مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 10 / العدد: 02 / السنة: 2023 / ص ص: 354 - 373

تأثير مبدأ سلطان الإرادة على العدالة التعاقدية

The impact of the principle of autonomy of the will on contractual justice

تاريخ الإرسال: 2023/02/11 تاريخ القبول: 2023/05/26

سفيان مرايصي* Sofiane MERAISSI
جامعة بسكرة – الجزائر
University of Biskra - Algeria
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع
sofiane.meraissi@univ-biskra.dz

بدرة لعور Badra laouar
جامعة بسكرة – الجزائر
University of Biskra - Algeria
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع
a.laouar@univ-biskra.dz

ملخص:

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة عنوانًا للعدالة التّعاقدية، من خلال حرية التعاقد والقوة الإلزامية للعقد، إلّا أنّ التّطوّر الحاصل في مجال العقود والمعاملات كمًّا ونوعًا، أفرز عقوداً تتميّز بخصوصيّات من حيث الإبرام والتّنفيذ، ممّا رتّب آثارًا متغيّرة الأبعاد، حيث - في بعض الحالات- تتأثّر عدالتها فيما بين الأطراف، بل وقد تتعدّى ذلك لتطال الغير. ممّا يستدعي تدخّل المشرّع والقاضي على حدّ السّواء لتعديل هذه الإرادة، وتصحيح مسارها، أو حتّى الوصول إلى استبعادها كلّما استوجبت الضّرورة ذلك. كلّ هذا بهدف إعادة التّوازن الاقتصادي للعقد ولو بشكل نسبي، تحقيقا لغاية محدّدة أو حماية لمصلحة هي الأولى بالحماية من المصلحة الخاصّة.

الكلمات المفتاحية: التوازن الاقتصادي للعقد؛ التدخل التشريعي والقضائي؛ العدالة التعاقدية؛ مبدأ سلطان الإرادة؛ حرية التعاقد.

Abstract:

The principle of autonomy of the will is considered one of the guiding principles of contractual justice through the freedom of contract and the binding force of contract. However, the evolution of contractual relations, in quantitative and qualitative terms, has resulted in contracts characterized by specificities regarding their conclusion and execution, with varying effects. For- in some cases- its justice is affected, either between the parties, or even affect third parties. This situation requires legislative or judicial intervention in order to modify the will, to direct it, or even to exclude it. All this with the aim of re-establishing-relatively- the economic balance of the contract, in order to achieve a specific objective, or to achieve the protection of an interest more

* - المؤلف المُراسل.

important than the private interest.

Keywords: *Economic balance of the contract, legislative and judicial intervention, contractual justice, the principle of autonomy of the will, freedom of contract.*

مقدمـة:

يسعى أغلب الأشخاص إلى العدالة في كل شيء وفي جميع المجالات، أبرزها مجال العقود والذي عرف في كثير من جوانبه تضارب المصالح، إلّا أنّ الرضائية هي التي تعمل على التقريب بينها، هذه الرّضائية حلّت محلّ الشكلية التي طغت على العقود فيما مضى، والفضل في ذلك يعود لمبدأ سلطان الإرادة، والأسس التي قام عليها، والمدارس والتيارات الفلسفية التي ظلّت تنادي بالحريّة الفردية والاقتصادية، وبالتالي تحقيق العدالة والمساواة بين أطراف العلاقات التعاقدية.

وقد سادت هذه الأفكار لمدّة من الزمن، وتميّزت بالثبات والإستقرار، إلّا أن التطور المستمر على جميع المستويات والأصعدة في حياة المجتمعات، وعدم التكافؤ في المراكز القانونية والمعرفة الفنيّة، أدّى إلى إختلال في التوازن الاقتصادي لكثير من العقود، مما انعكس على الفلسفة التي قامت عليها العقود، فبدأت بالتحوّل من تضارب المصالح إلى التعاون والتوفيق بينها، بالنظر إلى الأبعاد والأهداف التي آلت إليها العقود من منظور الأطراف والتشريع والقضاء.

هذا التطور العملي للعقود والفكري للفلسفة التي تقوم عليها، هو ما أدّى إلى التشكيك في مكنة إحتواء مبدأ سلطان الإرادة لفكرة العدالة التعاقدية والإلمام بمختلف جوانبها، من خلال الأسس التي يقوم عليها، مؤثرًا فيها ومتأثرًا بها.

وعلى هذا الأساس تم طرح الإشكالية التالية: **ما مدى تأثير مبدأ سلطان الإرادة على حريّة التعاقد، وماهي مبررات التقليص من هامش حرية أطراف العقد في إطار فلسفة التوازن الاقتصاددي للعقود؟**

ولمعالجة هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهجين الوصفي والتحليلي، مع إعمال بعض أدوات المنهج المقارن أحيانا بحسب الحاجة إليه، للكشف عن معالجة المشرع الجزائري لفكرة العدالة التعاقدية، مع تحسس إتجاه المشرع الفرنسي في بعض الحالات، بإعتباره ملهمًا للمشرع الجزائري والكثير من التشريعات المقارنة.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

وعلى ضوء ما سبق قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى محورين، بحيث خصصنا المحور الأول لمظاهر العدالة التعاقدية التي يجسدها مبدأ سلطان الإرادة، لنقف بعد ذلك في المحور الثاني على أسباب تراجعه والتضييق عليه لتحقيق الأهداف المرجوة في مجال العقود التي تبرم بين الأشخاص، خاصة في ظل تطور واتساع نطاق المعاملات.

المحور الأول: مظاهر العدالة التعاقدية في مبدأ سلطان الإرادة

للإرادة الدور الحاسم في إبرام العقود، وهذه الإرادة حرة في إتيان ما تشاء من تصرفات قانونية، وبالتالي إحداث الآثار التي تريدها لإشباع رغبات صاحبها، فالإرادة هي التي تحدد إحتياجات صاحبها، وهي التي تقرر وترتب الإلتزامات في ذمته، وعليه سنتطرق للحرّية العقدية، ثم نعرج لفحوى القوة الإلزامية للعقد.

أولا- حرية التعاقد:

تعتبر حرية التعاقد من بين أهم الأسس التي سادت في القرن الثامن عشر، ودامت بنفس القوة حتى ربع القرن التاسع عشر، وتدور حول فكرة أن لكل إنسان بالغ عاقل وراشد حرية إلزام نفسه بما يشاء من التزامات، وذلك عن طريق الاتفاقات التي يبرمها مع غيره[1]، في ظل الفلسفة التي سادت تلك الحقبة والتي قامت على الحرية الاقتصادية للأفراد[2].

