

جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية -

كلية الحقوق والعلوم السياسيّة

قسم القانون الخاص

عنوان المذكرة

مبدأ سلطان الإرادة بين التّأصيل والحداثة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصّص القانون الخاص الشّامل

تحت إشراف الأستاذ:

عثماني بلال

من إعداد الطّالبيين:

عاشور عثمان

عبد الفتّاح فريدة

لجنة المناقشة

الأستاذ: لفقيري عبد الله.....رئيسا.

الأستاذ: عثماني بلال..... مشرفا و مقرّرا.

الأستاذ: سرايش زكريّا.....ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 2014/06/16

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نحمد الله الذي وفقنا لإنجاز هذه المذكرة.

نتقدّم بأسمى معاني الشكر والعرفان للأستاذ الفاضل " **عثماني بلال** " على قبوله

الإشراف على هذه المذكرة، والتقدير لتوجيهاته ونصائحه القيّمة.

الشكر الجزيل، للسادة أعضاء لجنة المناقشة على تفضّلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة.

وكلّ الاحترام والتقدير لجميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة بجاية.

كما نتقدّم بوافر الشكر وعظيم التقدير لكلّ من كان لنا عوناً ولو بكلمة تشجيع.

إهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما.

إلى كل أفراد العائلة.

إلى جميع الزملاء والأصدقاء.

الذين بادلناهم شعور المحبة بين أحضان الجامعة.

عثمان

إهداء

إلى والديّ الكريمين برّاً بهما واعترافاً بفضلهما.

إلى كلّ أفراد الأسرة والعائلة حفظهم الله لي خير سند.

إلى جميع الأصدقاء والأحباب الذين تابعوني باهتمام في إتمام هذا

العمل.

فريدة

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ج.ج. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ق.ت.ج. القانون التجاري الجزائري.

ق.م.ج. القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف. القانون المدني الفرنسي.

ق.م.م. القانون المدني المصري.

د.د.ن. دون دار النشر.

ص. ص. صفحة.

ص.ص. من صفحة إلى صفحة.

م.ق. المجلة القضائية.

ثانياً: باللغة الفرنسية

Art. Article.

Ed. Edition.

Ibid. Même Ouvrage.

Op- cit. Opère citato (ouvrage précédemment cité).

P. Page.

P.P. de page a la page.

يعتبر الإنسان بطبعه اجتماعي، لا يمكنه العيش بمعزل عن المجتمع، ولكون قدراته محدودة نجده يلجأ إلى غيره لتلبية مصالحه، وذلك بالدخول في علاقات قانونية مختلفة مع عدة أطراف. ولعلّ العقد يمثل أفضل وسيلة لديه لتحقيق غايته، وذلك أنّه يعدّ من أبرز التصرفات القانونية الشائعة والمميّزة لسلوكات الإنسان قديماً وحديثاً.

يمكن تعريف العقد على أنّه تلاقي إرادة طرفين أو أكثر على إحداث أثر قانوني⁽¹⁾، فالإرادة المشتركة للطرفان هي أساس العقد، حيث أنّها تنشأ وتقيم العقد من جهة، وتحدّد آثاره من جهة أخرى. وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾، الذي يعدّ نتاج المذهب الفردي السائد في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر مؤيداً بنظريات فلسفية، اقتصادية وسياسية، مشبعة بالروح الفردية المطلقة⁽³⁾، التي تمجّد الإرادة وحرية الفرد، وتجعل من الإرادة الحرة المستقلة مصدر للالتزامات الناشئة عن العلاقات التعاقدية، و من ثمّ وجب احترام وتقديس حرية التعاقد، والقوة الإلزامية الناتجة عنها.

بذلك أصبح مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابت في معظم التظم القانونية، إذ أنّ ظهوره قد أثر على جانبيين من جوانب العقد هما:

من حيث الشكل، فمبدأ الرضائية يشكّل فيه دعامة يستند إليها باعتبار أنّ الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقد.

أمّا من حيث الموضوع، نجد تمتع الأطراف بالحرية في إبرام ما يشاؤون من عقود، وتضمينها ما يرون من شروط، كما أنّ لهم الحرية الكاملة في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد، وهكذا تصبح الإرادة هي قانون صاحبها ومصدر القوة الملزمة للعقد الذي يعبر عن العدل والحرية⁽⁴⁾.

غير أنّ تطوّر الأحداث وفق معطيات جديدة أثرت على النظرية العامة للعقد، وذلك بظهور المذهب الاجتماعي وفلسفته التافدة لأساس مبدأ سلطان الإرادة.

1- همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، (نظرية العقد)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص.15.

2- محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة، التار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص.16.

3- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص.16.

4- العقد هو أصدق تعبير عن العدل؛ لأنّه يتم بين أشخاص أحرار ومتساويين بحكم القانون، والشخص لا يرضى بشيء إلا إذا كان محققاً لمصلحته.

مقدمة

لقد اعتبر المذهب الاجتماعي الفرد جزءاً لا يتجزأ من المجتمع الذي يقوم على أساس التضامن والمصلحة العامة، فالروابط الاجتماعية تعلق على إرادة الفرد، والمصلحة العامة هي المسيطرة على هذه الإرادة؛ إذ أن هذه الأخيرة لا تصلح أن تكون أساساً للعقد، إنما أساسه هي العدالة أو المصلحة العامة، كما أن حرية الفرد لا يفسح لها المجال إلا بقدر ما يتفق مع هذه المصلحة، لهذا فالعقد يعدّ نظام من التّظم الاجتماعية الذي يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي⁽¹⁾، أو تحقيق المساواة الحقيقية بين الأفراد بعدما كانت مساواة مجرّدة.

إنّ تطوّر المجتمع في مختلف المجالات أدّى إلى اختلال التوازن في العلاقة العقدية، وهذا ما دفع بأنصار المذهب الاجتماعي إلى المناداة بتدخل المشرّع لمعالجة الاختلال حماية للطرف الضعيف من عنت القويّ، نتيجة عدم هذه المساواة بينهما، وبالتالي الفوارق بين المتعاقدين لم تعد طبيعية فحسب، بل أصبح من غير الممكن افتراض المساواة بينهما في الخبرة والمعرفة، لذلك فمن الصّوري معالجة هذا التفاوت القائم بين الأفراد، والأخذ بعين الاعتبار الضعف من حيث الدراية والخبرة.

فبمقتضى تطوّر تقنيات التعاقد الحديثة ألقى على عاتق المتعاقدين التزامات جديدة تؤكّد في معظمها الاتجاه الاجتماعي للعقد، إذ نجد أنّ فكرة التضامن والتعاون والتزاهة تعدّ من المقتضيات التي تتأسس عليها الالتزامات الجديدة، التي فرضت على الطرف القويّ في العقد، حيث أنّه لم تعد تعني هذه الالتزامات فقط امتناع المتعاقد عن التصرفات غير المشروعة، وإنما أيضاً القيام بالتزامات جديدة إيجابية تستدعيها طبيعة العقد، ومن بينها نجد الالتزام بالإعلام التابع عن مبدأ أخلاقي و قانوني ألا وهو مبدأ حسن النية؛ الذي يقتضي التزاهة والصدق في التعامل⁽²⁾ أثناء إبرام وتنفيذ العقد، على أساس أنّ هذا المبدأ يلعب دور المحرك في العلاقة العقدية، لذلك فالتية الحسنة مفترضة لدى كلّ متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك.

كما أنّ القوّة الملزمة للعقد المنصوص عليها في المادة 106 من ق.م.ج لم تبقى على إطلاقها، نتيجة للصعوبات التي يواجهها العقد في كافة مراحلها، وتتجلى هذه الصعوبة في الطّروف الاقتصادية والاجتماعية التي تؤدّي إلى اختلال في التوازن الاقتصادي، مما دفع بالمشرّع إلى البحث عن وسيلة لإعادة تنظيم العقد ضماناً لتوازنه ألا وهي التعديل، والذي يراد به إجراء قانوني يتم بمقتضاه تغيير عنصر أو عدّة عناصر في العقد، وذلك بالإيقاص أو بالإضافة بغية المحافظة على العقد.

قد أقرّ المشرّع الجزائري تعديل العقد في المادة 106 من ق.م.ج، كما منح للقاضي هذه السلطة بموجب بعض النصوص القانونية في حالة اختلال التوازن الاقتصادي، سواء في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه،

1- بوفلجة عبد الزحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008. ص.5.

2- نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص.13.

مقدمة

وعلى هذا النحو أصبح للقاضي وخاصة المشرع مبرر للتدخل في العلاقة العقدية بهدف تحقيق التوازن بين أداءات المتعاقدين، باعتبارها حارسين للقيم الاجتماعية من جهة، وسعيها لتحقيق المساواة المطلوبة في المجتمع من جهة أخرى.

يتضح لنا مما تقدم، أن مبدأ سلطان الإرادة على الرغم من أنه عرف ازدهار في ظل سيادة المذهب الفردي الذي يقدر الإرادة الحرة للفرد، والتي تعلق عن إرادة الجماعة باعتبار أن الفرد عند سعيه لتحقيق مصالحه فهو يحقق مصلحة المجموع، إلا أن هذا المبدأ ما لبث أن تراجع في ظل ظهور المذهب الاجتماعي الذي ينادي إلى تحقيق التضامن الاجتماعي، وعلو المجتمع على الفرد، ضف إلى ذلك تدخل كل من المشرع والقاضي في العلاقة العقدية لمعالجة اختلال التوازن العقدي، الذي لم يعالجه المذهب الفردي.

قد اتبعنا لدراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي، ووفقا لذلك ارتأينا أن نتساءل حول حدود الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة كمصدر من مصادر الالتزام؟

من هذه الإشكالية الرئيسية تتفرع الأسئلة التالية:

هل للإرادة دور مطلق أو نسبي في التعاقد؟

هل للإرادة دور بعدما أصبح المشرع يتدخل في العلاقة العقدية؟

ما هي الطرق التي اعتمدها المشرع لتحقيق التوازن العقدي؟

اعتمدنا للإجابة على هذه الإشكالية على خطة مقسمة إلى فصلين، إذ تناولنا في الفصل الأول أصل مبدأ سلطان الإرادة، أما الفصل الثاني خصصناه لدراسة تراجع مبدأ سلطان الإرادة في ظل ظهور فكرة التضامن التعاقدي.

الفصل الأول

أصل مبدأ سلطان الإرادة

يمهين على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة، والذي تدور حوله قواعد قانونية تنظم العقد في مختلف أدواره، وعلى ذلك يعدّ هذا المبدأ جوهر العلاقات التعاقدية، الذي يملّي على الطرفين قانون العقد. نظرا لأهمية هذا المبدأ في مجال العقود، والآثار المترتبة عن الأخذ به، ارتأينا البحث عن ماهية هذا المبدأ في المبحث الأول، والقيود الواردة عليه في المبحث الثاني.

المبحث الأول

ماهية مبدأ سلطان الإرادة

إنّ للإرادة سلطان أكبر في المجال التعاقدية، نظرا لما تتمتع به من حرية في الدخول في العلاقات التعاقدية باعتبارها مبدأ القانون، والغاية التي ينتهي إليها، ولذلك يظهر دور الإرادة في إنشاء العقود، وكذا في تحديد آثارها. فالبحث عن ماهية مبدأ سلطان الإرادة يستدعي منا التطرق لمفهوم هذا المبدأ في المطلب الأول، ثمّ نبيّن نطاقه في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان العقد يُبنى أساسًا على الإرادة، وما تتمتع به من حرية؛ فإنّ ذلك يُعدّ ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة، ولهذا سنخصّص هذا المطلب لتوضيح المقصود بمبدأ سلطان الإرادة في (الفرع الأول)، ثمّ نتطرق في (الفرع الثاني) للأساس الذي يستند إليه.

الفرع الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة

نتعرّض في هذا الفرع إلى كلّ من تعريف وخصائص مبدأ سلطان الإرادة.

أولاً: تعريف مبدأ سلطان الإرادة

لا يوجد تعريف مباشر لمبدأ سلطان الإرادة، ولذلك نستشّف معناه من الدور الذي تلعبه الإرادة في التعاقد، وكذا من الخصائص التي يميّز بها، لذا نجد بعض من الفقه عند تناوله للمقصود بمبدأ سلطان الإرادة يذهب إلى القول: إنّ أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته وهي التي تحدّد آثاره أيضا كقاعدة، ثمّ يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة⁽¹⁾.

كما يُعرّف مبدأ سلطان الإرادة بأنّ الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود دون التقيّد بالأنواع التي نظّمها المشرّع، وتتمتع أيضا بحرية الدخول في علاقة تعاقدية من عدمه، وكذا في تحديد ما يترتّب على العقد من آثار قانونية، وتعديلها بعد ترتيبها، وإنهاء العقد بعد إبرامه مادامت تلتزم في ذلك بحدود النظام العام والآداب العامة⁽²⁾.

1- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة- الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص.44.

2- محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص.48.

يُستفاد من كلّ هذا أنّ مبدأ سلطان الإرادة يقوم على شقين: أولهما كفاية الإرادة على إنشاء العقد، وثانيهما هو أنّ الإرادة حرّة في تحديد الآثار التي تترتب على العقد.

ثانياً: خصائص مبدأ سلطان الإرادة

يتميّز مبدأ سلطان الإرادة بعدة خصائص ومميّزات نُجملها في التقاط الآتية:

1- حرية الشخص في التعاقد:

الأصل في الشخص هو براءة الدّمة، ولا يلزم أحد تجاه غيره إلا إذا أراد ذلك بحريته واختياره، وعليه فهذا المبدأ يُعدّ أحد أسس الحرّية⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك، فإنّه على أساس الحرّية العقدية للأفراد يمكنهم إنشاء ما يشاؤون من عقود وأنّ ينظّموا أثارها وفق إرادتهم الحرّة، وهذه الحرّية لا تقتصر فقط على الموضوع بل تمتدّ أيضاً إلى الشكل⁽²⁾، وهذا ما سنحاول التطرّق إليه بنوع من التفصيل عند دراسة نطاق مبدأ سلطان الإرادة.

2- عدم تعارض حرّية التعاقد مع حرّيات الآخرين:

إنّ حرّية الفرد في التعاقد والإلتزام ليست مطلقة، وإلاّ وجد تصادم بين الأفراد وتحلّ الفوضى، لذا فهي حرّية لا تتعارض مع حرّيات الآخرين بحيث يتحقّق التوازن بين حرّيات الأفراد في المجتمع الواحد؛ لأنّه لا يمكن المساس بحرّيات الآخرين ولا بحقوقهم عند ممارسة الحقّ في التعاقد والالتزام، وهذا ما يجسّد نظرية العقد الإجتماعي⁽³⁾.

3- الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرّية الفرد في التعاقد والالتزام:

مفاد هذه الخاصية أنّ القانون والقضاء ليس لهما التدخّل والتضييق من حرّية الفرد في التعاقد والالتزام، بدعوى اتباع قواعد العدالة أو النظام العام، بما أنّ إرادة الشخص إنّما تتجهت إلى تحمّل هذه الالتزامات.

في هذه الحالة يكون دور القانون والقاضي محايداً، بحيث سهر فقط على احترام الشخص لحرّيات الآخرين ولا يتعدّى حرّيته للمساس بحرّيات هؤلاء.

أما إذا ارتضى الغير التحمّل بالالتزامات في مواجهة هذا الفرد بإرادته السليمة من العيوب فلا مجال لتدخلها⁽⁴⁾.

1- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.11.

2- فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول: مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص.26.

3- بوكراش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012، ص.6.

4- المرجع نفسه، ص.7.

الفرع الثاني: أساس مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان العقد يرتكز أساساً على إرادة الطرفين؛ فإنه ينبغي أن تكون هناك أسباب وأسس أخرى تدعمه وتقويه، فمنها ما يعود إلى الفلسفة، ومنها ما يستند إلى عامل الاقتصاد وأخيراً إلى القانون، ولنري ذلك بنوع من التفصيل.

أولاً: الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة

فلسفياً الإنسان له الخيار الحر في إنشاء العلاقات والقواعد التي يخضع لها، وقانونياً الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية، وهذا ما يترر الحرية التعاقدية والرضائية والتفسير الإرادي للعقد، وجدير بالذكر أنّ مبدأ سلطان الإرادة هو وليد الفلسفة الفردية⁽¹⁾، التي انتشرت مبادئها واكتملت في بداية القرن التاسع عشر، والتي تميّزت بإزدهار⁽²⁾.

يقوم الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة على فكرتين، الأولى تتعلق بالحرية الطبيعية للإنسان، والثانية مرتبطة بالعقد الاجتماعي.

1- مبدأ سلطان الإرادة والحرية الطبيعية للإنسان:

يرى أنصار المذهب الفردي أنّ الإرادة هي أساس القانون والعقد؛ لأنّ الفرد هو المحور الذي يرتكز عليه القانون باعتبار أنّ إرادته حرة وكفيلة بإنشاء العقود، وما يترتب عنها من آثار⁽³⁾.

فبدأ سلطان الإرادة من التاحية الفلسفية يبني على إعتقاد راسخ يتمثل في وجود حرية طبيعية للإنسان، والقاعدة القانونية لها ارتباط وثيق بالفلسفة السائدة في القرن الثامن عشر، مفادها تأكيد ما للأفراد من حقوق في مواجهة الدولة، التي يجب على المجتمع أن يقر بها للإنسان ويكرس له الحرية التي تخصه بصفة طبيعية⁽⁴⁾.

فضلاً عن ذلك، فإنّ الفرد يتمتع بحقوق طبيعية ذاتية، وما تكوين المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق الطبيعية، إذ أنّ الإنسان ليس له سلطة طبيعية على غيره؛ لأنّ إخضاع الفرد لقوانين غيره أمراً منافياً للأخلاق، لذا يجب أن لا يخضع الشخص إلا لشرعيته الذاتية⁽⁵⁾.

1- وفق هذا الاتجاه، الإنسان غاية في ذاته، ولا يجوز اعتباره وسيلة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنّه كائن ذو إرادة حرة. أنظر: منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها- دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص.44.

2- علاّق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص.21.

3- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري- دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.10.

4- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.35.

5- علي فيلاي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد- موف للنشر، الجزائر، 2010، ص.48.

يُستخلص من الحرية الطبيعية للإنسان أنّ الفرد لا ينبغي أن يخضع إلا للالتزامات التي إرضاهها، وأنّ كلّ ما يرتضيه من التزامات يُفرض عليه، إلا إذا قيدت حرّيته عن طريق العقود التي يبرمها، أي بمفهوم المخالفة لا توجد حرية حقيقية ما لم تتضمن سلطة ذاتية⁽¹⁾.

حسب رأي جانب من الفقه، فإنّ مبدأ سلطان الإرادة يقوم على تحليل فلسفي، يعني أنّ الناس ولدوا أحرار ومتساوين، ومن ثمّ فهذه الحرية والمساواة هي جوهر الإنسان، والإرادة الحرة هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدية⁽²⁾، فهي مُطلقة من كلّ قيد؛ لأنّ كل ما ينبع من التعاقد المبني على إرادة الفرد الحرة هو عدل وعادل⁽³⁾، ودليل ذلك قول الفقيه "CARO" أنّ الإنسان إرادة حرة⁽⁴⁾.

فأصّار مبدأ سلطان الإرادة يقرّون بأنّ الفرد ركيزة النظام الاجتماعي على أساس أنّ شخصيته لا تكتمل إلا بالحرية؛ لأنّ مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة، وطالما أنّ الفرد يعيش في المجتمع، والغاية الأولى هي احترام حرّيته وإرادته، فمن الواجب أن تكون علاقته بغيره أساسها الإرادة الحرة، بحيث لا يلتزم إلا بما إرضاه مختاراً، ليتماشى مع القانون الطبيعي الذي يقوم على الحرية الشخصية التي يجب احترامها⁽⁵⁾.

