيمكن القول أن المشرع كان يتكلم عن العقد الشفوي، والذي يمكن للأطراف إثباته بكافة الطرق، وهنا يترك المشرع للأطراف الحرية إبرام العقد فلا يشترط شكلاً خاصاً، إلا أنه وبمناسبة التعديل الأخير أوجب وألزم الأطراف بتحرير عقد الإيجار التجاري في الشكل الرسمي وإلا كان العقد باطل<sup>2</sup>.  
فلا حاجة إذن للتنبيه بالإخلاء، ولا لتعويض الإستحقاق، فتوجه المشرع يصبوا صوب السّماح للأطراف بالسعي لتحقيق مصالحهم<sup>3</sup>، في هذا الإطار يرى الأستاذ ديدن بوعزة أن الحرية (التعاقدية) تؤدي إلى زيادة النشاط التجاري، والإستثمار في المجال العقاري<sup>4</sup>.  
إجمالاً يُمكن القول أن التّوجّه الجديد للتشريعات عموماً، ومنها بطبيعة الحال تشريعنا الجزائري يتجه صوب إعطاء المؤجر والمستأجر الحرية الكاملة في تنظيم العلاقة بينهما (إعادة بعث دور الإرادة في عقد الإيجار)، لا سيما ما تعلق بتقدير الأجرة والمدة، وحتى مسألة فسخ العقد، وما ينجر عنه من إجراءات<sup>5</sup>.

- 
- 1- جاء في المادة 468 مدني " لا يجوز لمن لا يملك إلا القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجار تزيد مدته عن 03 سنوات، مالم يُوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وإذا عقد إيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى 03 سنوات".
  - 2- هذا ما نصت عليه المادة 187 مكرر تجاري وهو ما جاء في المادة 467 مكرر مدني والتي تنص: " ينقذ الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً".  
فصارت بذلك الشكلية للإنعقاد وليس للإثبات، كما ألزم المشرع الأطراف بتحديد مدة الإيجار في العقد. انظر ديدن بوعزة، المرجع السابق، ص77.
  - 3- يُستخلصُ هذا من إستقراء المادة 469 مكرر 1 مدني التي تنص : " ينتهي الإيجار بإنقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء". أضيفت هذه المادة بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 الجريدة الرسمية 31، ص03.  
كما تنص المادة 187 مكرر/2 تجاري " يُلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المُحدّد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء، ودون الحق في الحصول على تعويض الإستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون، مالم يشترط الأطراف خلاف ذلك... وبالتالي تكون باطلة كل الشروط المخالفة للأحكام الأمرة.
  - 4- انظر ديدن بوعزة، المرجع نفسه، ص82.
  - 5- انظر أحمد عيسى، المرجع السابق، ص64-66، ويشير إلى أن قانون إيجار العقارات السوري رقم 6 لعام 2001 جاء رافعا عن المستأجر جزءاً من الحماية التي كانت النصوص السابقة تفرضها لمصلحته، فوازن بذلك بين مصالح الطرفين.

## ثانياً: ظهور ما يُعرَف بالكيان العقدي أو المجموعات العقدية

لقد أصبح العقد في ظل النظام الإقتصادي الجديد مُرتبطاً بالمشروع، فتنفيذ العقود هو الذي يُوجِه نشاط المشروع ويتحكَّم فيه، فالعقد صار أداة لتنظيم استراتيجية المشروع، ولا شك أن هذا التصور الإقتصادي الجديد للعقد قد أثر على القانون الوضعي ذاته، حيث زادت في الوقت الحالي الحاجة إلى بقاء الرابطة العقدية واستمرارها<sup>1</sup>.

### 1- مقتضيات ظهور المجموعة العقدية

العقد هو قالب الأول والرئيسي لتبادل الثروات بين الأفراد، ويخضع (للبيئة) الإرادية، وأمتد به الأمر إلى أن صار وسيلة لإقامة المشروعات الكبرى، وتعد هذه الصورة الجديدة من العقود أحد السمات المُميّزة للحياة القانونية المُعاصرة، ويتبين ذلك بصورة جلية في عقود التجارة الدولية؛ ولقد انعكس هذا الإهتمام من المشرع به على المنظومة القانونية شكلاً ومضموناً، حيث ضمت هذه الهيمنة حرية إرادة الأطراف بالإلتزام<sup>2</sup>.

كما تغيرت النظرة التقليدية للعقد حيث أصبح يُنظرُ إليه على أنه كيان (L'entité contractuelle) لا غنى عنه في حياة الناس، مثال ذلك عقود التوريد الدورية، ولقد اكتسب العقد أهمية اقتصادية وقيمة مالية كبيرة، جعلته يستحقُّ بهذه الصفة حماية قانونية فعالة؛ فالإنتشار الكبير الذي عرفته الممارسة العقدية المُعاصرة، والتعديلات الإتفاقيه للإتفاق الأصلي بين الإرادتين، تهدف في المقام الأول إلى ضمان استقرار الرابطة العقدية والحفاظ عليها، بحيث تنفادى خرق العقد أو عدم تنفيذه<sup>3</sup>.

هذا ما أدى إلى المُناداة بوجود مجتمع تعاقدي (Société contractuelle)، يُستبدل فيه القانون الذي تفرضه الدولة بقانون آخر تفاوضي، في قلب المجتمع المدني، وما يُثيرُ الإنتباه حقيقةً وبشدة أن النظرة التقليدية للعقد بدأت تتغير بالفعل مُنذَ عدّة سنوات، حيث أصبح يُنظرُ إلى العقد بإعتباره وحدةً مُستقلةً ومنفصلة عن الأشخاص الذين أبرموه<sup>4</sup>، وأزدياد القيود على الإرادة التعاقدية لا يؤدي إلى إضمحلال العقد بل يعني ذلك تطور العقد إستجابة (لقانون) تطويع النُظم القانونية لظروف الحياة الحديثة.

1- لقد كثر الحديث في الأونة الأخيرة عن النموذج الإقتصادي الجديد، وتدعيمه بتكنولوجيات الإتصال الحديثة، وذلك للإرتقاء بالنشاط الإقتصادي للبلاد، لاسيما في ظل الأزمة المرتبطة بإنهيار أسعار المحروقات، وما نجم عن ذلك من ركُود.

2- انظر جمعة زمام، المرجع السابق، ص69 وما بعدها.

3- إن بقاء الرابطة العقدية كثيراً ما يمرُّ حالياً بتعديلات تؤثر في طبيعة الأداءات. انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص191-192.

4- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص178. إشارة إلى:

JOSSERAND(L), L'essor du concept contractuel, Rev.trim.dr.civ1937, p1 et s.

VASSEUR(M), un nouvel essor du concept contractuel.les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, Rev.trim.dr.civ, 1964, p5 et s.

فالعلاقات الإقتصادية التي يَدْخُلُ الناس فيها بإستمرار، تَعكِسُ أثارها على أيّما تنظيم إجتماعي<sup>1</sup>، ولهذا فإن العقد مَهَمًا كان مُستَقْبَلُ النُظْمِ السّياسية والاقتصادية سَيَبْقَى قَائِمًا، مع ضرورة تطويره، حتى يستطيع أن يُجَارِيَ الظروف التي لا تَفْتَأُ تتطور وتتجدد<sup>2</sup>.

## 2- هيمنة الإعتبار الإرادي في الشركات التي تقوم على الإعتبار الشخصي

إنتشرت مؤخرًا أوصاف جديدة عُرِفَتْ بالمجموعة العقدية، والتي تتمثل في تَجْمَعِ عِدَّةِ عقود متشابكة، تسمح بإنجاز عملية اقتصادية واحدة، فإتساع النشاط الإقتصادي وتطور المشاريع أظهر فُصُورَ العقد في صورته الكلاسيكية البسيطة<sup>3</sup>.

لأجل ذلك تبحث هذه الجزئية من الدراسة في صورة من القواعد العامة تتشابه مع المجموعة العقدية، التي تهدف إلى تحقيق غرض إقتصادي، كما أنها تختلف معها في جوانب أخرى؛ ويتعلق الأمر بعقد الشركة<sup>4</sup>.

### أ- سمو دور الإرادة

إن مركز ومكانة الإرادة الفردية والحرية التعاقدية في القواعد التي تَحْكُمُ الشركات التجارية، وتحديدًا شركات الأشخاص، ولا يُنَازَعُ أحدٌ في الدور الظاهر، الذي تلعبه الإرادة في إنشاء الشركة؛ حيث ينشأ عن هذا العقد شخص معنوي، من يوم القيد في السجل التجاري. فالشركة وعلى الرغم من أنها من أهم الدعائم التي تُحَرِّكُ العجلة الاقتصادية تُعَدُّ عَقْدًا كباقي العقود التي نظمتها القواعد العامة، تنشأ بشريكين أو أكثر، وحتى الشركة ذات الشخص الوحيد- الإستثناء الذي لا يُمكن التوسع فيه -، فإن تأسيسها نابعٌ عن إرادة، وإن كانت منفردة<sup>5</sup>.

1- " فتطور قواعد عقود البيع والإيجار يعكس بصورة ملموسة تأثير العلاقات الإقتصادية في التنظيم القانوني ". انظر محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص246.

2- انظر عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص265.

3- TEYSSIE (B), o p.cit.n°64 et ss.

4 - Les différences de régime juridique entre les sociétés et les groupements d'intérêt économique sont importantes. Surtout, tandis que le groupement d'intérêt économique est très souple dans sa constitution et son fonctionnement, la réglementation des sociétés est très rigide. Certes, lorsqu'un groupement a pour objet la réalisation de bénéfices, ce qui doit s'entendre pour lui-même, il ne devrait point s'agir d'un groupement d'intérêt économique... voir Ch-Larroumet, droit civil, tome1, introduction L'étude du droit prive, 3ed, economica Delta, 1996.p244.

5- نالت فكرة العقد تأييداً كبيراً مُؤيداً بِدَفَاعِ قَوِيٍّ خلال القرن 19 لِتَكْيُفِهَا مع الفلسفة الفردية، المبنية على المبدأ القانوني المعروف سلطان الإرادة، وكذا المبدأ الاقتصادي "الحرية الاقتصادية". انظر يوسف فتيحة، مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، تلمسان، ص131-134.

من ذلك يمكن القول أنه تتماشى بعض أنواع الشركات سيما الشركات التي تقوم على الإعتبار الشخصي مع سلطان الإرادة، فالشركة عقد، والعقد شريعة المتعاقدين، ويُرتب حقوقا و التزامات على الأطراف، فعقد الشركة تأثر بمبدأ سلطان الإرادة، فهي وحدها التي تُحدِّد النظام القانوني لهذا العقد، (خصوصا ما يتعلق بالحقوق والالتزامات، توزيع الأرباح و الخسائر، مدة الشركة...)1.

من المعطيات السابقة يتبينُ بجلاء الإعتبار الكبير الذي يُوليه المشرع للإرادة في هذا النوع من الشركات، كما تُوضِّح هذه النصوص مظاهر الحرية التعاقدية فيها، ويرى الفقه التقليدي أن المعيار الذي يتحدّد بموجبه مصدر الإلتزامات الناشئة بين الشركاء هو العقد الذي تنشأ بموجبه الشركة، فتترتب بصورة آلية الحقوق والواجبات، إذ أنه يُنشئ شخصًا معنويًا من ناحية، ويُرتب آثارا تعاقدية له تتمثل في الحقوق والواجبات التي تتعلق بنشاطه مع الغير.

فتوجد لهذه الشركة إرادة عامة أولا وهي القانون، ثم توجد بعد ذلك إرادات خاصة هي التي تُنشئُ العقد؛ وليس ثمة إذن إختلاف في الطبيعة بين القانون والعقد، ولكن الإختلاف في مدى الإرادة فقط2.

فالقانون هو العقد الكبير الذي يُبرمه جميع الأشخاص في المجتمع، وبجانب القانون تأتي العقود الفردية المتعددة التي يُبرمها الأشخاص، والشركة هي الوضع القانوني الجديد الذي يُولِّد حقوق الشركاء، ويُرتب على عاتقهم إلتزامات لم تُكن قائمة قبل هذا، فعقد الشركة هو الذي يَمَنح الشركاء صِفَتَهُم القانونية الجديدة3.

من ذلك يُمكن القول أن عقد الشركة لا يقوم على التَعَارُض والتَضَارُب بين مصالح عاقديه، مثلما هو الحال في العقود الأخرى كقاعدة عامة، - إذ أن حقوق طرفي العقد هي التزامات واقعة على عاتق كل منهما، فالمصالح ليست واحدة ولا مُتَّحِدة - وعلى العكس من ذلك فإن التَصَرُّف المُنشئ للشركة يقتضي أن تكون المصالح واحدة ومُتَّحِدة، تَنصَبُ على تحقيق هَدَفٍ واحد هو تحقيق الربح4.

---

1- انظر المادة 416 مدني.

2- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص35.

3- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص35.

WEILL Alex et TERRE François, op cit, p55.

4- منتدى الأوراس القانوني. <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t609-topic> إطلاع بتاريخ 2016.

## ب- مظاهر الإعتبار الإرادي

تنشأ الشركة بموجب توقيع الشركاء على العقد، والذي يخضع للقواعد العامة، كما نَظَمَ المشرع أحكامها في القانون التجاري، بالإضافة إلى الشروط المُتَّفَقَ عليها بين الشركاء؛ وتُعَدُّ شركة التضامن النموذج الأمثل لشركات الأشخاص، القائمة على الإعتبار الإرادي<sup>1</sup>.

يظهر من نصوص القانون التجاري الحرية الواسعة التي يَتَمَتَّعُ بها المتعاقدين في تنظيم عقد الشركة، فَجُلُّ القواعد التي تَحْكُمُهَا هي قواعد لا تتعلق بالنظام العام<sup>2</sup>، ونستعرض بيان مظاهر هذه الحرية فيما يلي:

- إدارة الشركة: تنص المادة 553 تجاري: "...تَعُوذُ إدارة الشركة لكافة الشركاء مالم يُشْتَرَطَ في القانون الأساسي على خلاف ذلك...".