ولقد تم إقرار هذا المبدأ من قبل المشرع الفرنسي[3] في العديد من النصوص القانونية، من بينها المادة 1102 من التعديل 131-16 التي جاء فيها أن: "لكل شخص الحرية في التعاقد من عدمه، وفي اختيار الشخص المتعاقد معه، وتحديد مضمون وشكل العقد في الحدود التي يرسمها القانون...".

1- مفهوم الحرية العقدية: إن الإنسان حر في التعاقد من عدمه، فهو الذي يرتب التزامات في ذمته وفقا لمشيئته[4]، فالحياة اليومية مليئة بالتصرفات القانونية وكثيرة هي فيها العقود الرضائية، فالإنسان ومنذ خروجه من بيته وهو يبرم عقد تلو الآخر، فقد يقتني جريدة، ثم يستقل وسيلة نقل معيّنة، وهي عقود تتم مباشرة دون الحاجة إلى شكلية معينة، كما يمكنه إبرام عقود أخرى كشراء عقار معين، والذي يحتاج إلى إفراغه في قالب رسمي، وتكون له كامل الحرية في اختيار العقار المناسب من حيث

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

الموقع والمساحة، وغيرها من المسائل الجوهرية والثانوية، وله كامل الحرية في التصرف فيما يملك من عقارات أو منقولات عن طريق البيع أو الإيجار أو الهبة، ولا يوجد-كقاعدة عامة - ما يمنعه عن إتيان هذه التصرفات، ولا يوجد ما يرغمه عليها. وفي نفس السياق يمكن لأي شخص رفض الإيجاب الموجه إليه، أو أي دعوة للتعاقد.

كما أن للشخص كامل الحرية في اختيار الطرف الذي يتعاقد معه، دون أن يكون مجبرا على التعاقد مع شخص لا يريده[5]، فقد يعدل الشخص عن التعاقد بسبب أو بداعي عدم الشعور بالراحة اتجاه الطرف الآخر[6]، ويحدث ذلك كثيرا في الحياة اليومية، كأن يتجنب الفرد ركوب وسيلة نقل بعينها وانتظار أخرى، بسبب أن الناقل لا يروقه أو هو على خلاف معه، كما يمكن أن تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار في بعض العقود، وهو الأمر الذي يخول الشخص حرية اختيار الطرف المتعاقد معه، دون ما ضغط أو إكراه.

ولو أن البعض[7] أبدى تخوفا من إمكانية خروج هذه الحرية عن نطاقها، وذلك برفض التعاقد بداعي التمييز والتعسف في استعمال هذا الحق، والذي عكفت التشريعات ومنذ الأزل على محاربته، إذ أن رفض التعاقد مع شخص بعينه بمبرر حرية اختيار شخص المتعاقد، أمر يحتاج إلى إعادة النظر.

2- مضمون العقد: يقصد بمضمون العقد في هذا المقام حرية أطراف العقد في تحديد بنود العقد، وما يترتب عنه من حقوق والتزامات دون تدخل من الغير، بحيث يقتصر تعديل العقد أو نقضه على أطرافه لا غير، وهذا ما تقتضيه متطلبات العدالة التعاقدية وما تقتضيه الإرادة الحرة التي يدور العقد معها وجودا وعدما، ولأنه "من قال عقدا فقد قال عدلا"[8]، وعليه سنحاول تبيان بعض النماذج التي تؤكد حرية الأطراف في تحديد مستلزمات العقد، ثم نعرج بعد ذلك إلى استبعاد القضاء من التدخل في العقد.

أ- بعض صور حرية تحديد مضمون العقد: إن لأطراف العقد الحرية في تحديد بنود العقد الذي يجمعهم، ومن بين مظاهر الحرية تلك التي يتضمنها عقد البيع وعقد الإيجار باعتبارهما من أعرق العقود، بالإضافة إلى عقود تقديم الخدمات، وكثيرة هي لاتساع قطاع الخدمات.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

فعقد البيع يُخوّل للأطراف اختيار وقت ومكان تسليم المبيع، وكذا دفع الثمن بالطريقة التي يتفق عليها الأطراف دونما قيود، وقد نصت المادة 387 ق م ج على أن دفع الثمن يكون في مكان تسليم المبيع، إلا أن المشرع ختمها بعبارة "مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك"، مقدما الاتفاق عن العرف والتشريع، لأنه يعتد بإرادة الأطراف أوّلًا، وأجازت المادة 388 ق م ج للمشتري حبس الثمن ولو تسلم الشيء المبيع، بداعي التعرض من الغير بالاستناد إلى حق سابق على المبيع، أو خاف أن يُنتزع منه، ويدوم هذا الحبس إلى غاية زوال الخطر أو انقطاع التعرض، وهذا كله من صميم العدالة التعاقدية، ما لم يوجد اتفاق سابق أو بند في العقد يقضي بضرورة دفع الثمن رغم وجود التعرض أو الخطر الذي يهدد المشتري في حيازته للمبيع.

ومنح المشرع مكنة تحديد قيمة التعويض في حال لم يقم أحد الأطراف بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه مما يلحق الضرر بالطرف الآخر، وهذا ما نصت عليه المادة 183 ق م ج، رغم أن تقدير التعويض هو من اختصاص القاضي، كما أنه من المفترض أن يكون تحديده لاحقا على وقوع الضرر وليس قبله، إلّا أنّ المشرع حسم الأمر وجعله بيد الأطراف عند التعاقد(9).

ب- استبعاد القضاء بقوة الإرادة: إنّ الفصل في النزاعات هي مهمة القضاء بالأساس، فهو اختصاص أصيل لهذا المرفق في جميع النزاعات التي تُثار بسبب العقود، فالقضاء يلعب دورًا حاسمًا في فضّ النّزاعات، سواء عن طريق إنهاء العلاقة التعاقدية، أو بالموازنة بين الإلتزامات والحقوق، وهو الأمر الذي يميل إليه التشريع والقضاء على حد سواء، حيث يسعى لاستمرار وثبات مختلف المعاملات والتصرفات القانونية، لكن هناك طرق بديلة لحل النزاعات تتضمنها مختلف التشريعات، ومن أبرزها التحكيم، والذي يُعتبر من أعرق طرق تسوية النزاعات، وله عدة ميزات تجعله قبلة للكثير من المتعاقدين، خاصة ما تعلق بالسرعة في الفصل في النزاع، والسرية الكبيرة التي يوفرها للأطراف.