2- مبدأ سلطان الإرادة والعقد الاجتماعي:

تعتبر نظرية العقد الاجتماعي سنداً قوياً لمبدأ سلطان الإرادة، وهي ليست إلاّ وجهاً آخر لهذه الفلسفة، بحيث تشكل حقيقة تاريخية عند البعض، وتبريراً عقلياً ومنطقياً للإجبار الذي تفرضه الحياة في المجتمع عند البعض الآخر.

هذه النظرية ترى أنّ الإنسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرض عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته، ولا يمكن تصوّر غير ذلك⁽⁶⁾.

مادام أنّ الأفراد يتمتعون بالحرية، يعني أنّ الحياة في المجتمع تفرض عليهم التنازل عن بعض من هذه الحرية، وهذا التنازل ذاته لا يمكن إدراكه إلاّ إذا تمّ قبوله بحرية في حدود وتحت الشروط التي يقرّها العقد الاجتماعي، لذلك يُفترض عند إبرام العقد الاجتماعي أن يكون كلّ فرد قد وافق ضمناً على قوانين المجتمع، وعلى اختلافات التوازن، والضغوطات التي قد تنتج من إعمال هذه القوانين⁽⁷⁾.

1- أنظر: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.35.

2- جاك غستان، ترجمة: منصور القاضي، المطول في القانون المدني- تكوين العقد- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص. 46.

3- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 5.

4 - « L'Homme est une volonté libre »

5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.153.

6- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.35.

7- نزيه محمد محمود الصبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، د.د.ن، 2002، ص.ص.16-17.

ثانياً: الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة

يرتكز الأساس الاقتصادي على فكرتين أساسيتين، الأولى ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية الاقتصادية، والثانية بفكرة المنفعة الاجتماعية.

1- مبدأ سلطان الإرادة والحرية الاقتصادية:

تقوم فكرة الحرية الاقتصادية على مبدأ أساسي وهو "دعه يعمل، دعه يمر" المتواجد في مبدأ سلطان الإرادة، والذي يسمح للأفراد بالتعاقد كما يشاؤون، وهذه هي خير وسيلة لإنشاء علاقات أكثر عدلاً ونفعاً فيما بينهم⁽¹⁾.

بناء على ما تقدم، فإن أي تدخل من جانب الدولة في النشاط الاقتصادي بفرض الحماية أو وضع القيود بعيداً عن حرية المبادرة الفردية سيؤدي إلى اضطراب النشاط الاقتصادي.

إن نظرة الاقتصاديين التقليديين للعقد هي وجوب ضمان حرية التعاقد لزيادة الحد الأقصى من النشاط والتنمية الاقتصادية⁽²⁾، هذا ما يؤدي إلى المساواة بين قدرات وحاجات أطراف العملية التعاقدية التي تحقق مصالح المتعاقدين، وفي هذا الجانب يمكن إدراج قول الفقيه "Fouillée" في النصف الثاني من القرن التاسع عشر حيناً قال: "...كل ما هو تعاقدى فهو عادل"⁽³⁾.

2- مبدأ سلطان الإرادة والمنفعة الاجتماعية:

مبدئياً الحرية التعاقدية ترضي المصلحة العامة والعدالة عن طريق المنافسة، واعتبر المذهب الاقتصادي للقرن الثامن عشر العقد الفردي للتبادل الظاهرة البدائية للنظام العام الاجتماعي كليا، وقد فرض مبدأ سلطان الإرادة نفسه نظراً لمنفعته الاجتماعية، كما استجاب قانون العرض والطلب بالضرورة للمصلحة العامة⁽⁴⁾.

تأسيساً على ذلك، فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع من المصالح الخاصة أو الفردية، والحرية الاقتصادية تقوم بصفة أساسية على اعتقاد قوامه أن الأفراد في سعيهم لتحقيق مصالحهم الشخصية يقومون في الوقت نفسه بدون قصد بخدمة المجتمع⁽⁵⁾.

1 - FLOUR Jacques, LUCAUBERT Jean, SAVAUXE Ric, Droit civil, les obligations-l'acte juridique- dalloz, paris 9^{ème} éd, 2000, p.78.

2- نزمين محمد محمود الضبح، المرجع السابق، ص.ص. 19 - 20.

3- أنظر: علاء عبد القادر، المرجع السابق، ص.24.

4- جاك غستان، المرجع السابق، ص.48.

5- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.37.

ثالثاً: الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة

نظراً لأهمية العقد كأبرز مصدر للالتزامات في العلاقات القانونية، نجد أنّ أغلب التشريعات القديمة والحديثة أحاطته بعناية فائقة، وهذا ما سنبيّنه بنوع من التفصيل كما يأتي

1- القانون القديم:

يختلف أساس مبدأ سلطان الإرادة في القانون القديم وفقاً لتطور العلاقات القانونية للشعوب.

أ- القانون الروماني:

لم يعرف القانون الروماني مبدأ سلطان الإرادة كاملاً في أي عصر من عصوره؛ لأنه كانت العقود شكلية تسيطر عليها أوضاع معينة من حركات، إشارات، ألفاظ وكتابة⁽¹⁾.

فالإرادة كانت غير كافية وحدها لإنشاء التصرف القانوني، وعاجزة على تحديد شروط وآثار التصرف، فكان القانون يتولّى تحديد الشكل الذي ينشأ به التصرف والآثار التي يترتبها، ومن أهم التصرفات الشكلية التي عرفها القانون الروماني التصرف بالسبيكة والميزان- الإسهاد يعتبر من أهم تطبيقاته- الدعوى الصورية والإشراط الشفهي⁽²⁾.

ضف إلى ذلك، العقد يستمد صحته من شكله وليس من مضمونه، فمجرد توافق إرادتين لا يكون عقداً ولا يولد التزاماً، وقد كان المدين يلتزم بمجرد استقاء الشكليات المرسومة والمقررة قانوناً، وإذا توقرت يكون العقد صحيحاً حتى ولو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم غير موجود أو غير مشروع، أو كانت الإرادة معينة⁽³⁾، والدليل على ذلك القاعدة الرومانية القائلة: "الاتفاق المجرد لا يولد دعوى"⁽⁴⁾.

غير أنه سرعان ما تطور المجتمع الروماني بسبب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وكذا اتصاله بشعوب وثقافات أجنبية⁽⁵⁾، هذا ما أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد عن طريق منح الإرادة قسطاً من الأثر القانوني، إذ ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والرضائية والعقود غير المسماة، وهذا ما يفسر انتصار مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الرضائية، وبعدها انتصر في بعض العقود الأخرى التي تسمى عقود البريطورية وعقود الشرعية⁽⁶⁾.

1- عبد المعمر فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص.42.

2- صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، لبنان، 1964، ص.6.

3- راجع: محمد علي عبده، دور الشكل في العقود- دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007، ص.ص.19-20.

4- حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.21.

5- أنظر: صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص.7.

6- عبد الرزاق أحمد التمهوري، المرجع السابق، ص.154.

ما تجدر الإشارة إليه في الأخير، أنّ القانون الروماني بالرغم من أنّه قد اعترف في أواخر عهده ببعض التصرّفات الرضائية إلاّ أنّها تبقى إستثناءً عن الأصل.

ب- القانون الكنسي:

لم تستقل الإرادة في تكوين العقد إلاّ تدريجياً بسبب استمرار الشككية في مختلف أوضاعها السالفة الذكر، وإمتدّ هذا الأمر إلى نهاية القرن الثامن عشر أين ظهر القانون الكنسي⁽¹⁾، الذي وسّع من الرضائية ومهد لها لتصبح المبدأ العام الذي يحكم العقود، وذلك تماشياً وتأثراً بالمبادئ الدينية⁽²⁾.

لقد استقرّ الوضع على أنّ كلّ اتفاق يكون ملزماً حتى ولو تجرّد من الشككية، أي لم يفرغ في شكل رسمي معيّن، ومن ثمّ فقد عبّر أحد الفقهاء في بداية القرن السابع عشر، وهو الفقيه "Loysel" بوضوح عن هذا المبدأ بقوله: "إنّ الأبقار تُقيّد من قرونها، ولكن الرجال يقيّدون بأنفسهم"⁽³⁾.

إضافة إلى هذا، يجب احترام الوعد والتعهد، وإلاّ أمكن إكراه المتعهد المقصر على تنفيذ تعهده عن طريق إقامة الدعوى عليه أمام المحاكم الكنسية، باعتبار أنّ مثل هذا الإخلال يشكل خطيئة دينية⁽⁴⁾.

2- القانون الحديث:

بمجرّد تطوّر الحضارة الرمانية، وتأثير قانون الكنيسة، وسيادة أفكار المذهب الفردي، إلى جانب مبادئ الشريعة الإسلامية التي سبقت القوانين الحديثة بارسائها قواعد عامة في المعاملات، والتوفيق بين الشككية والرضائية حسب طبيعة العلاقة العقدية، بدأت هذه التشريعات الحديثة تكسّر هذه المبادئ وأقرارها وفق خصوصية كلّ مجتمع⁽⁵⁾.

من بين القوانين المدتية التي تأثرت بمبدأ سلطان الإرادة، القانون المدني الفرنسي - تقنين نابليون الصادر سنة 1804- حيث جاءت المادة 1134 منه عنواناً لمبدأ سلطان الإرادة

كما ذهب في هذا الاتجاه القانون المدني المصري من خلال نص المادة 1/147 منه، أمّا المشرّع الجزائري كرس أيضاً هذا المبدأ، وما له من دور في تكوين أو إنهاء أو تعديل العقد في نص المادة 106 ق.م.ج.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.155.

2- جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص.157.

3- أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.45.

4- جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص.157.

5- علاّق عبد القادر، المرجع السابق، ص.ص.31-32.

المطلب الثاني نطاق مبدأ سلطان الإرادة

يعدّ مبدأ سلطان الإرادة من نتاج المذهب الفردي، الذي يقَدّس الحرّية الفردية، ويجعل من الفرد محور المجتمع وطالما كان الإنسان حرًا فإنّ إرادته يجب أن تكون كذلك، والتي تملك سلطة إنشاء العقد من جهة، وتحديد آثاره من جهة أخرى.

في سبيل الاحاطة بكل ما تقدّم، نتناول في (الفرع الأول) نطاق مبدأ سلطان من حيث تكوين العقد، ثم نتعرّض إلى نطاقه من حيث تحديد آثار العقد في (الفرع الثاني) على النحو الآتي

الفرع الأول: من حيث تكوين العقد

يتجلّى دور مبدأ سلطان الإرادة أثناء تكوين العقد في أنّ للأطراف الحرّية في كَيْفِيَّة التعاقد، والمعبر عنه بمبدأ الرضاية، وكذلك الحرّية في تحديد مضمون العقد من جانب آخر.

أولاً: مبدأ الرضاية

يُجمع فقهاء القانون الحديث على أنّ القانون تطور نحو الرضاية، أي أنّ المبدأ أصبح بمثابة القاعدة العامة التي تتحكّم في تكوين العقد⁽¹⁾، ويعتبر مبدأ الرضاية من أحد النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، ومفاده أنّ التراضي وحده كاف لبرام العقد الذي ينشأ بمجرد تطابق إرادتي العاقدين⁽²⁾.

بصياغة أخرى، فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين دون حاجة إلى إفراغ هذا التعبير في أي شكل خاص أو اتباع أية طقوس أو مراسيم خاصة⁽³⁾.

علاوة على ذلك، إنّ المشرع الجزائري وعلى غرار بعض التشريعات الأخرى كرس مبدأ الرضاية من خلال أحكام المادة 59 من ق.م.ج التي تنص على أنّه: "يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الاخلال بالتصوص القانونيّة"⁽⁴⁾، وعلى أساس ذلك يتضح لنا أنّ المشرع أقرّ فعلاً الرضاية في العقود كمبدأ عام، بحيث أنّ العقد لا يخضع في تكوينه لأي شكل أو إجراء معيّن.

1- أنظر: دحاني لطيفة، الشككية في مادة العقود المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003، ص.13.
2- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني- العقد والإرادة المنفردة- الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.45.
3- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام - العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون- د.دن، الاسكندرية، 200 ص.11.
4- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.رج.ج. عدد78، صادر في 1975/10/30، معدّل و ممتّم.

كما أنّ المادة 60 من ق.م.ج تعدّ هي الأخرى تطبيقاً لمبدأ الرضائية، والتي تقضي بأنّه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو الكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أيّ شك في دلالة على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً...".

بالتالي يجوز للمتعاقدين التعبير عن إرادتهما بمختلف الوسائل كالكتابة، الإشارة... وذلك بطريقة صريحة أو ضمنية، دون أن يولي المشرع أولوية لأيّ كيفة على حساب الأخرى⁽¹⁾.

ثانياً: الحرّية في تحديد مضمون العقد

الأصل أنّ الفرد حرّ في أن يتعاقد وفقاً لما يريد وبالشروط التي يرضيها فرغم أنّ المشرع قد نظّم طائفة من العقود⁽²⁾، إلا أنّ تدخله يكون عن طريق القواعد المكتملة لإرادة الطرفين⁽³⁾، وما فكرة النظام العام في مجال العقود إلا استثناء ينبغي تفسيرها تفسيراً ضيقاً والآن سنتشكّل اعتداء على مبدأ أساسي وهي الحرّية التعاقدية⁽⁴⁾.

1- بعض التماذج التشريعية لحرّية تحديد بنود العقد:

اعمالاً بمبدأ الحرّية التعاقدية، فإنّ للأطراف وقت إبرام العقد الاتفاق على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون⁽⁵⁾، ومن بين الاتفاقات التي أجازها القانون لأطراف العقد في هذا الشأن الاتفاق على فسخ العقد، بحيث نجد أنّ المادة 120 من ق.م.ج. حوّلت للطرفين صلاحية الاتفاق على فسخ العقد بالإرادة المنفردة لأحدهما وذلك في حالة ما لم يتم التعاقد الآخر بتنفيذ التزامه دون حاجة للجوء إلى القضاء.

يضاف إلى ذلك، عند استقراء أحكام المادة 1/363 من ق.م.ج⁽⁶⁾، نلاحظ أنّ المشرع سمح للبائع إذا ما كان البيع مؤجلاً أن يشترط عدم إنتقال الملكية إلى المشتري حتّى يدفع الثمن كلّهُ ولو تمّ تسليم المبيع.

كما يمكن أيضاً للمتعاقدين في عقد البيع الاتفاق على الزيادة في ضمان نزع اليد أو الإقصاء منه أو إسقاطه، ويجوز لها التخلّي عن الضمان القانوني إذا كان الضمان التعاقدية أكثر نفعاً من الضمان القانوني، وهذا طبقاً لما ورد في نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلّق بضمان المنتجات والخدمات، التي تنصّ على أنّه: "يمكن للمحترف أن يمنح المستهلك مجّاناً ضماناً اتفاقياً أنفع من الضمان الخاضع للأحكام القانونية..."⁽⁷⁾.

1- أنظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص.66.

2- تجدر الإشارة إلى أنّ العقود التي خضها المشرع بتسمية ونظّم أحكامها، ليس الغرض منها التقليل من حرّية المتعاقدين وإثماً مساعدتها على تنظيم علاقتها العقدية.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.47.

4- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.33.

5- بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.24.

6- التي تنصّ على: "إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كلّهُ ولو تمّ تسليم المبيع".

7- مرسوم تنفيذي رقم 90-266 مؤرّخ في 15 سبتمبر 1990، يتعلّق بضمان المنتجات والخدمات، ج.رج.ج.عدد 40، صادر في 19/09/1990.

2- الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية:

بما أنّ الإرادة المشتركة للطرفين هي أساس العقد، فهي تملك أيضا سلطة التعديل من قواعد المسؤولية التي تترتب على الاخلال بالعقد، وذلك إما بالتشديد من مسؤولية المدين، أو التخفيف منها أو الإعفاء منها⁽¹⁾.

هذا ما أكدّه المشرع الجزائري في المادة 178 من ق.م.ج التي جاء فيها: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية التاجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية التاجمة عن العمل الإجرامي".

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من هذه المادة، يتضح لنا بأنه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين مسؤولا في مواجهة الدائن، حتى ولو كان سبب عدم تنفيذ الالتزام العقدي يرجع إلى قوة القاهرة أو حادث مفاجئ، ولا شك أنّ مثل هذا التشديد صحيح وجائز، ويمكن اعتباره نوعا من التأمين ضدّ خطر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ويكون عادة بالزيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين من العقد⁽²⁾.

كما يجوز أيضا للمتعاقدين أن يتفقا على التخفيف من المسؤولية العقدية، ومثاله الاتفاق بأن لا يكون المدين مسؤولا حتى عن تقصيره⁽³⁾، وكما لو اتفق الطرفان على أن لا يتحمل المدين تعويضا إلا على الخسارة التي تصيب الدائن دون الربح الذي يفوته عند عدم التنفيذ⁽⁴⁾.

كما يجيز القانون كذلك، الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية ويكون ذلك بالقدر الذي يتسع له الشرط المتفق عليه، ويبقى المدين مسؤولا فيما وراء ذلك، ويتعين على من يتمسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: من حيث آثار العقد (الحرية في تحديد آثار العقد)

تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، فالأفراد أحرار في إنشاء وتحديد شروط العقد على أساس أنهم يلتزمون به دون سواهم، وهذا ما يجزنا للحديث في نطاق آثار العقد عن مبدأين يعتبران انعكاسا لمبدأ سلطان الإرادة المتماثلان في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ نسبية آثار العقد.

1- أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. 174-175.

2- بوفلجة عبد الزحمان، المرجع السابق، ص. 27.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 761.

4- خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1987، ص. 39.

5- راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 762.

أولاً: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

يُعدّ هذا المبدأ أحد النتائج المترتبة عن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة بحيث يضفي على العقد قوته الملزمة، لذلك يجب الوقوف عنده لمعرفة معناه وكذا النتائج المترتبة عنه.

1- معنى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

وفقاً لهذا المبدأ، فإنّ ما تقرره الإرادة يشكل قوة ملزمة للطرفين فما اتفق عليه المتعاقدين وما يدخل في نطاق العقد يكون ملزماً لهما كما لو كان القانون قد نصّ عليه⁽¹⁾، فمجرد أن يتمّ العقد بين المتعاقدين بتوافر شروط وجوده وصحتها- تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي ينشأ لهما حقوقاً ويرتّب عليهما التزامات⁽²⁾.

إنّ الحقيقة التاريخية لهذا المبدأ تعود إلى تقنين نابليون سنة (1804) الذي أعطى للعقد منزلة القانون وألزم أطرافه بوجوب تنفيذه⁽³⁾، وأقرّ المشرع الفرنسي هذا المبدأ في المادة 1134 من ق.م.ف، التي جاء فيها: "الاتفاقات التي تمّت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون..."⁽⁴⁾.

بالمقابل من ذلك، نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد حذى حذو المشرع الفرنسي، بحيث أكّد هو الآخر قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" في نصّ المادة 106 ق.م.ج. التي تنصّ على أنّه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين..."

2- النتائج المترتبة عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

إذا نشأ العقد صحيحاً واستوفى الشروط المقررة قانوناً، تحدّدت الالتزامات وتحققت للعقد قوته الإلزامية، و عليه يتعيّن على المتعاقدين والقاضي على حدّ سواء التقيد به وضرورة تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه.

أ- خضوع الأطراف لسلطان العقد:

يعترف المشرع للإرادة بسلطان في حدود النظام العام والآداب العامة⁽⁵⁾، لذلك طالما التزم المتعاقد بمحض إرادته وجب عليه تنفيذ ما التزم به، ولا يجوز له نقض العقد، أو تعديله، أو إنهائه دون رضا المتعاقد الآخر⁽⁶⁾. وهو بذلك

1- جواد كاظم سميسم، "فكرة جوهر الإلزام العقدي"، مجلة الكلية الإسلامية، جامعة النجف، العراق، العدد 19، 2012، ص.453.

2- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص.106.

3- نزمين محمد محمود الصبح، المرجع السابق، ص.22.

4 - Art 1134 de code civil français stipule: "Les conventions légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites..." in: <http://www.Legifrance.gouv.fr/affichcode.do?cidtext=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140512>. vue: 05/06/2014.

5- أنظر: عبد المنعم فرح الضدة، المرجع السابق، ص.476.

6- علي فيلاي، المرجع السابق، ص.50.

وسيلة توقع أو تبصر وأمان قانوني وضمان اقتصادي، فلما تكوّن العقد باتفاق إرادي لا يمكنه أن يعدّل إلا باتفاق إرادي جديد⁽¹⁾.

هذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1993 حيث أكدت أنّ: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تغيير ما كان أساسيا في العقد بالإرادة المنفردة، ومن ثم لا ينبغي نقل العامل دون إرادته"⁽²⁾.

كما أنّ تنفيذ العقد من قبل المتعاقدين يقتضي أن يكون بطريقة تتماشى مع حسن النية إسناداً لما ورد في أحكام المادة 1/107 من ق.م.ج التي تنص على: "يجب تنفيذ جميع العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية". وبالتالي فإنّ حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود، على عكس ما هو متواجد في القانون الروماني من تقسيم العقود إلى عقود حرفية التنفيذ وعقود طابعها حسن النية، ومن أمثلة ذلك، أنّ عامل التقل يلتزم بتوصيل البضاعة بأنسب الطرق... إلخ.

فضلا عن ذلك، فإنّه يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقرها القانون، مادام أنّ الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي أساس العقد، يمكن تعديله كذلك باتفاقها أو نقضه، وقد يتم هذا الاتفاق عند إبرام العقد، كأن يتضمن العقد شرطا يخول لأحد الطرفين أو كلاهما حقّ النقص أو التعديل في أحكام العقد، ويمكن أيضا أن يتحقق ذلك بموجب اتفاق لاحق لقيام العقد، بحيث أنّ هذا الاتفاق يكون بمثابة عقد جديد يشترط لقيامه ما يشترط لقيام العقد الأول⁽³⁾، وهذا لا يشكل خروجاً على جوهر القوة الملزمة للعقد، وبالتالي الشروط التي تراعى في الاتفاق وتعديل العقد أو نقضه هي بذاتها الشروط التي تراعى عند إبرام أيّ عقد جديد⁽⁴⁾.

إنّ التعديل عامل لاستقرار الرابطة العقدية وحمايتها، لأنّه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم تنفيذه، ويمكن أطراف العلاقة التعاقدية من إعادة تنظيمها بترك الحرية لها في مراجعة العقد، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 2/10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، حيث جاء فيها: "... ويمكن أن يستكمل العقد التمثلي من جهة أخرى بأيّ بند آخر خاص تراه الأطراف ضرورياً"⁽⁵⁾، كما أنّ القانون استثنى حالات عديدة يجوز فيها لأحد أطراف العقد حقّ نقض العقد، ومن بينها يجوز للموكل إنهاء عقد الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك وهذا حسب نص المادة 587 من ق.م.ج⁽⁶⁾.

كذلك للواهب مثلاً الحق في نقض عقد الهبة بعد إبرامه، وبعد تنفيذه؛ لأنّ عقد الهبة من العقود التي يجوز الرجوع فيها⁽⁷⁾.

1- <http://www.playmendroit.free.fr>, Droit du contrat, La force obligatoire du contrat.htm,p.01, vue le05/04/2014.

2- المحكمة العليا، الغرفة الإجتماعية، قرار رقم 19449 مؤرخ في 08 ديسمبر 1993، (قضية م.أ ضد د.وت)، م.ق، عدد خاص، 1997، ص.157.

3- عبد المنعم فرح الضدة، المرجع السابق، ص.476.

4- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.154.

5- مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 01 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، ج.رج.ج. عدد 14، صادر في 03/03/1993، معدّل ومتمم.

6- التي تقضي: "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك"

7- تنص المادة 211 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.رج.ج. عدد 24، صادر في 12/06/1984. معدّل ومتم على أنّه: "للأوين حق الرجوع في الهبة لولديها مما كانت سته..."

ب- القوة الملزمة للعقد بالنسبة للقاضي:

إنّ حظر تعديل أو نقض أحكام العقد ليس مقصوداً على كل متعاقد بمفرده دون اتفاق بينهما، بل يشمل أيضاً القاضي، فحفاظاً على حرّية الأطراف في تنظيم عقودهم يتوجّب على القاضي احترام الشّروط العقديّة وتنفيذها حرفياً، لذلك لا يجوز له بداعي تحقيق العدالة التّدخل في الشّروط التي اتّجهت إليها إرادة الأطراف بتعديلها، الإسقاط منها أو إنشاء شروط لم يتضمّنهما العقد⁽¹⁾، أي بمعنى أنّ القاضي لا يملك سلطة الحلّ محلّ الإرادة الفرديّة⁽²⁾.

مهمّة القاضي في هذا الشأن تقتصر في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد متى استوفى لشروط صحّته، وكذا تعيين أصحاب هذه الحقوق والالتزامات⁽³⁾.

نخلص إلى أنّ إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد، فهي تفرض إحترام قداسة مضمونه من جهة، وتستوجب تنفيذه من جهة ثانية.

ثانياً: مبدأ الأثر النسبي للعقد

ينبع العقد آثاره القانونيّة بمجرد انعقاده صحیحاً، ومقابل ذلك يكتسب العقد قوّته الملزمة التي تحكمها فكرة أساسيّة تتمثّل في نسبيّة أثر العقد، والذي يعني انصراف آثار العقد لعاقديه دون سواهم، على أساس أنّ هذا المبدأ هو الآخر استمدّ قوّته من فكرة فلسفيّة، ألا وهي أنّ الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرّة.

1- انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين:

لا يقصد بالمتعاقدين اللذان أبرما العقد بنفسيهما أو بطريق الإنابة، وإنّما يجب فهم معنى المتعاقدين بالشكل الواسع، إذ نقصد بهما أيضاً خلفهما العام، كما قد ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص⁽⁴⁾.

أ- الخلف العام:

هو من يخلف السلف في ذمّته الماليّة كلّها، أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال كالوارث أو الموصى له بحصّة منها، ولذلك تنصرف إليه آثار العقود التي يبرمها السلف سواءً فيما ترتبه من حقوق أو ما ينتج عنها من التزامات⁽⁵⁾، هذا ما تقرّره المادّة 108 من ق.م.ج التي تنصّ على أنّه: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام...".

1- نريمين محمد محمود الصّبح، المرجع السابق، ص. 29.

2 - <http://www.playmendoit.frée>, op.cit, p.01.

3- خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص. 106.

4- حسن علي الدّون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في التّظريّة العامّة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار وئيل للنشر والتوزيع، عمّان، 2002، ص. 174.

5- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2005، ص. 175.

ما يلاحظ هو أنّ المشرّع الجزائري وعلى غرار بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري اعتمد مبادئ الشريعة الإسلامية بخصوص ما يتعلق بأحكام الميراث، على أساس أنّه لا تركة إلا بعد سداد الديون⁽¹⁾. وبالتالي فالالتزامات المورثة تخص من تركته، وبعد الوفاء بالديون ينتقل إلى الوارث ما تبقى من حقوق.

إنّ القول بأنّ آثار العقد تنصرف من السلف إلى الخلف ليست على إطلاقها، بل ترد عليها استثناءات مع بقاء الخلف العام يحمل هذه الصفة، وهذا طبقا لما ورد في المادة 108 من ق.م.ج، حيث تنص على: "...مالم يتبيّن من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أنّ هذا الأمر لا ينصرف إلى الخلف العام كلّ ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". ويتبيّن من هذا النص الاستثناءات التالية:

- إذا نص القانون صراحة على إقضاء العقد بوفاء المتعاقد، كما هو الشأن لإنهاء الوكالة بوفاء الموكل والوكيل حسب المادة 586 ق.م.ج⁽²⁾.

- إذا كانت طبيعة الالتزام تقتضي عدم انتقال الحق التام عنه إلى الوارث، ودليل ذلك حالة ما إذا كانت شخصية المتعاقد محلّ اعتبار في العقد كالمهندس مثلا، وفي هذه الحالة العقد ينحلّ بمجرد موت العاقد. ونفس الحكم يسري في العقد المقرّر لحق الإلتفاع، فهذا الأخير لا ينتقل إلى الوارث لأنه ينقضي بموت المنتفع، وهذا وفقا للمادة 852 ق.م.ج.

- إذا اتفق المتعاقدان على ذلك؛ لأنّ العقد شريعة المتعاقدان وبالتالي ينقضي العقد حتما بوفاء المتعاقد، كالاتفاق على أنّ الإجارة تنتهي بموت المستأجر... إلخ⁽³⁾، وعلى الرّغم من أنّ المشرّع في المادة 108 لم ينص على هذا الاستثناء، إلا أنّه يمكن أن نستنبط ذلك من المبدأ المدروس سابقا.

ب- الخلف الخاص:

هو الشخص الذي يتلقّى من سلفه ملكية شيء معيّن بالذات، أو حقا عينيا على هذا الشيء، وعليه نجد مثلا أنّ المشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع وكذلك صاحب حق منفعة خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق⁽⁴⁾. إضافة إلى ذلك، حتّى تنصرف آثار العقد الذي يرمه السلف إلى خلفه الخاص، يجب أن تتوفر فيه شروط محدّدة نصت عليها المادة 109 من ق.م.ج كما يلي: "إذا أنشأ العقد إلتزامات، وحقوقا شخصية تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإنّ هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه"، على أساس هذه المادة نستنتج الشروط التالية:

1- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص.176.

2- تنص على: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه...وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل".

3- أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.323.

4- حسن على النون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص.178.

- أن يكون تاريخ العقد سابقا على إنتقال الشيء إلى الخلف الخاص لأنه إذا أبرم العقد بعد إنتقال الشيء، فلا تنصرف آثاره إلى الخلف، ومثاله إذا باع شخص منزله وقد أمن عليه ضد الحريق قبل البيع، فيمكن للحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين أن تنتقل إلى المشتري، والعكس خطأ، أي إذا أبرم عقد التأمين بعد البيع، فالخلف الخاص غير ملزم بالآثار المترتبة عن العقد، ومن ثم فإن أسبقية العقد تكون بموجب سند ثابت التاريخ⁽¹⁾.

- أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة للحق الذي إنتقل إلى الخلف، وعليه فهي تعدّ من توابعه وما يبرّر إنتقالها هي قاعدة أنّ توابع الشيء تلحق به عند التسليم، ومثال ذلك عقد التأمين على العقار المبيع من الحريق، فينتقل حق البائع الناشئ عن هذا العقد إلى المشتري، ويلتزم هذا الأخير بدفع الأقساط.

أما فيما يتعلق بالالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء، فهي تلك التي تضع قيودا على الحق المنتقل إلى الخلف، وبالتالي يمكن تبرير إنتقالها على أساس أنّها كانت تحدّ من حق المتصرف، وهذا الأخير لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك، لأنّ فاقده الشيء لا يعطيه، خير مثال على ما سبق هو حقوق الارتفاق المترتبة على العين قبل إنتقال ملكيتها إلى الخلف، فتنتقل العين إلى الخلف مثقلة بهذه الحقوق⁽²⁾.

علاوة على هذا، فإذا كان الحق أو الالتزام الناشئ من عقد السلف مع الغير، فلا يُعتبر من مستلزمات الشيء المنتقل إلى الخلف الخاص؛ لأنه لا يُكسب هذا الأخير حقا ولا يُحمّله التزاما، فمثال ذلك حالة بيع العقار إذ لا تنتقل إلى المشتري دعوى التعويض عن التلف الحاصل للمبيع بفعل الغير قبل البيع.

- أن يكون الخلف الخاص عالما بالحق أو الالتزام وقت إنتقال الشيء إليه، ويقصد بالعلم هنا، العلم الحقيقي بالحق أو الالتزام وليس مجرد إفتراض العلم⁽³⁾.

بالنسبة للحقوق الواجبة الشهر، يفترض أن تكون قد اتخذت بشأنها إجراءات الشهر كالحقوق العينية، ويشترط أيضا علم الخلف الخاص بالالتزامات التي تنتقل إليه دون الحقوق على أساس أنّ هذه الأخيرة له حق المطالبة بها (الإنتقال إليه) مادامت من مستلزمات الشيء حتى وإن لم يكن عالما بها وقت إنتقال الشيء إليه، بل أدرك ذلك لاحقا⁽⁴⁾.

2- انصراف آثار العقد إلى الغير بإرادة المتعاقدين:

يُقصد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد، أي لم يكن طرفا في العقد وليس خلفا لأحد المتعاقدين، وبالتالي طبقا لقاعدة الأثر النسبي للعقد، فإن آثار هذا الأخير لا تنصرف إلى الغير، ويبقى بعيدا عن التأثير بالعقد⁽⁵⁾، وعليه الغير في

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.326.

2- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.119.

3- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص.179.

4- راجع: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.120.

5- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.328.

هذه الحالة لا يُكسبه العقد حقًا ولا يحتمله التزامات، غير أنّ المشرّع سمح الخروج عن هذا الأصل فيما يخص الحقوق دون الالتزامات، وقضى بأنّ للغير أن يكتسب حقا من العقد (الإشترط لمصلحة الغير)، ولا يُرتّب في ذمته إلتزاما (التعهد عن الغير) ⁽¹⁾.

أ- التعهد عن الغير:

يُقصد به تعهد شخص بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين؛ كأن يتعهد (أ) ل (ب) على جعل (ج) يبيع له منزله ⁽²⁾، ويشترط حتى نكون بصدد تعهد عن الغير، تحقق الشروط الآتية:

- أن يتعاقد المتعهد بإسمه لا بإسم الغير الذي يتعهد عنه، وبهذا يتميز المتعهد عن الفضولي، فهذا الأخير يعمل بإسم ولحساب ربّ العمل وتنصرف آثار العقد الذي يبرمه إلى ذمة الأصيل، أما المتعهد فيبرم العقد بإسمه وتنصرف إليه آثار العقد.

- أن تتجه إرادة المتعهد بإلزام نفسه لا غيره بهذا التعهد، إذ لا يمكن قانونا أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن طرفا فيه.

- أن يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد، بمعنى يقع على المتعهد التزام القيام بعمل، وعليه فالتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية، على أساس أنّ المتعهد لا يبذل ما في وسعه لحمل الغير على القبول، وإثما يجب على هذا الأخير أن يقبل فعلا الالتزام وهذا ما يميز التعهد عن الغير والكفالة، بحيث أنّ الكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين الأصلي بعد إيجاده، عكس المتعهد الذي يكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير، ولا يكفل تنفيذه ⁽³⁾.

ضف إلى ذلك، للغير مطلق الحرية في قبول أو رفض التعهد الصادر من المتعهد، وهذا ما يستفاد من نص المادة

114 من ق.م.ج التي قدمت فرضين يتمثلان فيما يلي:

الفرض الأول، حالة قبول الغير (المتعهد عنه) للتعهد، فيعتبر المتعهد في هذه الحالة قد نفذ إلتزامه بالحصول على قبول المتعهد عنه، وهذا يؤدي إلى إنقضاء إلتزامه وإنشاء عقد جديد بين المتعهد عنه والمتعاقد مع المتعهد، وبذلك يتضح أنّ هذا العقد الجديد يختلف عن عقد التعهد الأصلي من حيث طرفيه وفي انعقاده وأثاره، كما يعد العقد مبرما وقت القبول من وقت إبرام عقد التعهد، أي ليس للقبول أثر رجعي ما لم يقصد الغير إرجاعه إلى الوقت الذي تمّ فيه التعهد ⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للفرض الثاني يتمثل في حالة رفض الغير التعهد، فللغير (المتعهد عنه) كما سبق الإشارة إليه كامل الحرية في عدم الإقرار بالتصرف، وبالتالي فهو لا يسأل عن شيء، لأنّ التصرف لا يرتّب في ذمته أيّ التزام هذا من

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.121.

2- محمد صبري السعدي، ص.331.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.619-620.

4- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.124.

جهة، وبالمقابل من ذلك تقوم مسؤولية المتعهد بسبب إخلاله بالتزامه العيني - وهو قبول المتعهد عنه - تجاه المتعاقد معه بدفع تعويض له عن الضرر الذي أصابه جراء الرفض⁽¹⁾.

غير أن المتعهد طبقاً للمادة 114 ق.م.ج⁽²⁾ التخلّص من هذه المسؤولية عن طريق تنفيذها للإلتزام الذي تعهد به بنفسه إذا لم تكن شخصية المتعهد عنه (الغير) محل اعتبار في التعهد.

نلاحظ مما تقدّم، أن التعهد عن الغير لا يشكّل خروجاً عن قاعدة نسبية أثر العقد، على اعتبار أن الإلتزام المترتب في ذمة الغير نشأ عن عقد هو طرف فيه.

ب- الإشتراط لمصلحة الغير:

يعرّف هذا الأخير بأنه قيام شخص بالتعاقد بإسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد، بحيث تكون له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية (سواء كانت مادية أو أدبية).

يترتب على هذا الإشتراط وجود ثلاثة أشخاص هم: المشتري، المتعهد، والمنفعة، ومثاله قيام شخص بالتأمين على حياته لمصلحة زوجته وأولاده⁽³⁾.

كما جاء كذلك في أحكام المادة 116 من ق.م.ج. التي تقضي بأنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد بإسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية كانت أو أدبية، ويترتب على هذا الإشتراط أن يكتسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه".

في ضوء هذه المادة، يمكن إستنتاج الشروط الآتية:

- تعاقد المشتري بإسمه الخاص، بما أن المشتري هو المتعاقد، فيجب أن يتعاقد بإسمه الخاص لا بإسمي المستفيد باعتبار أن هذا الأخير من الغير بالنسبة للعقد، ولو تم التعاقد بإسمه (المستفيد) لكتنا بصدد نيابة في التعاقد⁽⁴⁾.

- اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد، بمعنى إذا إشتراط الشخص المشتري الحق لنفسه، وتعود فائدته بعد ذلك على الغير فلا يعتبر إشتراط لمصلحة الغير، لذلك يجب أن يكون هذا الحق ناشئاً مباشرة من العقد الذي أبرم بين المشتري والمتعهد⁽⁵⁾.

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.342.

2- التي تنص: "... ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما إلتزم به ..."

3- حسن علي النون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص.187.

4- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.337.

5- أنظر: عبد الرزاق أحمد الشنهوري، المرجع السابق، ص.639.

- وجود مصلحة للمشترط، فيجب أن يتضمن تنفيذ الالتزام الذي تعهد به الملتزم مصلحة شخصية مشروعة للمشترط سواء كانت مادية كأن يشترط البائع على المشتري بأن يفي بالتأمين إلى دائنه، أو كاشتراط المستأمن على شركة التأمين أداء مبلغ التأمين في حالة وفاته إلى أبناءه.

ما تجدر الإشارة إليه، أن المستفيد الذي يشترط لصالحه الحق لا يلزم أن يكون محددًا أو معينًا بالذات وقت إبرام الإشتراط⁽¹⁾، ودليل ذلك هو المادة 118 من ق.م.ج، ويتولّد على نظام الإشتراط لمصلحة الغير ثلاث علاقات وهي:

- علاقة المشترط بالمتعهد: تحكم هذه العلاقة طبيعة العقد المبرم بين الطرفين فيلتزم كل منهما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، كما للمشترط الحق في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه قبل المنتفع بما أنه طرف في العقد وله مصلحة من هذا الإشتراط⁽²⁾، وذلك عن طريق رفع دعوى بإسمة لمصلحة المنتفع إذا لم ينقذ المتعهد التزامه، وهذا وفقا لما ورد في المادة 116 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " ... ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما إشتراط لمصلحة المنتفع ... "

- علاقة المشترط بالمنتفع: فهذه العلاقة تختلف من عقد إلى آخر، لذلك قد يكون قصد المشترط التبرع للمنتفع، وفي هذه الحالة يجب أن يكون المنتفع أهلاً للتبرع وله حق الرجوع فيها إذا توافرت شروطه، ويعتبر هذا التبرع من قبيل الهبة غير المباشرة التي لا يشترط أي شكل رسمي لقيامها، كما قد يقصد المشترط الوفاء بدين عليه للمنتفع أو إقراضه.