- إنقضاء الشركة: تنتهي الشركة بوفاء أحد الشركاء ما لم يَكُنْ هناك شَرَطٌ مُخَالَفٌ في القانون الأساسي، والأمر نفسه في حالة إفلاس أحد الشركاء أو مَنَعِهِ من مُمَارَسَةِ مهنته التجارية أو فُقْدَانِهِ أهليته تَنَحَّلُ الشركة مالم ينص القانون الأساسي على استمرارها<sup>3</sup>.

كما تنص المادة 560 تجاري: " لا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول ولا يمكن إحالتها إلا برضا جميع الشركاء"، وهنا يظهر التأثير بوجود كلمة إتفاق، حيث نصت المادة 439 مدني: " تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجز عليه، أو بإعساره أو بإفلاسه".

فالإتجاه الإرادي والتعاقدي واضح لأنه يتأثر بتأثر أحد الأطراف، والرضا هو الإجماع، حيث تقوم الشركة على الإعتبار الشخصي، وما تتأثر به الإرادة يتأثر به العقد (الشركة)؛ وحتى مدير الشركة يَحْكُمُهُ عقد الوكالة، وبإمكان الشركاء إنهاء مهامه<sup>4</sup>.

يتبين ذلك أيضا من نص المادة 426 مدني حيث يظهر أن المشرع تأثر بالتوجه الإرادي، إذ نص في الفقرة الثانية على أنه: " يجوز الإتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يُقَدِّمِ سِوَى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط أن يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله".

1- انظر المواد 551-563 تجاري

2- بالمقابل هناك أنواع من الشركات يطغى على تنظيمها الطابع الأمر(الطابع التنظيمي) لاسيما شركات الأموال. انظر يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص135-138.

3- انظر المادتين 562-563 تجاري.

4- أنظر المادة 571 مدني، وتجيز المادة 587 مدني للموكل في أي وقت أن يُنْهِيَ الوكالة أو يقيدها...

## الفرع الثاني: التوجُّه التعاقدى في مجال المنافسة

إن مبدأ حرية المنافسة من المبادئ الأساسية التي يَرْتَكِزُ عليها نظام اقتصاد السوق، والمُنْبَثِقُ عن حرية التجارة والصناعة، التي يُكْرِسُها دستورنا على غِرَارِ باقي التشريعات الأخرى، فالعلاقة وثيقة بين مبدأ الإرادة وقواعد المنافسة (أولاً).

حيث يُحَقِّقُ هذا المبدأ منافع عديدة تُعَوِّدُ على الاقتصاد وعلى المستهلك، الذي تَتَعَدَّدُ اختياراته في السوق، فضلاً عن المنافع التي تَتَعَكِّسُ على أسعار المنتجات والخدمات، وما يعيننا بدرجة أولى في إطار دراستنا إنعكاسات ذلك مبدأ الحرية التعاقدية (ثانياً).

### أولاً: مبدأ الإرادة وقواعد المنافسة

تأثرت النُظُمُ الإقتصادية للبلدان التي كانت تنتهج تَوَجُّهَ النُظُمِ الإشتراكية - ومنها بلادنا -، فَتَبَنَّتْ بَدِيلًا لها يظهر في نظام أو إقتصاد السوق الإجماعي، الذي لا يَمَسُّ ببعض المُكْتَسَبَاتِ الإجماعية، وهو ما إنعكس على النصوص التي صدرت فيما بعد، والمنظمة للعلاقات التعاقدية، فَحَمَلَتْ في طَيَاتِهَا نَوْعًا من الحرية والإِنْجِيازِ للفرد، ولحريته التعاقدية<sup>1</sup>.

### 1- تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة

إن نظام المنافسة الحرة نظام اقتصادي لا يحتوي على أي تدخل من طرف الدولة من أجل الحد من حرية التجارة والصناعة، ولم يقتصر تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة على إصدار المشرع نصوص قانونية تدعمه، بل تم كذلك تكريسه دستورياً<sup>2</sup>.

بهذا النص يكون الدستور قد أضفى حماية كافية لمبدأ حرية التجارة والصناعة، ضد كُلِّ ما يُمَكِّنُ أن يقع من صُورِ التعدي عليها، سواء كانت صادرة من الدولة أو الخواص، واستبعد المشرع كل الحواجز والعوائق التي تَحُولُ دون قِيَامِ المؤسسات الخاصة بالمُشَارَكَةِ في عملية التنمية، بعدما كانت فيما مَضَى جِزْراً على المؤسسات العامة.

---

1- انظر أحمد عيسى، المرجع السابق، ص53-54 إشارة إلى التشريع السوري، وأمثلة ذلك قانون الإستثمار رقم 10 لعام 91 الذي سَمَحَ بإنشاء الشركات، وتشجيع الإستثمار في المشاريع الزراعية والصناعية والنقل؛ كما جاء القانون 28 لعام 2001 بجواز تأسيس مصارف خاصة.

2- تنص المادة 43 من القانون رقم 16-01 المتضمن تعديل دستور 1996 على: " حرية الإستثمار والتجارة مُعْتَرَفٌ بها، وتُمارَسُ في إطار القانون، تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الإقتصادية الوطنية. تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين. يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة".

جاء نص المادة 37 من دستور 16 نوفمبر 1996 على مبدأ حرية التجارة والصناعة قريباً من هذا المعنى، حيث نصت المادة على أن: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتُمارَسُ في إطار القانون".

تُعرَّف المنافسة بأنها: " تتنافس المصالح بين التجار والصناعات، ومحاولة جذب الزبائن إليهم بأفضل الأسعار وأحسن جودة..."، ويظهر من هذا التعريف ارتباط المنافسة الحرة بمبدأ حرية الصناعة والتجارة، غير أنه إذا تم إحتكار هاذين النشاطين من طرف شخص واحد دون منازع، فلن تكون هناك منافسة؛ لذلك يستلزم هذا المبدأ منع الإحتكار واحترام قواعد اقتصاد السوق، والتي من بينها حرية المنافسة، وحرية المبادرة الخاصة<sup>1</sup>.

إن المبادلات التجارية تتم داخل السوق من خلال العقود والإتفاقات، والتي تُعدُّ أنسب تقنية لتكريس الحرية الإقتصادية بِعُدِّيَّهَا الحرية التعاقدية وحرية المنافسة، ولتوفير بيئة مناسبة لإزدهار الحرية التعاقدية فإنه لا بُدَّ من وجود مناخ منافسة حقيقية بين مُحَرِّكي الحياة الاقتصادية، بحيث يتمكن قانون العرض والطلب من أداء دوره على أكمل وجه<sup>2</sup>.

هذه المعطيات إقتضت إعادة الإعتبار لدور الإرادة في مُسَايرة وتنظيم مُختلف المراحل التي تمرُّ بها العلاقات القانونية، فالدعوة إلى التوجه التعاقدية باتت يكتسب كل يوم مكانة في مجال المنافسة؛ وهذا ما يدعُو إلى مُحاولة الوقوف على حقيقة هذا التوجه التعاقدية في مجال المنافسة، ورسم حُدوده، وذلك بتتبع الأدوار والوظائف التي مافتيَّ العقد والإتفاق يَضْطَلَعان بها في مجال المنافسة<sup>3</sup>. لقد إنقلبت موازين المفاهيم القانونية التقليدية، مما اضطر فقهاء القانون ومعهم التشريعات المعاصرة والقضاء إلى قَبُولِ الحد والتخفيف من سلطان الإرادة دون التخلي عنه كُليَّةً، فالإرادة لا زالت مَحَطَّ اهتمام التشريعات وفقهاء القانون المدني تحديداً، فهي بالرغم من كل شئ قوام التصرف القانوني، وهو ما يستلزم ضرورة توفير الحماية لها، لا سيما اليوم في ظل واقع التجارة الدولية الحديثة، وما أفرزته من صور جديدة من العقود، كعقود الإمتياز التجاري، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الترخيص التجاري...<sup>4</sup>.

---

1- انظر كسال سامية (زوجة زايدي) مداخلة بعنوان "مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة" الملتقى الوطني حول: "حرية المنافسة في القانون الجزائري" يومي 03-04 أفريل 2013 كلية الحقوق، جامعة - باجي مختار - عنابة. مقال بموقع <http://dr.sassane.over-blog.com/article-118105389.html> إطلاع يوم 2013/05/28.

2- DREIFUSS-NETTER "Fr", Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Rev trim de 2 droit civil, 1990, p 369.

3- انظر قادة شهيدة، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، السنة 2001، العدد 04، ص 83.

4- انظر خديجة الشباني، تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام الحفاظ على التوازن العقدي "عقد الترخيص التجاري نموذجاً"، مقال بمجلة القانون المغربي، العدد 26، السنة 2015، ص 17.

## 2- مضمون مبدأ حرية التجارة والصناعة

إن تكريسَ المشرع مبدأ حرية التجارة والصناعة في الدستور، ومختلف النصوص القانونية التي تَلَتْ صدوره، لَبَيَانٌ على تَوَجُّه بلادنا نحو تطبيق نظام إقتصاد السوق الذي فرضته العولمة، مُسَاهِرةً للتطورات الاقتصادية العالمية، وإبرام إتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي، ورغبة الجزائر في توفير المناخ الملائم للإضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة.

لقد تطلب تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة، منح القطاع الخاص حرية أكثر في ممارسة النشاط الاقتصادي، وقد تَجَلَّى ذلك من خلال إصدار المشرع للعديد من النصوص القانونية التي تُكْرِسُ مبدأ حرية المنافسة، مبدأ حرية الإستثمار، مبدأ حرية تحويل رؤوس الأموال، مبدأ حرية ممارسة نشاط التأمين، مبدأ حرية الاستيراد والتصدير، مبدأ حرية الأسعار...<sup>1</sup>

هذه الأوصاف الجديدة من العقود تَنَدَرُجُ ضمن طائفة العقود غير المُسَمَّاة، والتي لم تتصدى لها القوانين المدنية بالتنظيم، فهذه العقود تُجَسِّدُ تَقْنِيَّاتٍ حديثة للتعاون، إِبْتِدَاعُهُ حاجيات السوق، في فلك التجارة العالمية، بغرض زيادة عدد المؤسسات التجارية، وتوسيع دائرة نشاطها، وتتباين التشريعات الحديثة في إعطاء هامشٍ من الحرية للإرادة في هذا المجال، فَتَجِدُ البعض منها يَجْعَلُهَا حُرَّةً في الوصول إلى غايتها طالما التزمت بالإطار العام للمشروعية<sup>2</sup>.

لقد أدت هذه المتغيرات في النصوص القانونية إلى جعل العقد - الإلتزامات الإرادية- أهم قواعد اللعبة الإقتصادية، مما يَعْنِي تراجع التشريع -الأحادي المركزي- في المجال الإقتصادي وحلول العقد محله.

أمام هذا التَوَجُّه الجديد كان لِزَامًا على المشرع تَبْنِي وسائل قانونية نافعة تتماشى والنهج الجديد؛ فصار الإهتمام بحرية المنافسة، وتؤكد ذلك بِهَجْر وبصفة رسمية تعاليم النظام القديم، فتم تحديد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات (لاسيما غير الضرورية منها)، إِعْتِمَادًا على قواعد المنافسة والحرية الاقتصادية<sup>3</sup>.

---

1- رواب جمال، أستاذ بمعهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي لمخمس مليانة، موقع ستار تايمز، إطلاع بتاريخ 2016/03/31.  
2- في هذا الإطار يبيح القضاء الأمريكي حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الترخيص. انظر خديجة الشباني، ص17-20.  
3- هذا المبدأ وضع أساسا لمسابقة الوضع الجديد نسبيا المتمثل في ذلك التوجه الذي شرعت الجزائر في تبنيه والقائم في الأساس على الحرية الاقتصادية والذي فرض ضرورة إخضاع تحديد أسعار السلع و الخدمات لقواعد اللعبة التنافسية وإرادة الأطراف المتعاقدة التي لا تخضع إلا للقواعد العامة في تحديد السعر مع توسيع نطاق هذه الحرية، وتقليص في ذات الوقت من صلاحية المحيط الإداري والتنظيمي في تحديد سعر السلع والخدمات أي الأسعار المقننة.  
نصت المادة 04 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالنافسة المعدل والمتمم بموجب القانون 08-12، وهي ذاتها المادة 04 من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق كذلك بالمنافسة.

## ثانياً: إنعكاسات ذلك حرية الإرادة التعاقدية

إن تكريس المنافسة الحرة يتركز أساساً على مبدأ حرية التجارة والصناعة، وأي نظام اقتصادي لا يعترف بهذا المبدأ لا يمكن أن تكون فيه المنافسة حرة، غير أن الإعراف بمبدأ حرية التجارة والصناعة، لا يعني الإنسحاب الكلي للدولة من الحقل الاقتصادي، وإنما الغرض منه التحوُّل من الدولة المُتدخِلة إلى الدولة الضابطة، مع فتح المُبادِرة للقطاع الخاص.

### 1- العقد أداة للتواجد في السوق وأداة لضبطه وتوازنه

العقد هو المُحرِّك الأساسي لتبادل السلع والخدمات بين المتعاملين الإقتصاديين في ظل نظام إقتصاد السوق، ويُركِّز على أعمال سلطان إرادة المتدخلين فيما لا يُخالف (النظام العام التنافسي)، فالعقد فضاء لقواعد خاصة في السوق، تصنعها إرادة الأعوان الإقتصاديين، ولا يحدُّ من مجال إعمالها إلا مُخالفة مقتضيات النظام العام الإقتصادي<sup>1</sup>.