وأجاز المشرع الجزائري للأشخاص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي لهم مُطلق التصرّف فيها، واستثنى ما تعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم والمسائل المتعلقة بالنظام العام، وهذا بنصّ المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية(10)، وجاء في المادة

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

1007 من نفس القانون أنّه: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم."، وتأسيسا على هذه المادة، يمكن للأطراف استبعاد القضاء عن البت في النزاعات الناشئة عن العقد، وذلك قبل نشوئها أصلا بإدراج بند في العقد، مفاده عرض كل النزاعات المتوقع حدوثها على التحكيم، وهو ما أسماه المشرع الجزائري بشرط التحكيم. وأجاز كذلك المشرع اللّجوء إلى التّحكيم بعد نشوء النّزاع، بموجب اتفاق لاحق ومستقل عن العقد الأصلي، أسماهُ المشرع الجزائري باتفاق التحكيم، في تفرقة بينه وبين شرط التحكيم، وهو ما يُستشفُّ من نص المادة 1011 ق إ م إ ج.

ومهما يكن من أمر، فإن شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم يُرتّب نتيجة بالغة الأهمية، وهي ما يعرف بالأثر المانع، ومفاده أن القاضي لا يمكنه إطلاقا نظر قضية هي معروضة أصلا على التحكيم للفصل فيها، أو تبيّن للقاضي وجود اتفاق بين الأطراف على تسوية النزاعات عن طريق التحكيم، إحترامًا ونُزولًا عند إرادة المتعاقدين، إلا إذا تنازلوا عن ذلك صراحة أو ضمنيا[11]، وهذا ما أكدته المادة 1045 ق إ م إ ج، وبالتالي يتمُّ استبعاد القضاء عن تسوية كل نزاع ينشأ عن العقد، بموجب إرادة الأطراف.

ثانيا- القوة الملزمة للعقد:

الالتزام رابطةٌ قانونيّة تنشأ بين شخصين أو أكثر، وتتمحور بالأساس حول ضرورة قيام شخص المدين بأداء معين لشخص آخر يسمى الدائن[12]، ومفاد هذا الأداء هو نقل حق عيني، القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وما يميز الالتزام هو تمسك الطرف المستفيد به، إذ أن في غياب هذا التمسك يفقد الالتزام روحه، لأن الحق مطلوب وليس بمحمول.

1- العقد شريعة المتعاقدين: نصّت المادة 1103 من القانون المدني الفرنسي، أن الاتفاقات التي تم إبرامها على وجه قانوني سليم، تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها[13]، ذلك أن "العقد شريعة" مفاده أن العقد قانون، فأطراف العلاقة التعاقدية عند تحريرهم العقد، هم بصدد كتابة قانونهم الخاص والذي سيطبق عليهم في إطار

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

العلاقة التي تربطهم، سواء في تنفيذ العقد أو تسوية النزاعات التي قد تنشأ مستقبلا بينهم، مهما كانت طبيعة الجهة التي تتولى نظر النزاع، إذ يكون لزاما عليها الرجوع إلى العقد الذي يجمع الفرقاء، وعلى ما اشتمل عليه هذا العقد ستؤسس الجهة التي تتولى الفصل في النزاع حكمها، سواءً أكان حُكما قضائيًا أو تحكيميًا.

والعقد الذي أُبرم بإرادة مشتركة بين أطرافه، لا يجوز لأحد الأطراف الانفراد بنقضه أو تعديله، دون الرجوع إلى الطرف أو الأطراف المتعاقد معها، وهذا ما جاءت به التشريعات المقارنة، وهو ما كرّسه المشرع الجزائري بالمادة 106 ق م على أنه " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

إلا أن المشرع الفرنسي قد خول للدائن فسخ العقد بالإرادة المنفردة، بشرط إعذار المدين ومنحه أجلا معقولا لتنفيذ التزامه، وفي ظل عدم التنفيذ في المدة المذكورة، يعلم الدائن مدينه بإنهائه للعقد، ويمكن للمدين اللجوء إلى القضاء للطعن في هذا القرار، ويتوجب عليه إثبات الضرر من عدم تنفيذ الالتزام.(14)

2- أساس الالتزام العقدي: إن القوة الملزمة للعقد تقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، فالعقد يستمد قوته الإلزامية من إرادة أطرافه، ولهذا كان حريًا بالقانون الاعتراف بهذا الأثر المترتب عن هذه العلاقة التعاقدية، وهو الإلتزام الذي ارتضاه الأطراف بمحض إرادتهم الحرة والسّليمة، ولا يتوقف دور القانون عند حد الاعتراف فقط، بل يجدر بالقانون توفير الحماية اللّازمة للعقد والسهر على تنفيذه، ذلك أن العدالة تقتضي نشوء إلتزام صحيح ولا يكون ذلك إلا بإرادة المدين لا غير، أما الإلتزام المفروض على الإرادة فإنه يتنافى والعدالة، وبالتالي وجب الحَدُّ من نطاقه(15)، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، وبالإضافة إلى كون العقد يستمد قوته من إرادة الأطراف، فإن هذا الالتزام يقوم كذلك على أساس أخلاقي، مفاده وفاء الشخص بما تعهد به(16)، فالوفاء بالعهد من أهم المبادئ والقيم الأخلاقية المحمودة في المجتمع، والإنسان اجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش بمعزل، لذا وجب عليه الوفاء بعهوده لينال الرضى من المجتمع، ويشعر بالرّاحة النفسيّة لهذا الرضى، لأن نقض العهد سَيُقابَل باستهجان

المجتمع، ممّا ينعكس سلبًا على سُمعة الفرد ونفسيَّته.

والوفاء بالعهد إنّما هو تنفيذ الإلتزام بحسن نيّة، وحُسنُ النيّة أمر شخصي يُترجمه سُلوك الشخص الذي يَتَجلّى من خلال تنفيذ ما تضمنَّهُ العقد من إلتزامات، بل يتعداه إلى تنفيذ كل المستلزمات التي تتطلبها طبيعة العقد، سواء يُقرُّها القانون أو تلك التي استقرَّ عليها العُرف، وحتّى تلك التي تتطلبها العدالة، كما يقتضي حسن النية عدم التعسف في استعمال الحق لإلحاق الضرر بالمدين.[17]

وتجدر الإشارة إلى أنه وبالرغم من أن العقد لا يُلزم إلّا أطرافه، يمكن أن يمتدّ أثره للغير، وهو ما يحدث مع الخلف العام، والذي يُعتبر إمتدادًا لشخصيّة المُتعاقد المورث، حيث تنتقل الذمة المالية إليهم بإيجابياتها وسلبياتها، فيلتزمون بما إلتزم به المورث في العقد المُبرم قبل موته، ما لم يوجد إتفاق سابق يقضي بخلاف ذلك، أو كان القانون لا يُجيزُ هذا الامتداد[18].