- علاقة المنتفع بالمتعهد: ينشأ عن العلاقة القائمة بين المنتفع والمشترط حق مباشر للمنتفع مصدره عقد الإشتراط- وهنا يظهر خروج الإشتراط على قاعدة نسبية آثار العقد- يحوّل حق مطالبة المتعهد بتنفيذ تعهده وكذا المطالبة بالتعويض إن أحلّ بتنفيذ التزامه⁽³⁾، وهذا ما استقرت عليه أحكام المادة 116 من ق.م.ج.

1- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.339.

2- حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص.189.

3- المرجع نفسه، ص.190.

المبحث الثاني

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

على الرغم من أن الإرادة هي جوهر العقد، إلا أن وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون، وعليه فالعقد لا يكون صحيحاً إلا في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، والتي تُحدّد في غالب الأحيان بقواعد أمره. لذلك فقد وردت على مبدأ سلطان الإرادة في شقيه الكثير من القيود التشريعية وهذا لمعالجة الأوضاع الناشئة عن التفاوت في المراكز الاقتصادية والاجتماعية من جهة وحماية المصلحة العامة من جهة أخرى⁽¹⁾.

بعد أن استعرضنا في المبحث الأول ماهية مبدأ سلطان الإرادة، سنبيّن في المبحث الثاني القيود الواردة عليه، والذي بدوره نقسّمه إلى مطلبين، الأول تناول فيه القيود الواردة على حرية التعاقد، والثاني نبين فيه القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد.

المطلب الأول

القيود الواردة على حرية التعاقد

الأصل في العقود أنها ظاهرة إرادية، تقضي بحرية الاختيار في التعاقد من عدمه كما سبق دراسته أعلاه، بحيث أنه إذا تمّ التعاقد فيكون بالطريقة التي ارتضاها المتعاقدان، إلا أن هذا المبدأ الذي يعتبر نتاجاً لمبدأ سلطان الإرادة فرضت عليه قيوداً، الأول يتعلق بالشكلية والثاني بالإجبار على التعاقد، هذا ما سنحاول عرضه بنوع من التفصيل أدناه.

الفرع الأول: الشكلية كقيد على مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان المبدأ هو استقلال الإرادة في إنشاء العقد، إلا أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، بحيث قد يلزم القانون إفراغ بعض التصرفات في شكل محدّد إلى جانب الرضائية، وبالتالي تُدعى هذه التصرفات بالتصرفات الشكلية⁽²⁾، وعليه فإنّ الشكلية قد تتطلب لانعقاد بحيث تصبح ركناً في بعض العقود، وقد لا تتطلب لانعقاد، وهذا ما سنحاول عرضه على النحو الآتي

أولاً: الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد

يشترط المشرّع أحياناً شكلية معينة يراها لازمة لقيام العقد ويرتب البطلان على عدم توافرها، لذلك حتّى يقوم العقد صحيحاً يجب على المتعاقدين مراعاته⁽³⁾، وتسمى هذه الشكلية بالشكلية المباشرة باعتبارها ركناً رابعاً في العقد، إضافة إلى

1- محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص.ص. 49-50.

2- المرجع نفسه، ص. 47.

3- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 68.

الرضا، المحلّ، والسبب، والتي يجب توافرها لقيام العقد، وعليه يعبر عنها بالمباشرة لاتصالها المباشر بالتصرّف القانوني، لذلك قد تكون هذه الشكليّة الممتّلة في الكتابة رسميّة أو عرفيّة⁽¹⁾.

1- الشكليّة الرسميّة في العقد:

عرّف المشرّع الجزائري العقد الرسمي، وحدّد الأشخاص الذين يصفون على العقد صفة الرسميّة في المادّة 324 من ق.م.ج.⁽²⁾.

كما نصّ في المادّة 324 مكرر 1 من ق.م.ج على أنّه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب طائفة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية...في شكل رسمي...".

يستفاد من هاتين المادتين أنّ التوثيق يعدّ ركنا هاما لقيام بعض العقود وذلك تحت طائلة البطلان، ومن أمثلة تطبيقات الشكليّة الرسميّة في العقود المدنيّة نجد عقد الرهن الرسمي، حسب نص المادّة 1/883 من ق.م.ج التي تقضي بأنّه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي...".

يُستشفّ من نصّ هذه المادّة، أنّه إذا تخلّف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي يكون جزاءه البطلان، وهذا باعتباره عقد يتضمّن حق عقاري.

2- الشكليّة العرفيّة في العقد:

يُعرّف العقد العرفي بأنّه العقد الذي يتولّى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، ولذلك فإنّ ركن الشكليّة هي في هذه الأنواع من العقود هي الكتابة العرفيّة⁽³⁾.

يشترط المشرّع أحيانا توقّر الكتابة في التصرّف الذي يقوم به الأطراف، ويترتب على تخلفها بطلان ذلك التصرّف بالرغم من أنّها ليست كتابة رسميّة، وبذلك تعدّ الكتابة قيّدا على إرادة المتعاقدين في إنشاءهم العقود؛ لأنّه لا بدّ من مراعاتها لصحته⁽⁴⁾، ومن الأمثلة التي يوجب فيها المشرّع الكتابة ويقرّر على مخالفتها البطلان، نجد عقد الشركة المدنيّة، وما يلحق على العقد من تعديلات⁽⁵⁾.

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص.294.

2- التي تنصّ على: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص.72.

4- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.72.

5- تنصّ المادّة 418 من ق.م.ج على أنّه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا والأركان باطلا، وكذلك يكون باطلا كلّ ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد".

ثانياً: الشكلية غير المتطلبة للانعقاد العقد

يعرف النظام القانوني إجراءات أخرى غير الشكلية المتطلبة للانعقاد، وبالتالي فالقانون يتطلبها لتحقيق أغراض أخرى محدّدة⁽¹⁾، وتسمى هذه الشكلية بالشكلية غير المباشرة لعدم إتصالها المباشر بالتصرّف القانوني، وعلى الرغم من أنّها ليست لازمة لانعقاد التصرّف، إلا أنّها تشكّل قيوداً لإرادة الطرفين⁽²⁾، ومن بينها اشتراط الكتابة للإثبات واشتراط الشهر في بعض العقود.

1- اشتراط الكتابة للإثبات:

قد يشترط القانون الكتابة لإثبات تصرّف معيّن، وبذلك لا يعدّ ركناً في العقد، بحيث يتمّ العقد بتراضي الطرفين ولكن يتمّ إثباته كتابة⁽³⁾، وقد اشترط المشرّع الكتابة كقاعدة عامة لإثبات التصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف دينار جزائري، أو كانت غير محدّدة القيمة، والتي لا تقبل الإثبات بالشهود في المادة 333 من ق.م.ج.⁽⁴⁾، كما أوجب إثبات بعض العقود كتابة، ومن ذلك ما قرره بخصوص عقد الكفالة، حيث اشترط الكتابة لإثباته⁽⁵⁾.

علاوة على ذلك، إنّ إغفال شكلية الإثبات تجعل المتعاقد الدائن في وضع عسير وصعب، فيما يتعلق بإثبات وجود العقد، ولكن هذا لا يعني إستحالة الإثبات، فيمكن الاعتداد بالقرائن، وباليمين إلى جانب الإقرار، وكما يجوز لغير المتعاقدين إثبات العقد بكل الوسائل⁽⁶⁾.

2- اشتراط الشهر في بعض العقود:

يشترط المشرّع أحيانا شهر العقد في أحد السجلات الإدارية حتى ينتج آثاره، ومن أهمّ قواعد الشهر تلك المتعلقة بالشهر العقاري⁽⁷⁾، إذ أنّ الملكية في العقار، والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل فيما بين المتعاقدين، ولا في حق الغير إلا إذا اتبعت الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري طبقاً لنص المادة 793 من ق.م.ج.⁽⁸⁾.

1- راجع: حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.62.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص.310.

3- حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.62.

4- التي تنص: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني يزيد قيمته على 100.000 ... أو كان غير محدّد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود...".

5- تنص المادة 645 من ق.م.ج. على أنّه: " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي باليمين".

6- أنظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص.311-312.

7- نسير رفيق، "الإدارة في التصرفات القانونية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، العدد 01، 2013، ص.737.

8- التي تنص: " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخصّ القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

هذا ما أكدّه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 28 أكتوبر 1998، حيث قضت بما يلي: "ومن الثابت قانوناً أنّ قضاة الموضوع لما قضاوا بإخلاء القطعة المتنازع فيها...، دون تجسيدها لعقد بيع غير مشهّر في مصلحة الشهر العقاري...، فإنّه يستوجب نقض القرار المطعون فيه." (1)

كما أقرّ ذلك القانون المتعلق بالشهر العقاري في المادة 16 منه، حيث تنص على أنّ: "العقود الإرادية والإتفقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلاّ من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" (2)، ونفس الحكم يطبق بالنسبة للغير، طبقاً للمادة 17 من نفس القانون.

يُستفاد مما سبق، أنّ إنتقال الملكية في العقار ربطه المشرّع بإجراء شكلي وهو التسجيل، لأنّه إذا لم يتبع هذا الأخير فلا تنتقل الملكية حتى ولو تمّ التوثيق، والإجراءات الأخرى التي تطلبها المشرّع (3).

الفرع الثاني: الإيجابار على التّعاقّد كقيّد على مبدأ سلطان الإرادة

إنّ تدخّل الدولة المتزايد بقواعد قانونيّة بهدف حماية طائفة من الأفراد، أدى إلى وجود ظاهرة تدعى بالإيجابار على التّعاقّد، التي تقضي بأنّ الشخص مجبراً على التّعاقّد بحكم القانون، وهذا إمّا حماية للمصلحة الخاصة أو تحقيقاً للمصلحة العامة في المجتمع (4).

أولاً: الإيجابار على التّعاقّد في نطاق الملكية

إنّ الملكية حقّ مطلق، بحيث ينفرد المالك لوحده بمزايا الشيء المملوك دون أن يشاركه في ذلك غيره من الأشخاص، وتترك له حرّية في إستعماله دون أن يكون مسؤولاً عمّا ينجّر عنه من أضرار (5)، إلاّ أنّ هذا الحقّ - حقّ الملكية - قد يورد عليه القانون حقوق كصالحه الغير، من بينها حقّ المجرى وحقّ المرور، كما قد يجبر الشّخص على التّعاقّد وذلك بنزع الملكية الفردية من يد صاحبها مراعاة لمصلحة فردية أخرى، عندما تظهر أنّ هذه الأخيرة هي أولى بالاعتبار والعناية، كما هو الحال في الشفعة (6).

1- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 182360، مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، (قضية ش.ب. ضد و.ع.ت.ج)، م.ق، العدد 01، 1999، ص. 81.
2- أمر 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمّن إعداد مسح الأراضي العام لتأسيس السجل العقاري، ج.ج.ج. صادر في 18/11/1975، معتدل ومتمم.

3- خليفاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 75.

4- حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص. 77.

5- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثانية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية 2000، ص. 31.

6- حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص. 116.

1- حق المجرى:

قد تكون الأرض المراد ربيها بعيدة عن مورد المياه، بحيث يتحتم مرور المياه إليها من أرض الجار، فيقرر لها حق المجرى إذا توفرت الشروط المقررة قانوناً.

لذا يقصد بحق المجرى، مرور المياه إلى أرض بعيدة عن موردها عبر أرض مملوكة لشخص آخر، ومقابل ذلك فقد أقر القانون للمالك الأرض المقام عليها المجرى الحق في تعويض عادل مقابل تعطيل الأرض المقام عليها المجرى⁽¹⁾.

تنص المادة 94 من قانون المياه على أنه: "يستفيد كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص حائز رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية من حق مرور المياه"⁽²⁾.

2- حق المرور:

يقرر القانون للمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام حق المرور في الأرض المجاورة له، في سبيل الوصول إلى الطريق العام، ويتقرر هذا الحق جبراً على مالك الأرض المجاورة، وذلك تفادياً لتعطيل الأرض المحبوسة عن الإستغلال أو الإنتفاع بها، ويكون القانون في هذه الحالة قد قيد ملكية الجار، بأن سمح للغير بالمرور في أرضه رعاية لمصلحة هذا الأخير⁽³⁾.

يُثبت حق المرور إذا كانت الأرض التي يملكها الشخص محصورة، وليس لها تمر أو كان غير كاف ليصلها بالطريق العام، وبالمقابل من ذلك فقد خص المشرع نتيجة للأضرار التي قد تنجر عنه بتعويض صاحب الأرض، وهذا ما نصت عليه المادة 693 من ق.م.ج التي جاء فيها: "يجوز للمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي تمر يصلها بالطريق العام... أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك".

3- الشفعة:

إنّ القانون قد يفرض على الأفراد التعاقد مع شخص معين دون أن تكون له حرية إختيار الطرف الآخر، وبذلك نجد أن الشخص يجبر على التعاقد مع من حوّله القانون حق الشفعة⁽⁴⁾.

يقصد بالشفعة، رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار⁽⁵⁾، لذلك فالشفعة تعدّ قيدياً على حرية التصرف لأنها تؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في ملكية المبيع ولو جبراً عنه.

1- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص.ص. 240-241.

2- قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 سبتمبر 2005، ينصّمن قانون المياه، ج.ر.ج. عدد 60، صادر في 04/09/2005، معدّل ومتمم.

3- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول: حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص. 67.

4- بوفلجة عبد الزحان، المرجع السابق، ص. 72.

5- حيث تنص: "الشفعة رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار...".

بالتالي فالمادة 795 من ق.م.ج حدّدت الشخص الذي يثبت له حق الشفعة كآتي: " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية.

- لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة.

- للشريك في الشئوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلّها أو بعضها".

ما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرّع قد إستمد نظام الشفعة من الشريعة الإسلامية التي قترت بدفع ما قد يصيب الشفيع من ضرر نتيجة إتصال ملكه بالعقار المبيع، كما أنّ لهذا النظام فائدة إقتصادية تكمن في إعادة تجمع ما تفرّق من سلطات الملكية في يد مالك واحد، بحيث تزيل تعدّد الحقوق على ذات الشئ، والذي يؤدي إلى تعطيل الإنتفاع به على الوجه الأكمل⁽¹⁾.

ثانياً: نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة

رخص المشرّع الجزائري للإدارة سلطات استثنائية، فمكّنها من الحصول على العقار المطلوب إمتلاكه دون موافقة ورضا صاحبه⁽²⁾.

على الرّغم من قدوسية حق الملكية، إلا أنّه قد تضطرّ الدول للمساس به، أي أنّ هذا الحق ليس مطلق، وذلك تحت وطأة الحاجات الاجتماعية المتزايدة التي تدفعها للتكفل بوظائف أخرى، إضافة إلى وظائفها التقليدية التي لها الصلّة بالمصلحة العامة كبناء المدن وشق الطرقات والمطارات⁽³⁾.

لذلك يُعرّف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنّه قيد قانوني بموجبه تجبر الإدارة الفرد التنازل عن ملكيته الخاصة مقابل تعويض مسبق وعادل، لغرض إنجاز أعمال ذات منفعة عمومية⁽⁴⁾.

هذا ما أكدته المادة 1/677 من ق.م.ج التي تنص على أنّه: " لا يجوز حرمان أيّ أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أنّ للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

1- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص.448.

2- خواجدية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008، ص.97.

3- براهيمى سهام، "فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية"، مجلة الشريعة والقانون، العدد55، الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص.338.

4- خواجدية سميحة حنان، المرجع السابق، ص.98.

يشترط القانون أن يكون إجراء التصريح بالمنفعة العمومية مسبقاً بتحقيق يرمي إلى إقرار بثبوت هذه المنفعة، وهذا وفقاً للمادة 04 من قانون نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة، التي تنص: "يكون إجراء التصريح بالمنفعة العمومية مسبقاً بتحقيق يرمي إلى إقرار بثبوت هذه المنفعة"⁽¹⁾.

المطلب الثاني

القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد

إنّ الإرادة كما رأينا سالفاً تقوم مقام القانون، حيث تمنح لأطرافها الحرية في تحديد مضمون العقد، وذلك بتحديد الشروط والآثار التي يرتضيان بها، غير أنّ هذا الأمر ليس على إطلاقه، على أساس أنّ هناك بعض العقود ينفرد في تحديد شروطها أحد الأطراف دون الآخر هذا من جهة، ومن جهة أخرى لما كانت المصلحة الخاصة لا تتفق دائماً مع المصلحة العامة، فإنّ المشرع حماية للمصلحة العليا قام بفرض بعض القواعد الآمرة التي لا يجوز لأطراف التعاقد الخروج عنها⁽²⁾.

هذا ما يجزئنا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الأول نبيّن فيه عقود الإذعان كقيد وارد على مبدأ سلطان الإرادة، أما الثاني سنخصصه للنظام العام والآداب العامة.

الفرع الأول: عقود الإذعان كقيد على مبدأ سلطان الإرادة

تعدّ القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد أطراف العقد بسبب سلطته الاحتكارية لمنتوج أو خدمة مظهرها يسمح له بجعل العقود التي يبرمها عقود غير تفاوضية معدّة مسبقاً، حيث لا يملك فيها الطرف الآخر سوى قبولها أو رفضها⁽³⁾، وهذا ما يسمى بعقود الإذعان⁽⁴⁾.

أولاً: تعريف عقود الإذعان

لم يجمع الفقهاء على تعريف موحد لعقود الإذعان، كما لم يرد في التقنيات الحديثة تعريف محدّد لها، وإنّما اكتفت هذه الأخيرة بوصف القبول فيها، وعليه يمكن تعريف عقد الإذعان بأنّه: هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرّف بصورة منفردة، وتقلي قانونها، ليس على فرد محدّد بل على مجموعة غير محدّدة، وتفرضها مسبقاً، ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى

1- قانون رقم 91-11 مؤرّخ في 27 أبريل 1991، يحدّد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.رج.ج.ج. عدد 21، صادر في 05/8/1991، معدّل ومتمم.

2- حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.202.

3- محمد بودالي، المرجع السابق، ص.12.

4- يُطلق الفقه الفرنسي على عقود الإذعان بعقود الإضمام، لأنّ من يقبل العقد فينضمّ إليه دون مناقشة.

إذعان من يقبل قانون العقد⁽¹⁾، كما يُعرّف أيضا على أنّه: عقد يسلم فيه القابل بشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، ويكون ذلك متعلّق بسلعة أو مرفق ضروري محلّ إحتكار قانوني أو فعلي أو موضع منافسة محدودة النطاق، أي هو العقد الذي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه، ولا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشّروط كلّها أو بعضها، وليس له أن يناقش هذه الشّروط أو يضيف إليها أو ينقص منها أو يعدّل فيها⁽²⁾، ومن أمثلة عقود الإذعان نجد عقود العمل في الصناعات الكبيرة، عقد التأمين، عقد النقل بالسكك الحديدية... إلخ.

ثانياً: الطّبيعة القانونيّة لعقود الإذعان

إنّ الطّريقة التي يتمّ بها إتفاق الإرادتين في عقد الإذعان هي السّبب في إختلاف الفقهاء حول طبيعة هذا العقد، حيث إنقسم الفقهاء إلى فريقين، الأوّل يرى أنّ عقد الإذعان مركز قانوني منظم - ليس عقداً حقيقياً - والثاني يرى أنّه علاقة عقدية، ولا يختلف عن سائر العقود⁽³⁾.