#### أ- العقد تقنية للمبادلات التجارية

يُعودُ تعاضُّم شأن العقد في مجال المنافسة في الأساس إلى المواصفات والخصائص التي يتَّسمُ بها من حيث كونه أداةً للتوفُّع، كما يُعتبرُ تقنية مرنة قابلة للتطويع مع مختلف الأوضاع والمراكز القانونية، كما أنه يَمُنحُ للأطراف إمكانية التقابلية في الأداءات، وهذه الخصائص أهلت العقد إلى إعادة البعث والتَمَوُّع داخل السوق التنافسية من جديد، وينظر أنصار المذهب الفردي وأصحاب فكرة المنافسة التامة إلى العقد على أنه **حليفُ المنافسة**، طالما أنه في إنسجام وتوافق مع النظام العام التنافسي<sup>2</sup>.

فالعقد هو وسيلة الدخول إلى السوق، ولا يُتكلَّمُ في هذا المجال عن العقود العادية التي تكفي لنشاط سوق معينة، إذ في هذه الحالة يكون الكلام عن الضبط الذاتي للسوق *Auto régulation* ولكن الكلام عن العقود التي نظمها القانون من أجل إيجاد جو من التنافس في قطاع معين<sup>3</sup>.

1- هذا ما تجسده النصوص القانونية. انظر المادة 43 من الدستور، والمواد 106 و1/107 مدني، والمادة 6 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم بموجب القانون 08-12.

2- إن ما يمكن قبوله هو القول بأن العقد أداة لتجسيد المنافسة غير الكاملة، وهناك محاولات للنظر في دور العقد كأداة للمبادلات التجارية، فهو أداة لتجسيد السياسة الاقتصادية الليبرالية، وعليه يصعب تصوُّر سوق تنافسية من دون عقود، ذلك أنه يصعب الكلام عن نظام للسوق بغير تقنيات تعاقدية، فالعقد هو مُحصِّلة المفاوضات والمشارطات التي يَضبطُها المتعاملون في السوق، وتعكس في الآن نفسه سلوكياتهم الفردية والجماعية. انظر قادة شهيدة، المرجع السابق، ص86-88. إشارة إلى رأي الأستاذة Marie Anne Frison Roche "العقد هو الأداة القانونية لتفعيل آليات السوق". "le Contrat est le pilier du marché"

3- انظر عيساوي عز الدين، العقد كوسيلة لضبط السوق، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 2013، ص03، ص212.

كما يعتبر العقد أداة للتواجد في السوق، فهو أداة للتبادل التجاري، كما أنه من أهم التقنيات والصيغ التي تدخل عبرها المؤسسات الاقتصادية السوق، وتتموقع فيه وتباشر تعاملاتها، فصارت بذلك الصيغ الإتفاقية أكثر شيوعاً، وسائراً نحو الإنتشار.

بالرجوع كذلك إلى المادة 9 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم بموجب القانون 08-12 نجد بأن المشرع يُؤزّر بقبول الإتفاقات بين المؤسسات، وخاصة تلك التي تَسْتَهْدِفُ تطوير الاقتصاد الوطني، فمجال العقود والإتفاقات في السوق التنافسية أوسع من أن يقع تحت حصرٍ أو تحديد، ويقول كثير من الفقه الفرنسي أن قانون المنافسة في سيره وتنظيمه يَتَّجِهُ شيئاً فشيئاً صوب التعاقدية<sup>1</sup>.

### ب- العقد أداة لضبط وتوازن السوق

قُدِمَ العقد على أنه وسيلة للمبادلات التجارية داخل السوق، أو على أَقْصَرِ تَقْدِيرِ التقنية التي من خلالها تتواجد المؤسسة الاقتصادية في السوق، إلا أن التطورات اللاحقة لآليات السوق دَلَّتْ على أن الإكتفاء بهذا الطرح بات مُتَجَاوِزاً؛ والإحاطة بحدود إضطلاع العقد بهذه الأدوار الجديدة سَيُمْكِنُنا لاحقاً من الوقوف على المدى الذي يصله التوجه التعاقدية في قانون المنافسة، والتوجه اليوم ينحو ويُرَجِّبُ بمساهمة العقد في هيكلة وضبط السوق والتنظيمات الاقتصادية الفاعلة فيه. في هذا الصياغ يرى الأستاذ "قادة شهيدة" بأن : " إسهامات التقنيات التعاقدية جدٌ واعدة، طالما أن تنظيم تداول القيم التنافسية بين المشروعات أصبح يتم عن طريق العقود، وحدود الدور المستقبلي للعقد لن يتوقف عند هذا المستوى، بل إن هناك رهاناتٍ جديدة بآتت مطروحة في مجال الضبط والموازنة<sup>2</sup>.

---

1- انظر قادة شهيدة، المرجع السابق، صص 89-92.

2- إن ضبط القطاعات الاقتصادية يكون بطرق مختلفة، وتظهر هنا أهمية العقد في أنه وسيلة للدخول إلى السوق من أجل إيجاد سوق تنافسية حرة، حتى ولو كان ذلك السوق يخضع للضبط من طرف الهيئات المعنية بذلك، ولما كان السوق يقوم أصلاً على مبدأ التوازن بين المنافسة الحرة، لذلك صار العقد وسيلة تحقيق ذلك. انظر عيساوي عز الدين، المرجع السابق، صص 211.

كما يسعى إتجاه آخر إلى الذهاب بالعقد إلى أبعد من ذلك طالما أنه يدعو إلى ضبط شبكات التوزيع، حتى ولو كان ذلك على حساب إرادة المتعاقدين، وخاصة في الحالات التي يلجأ فيها العون الاقتصادي إلى قطع العلاقات التجارية تعسفاً أو استغلال النفوذ الاقتصادي.

فالمجال المالي يُعَدُّ القطاع الأكثر تجسيدا لفكرة العقد المنظم، فشاع مصطلح العقد كوسيلة لضبط السوق المالية. انظر قادة شهيدة، المرجع نفسه، صص 93-96. و حسان نادية، المرجع السابق، صص 117.

## 2- مساهمة العقد في الوصول إلى تسوياتٍ وحلول في مجال المنافسة

إن حدود مساهمة الآليات العقدية في مجال المنافسة لا يكادُ يتوقف عند اعتبارها تقنية للمبادلة أو صيغ لضبط السوق، بل إن إعمالها أصبح مألوفًا في حالة مخالفة ضوابط المنافسة، فالإجراءات المُتخذة من قِبَلِ مجلس المنافسة كهيئة رقابة حيال الأعمال المُنافية لحرية المنافسة أصبح يأخذُ شكل تعهدات تأخذها المؤسسة على عاتقها<sup>1</sup>.

كما زاد دور الإتفاق يتنامى في مجال تسوية المنازعات المتعلقة بالمنافسة في عقود التجارة الدولية، حيث درجَ المتعاملون الإقتصاديون على تضمين عقودهم شروطًا إرادية تُحيلُ منازعاتهم على هيئات التحكيم؛ فالعقد هو المؤسسة (الوسيلة) القانونية الأكثر قدرةً على تمكين الإرادة من السيطرة على الوقائع، وإدراجها في عقد مُستقبلي، فالعقد تصرف قانوني ينطوي على التوقع.

البين إذن أنه وعلى ضوء النزعة الهادفة إلى إعادة الإعتبار لدور الإرادة في العقد، فإن من المُتوقع أن تزداد مساهمة الآليات الإتفاقية في إيجاد حلول للمنازعات المتعلقة بالمنافسة، وهناك من يرى أنه حقيقة كُلمًا قَلَّ الإحتكار وزادت المنافسة الحرة بين مُقدمي السلع والخدمات، كلما كانت هناك فرصة أكبر أمام المتعاقد للإختيار من بين هؤلاء، ما يراه أقل حدةً أو شدةً بشأن بنود العقد، وهذا ما يدفع إلى التخفيف من طابع الإذعان، أي بالتوفيق بين مصالح الأطراف المعنية، في العقود التي يطرَحونها على جمهور الناس<sup>2</sup>.

---

1- المادة 60 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم بموجب القانون 12/08، التي تنص على أنه : " يمكن لمجلس المنافسة تخفيض الغرامة أو إلغائها كلية إذا أبدت المؤسسة تعاونًا في التحقيق، وتعهدت بعدم العودة إلى تلك الممارسات".

2- انظر بلحاج العربي، النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص296 إشارة إلى:

Filali, et autres, Concurrence et protection du consommateur dans le domaine alimentaire en algérie, Rev.Algé, 1998, n°1, p63et s.

من وجهة نظر مُغايرة هناك من يرى أن قانون المنافسة والذي يزداد قوة وانتشارًا يوما بعد يوم، يَحُدُّ كثيرا من المبادئ الأساسية للقانون المدني خاصة مبدأ الحرية العقدية "حرية إبرام العقد وحرية تحديد مضمونه. انظر أيمن ابراهيم العشموي، المرجع السابق، ص176-177.

كما يرى جانب آخر كذلك أن مُحَاوَلَات الفقه والقضاء وَقَبْلَهُم المشرع لحماية الطرف الضعيف لا تُحْدِثُ الأثر والمفعول نفسه الذي تُحْدِثُهُ المنافسة الحرة في تقديم الخدمات والسلع، وكمثال عن ذلك : فتح المجال لشركات التأمين يَضَعُ ويُولِدُ حرية إختيار أكبر أمام الراغب في التأمين<sup>1</sup>.

مما سبق بيانه يظهر أن التوجُّه التعاقدى في مجال المنافسة أصبح حقيقة ليس في الوِسْعِ تَجَاهُلَهَا، بل صارت تكتسب كل يوم أرضا جديدة؛ وإذا كان من السابق لأوانه رَسْمُ حدود هذا التوجه، فَأَقْلُهُ القول بأن سيادة نظام إقتصاد السوق، وَمَوْجَةُ التَحْرُرِ الإقتصادي التي تعرفها الدول سَتُعَزِزُ وبلا شك من دور الآليات الإتفاقية والتعاقدية، حتى تُؤَاكِبَ ديناميكية وحركية السوق وتوازنه؛ ويبدو أن إدراك هذا المَسْعَى يتوقف وبشكل كبير على تحديد الأدوار الجديدة للعقد بكونه أداة لتنظيم السوق وإحداث التوازن داخله، بل إن من المأمول أيضا التركيز على مساهمة العقد في إنشاء سوق تنافسية<sup>2</sup>.

---

1- انظر حسان نادية، المرجع السابق، ص117.  
2- انظر قادة شهيدة، المرجع السابق، ص99-101.

## نُخَلِّصُ فِي نَهَايَةِ هَذَا الْبَابِ إِلَى أَنَّهُ:

- لم يَسْتَمِرَّ المشرع على موقفه التوفيقى في تنظيم العلاقات التعاقدية، فقد غَلَبَ من مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، ووصل الأمر إلى وَصْفِ هذه المرحلة بالمرحلة الجماعية؛ وَيَصْدُرُ هذا التَدخُلُ المَبْشُرُ من المشرع في صورة نصوص أمرية يُحْتَمُّ على المتعاقدين واجب مُرَاعَاتِهَا.

- كما يتم هذا التَدخُلُ بصورة غير مباشرة عندما يُخَوِّلُ المشرع القاضي ويمنحه الصلاحية للتدخل في العقد بالتعديل أو إلغاء بعض الشروط والإلتزامات التي يراها تعسفية، أو لأجل إعادة التوازن الإقتصادي بين طرفي العقد.

على هذا تُلغَى الإرادة عندما تحل إرادة القاضي محلها لا سيما في نظرية الظروف الطارئة، ومراجعة التقدير المالي، أو يُحَدَّ منها من خلال حرمان المتعاقد في بعض الظروف من ممارسة حقوقه إعمالاً مثلاً لفكرة التعسف في استعمال الحق، أو إعمال قواعد التفسير.

- بتأثير أفكار الإقتصاد المُوجِّه والموقف التَدخُلِي للدولة صار العمل لتحقيق مصلحة الجماعة أكثر من مصلحة الفرد، وهو ما يتبين من خلال القيود التي أحاطت بالإرادة، حيث أُعِيدَ تَنْظِيمُ بعض العلاقات التعاقدية، وتوسيع نطاق عقود أخرى.

- إزداد تقييد الإرادة والحد من دورها، وبشكل خاص عندما يتعلق الأمر بمسألة التوازن بين الحرية في إبرام العقود وترتيب الآثار عليها، وبين ضرورة تَدخُلِ المشرع فيها لِتَوْجِيهِهَا أحياناً، وتنظيمها أحياناً أخرى من أجل تحقيق مصلحة جديرة بالحماية.

- تم تقييد مبدأ سلطان الإرادة لمصلحة الطرف الضعيف عندما يَخْتَلُّ التوازن بين طرفي العلاقة، ومن ذلك تنظيم علاقة المؤجر بالمستأجر، وكذا علاقة العامل بصاحب العمل، والبائع بالمشتري، المنتج والمستهلك...

- تراجعت مكانة و دور الإرادة بصورة شديدة وواضحة، وذلك بظهور القوانين الجديدة، ويظهر هذا التقهقر في تراجع الحرية التعاقدية إلى الحد الذي تنعدم فيه الإرادة، وتفقد فيه دورها في مباشرة بعض التصرفات القانونية؛ فقد بَرَزَتْ نَمَاجٍ من العقود الجبرية، وعلى سبيل المثال إجبارية التأمين على السيارات، والكوارث، أو لمباشرة بعض المهَن... هذا وقد تُجْبِرُ الإرادة على التعاقد مع شخص مُعَيَّن، وقد يصل الأمر إلى أن تُمنَع من ذلك.

على الرغم مما آلت إليه الإرادة في المجال التعاقدى، إلا أن المُعْطِيَّات والتَطَوُّرَات حَمَلَتْ معها تَحَوُّلات أُخرى، إنطلقت من أنه:

- لا يَسْلَمُ تَدخُلُ المشرع في تصرفات الأفراد من الخطأ الذي قد يَحْصُلُ منه، لذا وَجَبَ عليه أن يُوازن بين الأمور؛ فلا يُفْرِط في سَنَ النصوص الأمرة إلا عند الحاجة إليها، وبالمقابل لا يُطَلِّق العنان للحرية الفردية دون قيود.