المحور الثاني: العدالة التعاقدية كمبرر للتضييق على مبدأ سلطان الإرادة

يتجه الفكر القانوني الحديث إلى تبني فكرة التوازن بين المصالح في العقد، إذ أن الحق يستند إلى القانون في وجوده وحمايته، لذا لا يمكن لصاحب الحق إلحاق الضرر بالغير أو بالمجتمع، بل يجب العمل على الموازنة بين المصلحة الذاتية والمصلحة العامة للمجتمع[19]، فهناك دائما حدود لسيادة الإرادة[20]، فقد أدى التطور الذي شهده العالم في شتى المجالات إلى ظهور أنواع جديدة من العقود، تجاوزت المفهوم والبعد التقليدي للعقد، والذي كان مقتصرا - تقريبا - على أطراف العلاقة التعاقدية لا غير، كما كشف الستار عن فئة تحتاج فعلاً إلى الحماية، ممّا يستوجب تدخل التشريع والقضاء بالسهر على تأطير العلاقات والمعاملات التي تُبرم بين الأشخاص، بحفظ النّظام العام بمختلف عناصره، وحماية الطّرف الضّعيف في العقد.

أولا- حفظ النظام العام:

تتجه الارادة البشرية إلى تحقيق مآرب شخصية شتى لإشباع احتياجاتها، والنفس مجبولة على حب الذات، ولو تُركت هذه الارادة على الحرية المطلقة، فإنها تؤدي -لا ريب-إلى الإضرار بمصالح الأفراد والمجتمع، وعليه كان لزاما رسم حدود ووضع أطر لهذه الارادة، تكون بمثابة ضابط لها ورقيبا عليها، وهي ما يصطلح على تسميتها

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

بالنظام العام، فلهذا الأخير تأثيرٌ كبير على مجال العقود، فهو المعيار المعتمد في تنظيم العقود، كما أنه يُعدّ دافعًا للتعاقد في بعض المجالات، كما يُمكنه الوقوفُ حائلًا بين الأشخاص وبعض العقود.

1- تنظيم العقود: إن النظام القانوني للعقود يقوم بوجه عام على حرية الافراد في إبرام وترتيب معاملاتهم التعاقدية القانونية على الوجه الذي يرونه ويرتضونه، مع ضرورة عدم مخالفة النظام العام، والذي يعد ضابطا لحرية التعاقد[21]، وهو ما جعل مختلف التشريعات تقبل على تنظيم العقود وبقواعد آمرة في الكثير من الحالات، بحيث لا يمكن لأطراف العقد استبعادها أو مخالفتها، كالتزام رب العمل بالحد الأدنى للأجر وحد أقصى لساعات العمل[22]، وقد أحيطت الكثير من العقود بعناية كبيرة ترجمتها من خلال الحَيّز المُعتبر الذي خصص لها في القوانين المدنية، وتعرضت لها بالتفصيل في مختلف جوانبها، سواء من حيث الإبرام والأركان أو طرق التنفيذ أو الفسخ أو البطلان وكل الآثار المترتبة على ذلك، ناهيك عن تحيين القانون من حين لآخر بما يتماشى مع المستجدات أو متطلبات السير الحسن لمختلف المعاملات والتصرفات واستقرارها، على غرار التغيير الجذري الذي جاء به التعديل 131-16 الذي مس القانون المدني الفرنسي، والذي أحدث طفرة نوعية باعتباره رأس النظام اللاتيني ومنارة الكثير من التشريعات، وصلت إلى حد التخلي عن ركني المحل والسبب في العقد، وإذابتهما في فكرة مضمون العقد[23].

فإذا أبرم العقد مخالفا للنظام العام السائد في المجتمع وقع باطلا بطلانا مطلقا ولا يُرتّب أثرًا، وفكرة النظام العام موجودة منذ زمن بعيد، وتناولته المادّة السّادسة من المجموعة المدنيّة الفرنسيّة، وقد عرف في الوقت الحاضر اتساعا كبيرا، خاصة في الدول التي تتبنى النظام الاشتراكي[24]، وقد نصّ المشرع الفرنسي في القانون المدني على ذلك بصريح العبارة في الفقرة الثانية من المادة 1102: "لا يمكن أن تتعدى الحرية التعاقدية حدودها لتصل إلى المساس بقواعد النظام العام"[25].

ومن الصور المجسدة لفكرة تنظيم العقود، تلك النصوص المتعلقة بعقد الشركة، وقد نظمها المشرع الجزائري في القانون المدني بوجه عام، ثُمّ تَولَّى القانون التّجاري المَهَمَّةَ وفَصَّل في هذا العقد، ويمكن في هذا المقام التذكير بالجدل الفقهي الذي ثار

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

بشأن طبيعة الشركة، وكيف تأرجحت بين فكرتي العقد والتنظيم، فإذا أمعنا النظر في شركات الأموال، نلمسُ جليًّا فكرة التّنظيم التي تطغى عليها بسبب الكمّ المُعتبر من القواعد الأمرة، ونقف على تراجع إرادة الأطراف فيها.

2- الإجبار على التعاقد: سبقت الإشارة أنّه للشخص حرية التعاقد من عدمه، وأنه لا يوجد ما يجبره على التعاقد، وهذا هو الأصل، إلّا أنّ هذه القاعدة تَردُ عليها استثناءات، تُمليها ظروف الحال ويفرضها النظام العام.

فقد يتدخل المشرع بفرض التعاقد بغرض تحقيق مصالح أو فرض نظام هو أولى من تجسيد فكرة الامتناع عن التعاقد، شأن ذلك عقود التأمين المفروضة على مالكي المركبات، التّي تُستعمل في الطُّرق العامّة، بهدف تغطية الأضرار التي قد تصيب الغير عن استعمالها[26]، وحتّى الوكالات التي تَتَولّى مَهمَّة التأمين على السيارات ومختلف الممتلكات كالمنازل والمصانع والمحاصيل الزراعية، تكون مُجبرةً على التّأمين هي نفسها لدى وكالات هي أكبر منها، بغرض تغطيّة الأضرار والمخاطر التي تفوق قُدرتها، وهو ما يُعرف بإعادة التأمين.