1- عقد الإذعان مركز قانوني منظم:

يرى الفريق الذي يُنكر وصف العقد على الإذعان، أنّه عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب، وعليه فهذه الأخيرة تكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية و تطبيقها، وهذا ما أدى إلى إبعاد وصف العقد عنه؛ لأنّه يفترض في هذا الأخير أن تكون فيه المساواة والحريّة في إبرامه⁽⁴⁾، كما يستند هذا الرأي إلى عدم مشاركة الطرف الضعيف في العملية العقدية، وإنّما يرضخ لشروط منظمة مسبقاً لا مجال له في مناقشتها⁽⁵⁾.

إضافة إلى ذلك، يرى الفقيه "Horyo" - الذي سمي عقد الإذعان نظاماً - أنّ العقد سريع الزوال لأنّه ينشئ علاقات تنقضي بسرعة، على عكس فكرة المشروع التي تفترض بعض الدوام، لذلك نجد أنّ فكرة المشروع تتفق مع فكرة التنظيم أكثر من فكرة العقد، ومن أمثلته شركات التأمين، شركة الإنارة، شركة النقل... إلخ⁽⁶⁾.

2- عقد الإذعان علاقة عقدية:

يرى أصحاب هذا الفريق أنّ عقد الإذعان عقد حقيقي، على أساس أنّ كلّ تصرّف يتمّ بإرادتين يعدّ عقداً كسائر العقود، وعليه فإنّ المشاركة في وضع بنود العقد أو مناقشة مضمونه لم يشترطها القانون في العقد، ولم يلزم أن يكون المتعاقدين متكافئين من الناحية الاقتصادية.

1- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.23.
2- دنوت يوسف صالح، إبراهيم عنتر، " التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي"، مجلة جامعة العلوم القانونية والسياسية، العدد 05، 2002، ص.42.
3- لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص.33.
4- محمد بودالي، المرجع السابق، ص.15.
5- نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص.159.
6- حمدي محمد إسماعيل، سلطح، المرجع السابق، ص.177.

لذلك نجد أنه مما كان الضغط الذي يمارسه الطرف القوي على الطرف المضعف، فهو لا يعدو أن يكون الإكراه فيه يعدم الرضا أو يفسده، وبالتالي فإنّ القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد بمجرد إقترانه بالإيجاب، وهذا استناداً لمبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾.

ثالثاً: خصائص عقود الإذعان

تتميّز عقود الإذعان عن غيرها من العقود بالخصائص التالية:

- أن يتعلّق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة إلى المستهلك أو المنتفعين، بحيث لا يمكن لهؤلاء الإستغناء عنها في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى⁽²⁾.
- أن يكون أحد المتعاقدين (الموجب) محتكر للسلطة أو الخدمة احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة⁽³⁾.
- أن يصدر الإيجاب إلى كافة الجمهور - دون تعيين شخص بذاته - وبشروط واحدة، وعلى نحو مستمر أو لمدة غير محدّدة ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصّلة لا تجوز فيها المناقشة، وأكثرها لمصلحة الموجب⁽⁴⁾.
- الطابع الاضطراري للقبول، فالقبول هو مجرد إذعان لما يمليه الموجب أي أن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، وإنما سلم بالشروط التي عرضها الموجب بما أنه بحاجة للتعاقد على شيء لا غنى عنه⁽⁵⁾، وهذا ما عبرت عليه المادة 70 من ق.م.ج. والتي تقضي بأنّه: "يحصّل القبول في عقد الإذعان بمجرد التّسليم لشروط مقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

الفرع الثاني: فكرة النظام العام والآداب العامة كقيود على مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر النظام العام والآداب العامة أيضاً من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، فالنظام العام يعد ضابطاً لحرية الأفراد في ترتيب علاقاتهم القانونية⁽⁶⁾، لذلك نجد أنه حتى وإن كان للإرادة سلطان في أن تختار وتبرم عقداً من عدمه، إلا أنه لا يجوز أن يسعى الفرد مستغلاً حرّيته في المساس بالمصلحة العامة للجماعة⁽⁷⁾.

1- محمد بودالي، المرجع السابق، ص.15.

2- أنظر: لعشّب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص.59.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.123.

4- لعشّب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص.61.

5- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص.36.

6- محمد علي عبده، المرجع السابق، ص.36-37.

7- راجع: حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.204.

أولاً: المقصود بالنظام العام والآداب العامة

إذا كان للمتعاقدين أن ينشئ العقود ويقوم بتنفيذها، فيجب أن يتم ذلك في إطار النظام العام والآداب العامة، وعلية تعدّ فكرة النظام العام من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها، ضف إلى تعدد جوانبها وتنوع مصادرها، إذ أنها لا تنبع من التشريع وحده، وإنما يساهم القضاء إلى حد كبير في صياغتها وتحديد مضمونها⁽¹⁾، لذا سنعالج في هذا العنصر التقاط الآتية:

1- تعريف النظام العام والآداب العامة:

يلاحظ أنّ فكرة النظام العام ليس لها تعريف تشريعي بالرغم من أهميتها في التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة، لأنها تعدّ من الأفكار المعيارية المرنة غير المحددة، والتي تتغير وفقاً لظروف الزمان والمكان، كما تختلف باختلاف المذاهب والنظريات السياسيّة والإجتماعيّة والاقتصاديّة السائدة من بلد إلى آخر⁽²⁾.

بالتالي فنظهر الفكرة العامة للنظام العام في سيادة المجتمع على الفرد، إذ أنّه يعبر عن إرادة الحياة لدى الشعب التي قد تهددها بعض المبادرات الفردية في إطار العقود⁽³⁾.

على الرغم من مرونة فكرة النظام العام ونسبيتها، فنجد أنّ الفقه قد حاول وضع تعريفا لها بقوله: هي مجموع المصالح الجوهرية و الأساسيّة للجماعة، أو هي مجموع الأسس التي يتأسس عليها نظام الجماعة وكيانها من الناحية السياسيّة، الاقتصاديّة، الإجتماعية (الخلقية)، بحيث لا يمكن تصوّر بقاء هذا الكيان سليماً دون إستناده وإستقراره على تلك الأسس، وعلية تعدّ القواعد القانونيّة المتصلة بهذه المصالح الأساسيّة من قبيل القواعد الآمرة التي ينعدم إزاءها سلطان إرادة الأفراد في الاتفاق على ما يخالفها⁽⁴⁾؛ لأنّ هدف النظام العام هو حماية المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها المجتمع⁽⁵⁾.

أما الآداب العامة فيقصد بها مجموعة من القواعد وجد الأفراد أنفسهم ملزمون بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الإجتماعية، وهذا الناموس هو وليد المعتقدات الموروثية، المتأصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس⁽⁶⁾، بمعنى آخر، أنّ الآداب العامة تعبر عن المظهر الخلفي للنظام العام، أي القواعد الخلقية التي تفرضها مصلحة المجتمع على الإرادات الفردية⁽⁷⁾.

1- بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.70.

2- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، التار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1992، ص.219.

3- محمد وحيد الدين سوار، الإجتهادات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدتية العربية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص.34.

4- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.220.

5- سلطان عبد الله محمود، "الدفع بالنظام العام و آثاره"، مجلة الرافيدين للحقوق، العدد43، سنة 2010، ص.1.

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.436.

7- جاك غستان، المرجع السابق، ص.107.

2- مجال النظام العام:

يمكن التمييز في إطار فكرة النظام العام بمعناها الواسع، ومن حيث أثرها على سلطان الإرادة وحرية التعاقد بين شقين رئيسيين: يمثل الأول في المفهوم التقليدي (النظام العام السياسي والأخلاقي)، أما الثاني هو مفهوم حديث (النظام العام الإقتصادي).

أ- المفهوم التقليدي:

إنّ تقييد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد بفكرة النظام العام بهذا المفهوم، كان منذ البداية على شكل قيود تقررت غالبيتها في مرحلة إنشاء العقد، وذلك من خلال إبطال العقد عند عدم احترام الشروط اللازمة لإنعقاده⁽¹⁾، كما هو الحال في حالة ما إذا كان محل أو سبب العقد مخالفا للنظام العام والآداب العامة فيعد العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهذا بالرجوع للمادتين 93 و 97 من ق.م.ج، ونفس الحكم يطبق في حالة ما إذا إشتراط المشرع شكلا معين لانعقاد العقد⁽²⁾.

يُلاحظ أنّ قواعد النظام العام السياسي تقرّر في غالبيتها جملة من المنوعات، إذا خالفها المتعاقدان كان إتفاقهما باطلا بطلانا مطلقا⁽³⁾.

ب- المفهوم الحديث:

إنّ فكرة النظام العام بعد ما كانت منحصرة في نطاق ضيق، فقد شهدت إتساعا شديدا في مضمونها منذ بداية القرن التاسع عشر، إذ تطوّرت أهدافها لتشمل حماية الكيان الإقتصادي والاجتماعي للمجتمع، مما أدى إلى ظهور مفهوم آخر عُرف بالنظام العام الإقتصادي والاجتماعي، والذي أضاف قيودا على الإرادة من خلال إجبار الأفراد على احترام قواعد كثيرة أصبحت متعلقة بالنظام العام.

3- مصادر النظام العام:

إنّ النظام العام هو نظام قانوني تتضمنه النصوص القانونية، كما يستخلصه القاضي من المبادئ العامة، لذا نجد أنّ له مصدرين:

أ- النظام العام التشريعي:

يتولّى المشرع تكييف مختلف النصوص القانونية، وتحديد ما إذا كانت من النظام العام أو لا، بحيث يقضي النص صراحة عدم الإتفاق على ما يخالفه، ودليله ما جاء مثلا في المواد 96، 97، 107 من ق.م.ج، لذا فإنّ النص القانوني يكون من النظام العام كلّما كان يمنع المتعاقدين على مخالفة أحكامه.

1- بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.66.

2- لقد سبقت الإشارة لهذه العقود تحت عنوان: الشكلية المتطلبة لانعقاد كقيد على حرية الإرادة في إنشاء العقد.

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص.280.

قد يقتصر القانون على وضع المبادئ العامة، ويحيل التفاصيل إلى السلطة التنفيذية التي تعالج التنظيم الدقيق لمختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية عن طريق مراسيم وقرارات، وعليه فتكون كل هذه النصوص بمختلف أنواعها مصدرا للنظام العام طالما لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها.

ب- النظام العام القضائي:

قد يغفل المشرع عن تكييف القاعدة القانونية الواردة في النص القانوني، كأن لا يتضمن ترخيصاً أو منعا من الإتفاق على ما يخالفها، كما هو الأمر بالنسبة للمادة 112 من ق.م.ج.⁽¹⁾، فهذه الأخيرة إكتفت بذكر الحكم القانوني دون الإشارة إلى إمكانية مخالفته، وفي هذه الحالة يتولى القاضي تكييف مثل هذه النصوص معتمداً في تقريره على العرض من الحكم، فإذا تبين له أنه يتعلق بمصلحة عامة كيفه على أنه من النظام العام، ولا يمكن حينئذ مخالفته.

ثانياً: مظاهر تقييد الإرادة بفكرة النظام العام

إذا سلم بأن للفرد الحرية في التعاقد من عدمه، وفي تحديد مضمون الإلتزامات المتولدة عن التعاقد وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ قد صاحبه منذ البداية قيد هام وهو النظام العام، بحيث أن المشرع أوجب المتعاقدين في كل الأحوال على عدم مخالفته، سواء في إبرام العقد أو في تعيين آثاره⁽²⁾، وقد تدخل إستناداً إلى ذلك بنصوص آمرة لا يجوز مخالفتها، مقيدا إرادة الأفراد في المجال التعاقدية، وعليه نقسم مظاهر هذا التقييد إلى ثلاثة عناصر.

1- تقييد المشرع لحرية إبرام العقد:

يمكن الحديث عن حرية التعاقد كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة فقط عندما يقتصر مضمونها على حرية إبرام العقد، لذلك قد يتدخل المشرع أحيانا ليُجبر الأفراد على الدخول في علاقات تعاقدية خارج رغبتهم، كما هو الأمر في عقد التأمين، حيث تعرّض المشرع للتأمينات الإلزامية، وذلك بالتص على حالات التأمين الإجباري⁽³⁾.

كما ألزم كل مالك مركبة بالاكْتتاب بعقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها مركبته للغير، إستناداً إلى أحكام المادة الأولى من قانون إلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار التي تنص: "كل مالك مركبة، ملزم بالاكْتتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير..."⁽⁴⁾.

1- التي تنص على أنه: "يؤول الشك لمصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة المدعى".

2- حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص. 208-209.

3- بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 70.

4- أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 جاني 1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج. عدد 15، صادر في 19/02/1974، معدّل ومتمم.

كما يمنع أحيانا أخرى على التعاقد، وهذا نظرا إما لخطورة محل العقد أو لأسباب يراها ذات أهمية، لذا نجد أنه يمنع الأشخاص من كل التصرفات التي تتعلق ببيع واقتناء العتاد الحربي، وهذا طبقا للمادة الأولى من الأمر المتعلق بالعتاد الحربي والذخيرة، التي تنص على أنه "يحظر عبر كامل التراب الوطني...صناعة العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة...كما يحظر استيراد ذلك وتصديره والمتاجرة به، واقتنائه..."⁽¹⁾.

2- تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد:

يكون تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد عن طريق تنظيم بعض العقود بنصوص أمرة، وكذا في توسيع مضمونها، وبالنسبة لتنظيم بعض العقود بنصوص أمرة، فقد تولى المشرع ذلك بنوع من التفصيل والدقة، وذلك ليجتنب المتعاقد الضعيف من تعسف الطرف القوي، حيث أورد إضافة إلى إبطاله بعض الشروط بفرض شروط أخرى في العقد، إذ أصبح العقد الذي كان يجسد إرادة طرفيه يتدخل فيه إرادة المشرع لتحل التصوص القانونية محل إرادتهما في تحديد بنوده⁽²⁾، ومن بين العقود التي نظمها المشرع بنصوص أمرة، نجد عقد التأمين وعقد العمل، فعقد التأمين تنظمه نصوص تهدف في مجموعها إلى حماية المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا⁽³⁾، إذ لا يناقش شروطه ويكتفي بما تم التصريح به من طرف المؤمن ويقبل الشروط المقترحة.

في مجال العمل فإن المشرع تولى تنظيمها تنظيما دقيقا، بحيث حدّد حقوق العامل التي لا يمكن إنقاصها لأي سبب كان⁽⁴⁾، ومنها مدة العمل، مواقيت العمل الليلية، الساعات الإضافية، الراحة الأسبوعية، العطلة السنوية، والأجر الأدنى... الخ⁽⁵⁾.

يهدف المشرع من تقييد الإرادة في عقد العمل بتحديد الحقوق والالتزامات الأساسية للعامل وأرباب العمل حماية للعامل ضد تعسف رب العمل، وبالتالي لم يترك أي مجال للاجتهاد أو التأويل إلا فيما يمكن إضافته من حقوق أكثر فائدة للعامل⁽⁶⁾.

أما فيما يتعلق بتدخل المشرع لتوسيع مضمون العقد، فقد يلجأ في حالات معينة عن طريق فرض التزامات على الأطراف دون إرادتهم، بل وحتى دون علمهم بها، ومن أمثلته نجد الالتزام بالضمان، والذي يعرف بأنه: التزام ذو مصدر

1- أمر رقم 97-06 مؤرخ في 21 جانفي 1997، يتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، ج.رج.ج عدد 06، صادر في 1997/01/22.

2- بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.73.

3- لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص.128.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص.285.

5- راجع المواد 22،27،30،33، من القانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.رج.ج، عدد 17، صادر في 1990/04/25.

6- بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.75.

قانوني أو تعاقدية يكون في بعض عقود المعاوضات التي يخشى الدائن فيها المنازعة حول الحقوق المنتقلة إليه، أو حول صلاحية موضوع العقد، وبالتالي يصبح ضمن الالتزامات الناشئة عن العقد⁽¹⁾.

إضافة إلى كل ما سبق، فمن بين العقود التي رتب فيها المشرع الضمان ما يظهر بوضوح في أحكام عقد الإيجار، طبقاً للمادة 483 من ق.م.ج التي تنص: "على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغير ينقص من هذا الانتفاع.

ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر"، كما أطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد منه⁽²⁾.

1- بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.76.

2- تنص المادة 490 من ق.م.ج. على أنه: "يطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني...".

الفصل الثاني

تراجع مبدأ سلطان الإرادة في ظلّ ظهور فكرة التضامن التعاقدية

"SOLIDARISME CONTRACTUEL"

يعود تراجع مبدأ سلطان الإرادة إلى تطوّر مختلف العوامل التي ساهمت في ازدهاره، حيث أنّ تطبيق هذا المبدأ أدى إلى الكثير من الظلم الاجتماعي، والذي نتج عنه اختلال التوازن في العلاقة العقدية، مما استدعى الأمر إلى ظهور مبادئ اشتراكية، ومذاهب اجتماعية تستوجب مراعاة مصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد.

أمام هذا التغيّر الطارئ أصبح للعقد وظيفة اجتماعية تهتمّ كلّ من الفرد والمجتمع، وحتىّ المشرّع من خلال تدخّله لإعادة اختلال التوازن المتواجد في العلاقة العقدية، عن طريق منح القاضي سلطة في تعديل العقد، وبالتالي فهذا التدخّل قد أوجد نظاماً جديداً للعقد يستند إلى مبدأين هامين هما التعاون والتضامن اللذان يقتضيها العقد.

إنّ دراسة تراجع مبدأ سلطان الإرادة في ظلّ ظهور فكرة التضامن التعاقدية، تكون بتبيان فكرة التضامن التعاقدية كأساس للعقد (المبحث الأول)، ثمّ تحديد حالات تدخّل القاضي لإعادة توازن العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول

فكرة التضامن التعاقدي كأساس للعقد

إنّ تغيير أساس القوّة الملزمة للعقد الذي كانت تترأسه الإرادة، كان نتيجة ظهور المذهب الاجتماعي الذي ينادي بالتضامن الاجتماعي. وعلى هذا النحو يرى أحد الفقهاء عند انتقاده لأساس القوّة الملزمة للعقد أنّ: "... القوّة الملزمة للعقد يجب أن تكون محدودة بفكرة التضامن التعاقدي، أو أيضا بالتطريّة الاجتماعية للعقد"⁽¹⁾، بعبارة أخرى فإنّ القوّة الملزمة للعقد هي ذلك التضامن والتعاون والأخوة التي لا بدّ أن يتّجه إليها العقد⁽²⁾.

هكذا نجد أنّ التضامن التعاقدي يضيف على العقد جانب من الأخلاق، يعبر عنه في القانون بمبدأ حسن النية، والذي يقتضي بدوره النزاهة والتعاون عند إبرام وتنفيذ العقد.

تتولّى في هذا المبحث تبيان مضمون فكرة التضامن التعاقدي (المطلب الأول) من جهة، ومبدأ حسن النية الذي يعدّ مظهرًا لهذه الفكرة (المطلب الثاني) من جهة أخرى.

المطلب الأول

مضمون فكرة التضامن التعاقدي

حتى يتسنى لنا معرفة مضمون هذه الفكرة، يجب استعراض نشأة فكرة التضامن التعاقدي (الفرع الأول)، ثمّ نقوم بالبحث عن تعريفها (الفرع الثاني)، وأخيرا نبيّن المبادئ التي تقوم عليها هذه الفكرة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نشأة فكرة التضامن التعاقدي

يعدّ التضامن التعاقدي فقه فلسفي سياسي واجتماعي ظهر في أواخر القرن التاسع عشر _ وقد عرف نجاحا في القرن العشرين⁽³⁾، بسبب تطوّر وازدهار المجال الصناعى الذي أدى إلى إهمال الطبقة العاملة⁽⁴⁾، لقيام الصناعات الكبيرة، وتأسيس الشركات الضخمة التي أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي⁽⁵⁾.