- معنى الحرية يُقصد به القدرة على التصرف ضمن فُيُود مقبولة، أي لا إهدار لمبدأ الإرادة واستبعاد حرية التعاقد تَمَامًا، وبالمقابل ضرورة تدخل الدولة لتنظيم العلاقات، وما ذهبت إليه النظريات سواء في نقدها لسلطان الإرادة أو في مُحَاوَلَتِهَا إعادة بناء فكرة الحرية التعاقدية على أساس موضوعي يُمكنُ الإحتفاظ به من أجل تقديم تَحْلِيلٍ مُزدوج؛ وكل ذلك سيعمل على تحقيق العدالة وتحقيق التوازن بين الإطلاق وبين التوجيه، وفقا لمقتضيات الحاجة الاجتماعية، لأن العقد لم يَعد واقعة قانونية فحسب بل واقعة اجتماعية...

- وُجِدَ أن إستبعاد الإرادة على النحو السابق من العناصر الأساسية للعمل القانوني، يُمكنُ إعتباره مُعَالَاةً وتَشَدُّدٌ إلى حَدٍ بعيد؛ فالأزمة التي مَرَّت بها الإرادة في المجال التعاقدى أزمة عارضة زالت بزوال ظروفها، وهي تتمتع بدور ومكانة لا يُمكنُ إنكارُهما، وهي التي تُبَرِّر بقاءها وأستمرارها.

- الأمر الذي نَجَمَ عنه عودة وبعث الإرادة ودورها من جديد في المجال التعاقدى، وهو ما يظهر في بعض الصور والتطبيقات التي أَبَانَ عنها المشرع في القانون المدني، وحتى في بعض النصوص الخاصة... والغاية من ذلك تحقيق العدل والمُوازنة بين المصالح المختلفة للأفراد.

**إن المُعْطِيَّات السابقة جعلت الإرادة العقدية تَمُرُّ مَرَّةً أُخرى من التنظيم والتوجيه إلى إعادة الإعتبار من جديد، لا سيما في بعض المجالات؛ وهنا نتساءل مرة أُخرى وليست أخيرة:**  
هل الأمر سيتوقف عند هذا الحد أم أن التطورات تَحْمِلُ معها مُعْطِيَّات أُخرى؟

فالأيام مثل ما يُقال حُبَلَى بالمُعْطِيَّات الجديدة (العَجِيْبَة) فما كان بالأمس مَحْظُورًا ولا يجوز التعامل به كونه مُخَالِفًا للنظام العام والآداب - كإقتحام الأفراد مجال التجارة الخارجية - صار اليوم مِمَّا يُحَفَظُ عليه، كونه من الميادين الرائجة لمعاملات الأفراد، وفق مقتضيات حرية التجارة واقتصاد السوق.

## الخاتمة:

الإرادة مناط التصرفات القانونية وأساسها، ولأجل ذلك فقد أحاطها القانون بعناية خاصة، تظهر في التنظيم القانوني الذي أولاهما به، والذي يتجلى بوضوح في الشروط التي يجب أن تتوافر فيها كي تكون مُعْتَبَرَةً، وَيُعْتَدُ بها قانوناً؛ وانطلاقاً من كون الإرادة ظاهرة نفسية فهذا يستدعي ضرورة نقلها من كامن النفس إلى العالم الخارجي، من خلال التعبير عنها، ذلك أنه لا يُعْتَدُ بالأمر الخفية ما لم يُعَبَّرَ عنها.

لقد عرف مفهوم الإرادة ذاته تطوراً ملحوظاً نتيجة للمستجدات وتغير الظروف، فمن الإرادة الباطنة إلى الإرادة الظاهرة إلى الإرادة التي يمكن التعرف عليها أو استخلاصها، ولقد لعبت الإرادة دوراً بارزاً ولمدة طويلة في تكوين العقد وتحديد مضمونه، وقد كان دورها في التصرفات القانونية واضح ولا يحتاج إلى كبير عناء في استظهاره وإثباته، فالحرية هي قوام العقود، وهي التي تقرر قواعدها وأصولها وأحكامها.

فلمبدأ سلطان الإرادة دور رئيسي في نشأة العقود وفي تحديد آثارها، هذا بطبيعة الحال مُسَايِرَةً للتوجهات التي كانت سائدة، والتي قلصت من سلطة القانون أمام سلطة الأفراد، فجعل من الإرادة هي الأساس، أما القانون وإن وُجِدَ لتنظيم هذه التصرفات فإنه يكون في شكل قواعد مُكَمِّلة لإرادة الأفراد، وليس مُوَجِّهاً ولا مُلْزماً لها.

إلا أن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق والإلتزامات فيه إغراق كبير ومبالغة، فالإلتزامات التعاقدية ذاتها وهي مَبْنِيَّةٌ على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقدته لأنه أراد ذلك فحسب، بل هناك إعتبارات إجتماعية ترجع للثبات والإستقرار الواجب توافره في المعاملات، والثقة التي يُوَلِّدُهَا التعاقد في نفس المتعاقدين.

فبالنظر للمعطيات السابقة برزت إعتبارات كان من شأنها المساس بهذه الحرية، وحدثت من تَمَنُّع أحد العاقدين بها تمام التمتع، فالحرية في التعاقد قد تغيرت كثيراً بحيث أصبحت محددة ومقيدة بنصوص قانونية أمرية، ويظهر ذلك في التطور الذي شهدته التصرفات القانونية بصفة عامة، والعقود بصفة خاصة، فمن عقود المبادلة (تقوم على تَبَاذُلِ إرادتي الطرفين) إلى العقود المنظمة، ومن واقع يعتمد على إرادة تقابلها أخرى إلى واقع آخر، يتميز بكثافة ومحدودية الإرادات.

هذه التطورات أدت إلى إتساع الناحية الإجتماعية للعقد على الناحية الفردية، إذ لم يُعَدَّ يَخْصُ المتعاقدين فحسب بل أصبح واقعة إجتماعية تُهْمُ الحياة الإجتماعية والإقتصادية كلها، وهو ما أمكن للمشرع أن يتدخل كلما رأى أن في تدخله تحقيق للمصلحة العامة، وهذا حتى لا تكون الإرادة أداة تُسْتَعْمَلُ لتحقيق مصالح بعض الأشخاص على حساب بعضهم الآخر.

حاصل القول أن الخلاف لا يجب أن يكون في وجوب تدخل الدولة من عدمه في تنظيم العلاقات التعاقدية، ولكن في مدى هذا التدخل لأن سلطان الإرادة لا يصلح وحده كي يكون أساسا للقوة الملزمة للعقد، فلا بد إذن من تحقيق العدالة العقدية، وبث الثقة في نفس المتعاقد الضعيف، ونشر (السلم والأمن الإجتماعي)، وعلى ذلك يجب من ناحية أن تظل الإرادة مصدرا للإلتزام، ولكن يجب من ناحية أخرى ألا تكون هذه الإرادة مطلقة؛ فلا بد أن تكون هنالك قواعد مقيدة لها.

فاليوم لا يمكن إنكار دور الإرادة في العقد، وبالمقابل لا ينبغي المُعَالَاةُ في هذا الدور، وإذا كان من المطلوب حقا أن تظل الإرادة في المسائل التعاقدية حرة وَجَبَ على من يستخدمون هذه الحرية ألا يستعملوها من أجل إستغلال الآخرين، الذين لا يوجدون في نفس المستوى الاقتصادي والاجتماعي، والذين يدفعون ثمن هذه الحرية مع أنهم لا يستفدون منها.

فالمغالاة في إستخدام حرية التعاقد في سياق إجتماعي اقتصادي يسمح للأقوياء بإستغلال الضعفاء وهو أمر بالغ الخطورة.

ففي ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية ينبغي التخفيف من صرامة مبدأ سلطان الإرادة، مع التسليم بوجود عقد، إذ أن العلاقة بين الأطراف تبقى محتفظة بطبيعتها التعاقدية، فالقول بتدهور العقد شيء والقول بتقييد الحرية التعاقدية شيء آخر.

لا يَعْنِي ذلك المُنَادَاةُ بإهدار مبدأ سلطان الإرادة أو إستبعاد حرية التعاقد تماما، لأن في ذلك إِنْتِقَالٌ من تَجَاوُزِ إلى تَجَاوُزِ آخر؛ والمطلوب أو المرغوب هو ضرورة تدخل الدولة لوضع العلاقات الاقتصادية داخل منظومة إجتماعية، تهدف - بالإضافة إلى الربح - إلى تحقيق العدالة والأمن والسلام الإجتماعي.

فلا يُقَالُ سلطان القانون أو سلطان الإرادة أولا وثانيا، ولكن سلطان القانون وسلطان الإرادة جنبا إلى جنب، فهما وجهان لعملة واحدة أو بعبارة أكثر دقة يجب أن يَكُونَا كذلك<sup>1</sup>.

---

1- انظر أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 197-202.

تَجَدُّرُ الإشارة هنا إلى أن الفقه الإسلامي تَعَدَّى ومنذ زمن بعيد الجدل في موضوع الإرادة وقدرتها على إنشاء العقود، فلإرادة وفقا لهذا التصور القدرة على تكوين العقود والإلزام والالتزام، فالشريعة الإسلامية كانت السبّاقة في الأخذ بموضوعية الإرادة، من خلال تنظيمها للإرادة بصورة تحليلية دقيقة مراعية المصلحة العامة، ومُورِدَة القيود العديدة عليها؛ ولا يعني ذلك أن الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، فهو وليد القانون الوضعي (المذهب الفردي)، فالإرادة في تصور الشريعة الإسلامية موضع إعتبار رئيس في التصرفات الشرعية كافة.

ذلك أن الفقه الإسلامي يُقيّم الفكرة على أُسسٍ متوازنة فيها من المرونة ما يَتَسَبَّحُ لمتطلبات التطور الاجتماعي، فهو لم يُعَالَ في إعطاءها كامل الحرية، ولم يُنْقِصْ من شأنها في هذا الجانب، والسبب كذلك هو أن هذا الفقه يستمد أحكامه من أصول ثابتة لا تتغير بتغيير الزمان والمكان، على خلاف المذاهب الوضعية السابقة، والتي جاءت كنتيجة وَرَدٍ فعل على ظروف مذاهب سادت في فترات زمنية معينة<sup>1</sup>.

بناء عليه يمكن القول أن للإرادة اليوم مَنطُوقٌ (مصطلح) ومَفْهُومٌ، فمصطلح إرادة يعكس أن لها من الحرية ما تستطيع من خلاله الإعتراض عما تراه يَضُرُّ بمصالحها، أما من حيث المحتوى والمفهوم فهو في ظل المعطيات السابقة لا يَرَقَى إلى المأمول إن لم نُقَلْ لم يُحَافِظ على ما كان عليه؛ وعليه فلا بُدَّ أن نتساير ونتأقلم مع الواقع والمعطيات الجديدة، فالدخول في عملية قانونية أو عقدية (مجازا) لا يكفي أن يُنظَرَ إليه من زاوية مصطلح إرادة، ولكن لا بُدَّ أن يُنظَرَ إليه من زاوية وجهة الفاعلية والمردود؛ فهل حقيقة كانت الإرادة هي السيدة وصاحبة السلطان في إبرامه؟ وهل كانت لها السلطات الواسعة في تحديد مضمونه وتنفيذه؟

أم أن الأمر لا يَعُدُّ أن يكون مُجَرَّدَ إصطلاح يُتَمَسَّكُ به تحت أي ظرف وأية خلفية - تاريخية اقتصادية سياسية وحتى ثقافية-<sup>2</sup>.

---

1- انظر جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص231-232. ومحمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص593.  
2- فلا يُهْمُ حُجْمُ المعرفة بهذه الإرادة ولكن المُهْمَ هو مَرْدُودُهَا، فالمقصود في إطار دراستنا ليس الإرادة كمنطوق ولكن كمفهوم وفاعلية؛ وعليه فلا بُدَّ من تحرير مفاهيم الكلمات، فالإرادة حملت معنى في حقبة ما، غير المعنى الذي تَحْمِلُهُ الآن؛ فالممارسة المؤلمة والخاطئة والتي أُلصقت بها (المبالغة في الاعتداد بسلطان الإرادة) أعطتها معنى لا يَكادُ يُقْبَلُ في الوقت الحاضر.

ما سبق بيانه يتعلق بنظرة فقهية فلسفية للإرادة ودورها في مجال التصرفات القانونية، وكإسقاط على التشريع الجزائري فإنه تُحْتَمُّ علينا مقتضيات الموضوعية في الطرح الإشارة بداية إلى أن المشرع يُقَرُّ ويعترف بدور الإرادة في تطبيقات عدّة تمت الإشارة إليها في هذه الرسالة (من الشريعة العامة ومن بعض العقود الخاصة على حد سواء)، وهو تجلّى كذلك من خلال تعديل القانون المدني، حيث عبّر المشرع صراحة واعترف بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام، بعدما كان يأخذ ببعض تطبيقاتها<sup>1</sup>.

إلا أنه وبالرغم من ذلك يتبيّن من معالجة الموضوع أن دور الإرادة تضاعف إلى حدٍ كبير، وهذا ليس بحكم مطلق، لأن التعميم والإطلاق في أي مجال حكم غير سليم، فالمشرع يمنح حقيقة للإرادة مكانة ودور، إلا أنه يبقى دورا محدودا، لأنه لا يُعبّر عن الإرادة الفعالة والمؤثرة في مجال التصرفات القانونية، لا سيما بالنظر إلى طبيعة العقود ونوعها، وما تنطوي عليه.

لأجل ذلك جاءت هذه الدراسة - كما أتمنى أنه قد ظهر وأتضح- بصورة متدرجة إنطلقت من الإفراط في الإعتداد بدور الإرادة أو ما عُرف بالحرية المطلقة للإرادة، وقد تم تبيان الفلسفة التي كانت قائمة في تلك الفترة، كما تم تبيان مظاهر وتطبيقات هذه الحرية.