وقد يتم فرض استخدام نسبة من ذوي الاحتياجات الخاصة المؤهلة على أرباب العمل الذين يمتلكون مشاريع ضخمة، أو يزيد حجم مشروعاتهم على عدد معين من العمال، كما أنه يُمنع استخدام القُصّر خاصة في الأعمال الشاقّة، وتقرر عقوبات على المخالفين في هذا الشأن، وقد تفرض قيود في تنظيم عمل بعض الفئات كالنساء والأجانب، مع تضييق سلطة الهيئة المستخدمة في اختيار العامل، خاصة في المناصب التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي[27]، وهو ما نلمسه من الدور الذي تؤديه الوكالة الوطنية للتشغيل، والتي أصبحت تتولى توجيه العمال بمختلف فئاتهم إلى المؤسسات والشركات في القطاعين، وبالتالي لا يكون للهيئة المستخدمة حق اختيار شخص المتعاقد معه في كثير من الحالات.

ومن بين صور الإجبار على التعاقد كذلك عقد البيع المبرم بين الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره "عدل" والمستفيدين من السكنات، حيث تضمن عقد البيع بالإيجار عقدا آخر، فحواه التعهد بدفع تكاليف تسيير الأجزاء المشتركة كالحظائر وصيانة مصاعد العمارات والسهر على نظافتها وغيرها من الخدمات، والتي أدرجتها

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

في المواد 11، 12، 13 و14 وأوكلتها لفرعها المُسمّى "عدل للتسيير العقاري"، مُجَسّدةً بذلك فكرة توفير بيئة معيشية عالية الجودة، وقد لاقت هذه الخطوة رفضًا من أغلب المستفيدين، بحُجّة غلاء الأعباء بالمقارنة مع نوعية الخدمات المُقدّمة، وقد تَجنَّدت جمعيات الأحياء المعنية ولجأت للقضاء.

3- المنع من التعاقد: يحظر القانون إبرام التصرفات التي تَنصبُّ على الحُرّيات العامّة، كحريّة العمل وحريّة التّجارة وغيرها، أو تلك التي تتعلق بالوظيفة العامة لتعلقها بالنظام العام، فاتفاق المُترشّح مع النّاخبين لشراء أصواتهم يُعتبر مخالفًا للنظام العام، كما أنه لا يمكن للشخص إبرام عقود يكون محلّها جسمُ الإنسان، كبيع الأعضاء البشرية لأنّ الأصل فيها الحظر، ويبقى التبرّع بها محلّ خِلافٍ بين الفقهاء[28].

ومن ذلك أيضا العقد الذي يكون مَحلُّه التنازل على الزبائن في المهن الحُرّة، وتحويلهم لشخص آخر، إذ لا يَصّحُ هذا العقد لأنّ العلاقة بين الزّبائن وصاحب المهنة الحرّة هي علاقة شخصية أدبية ومهنية، تقوم أصلًا على الثقة الناشئة بين الزّبُون وصاحب المهنة الحرة، وبالتالي هي تخرج من دائرة الأمور التي يمكن التعامل فيها[29]، وعلى العكس منه في المواد التجارية، فعُنصر الزّبائن هو أبرز العناصر المُكوّنة للمحلّ التّجاري، وبالتّالي يُمكن التصرّف فيه، ومنه فإنّ العقود المذكورة أعلاه وكل العقود التي تدخل في نطاقها لايُمكن لأي شخص إبرامها.

وتوجد بعض العقود الأصل فيها الإباحة لكن هي محظورة على بعض الفئات، كالحظر المفروض على القضاة وكُتّاب الضّبط والمُحضرين القضائيّين ومن يدخل في دائرتهم، حيث لا يُمكنهم شراء كل الحقوق المتنازع فيها ولا بعضًا منها، سواءٌ بأنفسهم أو بواسطةِ غيرهم، والتي تكون على مستوى المحاكم التي يمارسون فيها وظائفهم[30]، لأنه تتوافر لديهم كلّ كبيرة وصغيرة حول هذه الحقوق، ومنه يستغلُّون مناصبهم لتحقيق أرباح أو تفويت فُرصٍ على من هم أولى بهذه الحقوق، وبالتالي إلحاق الضرر بالغير، وعليه يتمُّ الحُكم ببطلان البيع لفائدة كل ذي مصلحة، كما يُمكن للمحكمة الحُكم به من تلقاء نفسها، لتعلُّقِها بالنّظام العام، ونفسُ الحُكم يسري على السَّماسرة والخُبراء الّذين أُسندَت إليهم مَهمَّة بيعِ وتقديرِ قيمة بعض الأموال، حيث لا يُمكنهم شراؤُها سواءٌ بأنفسهم أو بإسمٍ مُستعار.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

ثانيا- حماية الطرف الضعيف في العقد:

رأينا فيما سبق أنه يتمُّ التضييق على الإرادة بداعي الحفاظ على النظام العام، وبنفس الحرص تتجه خطى المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد، سواء تعلق الأمر بالبنود التعسفية، الشروط الجزائية أو ظهور مستجدات من شأنها التأثير سلبًا على مركز أحد أطراف العلاقة التعاقدية، وتضعه موضع الضعف.

1- البند التعسفي:

تقتضي العدالة التعاقدية مناقشة بنود العقد بين أطرافه، عبر المساومة والتفاوض، لكن الأمر على خلاف ذلك في بعض الأحيان، وهو ما تُجسّدُه عقود الإذعان، والتي تتميز عن غيرها من العقود، بانعدام المساومة فيها، إذ ينفرد الطرف القوي وهو المحتكر للخدمة أو السلعة بوضع وصياغة بنود العقد، وعلى الطرف المُذعن القبول بها كما هي، أو التخلي عن الخدمة أو السلعة، والتي عادة ما يكون في أمس الحاجة إليها.