1- علاّق عبد القادر، المرجع السابق، ص.96.

2- نساخ قطيعة، المرجع السابق، ص.234.

3 - GRYNBAUM Luc, NICOD Marc, Le solidarisme contractuel, economica, 18^{ème} éd, paris, 2004, p.2.

4 - GHISLAIN Tabi tabi, Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel, thèse de doctorat en droit, faculté de droit université Laval, Québec, 2011, P.93.

5- أنظر: حمدى محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص.25.

من بين المؤسسين الأوائل لفكرة التضامن التعاقدية نجد الفقيه الفرنسي "Léon Bourgeois"، الذي يرى أنّ التضامن بصفة عامة هو تزاوج للأطروحات التاريخية للمجتمع، والأطروحات التعاقدية، والتي ينتج عنها شبه العقد الاجتماعي، والذي نعني به أنّ كلّ شخص يلد مدين لكل، وعليه فهذا يعتبر تصحيحاً لمبدأ الفردية بفكرة المجتمع من جهة، وتحرير للاشتراكية من جهة أخرى.

يضيف الفقيه "Demogue" أنّ الحالة الطبيعية للمجتمع هي التضامن، وبذلك يجب اعتبار الجزية أنّها متطلّبة في بعض الحالات، وبالتالي فالالتزام عمل حر مكرس من أجل التعاون الاجتماعي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: البحث عن تعريف لفكرة التضامن التعاقدية في قانون العقود

يجب أولاً تحديد الفقه التضامني في القانون، ثم اقتراح تعريف لفكرة التضامن التعاقدية في قانون العقود.

أولاً: التوجّهات التضامنية في القانون

نستعرض في هذا العنصر نقطتين: الأولى تتمثل في أصول الفقه التضامني، والثانية في الفقه التضامني الفرنسي المعاصر.

1- أصول الفقه التضامني:

يرتكز الفقه التضامني على فكرة التضامن التي أسسها الفقيه "Durkeim"، الذي فرّق بين التضامن الميكانيكي، والذي تكون فيه الشخصية الفردية متمتعة من قبل الشخصية الجماعية، والتضامن العضوي الذي هو ثمرة تقسيم العمل عندما يكون لكل فرد شخصيته ونخصه، لذلك فحسب "Durkeim" يعدّ العقد التعبير القانوني الأفضل للتعاون، وكذا هو وسيلة العمل الجماعي.

2- الفقه التضامني الفرنسي المعاصر:

يسمح هذا الفقه لأصحاب المفهوم التقليدي للعقد المؤسس على سلطان الإرادة، بالتخفيف من حدّة الصفة الشخصية كما يميز المفهوم الاجتماعي للقانون، حيث يجعل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أكثر مرونة المنصوص عليها في المادة 1134 من ق.م.ف⁽²⁾، والذي يعترف فيها للقاضي بحق التدخّل لإعادة توازن العقد في حالة اختلال توازن المصالح المشتركة للمتعاقدين⁽³⁾.

1 - GRYNBAUM Luc, NICOD Marc, op- cit, p.2.

2- Ibid, p.p.30, 37.

3 -GHISLAIN Tabi tabi, op- cit, p.142.

إنّ هذا التدخّل مبرّر من خلال وجود التزام بالتعاون والإخلاص التعاقدية على عاتق الأطراف، على أساس أنّهم ملزمون بتنفيذ التزاماتهم بحسن نية ووفاء.

ما تجدر الملاحظة إليه أنّه في الوقت الحالي، يعبر عن التضامن التعاقدية من خلال مبدأ أخلاقي يتمثل في مبدأ حسن النية، وبالتالي فعدم دقّة هذا المبدأ يجعل المجال للقاضي واسعاً للتدخّل، وفرض التزامات جديدة لأطراف العقد، ومن بينها الالتزام بالإعلام⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف فكرة التضامن التعاقدية في قانون العقود

لم يعرف المشرع هذه الفكرة بصفة مباشرة في نصوص قانونية، وإنّما يمكن استنتاج تعريفها بالرجوع إلى الأحكام القضائية الخاصة بحسن النية، لذلك فبالنظر إلى هذه الأحكام المتعلقة بحسن النية في إنشاء العقد نجد أنّه على المتعاقدين عدم إخفاء معلومة وإلا اعتبر تدليسا، غير أنّه ليس من المؤكّد أن يفرض هذا المبدأ نفسه في فترة إنشاء العقد، ولكن يمكن التصريح بأن هذا المبدأ يستوجب تعريف عند تنفيذ العقد كالاتي: يجب على المتعاقدين التعاون من أجل تحقيق محل العقد أو قصد تحقيق سبب العقد⁽²⁾. هذا ما جسّدته المادة 3/1134 من ق.م.ف، والتي تقابلها المادة 107 من ق.م.ج.

الفرع الثالث: المبادئ التي تقوم عليها فكرة التضامن التعاقدية

نبيّن في هذا الفرع المبادئ التي تقوم عليها فكرة التضامن التعاقدية، المتمثلة في: العقد والمبدأ التعاقدية، شبه العقد والدين الاجتماعي، دولة متضامنة.

أولاً: العقد والمبدأ التعاقدية

إنّ أصحاب فكرة التضامن يقبلون فكرة الجمعية "Association" حيث يروا أنّه يجب أن يكون المجتمع نفسه من وجهة نظر القانون كعقد جمعية واسع، إذ يجد فيه الآخرون أماكنهم ووظائفهم⁽³⁾، لذلك نجد أنّ المجتمع يعتبر وحدة متضامنة، ومن الضروري أن تتضامن الإيرادات ويتكافل الأفراد فيما بينهم لتحقيق مصلحة الجماعة، وتحقيق المساواة الفعلية⁽⁴⁾.

1- GRYNBAUM Luc, NICOD Marc, op- cit, p. 37.

2 -Ibid. p.p. 38- 39.

3- MOREAU Louis de bellaing, Le solidarisme et ses commentaires actuels, université de cean, in:

[http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/26/moreau de bellaing.pdf_478f 34d71f640/moreau de bellaing pdf](http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/26/moreau%20de%20bellaing.pdf_478f34d71f640/moreau%20de%20bellaing.pdf), vue le: 27/05/2014, p.90.

4- نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص.43.

كما يرى الفقيه "Bouglé" بأنّه: "يجب جعل المجتمع يعيش، ويعمل كأنّه ناتج عن عقد متفاوض بشأنه، وذلك لتحقيق العدالة الاجتماعية"⁽¹⁾، والتي يراد بها تحقيق التكافؤ بين الأفراد بصفتهم أفراد من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق سيطرة الجماعة على الفرد بوصفه عضو في الجماعة تحقيقاً للمصلحة العامة⁽²⁾.

ثانياً: شبه العقد والدين الاجتماعي

إنّ أصحاب الفقه التضامني أرادوا الاستغناء عن الإرادة في العقد الاجتماعي، وذلك عن طريق وضع شبه العقد محلّها بغرض إعطاء الأولوية للواقع الاجتماعي قبل الالتزام الإفتراضي⁽³⁾.

بالتالي، فاعتبار أنّ الأفراد شبه متعاقدين فهم ملزمين تجاه الغير بسبب هذه الإرادة التي ستكون لو كان هناك عقد، والتي أدت إلى ظهور التزامات عدّة من بينها الالتزام بالتعاون. إذ أنّ شبه العقد بهذه الطريقة هو الذي يفرض على الأفراد التزامات، ويبيّن وجود دين فعلي، كما يسمح باقتراح أساس أخلاقي، وخاصّة قانوني للالتزامات الواقعة على كلّ شخص⁽⁴⁾.

ما تجدر الملاحظة إليه أنّ شبه العقد هو الشكل القانوني للدين المزدوج، الذي يمثّل واجب التضامن مع الأمثال وتجاه الأحفاد، وعلى هذا النحو يرى الفقيه "Fouillé": "إنّ المجتمع الذي نجد فيه أطفال مملون ملزم تجاه هؤلاء بما يسميه المشرّع شبه العقد، فهو مدين لهم بالغذاء، وعند منحهم إياه لا يقوم إلاّ بإيفاء دينه"⁽⁵⁾.

لذلك فحسب العدالة العقدية فكلّ عقد تبادلي يستلزم تقبّل الأعباء والأرباح⁽⁶⁾، على أساس أنّه لا يمكن للفرد أن يتمتع بالفوائد التي تحصل عليها من التضامن الاجتماعي دون تحمّل الأخطار والأعباء، أي الوفاء بالدين وإلاّ اعتبر منتهكاً للعدالة، وهكذا التضامن يسمح للفرد بإدراك التكافل الاجتماعي، والتعبير بوضوح عن فكرة الدين⁽⁷⁾.

ثالثاً: دولة متضامنة (L'Etat-association)

إنّ أنصار الفقه التضامني يرفضون كلّ فكرة عن سلطة الدولة، حيث يروا أنّ الدولة اختراع من طرف الأشخاص، فحسب الفقيه "Lion Bourgeois"، فإنّ القانون الأعلى للأفراد على الدولة يمكن تصوّره.

1- MOREAU Louis de bellaing, op- cit, p.90.

2- نساح فطيمة، المرجع السابق، ص.226.

3 - JANIN Christophe, Le solidarisme contractuel: un regard Franco-québécois, éd thémis, canada, 2005, p.441.

4 - GRYNBAUM Luc, NICOD Marc, op- cit, P.P.17-19.

5 - MOREAU Louis de bellaing , -op- cit, p.91.

6 - Ibid, p.90.

7 - GRYNBAUM Luc, NICOD Marc, op- cit, p13.

أمّا الفقيه "Fouillée"، يرى أنّ معرفة قوانين التضامن تظهر أنّ بين الأفراد عدّة علاقات، ولكن لا تسمح لنا بأن نضع أيّ شخص خارج عنها.

بذلك فأنصار الفقه التضامني يمنحون الدولة في هذا الضدد دور وظيفي، حسب الفقيه "Bouglé" فالتولة لا تظهر كطرف يكتفي دوره في جعل احترام إرادة الأطراف باستخدام شبه العقد الذي يربطهم، ويكمل الفقيه "Fouillée" الفقه التضامني للدولة كالأتي: " لكي يكون في التول أقل قدر من الاستغلال والظلم، يجب أن تكون السلطة الاجتماعية متكوّنة من جميع المواطنين" ⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية كظهر لفكرة التضامن التعاقدية

يعتبر مبدأ حسن النية من أسمى المبادئ الأخلاقية التي ارتقى بها المشرّع إلى قاعدة قانونية ⁽²⁾، الذي يقوم على التزام الأمانة والتزاهة والتعاون في العلاقة العقدية. حيث أنّ هذا المبدأ بعدما كان يفرض على المتعاقد موقفا سلبيا - عدم اتّخاذ سلوك مبني على سوء نية- أصبح تدخّله إيجابيا يهدف التعاون، ويتجلّى ذلك من خلال الالتزام بالإعلام الذي بدوره يُعدّ تجسيدا لفكرة التضامن، والتي أصبحت من ضرورات التعامل الحديث ⁽³⁾.

بناء على ما تقدّم ذكره، نحاول في هذا المطلب عرض مفهوم مبدأ حسن النية من خلال الفرع الأول، ثمّ نوضّح في الفرع الثاني التدخّل الإيجابي لمبدأ حسن النية.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية

إنّ مبدأ حسن النية مفهوم جد واسع، لاشتماله على عدة صفات منبثقة من الأخلاق، والتي بني عليها القانون عدة التزامات.

أولا: تعريف مبدأ حسن النية

نبيّن في هذا العنصر التعريف الفقهي القانوني لمبدأ حسن النية، ثمّ نتعرّض لحسن النية في ظلّ الشريعة الإسلامية.

1- MOREAU Louis de bellaing, op- cit, p. 91.

2- لجان فريدة، مبدأ حسن النية في التعاقد، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص.2.

3- راجع في ذلك: نتساخ فطيمة، المرجع السابق، ص. 247، 256.

1- التعريف الفقهي القانوني لمبدأ حسن النية:

لم يتولى المشرّع⁽¹⁾ ولا القضاء وضع تعريف لمبدأ حسن النية، بل ترك المجال للفقهاء الذي عرفه على أنه: الاستقامة والتزاهة وعدم الغش⁽²⁾، وكذلك هو التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد، بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل⁽³⁾. كما عُرف أيضاً بأنه: الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، ومراعاة مصالح الطرف المقابل عند التعاقد⁽⁴⁾.

يلاحظ من خلال هذه التعاريف، أنه لم يجمع الفقهاء على تعريف موحد لمبدأ حسن النية، وأنّ التعريف الأخير المقدم منه يتماشى مع ما كرسه القانون الوضعي الذي أقرّ مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، وهذا طبقاً للمادة 3/1134 من ق.م.ف، والتي تقابلها المادة 1/107 من ق.م.ج التي تقضي بأنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية...".

إنّ اقتضار المشرّع على هذه المرحلة كان تبريراً لإحدى نتائج مبدأ سلطان الإرادة المتمثلة في الرضائية، والتي لا يظهر فيها العقد إلاّ إذا نفذ، وعلى الرغم من ذلك فيجب أن يسود مبدأ حسن النية في كافة مراحل العقد، وبالأخص مرحلة الإبرام ليعالج النظرة التي تركها المشرّع فيها، خاصة بعد أن عرف العالم تطوراً في مختلف المجالات والذي نتج عنه اختلال في التوازن بين الأطراف.

2- حسن النية في ظلّ الشريعة الإسلامية:

يرجع أساس مبدأ حسن النية إلى الشريعة الإسلامية، حيث جعل الله سبحانه وتعالى من بين أوامره للجماعة المسلمين، إيتاء العدل والإحسان، والوفاء بالعهود⁽⁵⁾.

دليل ذلك هذه الآيات الكريمة: حيث يقول سبحانه وتعالى: "أن الله يأمرنا بالعدل والإحسان"⁽⁶⁾، ويقول أيضاً: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعهود"⁽⁷⁾.

يتضح ممّا سبق، أنّ الله سبحانه وتعالى يأمر بالترام حدود مبدأ حسن النية في المعاملات، وذلك من خلال أمره للعدل والإحسان، الوفاء والأمانة والتعاون والإخلاص، التي تمثل مظاهر حسن النية في تكوين وتنفيذ العقد.

1- بالرغم من أنه أشار إليه في عدة مواضع في ق.م.ج. راجع المواد مثلاً: 2/82، 1/85، 107...

2- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود- دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص.83.

3- علاّق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 247.

4- محمود فياض، "مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، عدد 54، الإمارات العربية المتحدة، أبريل 2013، ص.229.

5- لبنان فريدة، المرجع السابق، ص.2.

6- سورة التحل الآية، الآية 90.

7- سورة المائدة، الآية 01.

ثانياً: صور مبدأ حسن النية

لحسن النية صورتان الأولى تظهر في واجب الصدق، والثانية في واجب التعاون بين المتعاقدين.

1- واجب الصدق:

يقصد بواجب الصدق، أنّ المتعاقد خلال مرحلة تنفيذ العقد حتّى غرار مرحلتي التفاوض والتعاقد، ملزم بإعلام الطرف الآخر بكل التفاصيل الضرورية من أجل التنفيذ الحسن للعقد⁽¹⁾، الذي يقتضي النزاهة والإخلاص، أي امتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسير أو مستحيلاً⁽²⁾، وهذا ما استقرت عليه أحكام نص المادة 361 من ق.م.ج.⁽³⁾.

يفرض التشريع - الوطني والمقارن - واجب الصدق في عقد التأمين، حيث يلتزم المؤمن له بإخبار المؤمن بكافة الوقائع التي تحدث خلال مدة العقد والتي تزيد من خطورة الأخطار التي يغطيها التأمين⁽⁴⁾، وهذا ما جاء في المادة 15 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات التي تقضي: " يلتزم المؤمن له: بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه... بالتصريح الدقيق بتغير الخطر أو تفاقمه..."⁽⁵⁾.

2- واجب التعاون:

يمثل واجب التعاون مكانة هامة سواء في مرحلة إبرام العقد أو أثناء تنفيذه؛ لأنه يعمل على ارتقاء الطرفين معنوياً وأخلاقياً، ويساعد على التخلص من نزعة الأنانية والفردية.

حيث يقصد بالتعاون في مجال التعاقد، ذلك العمل المشترك بين أطراف العقد في مرحلة تكوينه أو تنفيذه ويتمثل هذا الالتزام في السلوكيات والتصرفات التي تهدف للعمل على خدمة طرفي العقد وتحقيق مصالحهما المشتركة⁽⁶⁾.

ضف إلى ذلك، أنّ الالتزام بالتعاون تفرضه التطورات الجديدة للعلاقة العقدية التي تعتبر علاقة تعاون وليست علاقة خصام⁽⁷⁾، وهذا استناد إلى بعض الفقه الذي يرى أنّه لم يعد العقد يرتكز على روابط متعارضة، وإنّما يرتكز على

1- علاّق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 18.

2- أنظر: علي فلاحي، المرجع السابق، ص. 369.

3- تنص على أنّه: " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً".

4- نرمين محمد محمود الصبح، المرجع السابق، ص. 53.

5- أمر رقم 07-95 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلّق بالتأمينات، ج.ر.ج. عدد 13، صادر في 08/03/1995، معدّل ومتمم.

6- مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك - دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص. ص. 38-39.

7- علي فلاحي، المرجع السابق، ص. 370.

روابط متآزرة، وهذا ما نجده في عقد الشركة الذي يظهر التعاون فيه بشكل جلي، وذلك من خلال تطّلب تية المشاركة بين الشركاء لتحقيق أهداف الشركة⁽¹⁾.

ثالثاً: معايير تقدير حسن النية

لا يمكن الكشف عن مبدأ حسن النية بمجرد الوقوف على معانيه المختلفة - ما دام الأمر يتعلق بوصف مستتر للنية- وإنما يجب ضبطه بمعايير أحدهما ذاتي والآخر موضوعي.

1- المعيار الذاتي:

يقصد به المعيار الذي يتغير حسب حالات النزاع، إذ يسمح للقاضي بأن يكون أكثر عدالة في قراراته⁽²⁾.

يعود أصل هذا المعيار إلى المدرسة التقليدية التي ربط فقهاؤها حسن النية بالمقصد المشترك للأطراف⁽³⁾ أو النية المشتركة التي يراد بها الإرادة القانونية التي يجمع القاضي فيها إرادة كل من المتعاقدين أبعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين دون أن يضحي بأحدهما لمصلحة الآخر⁽⁴⁾، وعليه فقد انحدرت فكرة المقصد المشترك للأطراف من تراجع مبدأ سلطان الإرادة عن تمسكه بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد، والرجوع إلى الإرادة الباطنة، حيث يرى أحد الفقهاء في هذا الشأن أنّ حسن النية ليس مقيداً للإرادة، وإنما يلعب دوراً في تبرير الالتزامات التي لم يكشف عنها الأطراف في العقد، وهكذا يعدّ حسن النية معياراً ذاتياً للتفسير يستخدم للكشف عن المقصد المشترك للأطراف⁽⁵⁾.

إتباعاً لذلك، فإنّ المشرع الجزائري نصّ على المعيار الذاتي، والمعايير التي يتخذها القاضي بعين الاعتبار للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدین في المادة 2/111 من ق.م.ج⁽⁶⁾.

2- المعيار الموضوعي:

يقدر مبدأ حسن النية أيضاً بمعيار موضوعي تستوجب فيه عناصر خارجية تؤخذ كمعيار يطبق على كلّ حالة نزاع وعلى كلّ الأشخاص⁽⁷⁾، ولذلك يرى أحد الفقهاء أنّ فصل مبدأ حسن النية عن إرادة الأطراف أو مقصدهم

1- أنظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.ص. 151-152.