حيث يبرز دور الإرادة بصورة واضحة في العقود البسيطة اليومية (شراء قلم أو جريدة، صعود سيارة أجرة أو شحن رصيد هاتف...) فهنا للمتعاقد حرية كبيرة في التعاقد من عدمه، فلا تنقيد ولا تَضْبِطُ إرادته.

ثم بعد ذلك بدأت الإرادة تُحَاطُ بشيء من القيود تحت مُسَمَى السلطان الجزئي للإرادة، من خلال تعطيل دور الإرادة دون إعدامه، في وجوب مراعاة النظام العام، واحترام الشكلية...، والتي تعد من الضوابط المستمرة أو التقليدية.

شيئا فشيئا إزدادت مظاهر تعطيل الإرادة والحد من دورها، فكلما زاد مضمون العقد إلا وزادت التعديلات والتدخلات في هذه التصرفات، وزاد التقييد والحد من دور الإرادة (كحال عقود الإذعان في إشتراكات الكهرباء، الماء، الأنترنات... وما تحويه من شروط تعسفية)، ووصولاً إلى حد إلغاء هذا الدور تماما، من المشرع تارة من خلال إزدياد النصوص الأمرة الموجهة والمنظمة، وتارة أخرى عن طريق تدخل القاضي القاضي؛ كما هو الأمر في عقود التأمين الإجبارية (إجبارية التأمين على المركبة، المنزل، الحياة في بعض عقود النقل،...).

---

1- كما هو الحال في الوعد بجائزة، المُنظَّم بالمادة 115 مدني، والمُلغاة بالتعديل 10/05، وما دام الأمر كذلك فبالأحرى القول بأن المشرع يُقَرُّ ويعترف بدور الإرادة في مجال العقود.

لتشهد وتعرف الإرادة ودورها في المجال التعاقدى عودة وبعث من جديد في بعض الصور والتطبيقات، من ذلك ما جاء في القانون المدني، لا سيما التعديل الأخير 2007، وحتى في بعض النصوص الخاصة، كما هو الحال في قانون المنافسة؛ وهذا التراوح في هذه الدراسة ليس بتناقض في الطرح وإنما هو مرونة في المعالجة، فالتطورات والتحويلات التي تعرفها الحياة القانونية عموماً، والعقدية بصفة خاصة جعلت دور الإرادة يتأرجح من عقد لآخر ومن مجال لمجال.

وهنا يمكن القول أن الأمور إنقلبت وتحولت، فالإرادة التي كانت أسمى من القانون، ثم صارت في مرحلة أخرى تتماشى معه؛ تحولت مرة أخرى وصارت في مرتبة ومنزلة أقل، حيث صار القانون في كثير من الأحيان يُنظَّمها ويُوَجِّهها، وفي هذا سُمُوٌّ وعُلُوٌّ على دورها.

فالإرادة التي كانت مصدر الحقوق والواجبات، وتمثل السلطان والقانون الذي يجب أن يُحترَم، ولا يُمكن التدخل فيما تُقرُّه لم تُعدَّ غَايَةً في حدِّ ذاتها، بل أصبحت مُجَرَّدَ وَسِيلَةٍ لتحقيق خير الجماعة، تتحدد بما تفرضه القوانين من قيود لا يمكن تجاوزتها.

فالمبدأ لازال موجوداً إلا أن القانون وضعه في إطار معقول تتوازن فيه الإرادة مع العدالة، والمصلحة العامة، أو مثل ما يُقال: "إرادة موضوعة أو مُقَامَةٌ ولكن في إطار القانون".

### يُستخلص من هذه الدراسة:

1- لم تعد الإرادة مصدر الحقوق والواجبات كما كانت من قبل، بل صارت تتقيد من حيث صورها بالقانون، فهي ليست تلك التي يُريدُها صاحبها، وإنما تلك التي يفهمها المُخاطبُ بها، وعلى ذلك يعتبر التعبير الوسيلة المادية التي يتم الكشف بها عن الإرادة، إلا أنه لم يعد مجرد ثوب ترتديه الإرادة، بل صار دليلاً عليها، يصعُبُ قبول عكسه؛ وعلى أساسه تترتب الآثار القانونية.

2- وُجِدَ أن أساس التزامات الأفراد صار يرجع إلى الإرادة المُعلَّنة، والتي تَقِفُ عند المظاهر المادية المحسوسة، أي بمنظور موضوعي بعيد كل البُعد عن الأمور النفسية؛ وفي حال عدم التعبير السليم عن الإرادة، أو مثل ما يقال "القلب قاصِدٌ واللسان عَاجِزٌ"، فاختلقت بذلك الإرادة الباطنة عن تلك التي عُيرَ عنها، فإن البحث عن حقيقتها يُحتمُّ إتباع قواعد موضوعية في التفسير، وهو ما يعتبر بمثابة قَيْدٍ عليها.

3- تتقيد الإرادة بإعمال قواعد التفسير في حالة غموض الإرادة، ذلك أن القاضي هنا يفترض أو يستخلص الإرادة بعيداً عن ما كان يريده الأطراف.

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

4- لم تعد الحرية الفردية هي تلك التي تُبيحُ لصاحبها أن يقوم بما يشاء، بل قُيدت إلى الحد الذي تُحققُ فيه مصالح الفرد والمصلحة العامة للمجتمع، فقد تَرَكَ المشرع للأفراد في إبرامهم للعقود مجالاً سواً في تكوينه أو تنفيذه، ولكن من جهة أخرى تدخل للحد من قوة الإرادة وفرديتها.

يتم ذلك بتوجيه هذه العلاقة وإضفاء الصفة الإجتماعية عليها، فهي تنقيد بما يستهدفه الصالح العام والتوازن الإقتصادي؛ 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.

فقد أصبحت قواعد النظام العام الإقتصادي لا سيما الإجتماعي منه كثيرة ومختلفة، يجب على الأشخاص مراعائها في تصرفاتهم التي يقومون بها؛ وذلك حماية لمصالح الفئات الضعيفة تعاقدياً.

5- أخذت طريقة التنظيم أو التوجيه التعاقدية التشريعي تحلُ 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 (العقد) توافقياً يتم في إطار الحرية، المتمثلة في إرادتين متساويتين، ومستقلة كلتاهما عن الأخرى، صار عملية مُوجهة إما بواسطة المشرع أو القاضي، أو بواسطة أحد المتعاقدين (المتفوق إقتصادياً أو فنياً)، والذي ينفردُ بوضع شروطه، وفرضها على الآخر، كما في عقود الإذعان، وفي هذا تجريراً كبيراً للعقد من طابعه التعاقدية.

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

7- تبيّن كذلك كيف أخذ الطابع العام أو الجماعي يتزايد في العقود، حيث صار العقد إلى جانب كونه ذا طابع خاص، صار ذا طابع جماعي، ووصل المساس بالإرادة ودورها في المجال التعاقدية حُدوداً خطيرة وغير منتظرة، وصلت حدَّ الإلغاء والإستغناء عنه، وهو ما ظهر في العقود الجبرية في صورة التأمين الإجباري.

8- تقتضي الموضوعية ونقل الحقائق كما هي - كأحد مقومات البحث العلمي - إلى القول أنه ومع هذا التّديني في مكانة ومركز الإرادة إلا أن المشرع أبانَ في بعض التطبيقات عن مشاهد لإعادة بعث دور الإرادة، لا سيما ما أستلزمته مقتضيات حرية التجارة والمنافسة.

## مما سبق بيانه نخلص إلى بعض الإقتراحات:

1- لا بُدَّ ومن الضرورة اليوم أن يُوردَ القانون المدني تنظيماً قانونياً لمرحلة المفاوضات، مع التركيز على مبدأ حسن النية، ذلك أنه لم تعد المفاوضات مُجَرَدَ عَمَلٍ مادي، به يتم تبادل وجهات النظر، وإنما تحولت إلى مرحلة مُهَمَّة، لها نظامها القانوني، وفيها يتقرر وجود العقد ومصيره.

2- ضرورة وصف الحرية العقدية بصورة لا تتقاطع مع مبادئ إستقرار المعاملات والعدل...، وهذا تَمَاشياً مع الفكرة التعاقدية التي تقوم أصلاً على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين.

3- لا بُدَّ من إعادة الإعتبار لدور الإرادة في مسانيرة وتنظيم مختلف المراحل التي تَمُرُّ بها العلاقات القانونية، لا سيما في بعض التصرفات؛ مع ضرورة إخضاع العقد من بداية تكوينه إلى نهايته مع مصالح المجموع (الموازنة وليس التوجه من نقيض إلى نقيض).

4- ترك مجال للإرادة لا سيما في مجال إجبارية التأمين حيث لا يوجد هامش من الحرية والإختيار للأفراد، وكان حَرِيٌّ بالمشرع جرماً من لم يؤمن مثلاً على حوادث المرور أو الكوارث الطبيعية من الحماية أو الإمتيازات، بدلاً من إجباره على التعاقد، وإهدار مبدأ قانوني أصيل "حرية التعاقد".

5- ضرورة الإرتقاء بقوانيننا وخصوصاً القانون المدني -العمود الفقري للدراسات القانونية- من خلال الإبتعاد والتخلي عن التبعية التي يَدِينُ بها في جوانب منه للقانون المدني الفرنسي، والتي تَجَعَلُ منه قانوناً لا يُسَاطِرُ واقع المجتمع.

فالمرغوب والمأمول فيه هو إيجاد قانون مدني جزائري مُسْتَقِلٌ بل ومُتَمَيِّزٌ عن القوانين الأخرى (غربية أو حتى عربية)، وهنا نظم صوتنا إلى صوت من سبقنا<sup>1</sup> أنه لا بد من تظافر الجهود (فقهاء باحثين أكاديمين ومختصين كل حسب مجاله) من أجل الكشف على واقع تشريعنا وواقع مجتمعنا، ولا عُدْرَ اليوم لا سيما في ظل الإمكانيات المتاحة، من مخابر وفرق بحث، ومراكز دراسات...، والتي لا تَكَاذُ تَخْلُوُ كليات الحقوق عبر الوطن منها؛ والتي يُتَمَكَّنُ من خلالها إكتساب أبعاد علمية ونظرية وتطبيقية، بما يُؤَاكِبُ التطور الحاصل والمتواصل، علمياً سياسياً اقتصادياً اجتماعياً وحتى ثقافياً.

تم بعون الله ولا حول ولا قوة إلا بالله

---

1- هذا ما أدى إلى الإقتصار على توجيه الجهود الفقهية والقضائية نحو العمل على تطبيقه بدلاً من العمل على إبراز واقع تشريعنا من أجل تغييره نحو الأحسن. انظر محمد شليح، المرجع السابق، ص291-293. والأستاذ علي علي سليمان رحمه الله، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري.

كما تؤكد على هذا الطرح أيضاً وثيقة عرض الأسباب الملحقة بهذه الرسالة، إلا أنه وللأسف لم يتجسد ماجاء فيها على أرض الواقع؛ والمأمول فيه أن ينهض أهل الإختصاص بهذا الدور، لا سيما المنشغلين والمشتغلين بموضوعات القانون المدني.

الملحق

مشروع عرض الأسباب للقانون

المدنى الجزائرى

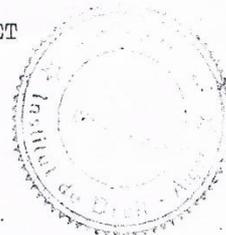
PA. 1998.

11K 1998.

Exposé des motifs du projet  
d'ordonnance portant  
CODE CIVIL



L EXPOSE DES MOTIFS DU PROJET  
D'ORDONNANCE PORTANT CODE  
CIVIL  
-----



Au lendemain de l'Indépendance, l'une des principales préoccupations de l'Etat fut de restituer au droit algérien son caractère authentiquement national, donc conforme aux principes proclamés par la révolution dans les domaines politique, économique et social.

La première manifestation de cette volonté fut la promulgation de nombreux textes à caractère législatif notamment:

- le Code de la Nationalité,
- le Code de Justice militaire,
- l'ordonnance portant réforme judiciaire,
- le Code pénal, le Code de Procédure Pénale et le Code de Procédure civile,
- l'ordonnance portant statut général de la Fonction publique et les différents textes relatifs aux statuts particuliers,
- le Code de Wilaya et le Code communal,
- le Code des Marchés publics,
- l'ordonnance portant réforme pénitentiaire,
- le Code de la Route,
- l'ordonnance portant gestion socialiste des entreprises,
- l'ordonnance portant révolution agraire et bien d'autres textes encore tels le Code de la famille et le Code du Travail élaborés mais non encore adoptés.

Enfin tout récemment et en vue d'apurer la législation algérienne de toute empreinte de nature à rappeler la législation héritée de l'époque coloniale, il a été décidé que la loi n°62-157 prorogeant la législation en vigueur au 31.12.62 serait abrogée à compter du 5 juillet 1975.

inv. ASDM  
AB. 04.83.

Il restait cependant à compléter cet important édifice par l'adoption d'un Code civil dont l'inspiration devait être recherchée dans nos valeurs arabo-islamiques ainsi que dans les apports positifs du monde-moderne dans lequel évolue notre société.

Tel est l'objet du présent projet de Code civil qui se subdivise en 4 livres traitant le premier des dispositions générales, le second, des obligations et contrats, le troisième des droits réels principaux, le quatrième, des droits réels accessoires ou des sûretés.

Avant d'aborder l'analyse de ces quatre livres, il importe de rappeler que le but recherché par le législateur n'a pas été d'établir une codification classique seulement adaptée à la situation et aux conditions économiques de l'Algérie, ni de concevoir un Code fondé sur des bases nouvelles à découvrir et à formuler.