وطالب البعض بنزع صفة العقد عن عقود الإذعان، إذ يرون أنها نظاما وليست عقودا، فالطرف المذعن يُسلِّمُ بكلّ الشروط دونما مناقشة، إلا أن أغلب فقهاء القانون المدني أَسمَوهَا عقودًا، حتى ولو لم تتساوى فيها المراكز ولم تتكافأ فيها الإرادتان[31]، وقد منحت مختلف التشريعات سلطة تعديل هذه البنود للقاضي أو إعفاء الطرف المذعن منها، على غرار ما تضمنته المادة 110 ق م ج بقولها: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ونلمس من المادة مدى اتساع السلطة الممنوحة للقاضي في تقدير البنود التعسفية، إذ خوَّله المُشرّع مُكنة تعديلها لتتناسب مع قدرة الطّرف الضّعيف، ومنه إقرار حماية عقدية للطرف الضعيف لاسيما إذا كان الطرف القوي في وضعية احتكار للسوق[32].

أمّا المشرّع الفرنسي فقد اعتبر الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود في حكم العدم، حيث اعتبرها وكأنها غير مكتوبة في العقد، فيحق للقاضي استبعادها تمامًا من العقد، وبالتالي إعفاء المدين منها بصورة نهائية، فهي تخضع للسلطة التقديرية

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

للقاضي[33]، وقد أثبتت هذه الخطوة أن القواعد الحمائية الخاصة، قد وجدت مكانا لها ضمن المبادئ العامة، بعدما كانت محصورة في القوانين الخاصة، كتلك المتعلقة بالمُستهلك وبعض عقود التوريد، لتؤكد على ضرورة تكريس العدالة بإعادة التوازن للعقد[34].

والأمثلة عن البنود التعسفية كثيرة، ففي قرار صادر عن القضاء المدني الفرنسي في سنة 1994، اعتبر أن عقود تأجير السيارات من قبل الشركة المؤجرة، إنما هي عقود إذعان، بالنظر إلى الشروط المفروضة على الزبائن، والتي لا يمكنه مناقشتها، حيث ورد فيها أن ضياع أو هلاك السيارة المؤجرة يقع على عاتق المُستأجر، ولو لم يكن ذلك بخطأه، وعليه وجب إبطال هذا الشرط وإعفاء الطّرف الضعيف منه[35].

وبالرجوع إلى عقود سكنات عدل، فإن المادة الأولى والتي حددت ثمن الشقة محل العقد، جعلت من هذا الثمن قابلا للمراجعة، وهذا أمر غير منطقي وغير مبرر، فنحن نرى أن مراجعة الثمن هو من صميم التعسف ويتنافى مع العدالة التعاقدية، والعلّة في ذلك أن هذه السكنات قد تمّ إنجازها وتسليمها فعليا، إذ أن الثمن المُحدّد من قِبل وكالة عدل تتم مراجعته في حال زيادة تكلفة الإنجاز، وعليه تكون مراجعة الثمن عند تسليم الشقة، والواقع أثبت أنّه تمّ إنجاز السكنات بالغلاف المالي المخصص وفي الآجال المُسَطَّرة، فلا يمكن أن يبقى المستفيد مهددا بهذه الزيادة والتي لا يمكنه مناقشتها ولا توقع مقدارها مُستقبلًا، لأنّ الأصل في العقد هو عقد بيع وتمّ تحديد الثمن، فما هو المُبرّر الذي يدعو إلى هذه الزيادة؟ وهذا ما أثار حفيظة المستفيدين من هاته السكنات، وكان من بين الأسباب الكامنة وراء اللجوء للقضاء.

2- الشرط الجزائي: كما أشرنا سابقا أنه يمكن لأطراف العقد تحديد مسبقا قيمة التعويض المستحق، في حالة الإخلال بتنفيذ الالتزام من طرف أحد المتعاقدين، وهو ما يعرف بالشرط الجزائي، الذي يثير عدة إشكالات حول النظام القانوني أو الطبيعة القانونية له، ومن حيث الوظيفة التي يُؤدّيها، وكذا حكمه في حالة تنفيذ جزء من الإلتزام، ومدى تأثير الجزء المتبقي على مركز الدائن به، وجسامة الضرر الذي لحقه جراء هذا التقصير في التنفيذ العيني للالتزام، حيث جاء في المادة 183 من

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

ق م ج أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، ...".

واختلفت الآراء حول طبيعة الشرط الجزائي، إذ اعتبره البعض تهديدا للمدين لإجباره على تنفيذ التزامه، ومنهم من يرى أنه تعويض للدائن عن الضرر الذي لحقه جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، وذهب البعض الآخر إلى اعتباره عقد تأمين في حالة عجز المدين عن التنفيذ العيني للالتزام[36]، ومهما يكن فإن الطبيعة المزدوجة للشرط الجزائي واضحة، فإذا نظرنا إليه من جهة المدين فنلمس فيه الطابع الجزائي، فهو بمثابة جزاء له عن تخلفه في تنفيذ التزامه، مما يعود بالضرر على الدائن، وإذا نظرنا له من جهة الدائن فهو عبارة عن تعويض له وجبرٍ للضَّرر.

وذهب البعض إلى التفرقة بين الشرط الجزائي الذي يهدف إلى تعويض الدائن عن عدم التنفيذ، وبين الشرط الذي يضغط على المدين لتنفيذ التزامه، والذي يكون في شكل غرامة تهديدية عن كل يوم أو كل أسبوع من التأخر في تنفيذ الالتزام، كمن يشتري شقة من أحدهم، ويتأخر عن موعد التسليم، ويبقى مقيما في الفندق في انتظار تسلمها، فيطالب بما أنفقه عن كل يوم يقضيه في الفندق[37]، الأمر منطقي ويتماشى مع متطلبات العدالة التعاقدية، إذا كان التعويض المطالب به يتوافق نسبيا مع ما ينفقه مشتري الشقة، لكن ماذا لو كان هذا المبلغ تافهًا أو مبالغًا فيه، إذا ما قارنَّاه بأجرة الفندق؟

فإذا كانت قيمة التعويض المذكورة في العقد مبالغا فيها، فإن المتضرر من ذلك هو المدين، أما إذا كانت تافهة فإن المتضرر هو الدائن، ففي كلتا الحالتين يوجد طرف ضعيف يحتاج للحماية، على العكس من ذلك إذا كان التعويض الاتفاقي يتلاءم ولو نسبيا مع الضرر.

لهذا أجاز المشرع الجزائري في المادة 184 ق م للقاضي أن يخفض من قيمة التعويض الاتفاقي أو أن يلغيه، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، وبمفهوم المخالفة فإنه لا يمكن للمدين التملص من دفع التعويض إذا لم يثبت ذلك، أما إذا كان مبلغ التعويض أقل من الضرر، فعلى الدائن أن يثبت أن الضرر الذي لحقه عن غش من المدين، أو أنه ارتكب خطأً جسيما مسببا للضرر الذي فاق قيمة التعويض المتفق عليه

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

في العقد، وهذا ما أتت به نفس المادة.