2- لجان فريدة، المرجع السابق، ص. 23.

3- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 84.

4- علي فلالي، المرجع السابق، ص. 388.

5- لجان فريدة، المرجع السابق، ص. 23.

6- التي تنصّ على أنه "لأنّ إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي، للألفاظ مع الإشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

7- لجان فريدة، المرجع السابق، ص. 31.

المشترك⁽¹⁾، يحتاج إلى سند يروده بالقوة التي تجعله يلعب دور في ضمان توازن العقد، والذي يتحقق بتقييد الإرادة بقيد موضوعي كلما انحرفت عن القيم الاجتماعية، وعليه فمبدأ حسن النية يعبر عن المرجع لقيمة خارجية وعلياً على نفسية المتعاقد، وذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار الانحراف وبعض القيم⁽²⁾، إذ أنّ العرف يشكل مصدراً من المصادر التي يرجع إليها القاضي في حالة غياب القواعد القانونية، وهذا طبقاً للمادة 1/2 من ق.م.ج.⁽³⁾، والعرف في جانبه المعنوي يتضمن شعور الناس إلزامية القاعدة العرفية، والتي يترتب على مخالفتها مخالفة لمبدأ حسن النية.

كما يعتمد القاضي في حكمه على القيم الأخلاقية التي يجب أن تسود العلاقة العقدية، ومن بينها النزاهة التي تفرض على الأطراف في مرحلة الإبرام أكثر من مرحلة التنفيذ، ذلك أنّ مرحلة الإبرام تضعنا أمام اجتماع مصالح متعارضة، تستوجب النزاهة لمنع أيّ انحراف يمكن أن يسلكه المتعاقد من أجل ترجيح مصلحته، كاستعماله الوسائل التدليسية. لذلك فالحرية التي يتمتع بها المتعاقدان عند الانعقاد تجعلها يقفان أمام حدود النظام العام والأخلاق التي ينبع منها حسن النية، الذي بدوره يسعى في جانبه الموضوعي إلى إيجاد مصلحة مشتركة بين الأطراف⁽⁴⁾.

إضافة إلى ذلك، تنص المادة 2/107 من ق.م.ج على أنّه "..... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"، ويلاحظ من خلال هذه المادة أن القانون يبعد القاضي عن إرادة الأطراف، ويحيله إلى عناصر خارجية عنهم كالعرف والعدالة.

الفرع الثاني: التدخل الإيجابي لمبدأ حسن النية

إنّ تحقيق التوازن الذي هو أهمّ انشغالات الفقه والقانون، لا يقتصر على أموال المتعاقدين وإنما يمتد ليشمل عنصر الحقوق والواجبات، لذلك نجد أنّ القضاء استطاع عن طريق النصوص الخاصة بالعدالة وحسن النية أن يفرض بعض الالتزامات التي يمكنها معالجة عدم التوازن في المعرفة، والذي أصبح يشكل اختلالاً جديداً بين طرفي العقد⁽⁵⁾، ومن بين الالتزامات التابعة عن مبدأ حسن النية في التعاقد نجد الالتزام بالإعلام.

أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام

لم يعرف المشرع الالتزام بالإعلام، وإنما ترك المجال للفقه والقضاء حتى يضعوا له التعريف المناسب، لذلك يمكن تعريفه كالآتي: هو التزام يفرض على أحد طرفي عقد الاستهلاك إعلام الطرف الآخر بما يجمله من بيانات جوهرية مرتبطة بالتعاقد، وذلك في الوقت المناسب مستخدماً في ذلك اللغة والوسيلة الملائمة لطبيعة العقد ومحلّه⁽⁶⁾.

نلاحظ من هذا التعريف أنّ الالتزام بالإعلام له أهمية كبيرة في مجال العقود، خاصة في مجال عقود الاستهلاك.

1- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 89.

2- لبنان فريدة، المرجع السابق، ص 31.

3- التي تنص بأنّه "....وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فهمقتضى العرف...".

4- لبنان فريدة، المرجع السابق، ص 33.

5- المرجع نفسه، ص 75. 76.

6- أنظر: مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 31. 37.

يمكن أساس الالتزام بالإعلام في عدم التكافؤ في المعلومات - بسبب الجهل بالأمر أو عدم الخبرة - لذلك يجب على كل متفاوض أن يحيط الآخر علماً بكل ما يعرفه عند العقد المراد إبرامه، حتى يقوم العقد على أساس من التوازن في المعلومات طبقاً لما يقتضيه حسن النية والشرف والاستقامة⁽¹⁾.

ما تجدر الملاحظة إليه أنّ الالتزام بالإعلام يختلف عن باقي الالتزامات الأخرى، ومن بينها الالتزام بالاستعلام الذي يقصد به الإحاطة بما يخص موضوع التعاقد بالاستناد إلى كل مصادر المعلومات الممكنة، والتي يكون بإمكان المتعاقد أن يتحرى فيه⁽²⁾، وهذا الالتزام يفرض على كل متعاقد، على أساس أنّ القانون لا يحمي من يهمل مصالحه إذا كان بالغاً عاقلاً أهلاً للالتزام. فالمشتري يجب أن يكون حريصاً على جمع كافة المعلومات الخاصة بموضوع شرائه، ولا يحدّ من هذا الالتزام سوى عدم خبرته بصورة مشروعة⁽³⁾.

كما أنّ الدائن بالإعلام أيضاً ملزم بالاستعلام متى كان ذلك ممكناً، على أساس أنّ حسن النية يفرض عليه التزاماً بالتعاون⁽⁴⁾، ويستتق هذا الالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام، والذي يعرف بأنه: التزام المدين بالتخري والبحث عما يجمله من معلومات يتعيّن عليه تقديمها إلى الدائن بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد⁽⁵⁾.

ثانياً: طبيعة الالتزام بالإعلام

يعدّ الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة، وهذا ما نجده في بعض العقود كعقد الاستهلاك، والذي يرى فيه الفقه أنّه إلزام المعني بإعلام المستهلك، خاصة في مجال العقود التي ترد على الأشياء الخطرة هو التزام بتحقيق نتيجة، على أساس أنّ هذه الطبيعة هي التي تناسب مع هذا الالتزام، وتضمن تحقيقه للهدف المنشود من وجوده⁽⁶⁾.

على هذا النحو حتى تقوم مسؤولية المدين فيكفي للدائن أن يثبت عدم تحقّق النتيجة ليستفيد من الحماية الموجودة⁽⁷⁾، فالمنتج يستطيع أن يتوقع عيوب المنتجات التي يقوم بتصنيعها وله أن يزيلها تماماً قبل أن يطرح هذه المنتجات للتداول، وإلا قامت مسؤوليته ولكنّه لا يستطيع ممّا أدلى من بيانات للمستهلك عن كميّة استعمال السلعة، وعن مخاطرها أن يضمن فهم المستهلك بها، وعلى وجه الخصوص احترامه لها. لذلك نجد أنّ ذمّة المدين تبرأ بمجرد إعلام الدائن بما يلزم من معلومات لتتوير إرادته قبل التعاقد أو لضمان سلامته حال تنفيذ العقد⁽⁸⁾.

1- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.9.

2- راجع في ذلك: لبنان فريدة، المرجع السابق، ص.9.

3- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.19.20.

4- لبنان فريدة، المرجع السابق، ص.82.

5- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.52.

6- المرجع نفسه، ص.73.

7- لبنان فريدة، المرجع السابق، ص.116.

8- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.74-75.

كما يرد الالتزام بتحقيق نتيجة أيضا في عقود الخدمات إذ أنّ الطّبيب ملزم بأن لا يجعل المدين عرضة لأيّ أذى جزاء ما يستخدمه من أدوات وأجهزة، وكذا أن يحمي مريضه من أيّ مرض آخر يمكن أن ينتقل إليه عن طريق العدوى من جزاء المكان... الخ⁽¹⁾.

ثالثا: صور الالتزام بالإعلام

يُجد الالتزام بالإعلام مجاله في المرحلة قبل التعاقدية، من أجل تنوير إرادة المستهلك وصدورها صحيحة، كما يفرض على المعني في مرحلة تنفيذ العقد مهدف ضمان سلامة المستهلك، وتمكينه من الانتفاع بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد⁽²⁾.

1- الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية:

يؤكد الفقه المقارن أنّ مبدأ حسن النية غير كاف لوحده لضمان سلامة العقود، لهذا حاول إقامة نظرية عامة للالتزام بالإعلام قبل التعاقدية، كالالتزام القائم بذاته إلى جانب نظرية عيوب الإرادة⁽³⁾.

ويعرّف الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية على أنّه: الالتزام بالإدلاء المعاصر لتكوين العقد والسابق على إبرامه، بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية والمؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، والتي يجهلها الدائن، ويتعدّر حصوله عليها عن غير طريق المدين، وذلك بهدف تكوين رضا حر وسليم لديه حال إقباله على التعاقد⁽⁴⁾، ويتربّب على الإخلال بهذا الالتزام ضرورة قيام الكتمان التدليسي، الذي نصّت عليه المادة 2/86 من ق.م.ج⁽⁵⁾.

2- الالتزام التعاقدية بالإعلام:

يقصد به العمل على تنوير وتبصير الطرف الذي يتم توجيه الإعلام إليه بأموار العقد الجوهرية، والتي يصعب عليه الإحاطة بها، أو الإلهام بمضمونها إلا من خلال الطرف الآخر⁽⁶⁾، إذ أنّه لا يكفي مساعدة المستهلك على اقتناء المنتجات، وإنّما يجب أيضا معاوته في الانتفاع الأمثل بها والوقاية الكاملة من أضرارها، وتجنّب كافة مخاطرها⁽⁷⁾، وهذا من أجل

1- عبد الله ليندة، " طبيعة التزام الطّبيب في مواجهة المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، جامعة تيزي وزو، 2008، ص.159.
2- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.66.
3- مندي آسيا بسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص.68.
4- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون - منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.190.
5- كالاتي: "...ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملبسة".
6- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.223.
7- أنظر: مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.149.

تسهيل تنفيذ الالتزام الرئيسي بعد أن يقوم الدائن بتقديم للمدين كافة المعلومات والتوضيحات المتعلقة بخصوصيات الشيء⁽¹⁾.

وقد نصّت على هذا الالتزام المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، والتي تقضي بما يلي: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك..."⁽²⁾.

1- مندي آسيا ياسمينه، المرجع السابق، ص.70.

2- قانون رقم 03/09، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج. عدد 15، صادرة في 03/08/2009م.

المبحث الثاني إعادة توازن العقد

يعدّ العقد بمثابة القانون الذي يحكم العلاقة العقدية فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا برضا أطرافه لاكتسابه القوة الملزمة، وفقاً لما ورد في المادة 106 من ق.م.ج.

غير أنّ هذا الأمر ليس على إطلاق، إذ أنّ المشرّع لاعتبارات العدالة والمصلحة العامة قد خوّّل للقاضي في بعض الحالات سلطة التدخّل لتعديل العقد بحجّة تحقيق التوازن في الروابط العقدية، ويكون ذلك سواء في مرحلة إنشاء العقد (المطلب الأول) أو في مرحلة تنفيذه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تدخّل القاضي لتعديل العقد في مرحلة إنشائه

تتسم سلطة القاضي في مرحلة إنشاء العقد بطبيعة وقائية هامة، تكمن في أنّ المتعاقدين قبل أن يقدموا على إنشاء عقد من العقود أن يأخذوا في الحسبان السلطة الممنوحة للقاضي قانوناً في مراجعة العقد وتعديله⁽¹⁾.

بناءً على ذلك، فمن بين الحالات التي يجوز فيها للقاضي إجراء مثل هذا التعديل، رفع الاستغلال على المدين، وكذلك في حالة وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان، وهذا ما يشكل موضوعاً للفروع الآتية

الفروع الأولى: تدخّل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن والاستغلال

نخصّص هذا الفرع للبحث أولاً عن سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن، ثمّ بعدها نتناول سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال.

أولاً: تدخّل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن

يقصد بالغبن عدم تساوي أحد العوضين بالآخر في عقد المعاوضة، بحيث يكون أحدهما أقلّ قيمة من الآخر أو أكثر منها⁽²⁾ ويعرّف كذلك بأنّه: عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد على وجه يختلّ فيه التوازن الذي يضعه المتعاقد موضع الاعتبار، فيكون ما يأخذه أحدهما أقلّ مما يعطيه⁽³⁾.

1- بوكراش محمد، المرجع السابق، ص.92.

2- محمد سعيد جعفر، نظرية عبوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص.168.

3- سلجان خلف الحميد، "أثر الغبن في المعاوضات المالية"، مجلة مداد الأدب، العدد 03، العراق، 2012، ص.376.

وقد كرس المشرع الجزائري نظرية الغبن في بعض العقود باعتباره عيبا في العقد ذاته، لا يجعل العقد قابلا للإبطال كما هو الحال بالنسبة لعيوب الإرادة، إذ يقوم على أساس المعيار المادي البحت، ومثال ذلك: حالة بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس، طبقا لما جاء في أحكام المادة 1/358 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس (1/5) فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (4/5) ثمن المثل".

زيادة على ذلك، حتى يتحقق الغبن يجب أن يكون البائع ضحية لغبن يزيد عن خمس ثمن المثل، بمعنى أن يكون الثمن أقلّ من أربعة أخماس (5/4) من القيمة الحقيقية، كما ينبغي لتقدير الغبن في هذه الحالة، أن يقيم العقار بحسب قيمته وقت البيع، استناداً لنص المادة 358 من ق.م.ج⁽¹⁾.

هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 12 سبتمبر 2000 حيث قضت أنه: " ولما استبان من القرار المطعون فيه أنّ قضاة الموضوع، قاموا بتقدير قيمة العقار بعد تاريخ البيع، فإنهم خالفوا أحكام المادة 2/358 من ق.م.ج، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽²⁾.

فإذا توفرت شروط تحقق الغبن على المتعاقد المغبون رفع دعواه خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع، أما بالنسبة لعديمي الأهلية تحسب هذه المدة من يوم انقطاع العجز، ويجب ألاّ تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع، وفقا لأحكام نص المادة 3/359 من ق.م.ج⁽³⁾.

جدير بالذكر، أنه لا يجوز رفع دعوى الغبن في البيوع التي تتم عن طريق المزاد العلني بمقتضى القانون، وهذا إعمالا بنص المادة 360 من ق.م.ج.

ثانيا: تدخّل القاضي لتعديل العقد بسبب الاستغلال

تنص المادة 90 من ق.م.ج على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة... أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأنّ المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...".

باستقراء نص هذه المادة، يتبين أنّ المشرع في سبيل تحقيق العدالة العقدية، خوّل القاضي سلطة تعديل العقد قصد حماية الطرف الضعيف من مظاهر الاستغلال، وهذا ما نرجح إليه بنوع من التفصيل فيما يلي

1- حيث تنص: " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس...و يجب لتقدير ما إذا كان الغبن...أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".
2- المحكمة العليا، الغرفة المدنية. قرار رقم 245195، مؤرخ في 12 سبتمبر 2000. (قضية أ.ع ضد ش.ج) م.ق، عدد 02، سنة 2001، ص.137.
3- التي تنص: "ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع".

1- المقصود بالاستغلال:

إذا كان الغبن كما سبق القول يؤسّس على واقعة عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد، ومعياره مادي بحت، فإنّ الاستغلال لا ينظر عند تقديره إلى قيمة الشيء المادية، بل إلى قيمته الشخصية باعتبار ظروف التعاقد.

أ- تعريف الاستغلال:

يعرّف الاستغلال بأنّه: قيام أحد المتعاقدين باستغلال حالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا يقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوت غير مألوف⁽¹⁾.

أي هو الخسارة التي تصيب أحد المتعاقدين من إبرام العقد بسبب عدم التعادل الفادح بين الأداءات، والذي يرجع إلى استغلال الطيش البين⁽²⁾، أو الهوى الجامح⁽³⁾ لدى المتعاقد.

ب- عناصر الاستغلال:

وفقا للتعريف الوارد أعلاه، فإنّ الاستغلال يقوم على عنصرين، أحدهما مادي والآخر نفسي.

فبالنسبة للعنصر المادي (الموضوعي) يتمثل في عدم التوازن بين التزام المتعاقد والعوض الذي يتحصّل عليه، أو في التفاوت بين قيمة الربح والخسارة اللذين يتحمّلها كل متعاقد⁽⁴⁾.

يخضع تقدير هذا العنصر للقاضي، حيث يتولّى تحديد التفاوت في النسبة، والمشرّع لم يحدّد الجسامة بحدّ معين، وعلى ذلك فالقاضي هو الذي يحددها وفقا لظروف المتعاقدين⁽⁵⁾.

أمّا فيما يتعلّق بالعنصر النفسي (المعنوي)، يكمن في استغلال ضعف نفسي معين - طيش بين أو هوى جامح - أدّى به إلى إبرام العقد، بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد⁽⁶⁾.

2- مدى سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الاستغلال:

يتولّى القاضي رفع الغبن عن المتعاقد، متى توافرت عناصره طبقا للمادة 90 من ق.م.ج المذكورة أعلاه، والتي تجيز للطرف المغبون أن يطلب إمّا إبطال العقد أو إنقاص التزاماته الناشئة عن العقد.

1- أنظر: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 127.

2- الطيش البين هو مرض في الشخص يمنعه من التبصّر بعواقب الأعمال وتقدير ما فيها من غبن. أنظر: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص. 121.

3- بمعنى الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تدارك ما هو في صالحه، أنظر: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 96.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 204.

5- مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص. 63.

6- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 196.

أ- دعوى الإبطال:

يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد إذا تأكد من وجود عيب الاستغلال في إرادة المتعاقد المغبون، الذي لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال، والقاضي ملزم بأن يقضي بالبطالان دون الزيادة في الالتزامات، على أساس أنّ مبادئ التفاوض تقيده بأن لا يحكم بأكثر من طلبات الخصوم، غير أنّ المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية بأن يحكم بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون بدلا من إبطال العقد، حتى ولو كان رافع الدعوى قد طلب الإبطال⁽¹⁾.

كما أقرت الفقرة الثالثة من المادة 90 من ق.م.ج بأنه يجوز للطرف الذي صدر منه الاستغلال في - المعاوزات دون التبرعات - أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، كما لو عرض المشتري الذي استغلّ البائع زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع.

ب- دعوى الإنقاص:

يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب من بادي الأمر إنقاص التزاماته الباهظة بدلا من المطالبة بإبطال العقد⁽²⁾، وفي هذه الحالة ما على القاضي إلا التقيّد بهذا الطلب ويقضي بإنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يكفي لرفع الإجحاف عنه، إذ لا يجوز له أن يحكم بالإبطال، وإلا يكون قد قضى بأكثر من طلبات رافع الدعوى، كما لا يمكن له رفع التزامات المستفيد من الاستغلال لكي تتعادل مع التزامات المغبون بدلا من أن ينقص التزامات هذا الأخير؛ لأنّ القانون لم يخوّل له هذه السلطة⁽³⁾.

ما تجدر الملاحظة إليه، أنّ كلتا الدعويتين يجب أن يرفعهما الطرف المغبون في ظرف سنة واحدة من تاريخ العقد، وإلا سقط حقه في ذلك، هذا بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 90 من ق.م.ج التي تقضي بأنه "... ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

الفرع الثاني: تدخّل القاضي لتعديل الشّروط التعسّفية في عقد الإذعان

قد يكون الشّروط التعسّفي سببا مباشرا في اختلال التوازن العقدي، حيث يتحمّل الطرف الضعيف التزامات ترهقه وتهدر مصلحته، مما يؤدّي إلى عدم التناسب بين التزامات وحقوق أطراف العقد، هذا ما يستدعي تدخّل القاضي وفرض الرقابة على محتوى العقد تحقيقا للعدالة العقدية.