Il s'agit beaucoup plus, tout en puisant dans le droit musulman et en se fondant sur la législation intervenue depuis l'Indépendance d'élaborer un texte de grande portée pratique dès lors qu'il est enrichi par l'apport de nombreuses codifications étrangères ainsi que par les connaissances acquises au cours de leur longue expérience par les praticiens du droit ayant contribué à l'élaboration de ce projet.

C'est au demeurant pour répondre à cet impératif qu'il est proposé la simplification des procédures (moyens de preuve et prescriptions) et l'introduction de règles s'appuyant sur des pratiques ayant cours dans le monde musulman mais néanmoins adaptées à l'évolution sociale.

Par ailleurs en vue de faciliter la tâche du juge par la mise à sa disposition d'un outil de travail complet un certain nombre de textes qui, dans la législation héritée étaient édictés séparément sont désormais intégrés au Code. Il en est ainsi des textes se rapportant au loyer, au bail, à la copropriété etc...

Livre I : Des dispositions générales

Le livre I intitulé "Des dispositions générales" se subdivise en 2 titres et ne se présente pas comme une partie générale exposant des principes dont les autres livres ne seraient que le développement et la mise en oeuvre. Bien au contraire, dans son titre I<sup>er</sup> sont édictées des dispositions dont certaines ont une portée qui dépasse le domaine du droit civil proprement dit. Ces dispositions se rapportent à la mise en vigueur des lois, posent le principe de la non-rétroactivité des lois, traitent du conflit des lois dans le temps et dans l'espace en consacrant les solutions de la Jurisprudence en matière de droit international privé. Le titre II qui a trait aux personnes physiques et morales régit les droits de la personnalité individuelle, définit l'exercice abusif d'un droit (chapitre I) et énumère les personnes morales ainsi que les droits attachés à ces personnes morales (chapitre II).

Néanmoins il convient de mentionner que tout en définissant la personnalité le projet de Code renvoie contrairement à certains codes étrangers, à certains textes particuliers, notamment au code de la famille en ce qui concerne les prescriptions en matière de disparition et d'absence, au Code de la nationalité pour tous les problèmes relatifs à la nationalité et enfin aux textes sur l'Etat civil pour tout ce qui s'y rattache (déclaration d'état civil, acquisition et changement de nom etc...)

S'agissant des problèmes qui ont particulièrement retenu l'attention des membres de la commission chargée de l'élaboration de ce projet de texte, l'article 13 relatif à la loi applicable aux effets du mariage a donné lieu à un riche débat : Fallait-il ou non maintenir les termes de "répudiation" et de "séparation de corps" deux institutions que le droit algérien ignore ? Il est alors fait remarquer que le conflit peut naître entre la législation locale et une législation étrangère dans un procès intéressant deux étrangers.

L'article 22 bien que consacrant le principe de la nationalité effective en cas de pluralité de nationalités n'autorise pas le juge à accorder arbitrairement telle ou telle nationalité. Désormais, il devra prendre en considération des liens d'attaches certains tel le domicile, le mode de vie etc...

En revanche dans le cas où l'individu se prévaut de plusieurs nationalités dont la nationalité algérienne le juge consacrera cette dernière.

L'article 36 reprend la notion de résidence habituelle que l'on retrouve dans le Code de procédure civile.

Les articles 40 et 49 de ce livre méritent d'être cités dès lors qu'ils visent respectivement à l'uniformisation en matière de majorité en fixant la majorité civile à 21 ans et à l'énumération des différentes personnes morales en faisant la distinction entre les personnes morales de droit tels l'Etat la Wilaya la commune, celles qui n'ont cette qualité que dans les conditions déterminées par la loi (Etablissements et offices public) et enfin celles auxquelles la loi peut accorder la personnalité morale et parmi lesquelles on retrouve les entreprises socialistes, les cooperatives et les associations.

Le livre II comporte 11 titres traitant des obligations et des contrats.

Le titre I se rapporte aux obligations qui trouvent leurs sources dans la loi, le contrat, l'acte dommageable ou enfin dans les quasi contrats.

Les titres II et III traitent respectivement des effets de l'obligation (exécution en nature et exécution par équivalent) et des modalités de l'obligation à savoir : l'obligation conditionnelle, l'obligation à terme, l'obligation alternative et l'obligation facultative.

référé à un projet de texte franco-italien qui bien que n'ayant pas été consacré par les deux parties concernées a néanmoins inspiré la législation de nombreux pays.

D'après les articles 323 et suivants relatifs à la preuve de l'obligation, la preuve par écrit est exigée pour toute opération dont la valeur est supérieure à 1000 D. et ce dans un souci de sécurité des opérations entre particuliers.

Cependant ce principe n'est pas absolu. En effet d'une part il ne s'applique pas à la matière commerciale qui demeure régie par ses règles propres et d'autre part il est tempéré par plusieurs exceptions en cas par exemple d'existence de commencement de preuve par écrit ou de présomptions.

Il convient toutefois de souligner que l'adoption de ce principe apporte un grand changement au système de preuve antérieur qui considérait la preuve testimoniale comme la preuve par excellence alors qu'en droit musulman le mode de preuve privilégié est la preuve écrite. Le Coran en effet, recommande de constater par écrit toute opération entraînant une obligation.

L'évolution dans le sens de la préférence de la preuve écrite s'est d'ailleurs déjà manifestée dans la législation algérienne depuis l'Indépendance avec l'ordonnance n° 70-91 du 15 décembre 1970 portant organisation du notariat.

Mais le problème le plus important abordé dans le livre II et qui a donné lieu à une vive controverse est celui qui touche à l'intérêt.

Il a été rappelé que l'intérêt sous toutes ses formes est formellement prohibé par le livre sacré "le Coran" et que tous les docteurs et jurisconsultes sont unanimes sur ce point. C'est dans ce sens qu'a été rédigé l'article 454.

Cependant, pour des raisons d'ordre économique et sans qu'il soit apporté de limites à l'observation de ce principe sacré, il est admis que dans les rapports entre particuliers et les établissements financiers, ces derniers peuvent soit verser des primes d'encouragement (épargne, souscription de bons du trésor) soit recevoir une rémunération à titre de contribution aux frais administratifs.

Notons que la contribution des particuliers aux frais administratifs ne peut tomber sous l'effet d'une quelconque prohibition dans la mesure où en Algérie le crédit est entièrement aux mains de l'Etat et que le fait de payer à ce dernier une contribution équivalent au paiement d'une taxe, chose parfaitement licite.

Dans le même ordre d'idée la rente perpétuelle qui s'analyse comme l'aliénation d'un immeuble moyennant une redevance annuelle perpétuelle ne figure plus dans les dispositions du Code et est par conséquent interdite en ce sens que dans l'ancienne législation elle figurait au premier plan parmi les procédés utilisés pour tourner la prohibition du prêt à intérêt.

Le chapitre I (Titre VIII livre II) mérite d'être mentionné dans la mesure où ses dispositions recouvrent celles de textes spéciaux telle la loi de septembre 1948, adaptés toutefois aux données nouvelles intervenues depuis l'Indépendance notamment dans le domaine des biens de l'Etat.

Dans le chapitre consacré aux contrats aléatoires les dispositions relatives aux jeux et paris ont été supprimées des lors que les jeux de hasard et paris sont prohibés par la loi musulmane.

Le Livre III traite des droits réels principaux sous deux aspects: le droit de propriété et les démembrements du droit de propriété à savoir l'usufruit, l'usage et l'habitat.

A propos de l'article 673 qui définit le droit de propriété la question s'est posée de savoir s'il y a lieu d'inclure dans le code certaines dispositions prévues par l'ordonnance portant révolution agraire notamment son article 1er qui stipule :

"La terre appartient à ceux qui la travaillent ; seuls ceux qui la cultivent et la mettent en valeur ont des droits sur elle."

Il est alors précisé que le droit de propriété au sens de l'article 673 est une notion plus large qui ne concerne pas seulement les terres agricoles ou à vocation agricole mais tous les biens.

De plus l'article 673 donne au propriétaire l'usus le fructus et l'abusus mais dans les limites de la loi.

L'article 676 pose le principe que "nul ne peut être privé de sa propriété que dans les cas et conditions prévus par la loi" et il est complété par l'article 677 qui dispose : "La Nationalisation ne peut être prononcée que par la loi. Les conditions et les modalités du transfert ainsi que la forme de l'indemnisation sont fixées par la loi". Toutefois l'article 676 réserve à l'Etat la faculté de nationaliser toute propriété moyennant une indemnisation juste et équitable mais non préalable.

A cet égard la procédure de fixation du montant de l'indemnisation ne peut constituer un obstacle à la main mise de l'Etat sur le bien nationalisé.

Des articles 684 et 685 se rapportant aux biens meubles et immeubles propriétés de l'Etat, il ressort que la distinction classique consistant à répartir les biens entre d'une part biens du domaine public de l'Etat, de la Wilaya et de la Commune, et d'autre part biens faisant partie du domaine privé de l'Etat de la Wilaya et de la Commune est maintenue. Ces articles tout en posant le principe suivant lequel les biens meubles et immeubles propriétés de l'Etat sont inaliénables insaisissables et imprescriptibles disposent cependant que l'Etat peut les affecter et fixer dans les lois d'affectabilité les conditions d'aliénabilité.

Les articles 739 à 768 présentent également un grand intérêt si l'on considère qu'ils introduisent des dispositions nouvelles régissant désormais la copropriété des immeubles bâtis en harmonie avec d'une part les énonciations du décret n° 73-82 du 5 juin 1973 relatif à la copropriété et dont elles sont le complément indispensable et d'autre part avec celles de l'ordonnance du 16 novembre 1971 portant gestion socialiste des entreprises.

S'agissant des modes d'acquisition de la propriété le Code les prévoit dans leur totalité à l'exception toutefois de l'acquisition par succession qui relève du Code de la famille.

D'autres dispositions nouvelles qui font l'objet du chapitre IV de ce livre concernent le droit de chefaâ dont le principe est emprunté en raison de son intérêt pratique au droit musulman.

Les articles 854 à 862 se rapportant à l'usage des terres allouées par l'Etat reprennent certaines dispositions de l'ordonnance de décembre 1968 relative à l'autogestion agricole, celle du 8 novembre 1971 portant révolution agraire et celle du 16 novembre 1971 portant gestion socialiste des entreprises.

Le livre IV enfin, a pour objet les droits réels accessoires ou les sûretés réelles à savoir l'hypothèque et le droit d'affectation, le nantissement, le gage ainsi que les différents privilèges.

Dans ce livre il a été tenu compte dans une large mesure des règles concernant la publicité foncière. En effet notre système de publicité en tant que système personnel et tel qu'il résulte du décret du 21 octobre 1959 vise à centraliser tous les renseignements sur la situation patrimoniale des individus et par là même s'adapte parfaitement aux règles posées par le présent projet du Code civil en matière de transactions et opérations hypothécaires.

S'agissant des règles<sup>de</sup> prescription qui apparaissent çà et là dans le texte et dont la référence figure dans le tableau annexé au projet de Code, il convient de signaler d'une part qu'un effort d'uniformisation des délais a été fait et d'autre part que les délais de prescription prévus antérieurement ont été généralement réduits. C'est ainsi que la prescription de 30 ans est réduite à 15 ans

celle de 15 ans	"	à 10 ans
" de 5 ans	"	à 4 ans
" de 2 ans	"	à 1 an.

D'autres délais de prescription propres au droit musulman ont été introduits tel le délai de 33 ans en cas de droits successoraux ou de servitude sur un bien successoral.

Telles sont les grandes lignes de ce projet de Code civil qui, avec l'ordonnance de Février 1970 sur l'Etat civil et l'adoption du Code de la Famille inspireront désormais le législateur dans l'éla-

boration des textes susceptibles d'être pris dans le cadre de l'abrogation de la loi du 31 Décembre 1962 en vue d'une part, d'accélérer l'algerianisation de la législation en général et du droit des personnes en particulier et d'autre part, de mettre à la disposition du juge un ensemble de textes clairs, harmonieux et cohérents tout en mettant fin à une législation en la matière qui était, pour le moins, éparse et obscure.

# قائمة المراجع

I- باللغة العربية

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع المدني

أولاً: الكتب والمؤلفات

- 1- البعلي عبد الحميد محمود: ضوابط العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة 1989، 1.
- 2- الجمال مصطفى: مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.
- 3- السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 1998.
- 4- السنهوري عبد الرزاق: نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 1998.
- 5- السنهوري عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
- 6- السعدي محمد صبري: شرح القانون المدني، الجزء الأول، الجزائر، الطبعة 2009، 2.
- 7- الصدة عبد المنعم فرج: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت، دار النهضة للطباعة والنشر، 1974.
- 8- العربي بلحاج: النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999.
- 9- العربي بلحاج: الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.
- 10- العشماوي أيمن إبراهيم: مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 11- العرعاري عبد القادر: النظرية العامة للإلتزام في القانون المغربي، مطبعة فضالة، الرباط، المغرب، 1995.
- 12- المحمدي أحمد أبو عيسى: النظرية العامة للإستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة 2004، 1.
- 13- بلعور عبد الكريم: نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

- 14- **تقية محمد:** الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية الديوان الوطني للأشغال التربوية، طبعة 1992.
- 15- **جاك غاستان:** المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- 16- **جميل محمد بني يونس:** مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص " دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة 2012، 1.
- 17- **حجازي عبد الحي:** النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- 18- **حسنين محمد:** الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، 1983.
- 19- **رمضان أبو السعود:** مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 20- **صوفي حسن أبو طالب:** أبحاث في مبدأ سلطان الارادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، 1964.
- 21- **سامي بديع منصور:** عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت، لبنان، الطبعة 1987، 1.
- 22- **سلطح حمدي محمد إسماعيل:** القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة 2006، 1.
- 23- **سوار وحيد الدين محمد:** التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، القاهرة، 1960.
- 24- **سوار وحيد الدين محمد:** الإتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، مكتبة دار الثقافة، الأردن، الطبعة 02، 2001.
- 25- **سلطان أنور:** الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.