أما المشرع الفرنسي فقد أجاز للقاضي أن يخفض من قيمة الشرط الجزائي الوارد في العقد أو يزيد فيه، إذا تبين له جليا أنه تافه أو مبالغ فيه، بل ومنحه مكنة التدخل دون طلب من أحد المتقاضين، ليُعَدّل قيمة الشرط الجزائي، مراعيا في ذلك قيمة الضرر الحقيقية وفقا لما يراه مناسبا[38]، ومنه يمكن القول أن الحرية الممنوحة للأطراف في تحديد قيمة التعويض مسبقا ليست مطلقة، وإنما تخضع لرقابة القاضي.

3- نظرية الظروف الطارئة: الأصل العام هو أن تنفذ العقود بما اشتملت عليه وبحسن نية، دونما تعديل لمضمون العقد بالزيادة أو النقصان، لأن التعديل هو حق لأطراف العقد لا غير، إحترامًا لمبدأ سلطان الإرادة، لكن قد تطرأ ظروفًا تجعل تنفيذ الالتزام مُرهقًا للمدين، وتهدده بخسارة فادحة، وبالتالي تعصف بالتوازن العقدي، وهي ما تسمى بنظرية الظروف الطّارئة، وفيما يأتي بيانه سنحاول التطرق لمضمون النظرية، لنعرج بعدها إلى مكانتها في القانون المدني.

أ- مضمون النظرية: ظهرت نظرية الظروف الطارئة بداية في القانون الدولي، تحت مسمى (تغير الظروف) "pacta sun servanda"، حيث قامت على مبدأ فحواه أن بقاء قيام الالتزامات مرهون ببقاء الظروف والأوضاع التي تم إبرام الاتفاقية فيها[39]، أي أن تنفيذ الالتزامات المتبادلة يخضع لاستقرار الوضع، فكلما استقرت وسادت الظروف التي زامنت إبرام الاتفاقية، إلتزم الأطراف بما ورد فيها، وإذا تغيرت تلك الظروف مُسفِرةً عن تأثير جسيم على تنفيذ الالتزام، عُلِّقَ تنفيذه إلى زوال تلك الظروف.

ثم انتقلت تلك النظرية إلى القانون الإداري، حيث تبناها مجلس الدولة الفرنسي في قضية رفعتها إليه شركة الغاز في مدينة بوردو، على إثر ما عرفته أسعار الغاز من ارتفاع بسبب الحرب، حيث فاق سعره حدود الضعف، وعليه تم الحكم بضرورة تعديل العقد، وتوالت الأحكام من القضاء الإداري على ذلك النحو[40]، ومنطقي جدا أن يعمل بنظرية الظروف الطارئة في هذا الشأن، خاصة في مجال الصفقات العمومية، من خلال حرص السلطة العامة على إنجاز المرافق العامة في الآجال المُسطّرة لها، والسهر على سيرورتها بانتظام وتقديمها أفضل الخدمات للجمهور، وعليه وجبَ عليها مراجعة العقود، كلما طرأ طارئ أو تغيرت الأوضاع مؤثرة سلبا في عملية إنجاز المرافق

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

أو تذبذب أو إنقطاع الخدمات التي تقدمها، ومهددة المتعاملين بخسائر فادحة، وإلا فلن تجد من يتعاقد معها.

ويجمع الفقهاء على ضرورة توافر شروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، كضرورة انطواء الحدث على عنصر المفاجأة، ولا طاقة للمتعاقد برده، وأن يكون عاما لا يتعلق بالمدين وحده كإفلاسه مثلا، وأن يسبب إرهاقا للمدين، إذ لا يُعتدُّ بالخسارة المتسامح فيها والتي لا تبلغ حدا من الجسامة.

ب- مكانتها في القانون المدني: لم يكن لنظرية الظروف الطارئة مجال للتطبيق في القانون المدني، كون أن هذا الأخير ينظم العلاقات التي تتعلق بمصالح الأفراد، من دون أن يكون له مساس بالمصلحة العامة، خاصة في ظل ما يعرف بقدسية العقد المدني، إذ أن تعديله ليس من عمل القاضي، بل هو حق مكفول لأطراف العلاقة التعاقدية لا غير، بل يمكنه فقط التدخل لفسخه أو إيقاف تنفيذه وفقا للأسباب التي يقررها القانون[41]، إلا أنّ هذا الطرح قد تجاوزه الواقع، في ظل التطورات الحاصلة في مجال العقود، وأصبح العمل بها ضرورةً مُلّحةً، لما تنطوي عليه من عدالة، تتجلى من خلال إعادة الالتزام المرهق للحد المعقول، وبالتالي إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

فقد جاء في نص المادة 107 من ق م ج أنه: "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وبهذا يكون المشرع قد أدرج نظرية الظروف الطارئة في المنظومة القانونية المدنية على غرار الكثير من المشرعين.

ويرى البعض[42] أن المشرع الجزائري قد أغفل تحديد طبيعة الحوادث الاستثنائية، بحيث يمكن أن تشمل أي حادث ومن أي طبيعة، سواء أكانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية وغيرها، كما أنه لم يتناول بالذكر طبيعة العقود التي تدخل ضمن نظرية الظروف الطارئة، بل ركز على ضرورة وجود فترة زمنية بين إبرام العقد وتنفيذه دون تخصيص، ونحن نرى من جانبنا حتى وإن سقط الأمر من المشرع سهوا، فإنه لا يخلو من الفائدة العملية، إذ أنه بهذا يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة، وهو ما يتماشى

مع التوجه التشريعي المعاصر، كما أنّه يُضفي على النص مُرونةً تُغني عن التعديلات المتكررة التي تُرهِقُ كاهل المشرع وتربك القضاء على حد السواء.

وتجدر الإشارة إلى أنه تستثنى من هذا عقود الغرر، كونها تقوم على عنصر المخاطرة، بحيث يمكن للمتعاقد تحقيق مكسبٍ كبير، كما يمكنه أن يَتكبَّد خسارةً فادحة، لهذا فهي لا تخضع لنظرية الظروف الطارئة، كما أن هذه الأخيرة لا تُطبَّق في حال تراخي تنفيذ المدين لالتزامه، لأنه لا يمكن للمهمل أن يستفيد من إهماله[43].

أمّا المشرع الفرنسي فلم يعرف قانونه المدني قبل تعديل 2016 مثل هذه المادة، وقد سبقته الكثير من التشريعات إلى ذلك، إلا أنّ القضاء قد درج على تبني حلول من خلال الاعتماد على موقف المشرع الرامي إلى تنفيذ العقود بحسن نية، غير أنه تدارك الموقف في نهاية المطاف بتبنيه النظرية بنص المادة 1195، وأقر بذلك للمدين بتنفيذ الالتزام طلب إعادة التفاوض مع الطرف الآخر، في حال أصبح التنفيذ مرهقا له بسبب الظرف الطارئ، مع ضرورة تنفيذه لالتزاماته طيلة تلك الفترة، وفي حالة فشل المفاوضات جاز له طلب الاتفاق على إنهاء العقد، وفي حالة عدم الاتفاق يلجأ إلى القضاء لمراجعة العقد أو إنهائه[44].

خاتمة:

كخلاصة لما تناولته هذه الدراسة، أن مبدأ سلطان الارادة كان يجسد بقوة مفهوم العدالة التعاقدية، بالأخص عند ظهوره وبلوغ أوج قوته في القرن الثامن عشر، حيث ألهم الكثير من المشرعين ولا يزال أثره جليا إلى يومنا، رغم تراجعه وفقدان بريقه في ظل التطور الذي شهده العالم في شتى المجالات، وبزوغ فجر جديد حاملا أنواعا مختلفة من العقود لم تكن معروفة من قبل، وبالتالي فسح المجال أمام التشريع والقضاء لنزع رداء القدسية عن العقد، ومنه تراجع دور الارادة في بعض العقود، لكن ليس لدرجة الانعدام، لذلك وجب الإقرار بدور المبدأ في تكريس العدالة التعاقدية، وأن تراجعه لا يعني بالضرورة اندثاره أو الانتقاص من القيمة القانونية له، بل هو تراجع لتحقيق غاية أسمى لا غير، وهي تحقيق أكبر قدر من العدالة، وعليه خلصت الدراسة إلى بعض **النتائج** نوردها فيما يلي:

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

- إن مبدأ سلطان الإرادة كان ولا يزال يجسد العدالة التعاقدية في جوانبه ولو بشكل نسبي، يتفاوت من حالة لأخرى، في ظلّ الحرية العقدية أو الفردية للأشخاص.

- التطور الحاصل في حقل العقود، إنما هو واقع لا يمكن إنكاره، والقانون يواكب التطورات الحاصلة، فهو يشهد ويرافق فكرة التحول نحو أخلقة العقد، وتكريس العدالة العقدية بالتقريب بين المصالح، وحماية الطرف الضعيف في العقد.

- أضحى القاضي طرفًا ثالثا في العلاقات التعاقدية، وهذا إستنادًا إلى السلطة التي خولها المشرع له، وسيساهم ذلك في دفع الأطراف المتعاقدة إلى تحري العدالة ولو نسبيًا، لتفادي أي نزاع ودرء التدخل القضائي في العقد.

كما أننا نثمن جهود المشرع والقضاء في سبيل إرساء أواصر العدالة التعاقدية، إلا أنه يمكن تقديم بعض المقترحات تتمثل في ما يلي:

- إن العمل على توسيع السلطة التقديرية للقاضي، يساهم بشكل كبير في تسوية الكثير من النزاعات، لكن لابد من فرض رقابة فعّالة على الأحكام الصادرة، لضمان تحقيق العدالة بين الأطراف.

- لا بد على الأنظمة القضائية أن تبذل جهدا أكبر في التحليل والتنقيب في مختلف القضايا، مع الحرص على مراعاة مصالح المتقاضين من خلال الإسراع في الفصل في القضايا المرفوعة إليهم، لكن ليس على حساب نوعية الأحكام حتى لا تكون عرضة للطعن، والتقليل من عزوف أطراف مختلف العقود عن القضاء ولجوئها للوسائل البديلة.

الهوامش والمراجع:

(1)- محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 83.

(2)- Christian Larroumet, droit civil : les obligation le contrat, 3e édition, tome 3,economica, paris, France,1996, p101.

(3)- Article 1102 du code civil français, disponible sur site :www.legifrance.gouv.fr, le 20/01/2023.

(4)- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام- نظرية العقد-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 17.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(5)- محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص 84.

(6)- عبد الوافي عز الدين والصادق عبد الصادق، دور مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء الالتزام التعاقدي، ورقة بحثية مقدمة خلال الملتقى الوطني تحت عنوان "سلطة القاضي في تعديل العقد"، المنظم يومي 28- 29 أفريل 2014، من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار.

(7)- محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، 2019، ص199.

(8)- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 17.

(9)- معداوي نجية، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، المجلد 02، العدد 02، 2017، ص 54.

(10)- القانون رقم 08- 09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادرة في 23 إبريل 2008.

(11)- كمثال على التنازل الضمني تقدم أحد الأطراف إلى القضاء رغم وجود اتفاق التحكيم، ومباشرة الطرف الثاني الدعوى دون الدفع بوجود اتفاقية التحكيم، وبالتالي ينعقد الاختصاص للقاضي، في ظل عدم الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

(12)- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2015، ص 10.

(13)- Article 1103 du code civil français.

(14)- Article 1226 du code civil français.

(15)- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص16.

(16)- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص171.

(17)- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 97- 98.

(18)- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 138.

(19)- Rapport au Président de la République Française relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11/02/2016, Arts 1102 à 1104, https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539/

(20)- Christian Larroumet, op.cit, p 103.

(21)- مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 4، بيروت، 2007، ص 435.

(22)- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 20.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(23)- Article 1162 du code civil français: «Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties».

(24)- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) - دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2019، ص48.

(25)- Article 1102 du code civil français.

(26)- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 19.

(27)- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ص 19- 20.

(28)- أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص ص 132- 133.

(29)- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 453.

(30)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص491.

(31)- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 26.

(32)- بن حملة سامي، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد 2، العدد 1، 2015، ص 91.

(33)- Article 1171 du code civil français.

(34)- محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 218.

(35)- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص ص 758- 759.

(36)- قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص2255.

(37)- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص ص 578- 579.

(38)- المرجع نفسه، ص 586.

(39)- علي فيلالي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد-، موفم للنشر، 2010، ص 371.

(40)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 970.

(41)- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 972.

(42)- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 373.

(43)- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 118.

(44)- Article 1195 du code civil français.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X