- 26- **علي علي سليمان:** النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة 2005، 6.
- 27- **فيلاي علي:** الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 3، 2013.
- 28- **فيلاي علي:** مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 29- **قداة خليل أحمد حسن:** الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 30- **قادة شهيدة:** المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- 31- **محمد بودالي:** الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 32- **محمد حسين منصور:** مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 33- **مختار لبني:** وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون الجزائري المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- 34- **منذر الفضل:** الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996.
- 35- **مصطفى أحمد الزرقاء:** الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، طبعة 1967، 09-1968.
- 36- **محمد حسين منصور:** المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري عنها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.
- 37- **محمد حسن قاسم:** الوجيز في نظرية الإلتزام، المصادر والأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1994.
- 38- **منذر الفضل وصاحب الفتلاوي:** شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة 1995، 2.

39- عبد العال محمد حسين: مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2011.

40- عبد الله محمد صديق محمد: موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الإمارات، 2012.

### ثانياً: الرسائل والمذكرات

#### -الرسائل

1- بن شنيطي حميد: سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، الجزائر، 1997.

2- بودالي محمد: الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دكتوراه، سيدي بلعباس الجزائر، 2003.

3- بورزق أحمد: الشروط التعسفية في العقود بين الشريعة والقانون، دكتوراه، باتنة، الجزائر، 2015.

4- زواوي فريدة: مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، الجزائر، 1992.

5- زمام جمعة: العدالة العقدية في القانون الجزائري، دكتوراه، الجزائر، 2014.

6- عياد عبد الرحمن: أساس الإلتزام العقدي، دكتوراه، القاهرة، بدون ذكر تاريخ.

7- فاطمة نساخ: الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، الجزائر، 2013.

8- محمدي سليمان: نفاذ العقد، دكتوراه، الجزائر، 2004.

9- نصيرة بوجمعة السعدي: عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، دكتوراه، الإسكندرية، مصر، 1987.

#### -المذكرات

1- بن أحمد عبد المنعم: علاقة العمل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري، ماجستير، الجزائر، 2004.

2- بوفلجة عبد الرحمان: دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2008.

3- جرعود ياقوت: عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، ماجستير، الجزائر، 2002.

4- حليلة آيت حمودي: نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات العليا، الجزائر، 1974.

5- حنان ميريني: النظام العام الإقتصادي و تأثيره على العلاقة العقدية، ماجستير، الجزائر، 2004.

6- خليفاتي عبد الرحمن: مدى إعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ماجستير، الجزائر، 1987.

7- زبيري بن قويدر: حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير المشروعة، ماجستير، تلمسان، الجزائر، 2005.

8- شليح محمد: سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1983.

9- عبد الحميد جاب الله: التعبير عن الإرادة، ماجستير، الجزائر، 2012.

10- عسالي عرعار: نظرية الإستغلال، ماجستير، الجزائر، 1997.

11- علاق عبد القادر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، ماجستير، تلمسان، الجزائر، 2007.

#### ثالثا: المقالات

1- أحمد عيسى: الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، تلمسان، ص 51.

2- الملحم أحمد عبد الرحمن: نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 16 العدد 01 و 02، ص 243.

3- أحمد سعيد عبد السلام: الإلجبار القانوني على التعاقد، مجلة المحاماة المصرية، السنة 68، العدد 03 و 04، 1988، ص 78.

4- إدريس العلوي العبدلاوي: مظاهر حماية القانون لكل من الإرادة والنظام العام في التصرف القانون، مقال بمجلة أكاديمية المملكة المغربية، العدد 24، السنة 2007، ص 178.

5- بوعزة ديدن: الإيجارات التجارية بين النظام والتعاقد، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، ص 69.

6- حسين محمد عبد الظاهر: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 06، العدد 04، ص 727.

7- **حازم الببلاوي**: الحقائق الاقتصادية والفن القانوني، مجلة مصر المعاصرة، السنة 71، العدد 280، القاهرة 1980، ص 65.

8- **حسان نادية**: علاقات العمل الفردية في القانون الجزائري: تكريس ثنائية حرية التعاقد والتأطير القانوني، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، ص 147 .

9- **شهيدة قادة**: قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، مجلة مخبر القانون الخاص الاساسي، جامعة تلمسان، السنة 2001، العدد 04، ص 70.

10- **شهيدة قادة**: التجربة الجزائرية في حماية المستهلك بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها، مجلة مخبر القانون المقارن، جامعة تلمسان، السنة 2013، العدد 01، ص 11.

11- **فتيحة يوسف**: مدى الحرية التعاقدية في الشركات التجارية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، تلمسان، ص 131.

12- **فتيحة سيد عثمان**: دور الإرادة في إنشاء العقد، مجلة العدل، السودان ، العدد 23، السنة العاشرة، ص 105.

13- **ليلى عبد الله سعيد**: دور الإرادة في تقييد حق الملكية، مجلة الحقوق، الكويت، السنة السادسة، العدد 04، ديسمبر 1982، ص 181.

14- **محمد عرفان الخطيب**: الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل"، مجلة الشريعة ، جامعة دمشق، يوليو 2011، ص 26.

#### رابعاً: النصوص التشريعية والتنظيمية

1- **الدستور الجزائري** لسنة 1996، الجريدة الرسمية، العدد 76، السنة 33، بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.

#### 2- القوانين

-القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادرة في 12/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 الجريدة الرسمية عدد 15.

القانون رقم 05/85 المؤرخ 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد 08، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008.

-القانون رقم 29/88 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بممارسة إحتكار الدولة للتجارة الخارجية،  
الجريدة الرسمية، العدد 1988، 02.

-القانون رقم 12/89 المؤرخ في 05/07/1989 المتعلق بالأسعار، الجريدة الرسمية، العدد  
1989، 29.

-القانون 11/90 المؤرخ في 12/04/1990 المتعلق بعلاقات العامل، الجريدة الرسمية، العدد 17،  
السنة 1990.

-القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على  
الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، سنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم  
06/10 المؤرخ في 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 46.

-القانون رقم 03/09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق  
بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 08/03/2009، الذي  
ألغى القانون رقم 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية رقم 06،  
بتاريخ 08/02/1989.

### 3- الأوامر

-الأمر 86/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون الجنسية، المعدل والمتمم بالأمر  
رقم 01-05 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية عدد 15.

-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة  
الرسمية، العدد 1975، 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007  
الجريدة الرسمية رقم 31.

-الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم  
بالقانون رقم 02-05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 الجريدة الرسمية رقم 11 المؤرخة  
في 09 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 2005، 1.

-الأمر 07/95 المؤرخ في 08 مارس 1995 المتضمن قانون التأمين، الجريدة الرسمية،  
العدد 13، والمعدل بالقانون 04/06 الصادر في 20/02/2006، الجريدة الرسمية، العدد 15،  
بتاريخ 12/03/2006.

-الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 43  
،2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، المعدل  
والمتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ 15 أوت 2010.

-الأمر 05/03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة،  
الجريدة الرسمية، العدد 44، 2003.

-الأمر رقم 12 /03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث  
الطبيعية وبتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية، العدد 52، السنة 2003.

#### 4- المراسيم

-المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد  
05، السنة 1990.

-المرسوم التنفيذي رقم 37/91 المؤرخ في 13/02/1991 المتعلق بشروط التدخل في مجال  
التجارة الخارجية، الجريدة الرسمية، العدد 12، السنة 1991.

-المرسوم التشريعي رقم 09/93 المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بموجب القانون رقم  
04/11 المؤرخ في 17/02/2011 المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14،  
السنة 2011.

-المرسوم التنفيذي رقم 268/04 المؤرخ في 29 أوت 2004 يتضمن تشخيص الحوادث  
الطبيعية المغطاة بإلزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية ويحدد كفيات إعلان حالة  
الكارثة الطبيعية.

-المرسوم التنفيذي رقم 269/04 المؤرخ في 29 أوت 2004 يضبط كفيات تحديد التعريفات  
والإعفاءات وحدود تغطية آثار الكوارث الطبيعية.

-المرسوم التنفيذي رقم 270/04 المؤرخ في 29 أوت 2004، يحدد البنود النموجية الواجب  
إدراجها في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية.

-المرسوم التنفيذي رقم 271/04 المؤرخ في 29 أوت 2004، يوضح شروط منح وتنفيذ ضمان  
الدولة في إطار عمليات إعادة تأمين الأخطار الناجمة عن الكوارث الطبيعية.

-المرسوم التنفيذي رقم 272/04 المؤرخ في 29 أوت 2004، يتعلق بالالتزامات التقنية الناتجة عن تأمين آثار الكوارث الطبيعية.

-المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56، السنة 2006 المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 المؤرخ في 03/02/2008، الجريدة الرسمية، العدد 07، السنة 2008.

#### **5- القرارات الوزارية**

-القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2004 يضبط كفاءات تحديد التعريفات والاعفاءات وحدود تغطية آثار الكوارث الطبيعية.

#### **خامسا: القرارات القضائية**

1-قرار المجلس الأعلى، المؤرخ في 13/04/1983، ملف رقم 31315، المجلة القضائية 1990، العدد 01، ص 19.

2-قرار المجلس الأعلى، المؤرخ في 13/07/1985، ملف رقم 36596، المجلة القضائية، 1989، العدد 03، ص 90.

3-قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 23731، نشرة القضاة، 1986، العدد 01، ص 63.

4-قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13/06/1990 ملف رقم 61489، المجلة القضائية 1991، العدد 04، ص 65.

5-قرار المحكمة العليا، المؤرخ في، 16/06/1991، ملف رقم 80816، المجلة القضائية 1993، العدد 04.

6-قرار المحكمة العليا، ملف رقم 181889 بتاريخ 17/03/1998، المجلة القضائية 98، عدد 02، ص 82.

#### **سادسا: القواميس والمعاجم**

1- لسان العرب لإبن منظور: الجزء الأول، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2005.

2- مختار الصحاح للرازي: مكتبة لبنان، 1995.

سابعاً: مجلة الأحكام العدلية: طبعة جديدة ومنقحة، منشورات سلسلة الكتب القانونية، عمان، الأردن، 1998.

ثامناً: الدروس والمحاضرات

1- بن شعبان حنيفة: محاضرات في نظرية الإلتزام، أقيت على طلبة السنة الثانية (محاضرات منشورة)، كلية لاحقوق بن عكنون، الجزائر، 2002 / 2003.

2- فيلاي علي: دروس في التطورات الجديدة لنظرية العقد، أقيت على طلبة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، موسم 2006/2007 (دروس غير منشورة).

II- باللغة الفرنسية

- 1-**Ali Benchneb:** le droit Algérien des contrats, donnée fondamentales, édition AJED, 2001.
- 2-**Benchabane (H):** L'aléa dans le droit des contrats en droit civil Algérien, OPU, Alger, 1992.
- 3-**Ch-Larroumet:**droit civil,les obligations,3ed,Delta,paris,1996.
- 4-**Ch-Larroumet:** droit civil, tome1,introduction L'étude du droit prive,3<sup>e</sup>ed, economica Delta, 1996.
- 5-**François chabas:** les obligations,théorie général,tom2,9ed,Delta, 2000.
- 6-**François terré, Philippe simler ,yaves lequette:** droit civil ,les Obligations, 6ed, Delta Dalloz, 1996.
- 7-**Gérard Légier:** droit civil, les obligations,16ed,Dalloz,1998.
- 8-**Ghestin (J):** La notion de contrat, Dalloz,1990.
- 9-**Ghestin (J):** Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, paris, 3<sup>e</sup> ed 1992.
- 10-**Georges Vermelle:** Droit civil,les contrats spéciaux,2<sup>e</sup> édition, Dalloz, 1998.
- 11- **Jaluzot (B):** La bonne foi dans les contrats, Dalloz, paris, 2001.
- 12- **(J) Calais-Auloy:** droit de la consommation, Dalloz,ed 1992.
- 13-**RANOUIL(V):** L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept, Paris, PUF, 1980.
- 14-**RémyCabrillac:** droit des obligations,4ed,Dalloz,2000.

**1-Ait ouali (A):** La théorie de l'imprévision en droit civil Algérien, Mém Magister, Univ D'oran, 1986.

**2-Azzemou (B):** Le formalisme contractuel en droit civil Algérien, Mém Magister, univ D'oran, 1982.

**3-Anne Morin :** Droit des contrats privés, master droit notarial, université paris-Dauphine, 2011.

**4-Benslimane (L):** La théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit Algérien, Mém Magister, univ D'oran, 1983.

**5-E Gounot:** Critique du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, thèse Dijon, 1912.

**6-Rieg Alfred:** le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et Allemand, thèse Strasbourg, 1961.

**7-Jean Billemont:** le contrat dans la pensée d'Emmanuel levy, D.E.A. droit des contrats, université de lille (2), 2003.

#### ثالثا: المقالات

**1-B. Teyssie:** Les groupes de contrats Revue internationale de droit comparé, Année 1977, Volume 29, Numéro 2, pp 471-473.

**2-J.Bendedouche:** Déclaration de volonté et formation du contrat en Algérie, revue Algérienne des sciences juridique économiques et politiques, 1981, p12.

## الفهرس

العنوان.....	ص
مقدمة.....	12-1
الباب الأول: الإرادة من الحرية إلى بدايات التقييد.....	13
الفصل الأول: الإفراط في الإعتداد بحرية الإرادة.....	16
المبحث الأول: مضمون ومقتضيات سلطان الإرادة.....	17
المطلب الأول: حرية الإرادة في الفلسفة القانونية.....	17
الفرع الأول: إرهاصات المبدأ.....	17
أولاً: نظرة التشريعات القديمة للمبدأ.....	17
1- مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الرومانية.....	18
2- مبدأ سلطان في النظام الكنسي.....	20
ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من المبدأ.....	21
الفرع الثاني: أسس ومحتوى المبدأ.....	26
أولاً: الأساس الفلسفي.....	26
1- مبادئ القانون الطبيعي.....	26
2- خضوع القانون الوضعي للقانون الطبيعي.....	28
ثانياً- مذهب التضامن الإجتماعي.....	30
1- القانون ضرورة.....	30
2- العقد دعامة المبادلات الفردية.....	31
المطلب الثاني: تأثير التشريع بالمبدأ.....	33
الفرع الأول: العقد نتاج وتأسيس فردي.....	33
أولاً: مهمة القانون تحقيق حرية الأفراد.....	33
ثانياً: العقد أداة لإدراك مصالح شخصية.....	36
1- الإرادة تُشرع بذاتها لذاتها.....	36
2- تدخل الدولة من أجل ضمان هذه الحرية وحمايتها.....	38
الفرع الثاني: الإرادة فعالة ومؤثرة.....	41
أولاً: الإرادة تحقق الأثر القانوني.....	41
ثانياً: جميع العلاقات العقدية تعكس بالضرورة قرينة العدالة.....	43

- 46.....المبحث الثاني: إنعكاسات المبدأ على نظرية العقد
- 46.....المطلب الأول: إنعكاسات على مستوى تكوين العقد
- 46.....الفرع الأول: كفاية الإرادة بذاتها
- 46.....أولاً: من حيث الشكل
- 47.....1- هيمنة وسُمو الإرادة في القانون المدني
- 48.....2- العقد وسيلة هامة لتحقيق الأمن والإستقرار القانوني
- 50.....ثانياً: ثبات سُمو الإرادة من حيث الموضوع
- 53.....الفرع الثاني: القوة الإلزامية للعقد
- 53.....أولاً: العقد شريعة المتعاقدين
- 53.....1- أساس مضمون القوة الإلزامية
- 55.....2- نتائج مكملّة للقوة الملزمة
- 56.....ثانياً: أثار القوة الإلزامية للعقد
- 56.....1- منع من أبرمّ العقد من نقضه وتعديله بإرادة منفردة
- 57.....2- أثر الإلتزام بمضمون القوة الملزمة
- 59.....المطلب الثاني: إنعكاسات على مستوى تنفيذ العقد
- 59.....الفرع الأول: إلتزام المتعاقدين بما أبرماه وتنفيذه بحسب ما جاء فيه
- 59.....أولاً: من مظاهر القوة الإلزامية للعقود وجوب تنفيذ العقد
- 59.....1- تنفيذ المتعاقدين وهدما ما ألتزما به
- 60.....2- حُرمة و حَصانة التصرف الإرادي بالنسبة للقاضي
- 62.....3- جزاء الإخلال بالإلتزامات العقدية
- 63.....ثانياً: ما هو من مُستلزمات العقد
- 65.....الفرع الثاني: حسن النية آلية لتكريس العدالة العقدية
- 65.....أولاً: حسن النية سَبيلُ قِيامِ توازن عقدي
- 67.....ثانياً: مظاهر حسن النية وجزاء مخالفته

71.....	الفصل الثاني: بدايات تقييد الإرادة والحد من دورها
72.....	المبحث الأول: ضوابط تتعلق بالوجود الداخلي للعقد
72.....	المطلب الأول: مرحلة إنعقاد العقد وما يتقدمها
72.....	الفرع الأول: ضوابط الإرادة في مرحلة المفاوضات
72.....	أولاً: تهيئة الظروف لقيام مفاوضات فعالة
73.....	1- مضمون المفاوضات
74.....	2- الإلتزام بالمحافظة على سرية المفاوضات
75.....	ثانياً: أهمية مرحلة التفاوض
75.....	1- النظام القانوني للمفاوضات
77.....	2- أساس إلتزام الأطراف في مرحلة المفاوضات
78.....	الفرع الثاني: مقتضيات حسن النية والإلتزام بالإعلام في هذه المرحلة
78.....	أولاً: ضرورة مراعاة حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد
81.....	ثانياً: الإلتزام بالإعلام
85.....	المطلب الثاني: الإرادة المعلنة أساس الإلتزامات
85.....	الفرع الأول: أولوية الإرادة المعبرة عنها
85.....	أولاً: القيمة القانونية للتعبير
86.....	1- الآراء والحجج المقدمة
88.....	2- آثار التعبير عن الإرادة
91.....	ثانياً: تطبيقات من الشريعة العامة
91.....	1- موت المُعبر أو فقدانه أهليته
92.....	2- أحكام الإيجاب والقبول
93.....	3- تقييد الإرادة في تقدير الغلط
94.....	الفرع الثاني: غموض الإرادة
94.....	أولاً: إفتراض الإرادة
94.....	1 - إستخلاص القاضي للإرادة
97.....	2- عوامل إستخلاص الإرادة
100.....	ثانياً: تقييد الإرادة عند تأويل الشك
100.....	1- تفسير لصالح المدين
101.....	2- تقييد التفسير لصالح الطرف المدعى

103.....	المبحث الثاني: ضوابط تتعلق بالوجود الخارجي للعقد
103.....	المطلب الأول: ضوابط تقليدية مستمرة
103.....	الفرع الأول: مقتضيات النظام العام
103.....	أولاً: النظام العام أداةً ضابطاً للإرادة
106.....	ثانياً: مجالات النظام العام
109.....	الفرع الثاني: إقتضاء شكلية معينة
109.....	أولاً: الشكل والإرادة
109.....	1- الشكل ركن من أركان العقد
111.....	2- الشكل ركن في الإرادة
112.....	ثانياً: إشتراط المشرع الشكلية
114.....	المطلب الثاني: ضوابط أخرى مُستجدة
114.....	الفرع الأول: الخروج على سلطان الإرادة بنص قانوني
114.....	أولاً: المساس بمبدأ نسبية و نفاذ العقد
114.....	1- الأثر الرجعي بالنسبة للغير
118.....	2- مبدأ نفاذ العقد
120.....	ثانياً: مقتضيات يتعطل معها دور الإرادة
120.....	1- مُراعاة إستقرار المعاملات و مقتضيات العدالة والعرف
121.....	2- حالة النيابة القانونية والعقد السوري
123.....	الفرع الثاني: مُحاربةُ عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة
123.....	أولاً: الحالة المتعلقة بالغبن
126.....	ثانياً: الحالة المتعلقة بالإستغلال
128.....	خلاصة الباب الأول

130.....	الباب الثاني: الإرادة من التوجيه والتنظيم إلى إعادة البعث من جديد
133.....	الفصل الأول: تفهقر سلطان الإرادة في الحياة الإقتصادية والإجتماعية
134.....	المبحث الأول: قُصُور دور الإرادة في ظل المتغيرات المعاصرة
134.....	المطلب الأول: إدخال الإرادة دائرة ونطاق القانون
134.....	الفرع الأول: فساد الحرية العقدية
135.....	أولاً: الأزمة التي لحقت بالإرادة
138.....	ثانياً: النتائج المترتبة عن ذلك
142.....	الفرع الثاني: مقتضيات حماية الفئات الضعيفة
142.....	أولاً: النزعة الجماعية للعقود
142.....	1- توجيه العقود
145.....	2- مخالفة مضمون العقد
147.....	ثانياً: حُلُولُ إرادة المشرع محل إرادة الأطراف
147.....	1- الإرادة حرية ذات وظيفة
149.....	2- عَيْمَمَةُ العقد
151.....	المطلب الثاني: تنظيم القانون لبعض العقود الخاصة
151.....	الفرع الأول: الإرادة والعقود النموذجية
151.....	أولاً: خصوصية الإرادة في عقد العمل
151.....	1- حقيقة وجود حرية الإرادة
153.....	2- تدخل المشرع لأجل إعادة التوازن
155.....	ثانياً: تنظيم عقود البيع بالإيجار والبيع على التصاميم
155.....	1- عقد البيع بالإيجار
157.....	2- عقد البيع بناء على التصاميم
159.....	الفرع الثاني: سلطان الإرادة وحماية المستهلك
159.....	أولاً: مبدأ القوة الملزمة للعقد وخيارات المستهلك
159.....	1- المساس بإرادة المستهلك
161.....	2- الحد من حرية التعاقد وفق مبرر منع الشروط التعسفية
163.....	ثانياً: مستجدات الحماية المقررة للمستهلك
163.....	1- إعلام المستهلك وأثره على مبدأ سلطان الإرادة
165.....	2- حق المستهلك في الغُذُولِ عن العقد

168.....	المبحث الثاني: المَسَاس بالإرادة إلى حدِّ إلغاء دورها
168.....	المطلب الأول: التعدي على حرية التعاقد من عدمه
168.....	الفرع الأول: إلزام الشخص بالتعاقد ومنعه من ذلك
168.....	أولاً: مدى اعتبار هذه التصرفات عُقوداً رضائية على النَّحو المعروف
172.....	ثانياً: صور الإيجاب القانوني
172.....	1- تنظيم العلاقة العقدية
175.....	2- المنع من التعاقد أو فرض التعاقد الآخر
177.....	الفرع الثاني: التأمين الإلزامي ونماذج عنه
177.....	أولاً: أحكام التأمين الإلزامي
180.....	ثانياً: نماذج من عقود التأمين الإلزامي
180.....	1- إلزامية التأمين على السيارات
182.....	2- التأمين على الكوارث الطبيعية
186.....	المطلب الثاني: التدخل في مضمون العقد
186.....	الفرع الأول: التدخل لأجل محاربة الشروط التعسفية
186.....	أولاً: محاربة الشروط التعسفية بوجه عام
186.....	1- رقابة الشروط التعسفية
188.....	2- تقيد الإرادة عند محاربة التعسف
192.....	ثانياً: مجابهة التعسف في عقود الإذعان
192.....	1- الحاجة دافع التعاقد
193.....	2- تقيد الإرادة في هذه العقود
198.....	الفرع الثاني: القاضي و ضبط الإرادة التعاقدية
198.....	أولاً: للقاضي صلاحية وضع القيود على ماتم الإتفاق عليه
198.....	1- القاضي ومراجعة الشرط الجزائي
200.....	2- سلطة القاضي في منح المدين أجل للتنفيذ
201.....	ثانياً: القاضي وتغيير ظروف التعاقد
201.....	1- مفهوم الظرف الطارئ
205.....	2- كيفية رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول

206.....	<b>الفصل الثاني: رهن و آفاق دور الإرادة في المجال التعاقدى</b>
207.....	<b>المبحث الأول: تجاوز النظر التقليدية للعقد</b>
207.....	المطلب الأول: التوازن ما بين التدخل والحريه
207.....	الفرع الأول: قُصُور الإرادة وتراجع قوتها الملزمة
207.....	أولاً: جِدِيَّة الإنتقادات المُوَجَّهة
210.....	ثانياً: توجيه الإرادة دون استبعادها
212.....	الفرع الثاني: صُعُوبَة تجاوز الإرادة
212.....	أولاً: تَجَلَّى تأثير الإرادة على عناصر التصرف
215.....	ثانياً: الإرادة حرية ومسؤولية
218.....	المطلب الثاني: العقد قيمة اقتصادية واجتماعية
218.....	الفرع الأول: العقد قيمة الإقتصادية
218.....	أولاً: العقد أداة تداول الثروات وآلية النشاط الإقتصادي
218.....	1- من الناحية العملية
219.....	2- من الناحية النفسية أو التحليلية
220.....	ثانياً: ضبط المضمون الإرادي للعقود
222.....	الفرع الثاني: السِمَة الإجتماعية للعقد
222.....	أولاً: نُظْم التعاقد الجماعي
224.....	ثانياً: مُلائمة التَوَجُّه الإرادي مع الإعتبارات الإجتماعية
227.....	<b>المبحث الثاني: مقتضيات ومظاهر إعادة بعث دور الإرادة</b>
227.....	المطلب الأول: مقتضيات ومبررات إعادة الإعتبار للإرادة
227.....	الفرع الأول: إستقرار مبدأ الارادة
227.....	أولاً: إنعكاسات التحولات على الإرادة
229.....	ثانياً: الحرية التعاقدية حقيقة قائمة
231.....	الفرع الثاني: آفاق الإعتراف بظهور قانون معاملات وأعمال
231.....	أولاً: مظاهر الفعالية والتطور النوعي في قانون العقود

233.....	ثانياً: الفرص المُتاحة لإعادة النظر في مفهوم العقد.
236.....	المطلب الثاني: نماذج لإعادة الإعتبار لدور الإرادة.
236.....	الفرع الأول: مظاهر وتطبيقات من الشريعة العامة.
236.....	أولاً: إعادة الإعتبار للإرادة في تنظيم عقد الإيجار.
237.....	1- ترك الحرية والمبادرة للمتعاقدين في تنظيم هذا العقد.
239.....	2- حرية المتعاقدين في إستبعاد التعويض والتنبيه بالإخلاء.
241.....	ثانياً: ظهور ما يُعرّف بالكيان العقدي أو المجموعات العقدية.
241.....	1- مقتضيات ظهور المجموعة العقدية.
242.....	2- هيمنة الإعتبار الإرادي في الشركات التي تقوم على الإعتبار الشخصي.
245.....	الفرع الثاني: التّوجّه التعاقدية في مجال المنافسة.
245.....	أولاً: مبدأ الإرادة و قواعد المنافسة.
245.....	1- تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة.
247.....	2- مضمون مبدأ حرية التجارة والصناعة.
248.....	ثانياً: إنعكاسات ذلك حرية الإرادة التعاقدية.
248.....	1- العقد أداة للتواجد في السوق وأداة لضبطه وتوازنه.
250.....	2- مُساهمة العقد في الوصول إلى تَسوِيَاتٍ وحلول في مجال المنافسة.
252.....	<b>خلاصة الباب الثاني.</b>
254.....	<b>الخاتمة.</b>
262.....	<b>الملحق.</b>
272.....	<b>قائمة المراجع.</b>
285.....	<b>الفهرس.</b>