أولا: مفهوم الشّروط التعسّفي

سنورد فيما يأتي تعريف الشّروط التعسّفي، ثمّ نبين العناصر التي يجب توافرها لكي يعتبر الشّروط تعسّفيًا.

1- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.67.

2- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.122.

3- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.110.

1- تعريف الشرط التعسفي:

أحيط تعريف الشروط التعسفية باهتمام كبير من قبل الفقهاء، فتعددت هذه التعريفات باختلاف زاوية الرؤية للشرط التعسفي، إذ يعرفه البعض بأنه ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقدته مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه، وفقا لما تقضي به العدالة⁽¹⁾، فهذه الشروط ترد خاصة في عقود الإذعان، يتولى إعدادها مسبقا مختصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي والكفاءة الفنية، تبدو وفقا للقواعد العامة شروطا عادية لا تنال من سلامة الرضا، ولكنها في حقيقتها مجحفة ترهق المتعاقد وتثقل من التزامه⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، حتى وإن كان قد أفضى حماية على الطرف الضعيف في عقود الإذعان في إطار القواعد العامة، غير أنه لم يعتمد إلى تعريف الشرط التعسفي إلا بموجب قانون 02/04، وفق المادة 5/3 منه، والتي تنص على: " الشرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد"⁽³⁾. وقد ساير المشرع في ذلك، ما قرّره التعليمة الأوروبية الصادرة في 05 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، في أنه يعتبر تعسفا الشرط الذي ورغم تطلب حسن النية، يؤدي إلى خلق عدم التوازن الظاهر في غير صالح المستهلك، بين حقوق الأطراف والالتزامات الناجمة عن العقد⁽⁴⁾.

2- عناصر الشرط التعسفي:

من التعريف السابق للشرط التعسفي، نستخلص أنه لو وصف شرط أو بند بأنه تعسفي ينبغي أن تتوافر فيه الشروط أو العناصر الآتية:

أ- أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان:

لا يعتبر الشرط تعسفا إلا إذا ورد ضمن عقد من عقود الإذعان، حيث يكون أحد المتعاقدين محتكرا لما يدخل في موضوع العقد ويتمتع دائما بمركز متفوق مقارنة بالطرف الآخر الذي لا يملك سوى التسليم لإرادة الطرف القوي وشروطه، فيذعن ويقبل بها، وعليه فإن مصدر فرض الشرط التعسفي هو التفوق الذي يتمتع به أحد أطراف العلاقة العقدية⁽⁵⁾.

1- سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص.97.

2- منير البصري، أحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور على شبكة الانترنت على الرابط:

<http://droit.civil.Over-blog.com/article-5145525.ht>.

تمّ الإطلاع عليه في يوم 07/05/2014.

3- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج.رج.ج. عدد 41، صادر في 27/06/2004، معدّل ومتمم.

4- أنظر: محمد بودالي، المرجع السابق، ص.79.

5- أحمد رباحي، " أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 05، جامعة الشلف، 2008، ص.361.

ب- الميزة المفرطة:

بمعنى حصول الطرف القوي في العلاقة العقدية على ميزة مبالغ فيها تفرض على المستهلك مما يؤدي إلى عدم التناسب في الحقوق والالتزامات⁽¹⁾.

وتقترب فكرة الميزة الفاحشة من فكرة الغش كما هي معروفة في القواعد العامة، حيث أنّ كلاهما يترتب ضرراً يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، غير أنّه يختلفان من حيث محل التعسف، حيث ينصب في الغبن على الثمن، أما في الشروط التعسفية فينصب التعسف على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد⁽²⁾.

ج- أن يكون الشرط سبباً في الاختلال الظاهر لتوازن العقد:

يذهب جانب من الفقه إلى القول أنّ هذا العنصر ليس إلاّ ترديداً لمعيار الميزة المفرطة والذي بدوره يقترب من فكرة الغبن وفقاً للتطورية المادية، غير أنّه انتقد هذا الرأي على أساس أنّ الاختلال الظاهر لتوازن العقد يختلف عن الغبن في عدّة جوانب منها:

- عدم تحديد عدم التكافؤ بحد معين، عكس الغبن الذي يتحقق إذا تجاوز خمس المثل إعمالاً بنص المادة 1/358 ق.م.ج.

- إنّ عنصر الاختلال الظاهر لتوازن العقد لا يقتصر على الثمن فقط، بل يمتدّ كذلك إلى الشروط التي قد يضمنها العقد.

- لا ينحصر هذا العنصر على مزايا مالية، وإنما يشمل مزايا غير مالية⁽³⁾، كما أنّ عدم التوازن الحاصل في الغبن ينبج عن حال ضحيته، كالشرط التعسفي الذي يترتب عن فعل المتعاقد بضحيتها الأكثر ضعفاً⁽⁴⁾.

ثانياً: مدى سلطة القاضي لإزاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان

تنصّ المادة 110 من ق.م.ج على أنّه: " إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدّعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

في ضوء هذه المادة، يتضح لنا أنّ المشرع قرّر حماية خاصة للطرف المدّعن في عقود الإذعان التي تتضمن شروطاً تعسفية، فيجوز للقاضي التدخّل لتعديل هذه الشروط ليزيل ما فيها من تعسف أو يعفي الطرف المدّعن من هذا الشرط بصفة نهائية وفقاً لما تقرّه مقتضيات العدالة.

1- سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي (إزالة وصف التعسف منه):

تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه، مع رفع أحد أوجه التعسف التي يتضمّن بالوسيلة التي يراها ملائمة، وتتعدّد هذه الأوجه بحسب ما يضمنه الطرف المدّعن من بنود وشروط تعسفية في العقد ومن هذه الأوجه نذكر:

1- يعتبر هذا العنصر نتيجة لما يترتب على استخدام الطرف القوي في العقد لنفوقه الاقتصادي والكفاءة الفنية التي يتمتع بها.

2- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.405.

3- محمد بودالي، المرجع السابق، ص.97.

4- أحمد رباحي، المرجع السابق، ص.348.

- قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي يؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، أو ما شابه ذلك، مما يجعله شرطا جوهريا في العقد، يصعب الإعفاء عنه دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن المتعاقد⁽¹⁾،

- قد تكون هذه الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته، فيكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان، بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض والهدف الذي توخاه المشرع من منح القاضي هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداءات المقابلة⁽²⁾.

2- سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي (إعفاء الطرف المذعن):

تمثل سلطة الإلغاء في أن القاضي، إذا ما ارتقى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي، وأن مجرد تعديله بتخفيف الالتزام الذي يفرضه على عاتق الطرف المذعن لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له، فإنه يستطيع أن يبطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه لا من تنفيذه مخالفا بذلك قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"⁽³⁾.

ومثال ذلك إذا تضمن العقد على شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية، أو الشرط الذي يكون محله تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية، لمجرد رفضه الخضوع لشروط تجارية جديدة يفرضها الطرف القوي في العقد⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

تدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة تنفيذه

إذا كان المبدأ يقضي أن العقد شريعة المتعاقدين كما تقدم في بحثنا هذا⁽⁵⁾، فإن المشرع يأخذ على الظروف التي قد تطرأ في مرحلة تنفيذ العقد فتؤدي إلى عدم التوازن في العلاقة العقدية، لذلك أقر للقاضي سلطة تعديل العقد وفق ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول)، وكذلك في إطار ما يعرف بالشرط الجزائي (الفرع الثاني). وأخيرا في منح نظرة الميسرة (الفرع الثالث)

الفرع الأول: تدخل القاضي لتعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

إن دراسة سلطة القاضي في تعديل العقد بموجب نظرية الظروف الطارئة، يستدعي منا البحث أولا في مفهوم النظرية، وثانيا نعرض للحديث عن وسائل القاضي في تعديل العقد للظروف الطارئة.

1- بن شنتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996 ص.46.

2- بوكراش محمد، المرجع السابق، ص.165.

3- المرجع نفسه، ص.166.

4- أنظر: المادة 29 من قانون رقم 04-02، يتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

5- راجع الصفحة 14 من هذه المذكرة.

أولاً: مفهوم الظروف الطارئة

تناول في هذا العنصر تعريف الظروف الطارئة (أ)، ثمّ نتطرق إلى شروط تطبيق هذه النظرية، وهذا ما يكون من خلال ما يلي:

1- تعريف الظروف الطارئة:

يُعرف الظرف الطارئ عموماً بأنه حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية لم تكن في حسابان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهم ترتيب حدوثها بعد التعاقد⁽¹⁾، فتؤدي إلى جعل الالتزام شاقاً بالنسبة للمدين مما يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف، وعن الخسارة التي يمكن أن تقع بأحد الأشخاص في الظروف العادية⁽²⁾.

يكفي أن نشير هنا إلى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة في القانون الوضعي، بالرغم أن كلا منهما هو أمر غير متوقع الحصول عند التعاقد، ولا يمكن دفعه، إلا أنّهما يختلفان من حيث أنّ القانون قد اشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاماً، ورتب عليه تعديل العقد، وكذا رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بينما يمكن أن تكون القوة القاهرة حادثاً فردياً أو عاماً ينقضي بها الالتزام، لاستحالة التنفيذ⁽³⁾.

2- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

تنصّ المادة 3/107 من ق.م.ج على أنّه "...إذا طرأت حوادث استثنائية عامة تمّ يكن في الواقع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". يستفاد من نص هذه المادة أنّه يتعيّن لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الآتية:

أ- أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ⁽⁴⁾:

حتى يكون هناك مجال لتأثير الظروف الطارئة على عقد من العقود الملزمة لجانبين يجب أن يوجد فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذه، يتخلّله حدوث الظروف الطارئة⁽⁵⁾، سواء لطبيعة العقد ذاته كعقود التوريد؛ لأنّ تنفيذها يتمّ بصورة دورية، أو كعقود الإيجار ذات التنفيذ المستمر وكذلك العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل. ولا تنطبق النظرية على العقود الاحتمالية، إذ هي بطبيعتها تعرض المتعاقد لكسب كبير أو لخسارة جسيمة⁽⁶⁾.

1- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، الجزء الثالث. مطبعة زهران، مصر، 1987، ص.19.

2- خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص.107.

3- محمد رشيد قباني، "نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 02، المملكة العربية السعودية، 1988، ص.131.

4- لم ينصّ المشرع الجزائري في المادة 3/107 من ق.م.ج على هذا الشرط، إلا أنّ وجوده أمر يقتضيه منطق نظرية الظروف الطارئة. أنظر: خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص.111.

5- مندي آسيا بسمينة، المرجع السابق، ص.89.

6- عبد المنعم فرج الضدة، المرجع السابق، ص.ص. 482-483.

ت- حدوث طارئ ليس في الوسع توقعه:

يراد بهذا الشرط، حدوث طارئ مفاجئ ليس في الإمكان توقعه كالزلازل والحروب وارتفاع باهض في الأسعار أو نزول فاحش فيها، ولا بد أن يكون الحادث استثنائي نادر الوقوع يتميز بصفة العمومية ولو لطائفة من الناس، فلا يقتصر الحادث الطارئ على المدين وحده، بل يشمل عددا كبيرا من الناس كأهل بلد معين أو إقليم معين⁽¹⁾.

هذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 10 أكتوبر حيث قضت بأنه: "ولمّا ثبت من مستندات قضية الحال أنّ السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي فإنّ ذلك يعدّ حادثا استثنائيا غير متوقّع يجب الأخذ به"⁽²⁾.

ث- أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا:

توجب المادة 3/107 من ق.م.ج أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الالتزام مرهقا للمدين، دون أن يصل الأمر إلى استحالة تنفيذه، بعبارة أخرى أنّ الحادث الاستثنائي يهدّد المدين بخسارة فادحة مما يؤدي إلى إرهاب تنفيذ التزامه دون استحالة ذلك، والإرهاب الذي يقع فيه المدين نتيجة الظرف الطارئ يتمّ تحديده وفقا للمعيار الموضوعي، والذي لا يعتدّ فيه بشخص المدين وظروفه الخاصة وإنما يقتصر على الصفقة التي أبرمها⁽³⁾، فلو أنّ المدين تهدّد خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، كانت الخسارة فادحة لو كانت لا تعد شيئا كبيرا بالنسبة إلى مجموع ثروته⁽⁴⁾.

ثانيا: وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

إذا توافرت الشروط المتقدم ذكرها جاز للقاضي حسب الظروف أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁽⁵⁾ بالوسائل التي يراها مناسبة لتحقيق هذه الغاية. وفي ضوء ذلك نعالج هذه الوسائل فيما يلي:

1- سلطة القاضي في إقاص الالتزام المرهق:

قد يرى القاضي أنّ رفع الإرهاب عن كاهل المدين يكون بإقاص الالتزام المرهق⁽⁶⁾، ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم به، كأن يكون ملزما بألف قنطار من السكر، فلا يلزم تبعا للظروف الطارئة إلا بنصف المقدار المتفق عليه، كما قد يتمثل الإقاص من إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كالتّي تتعلق بأجل التنفيذ أو بجودة

1- فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد- دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص.232.

2- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 99694، مؤرخ في 10 أكتوبر 1993، (قضية د.ح ضد م.ش.ب)، م ق، العدد 01، 1999، ص. 217.

3- بوفلجة عبد الزحان، المرجع السابق، ص.87.

4- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.163.

5- وردت عبارة: "رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول" من قبل القاضي كأثر لحدوث الطارئة في المادة 107 ق.م.ج في نسختها العربية، على عكس ذلك استعمل النص باللغة الفرنسية كلمة "إقاص" - Réduire - ولا يقصد بذلك الإقاص المادي، وإنما المقصود منها التعديل. أنظر: بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.257.

6- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي- دراسة مقارنة - دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص.

الشيء⁽¹⁾. وتؤكد في هذا الشأن أنّ القاضي له أن ينقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، بحيث يستتقي الخسارة المألوفة مع توزيع مقدار الخسارة الفادحة على المتعاقدين⁽²⁾.

2- سلطة القاضي في زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق:

في هذه الحالة فإنّ القاضي يرى أنّ الأوفق والملائم أن يزيد من التزام المدين⁽³⁾، بحيث يتحمّل الدائن جزءاً من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الإلتزام، أما المدين فيتحمّل الزيادة المألوفة المتوقعة، وهذه الصورة هي أكثر الصور شيوعاً في الواقع العملي، والأكثر قابلية للتطبيق⁽⁴⁾.

فضلاً عن ذلك، إنّ القاضي في حالتي إنقاص الإلتزام المرهق وزيادة الإلتزام المقابل- يرد الإلتزام إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط، ولا شأن له بالمستقبل؛ لأنّه غير معروف، فقد يزول أثر الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوّته الملزمة كاملة كما كان في الأصل⁽⁵⁾.

3- سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد مؤقتاً:

يمكن للقاضي اللجوء إلى وسيلة وقف التنفيذ العقد، إذا تبين أنّ أثر الظرف الطارئ مؤقت يوشك أن يزول، وكذلك أنّ الدائن لا يلحقه ضرر كبير من جراء هذا الوقف المؤقت⁽⁶⁾.

من صور تأجيل تنفيذ العقد ما يكون في عقد المقاولة⁽⁷⁾، كما لو تعهد مقاول بإقامة بناء وترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً نتيجة وجود حادث طارئ، ولكن هذا الارتفاع سيزول لقرب طرح كميات من هذه المواد في السوق، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يفي بالتزامه دون إرهاب، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناء⁽⁸⁾.

يضاف إلى كل ما سبق، أنّ سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة -سواء كانت بإنقاص الإلتزام أو الزيادة فيه أو وقف تنفيذ العقد بصفة مؤقتة- ليست مطلقة بل مقيّدة بالظروف المحيطة بالقضية، ليس للقاضي مثلاً أن يتدخل بتعديل المضمون المادي للإلتزام إذا ما تبين له من الظروف المحيطة أنّ الحادثة الاستثنائية وقتية يقدر زوالها في وقت قصير لا يستدعي تعديلاً في مضمون العقد⁽⁹⁾.

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص.379.

2- خليل أحمد أحسن قداد، المرجع السابق، ص.113.

3- محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص.444.

4- بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.262.

5- أنظر: محمد رشيد قباني، المرجع السابق، ص.146.

6- عبد المنعم فرج الضدة، المرجع السابق، ص.488.

7- يعرّف عقد المقاولة بموجب نص المادة 549 من ق.م.ج. بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

8- أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.117.

9- محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص.117.

إذا كان للقاضي أن يعدّل الالتزام المرهق على النحو الذي تقدّم ذكره، فإنّه لا يجوز له فسخ العقد،⁽¹⁾ ذلك؛ لأنّ النص لا يجعل له إلا أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فتتوزّع بذلك تبعه الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحمّلها الدائن وحده بفسخ العقد.⁽²⁾

كما أنّ المشرّع جعل أحكام نظريّة الظروف الطارئة من النظام العام وذلك بنصّه في آخر المادّة 3/107 من ق.م.ج. على: "...ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

الفرع الثاني: تدخّل القاضي لتعديل العقد في نطاق الشرط الجزائي

لا يقتصر تدخّل القاضي في تعديله للعلاقات التعاقدية بسبب الظرف الطارئ فحسب، بل له كذلك صلاحية التدخّل لمراجعة مضمون الشرط الجزائي بغية تحقيق العدالة والتوازن العقدي.

لتوضيح ما سبق نأتي على مفهوم الشرط الجزائي (أولاً)، على أن فصل مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي (ثانياً).

أولاً: مفهوم الشرط الجزائي

يعتبر الشرط الجزائي من أهم الأنظمة القانونية في التشريعات الحديثة، لذا من أجل تحديد مفهوم الشرط الجزائي، نتعرّض لكل من تعريفه، ثمّ نبيّن شروط استحقاقه وفق ما يلي:

1- تعريف الشرط الجزائي:

يعرّف الشرط الجزائي بأنّه: ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان - مسبقاً وبطريقة جزافية - التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدية.⁽³⁾

الحكمة من إدراج الشرط الجزائي في العقد هي التأكيد على ضرورة التنفيذ العيني للالتزام الأصلي، ولتجنّب اللجوء إلى المحاكم وما يسببه ذلك من بطء في الإجراءات، لاسيّما أنّ تقدير التعويض في كثير من الأحيان يحتاج إلى خبرة فنيّة.⁽⁴⁾

لقد أكد المشرّع الجزائري على جواز الاتفاق على تقدير التعويض المستحق للدائن في حالة إخلال المدين بالتزاماته، وهذا على أساس أحكام نص المادّة 183 ق.م.ج.⁽⁵⁾

1- يجوز للقاضي أن يفسخ العقد في حالة لم ترد في المادة 107 من ق.م.ج.، وإنما نص عليها في المادّة 3/561 من ق.م.ج. التي جاء فيها: "على أنّه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كلّ من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامّة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد...جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد".

2- عبد الرزاق أحمد الشنهوري، المرجع السابق، ص. 727.

3- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 64.

4- غازي أبو عرابي، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 1، الأردن، 1998، ص. 46.

5- تنص على أنّه: "يجوز للمتعاقد أن يحدّد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد، 176 إلى 181".

2- شروط استحقاق الشرط الجزائي:

ما دام أنّ الشرط الجزائي ليس إلّا اتفاقاً على تقدير التعويض، فيجب حتى يترتب على الشرط أثره أن تتوافر الشروط العامة للمسؤولية العقدية، لذا يمكن إجمال هذه الشروط فيما يلي:

أ- الخطأ:

لا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا كان عدم التنفيذ أو الإخلال به نتيجة خطأ صادر من المدين والغالب أن يكون هذا الخطأ عقدياً⁽¹⁾، ويقع عبء إثبات الخطأ على الدائن بأنه قد صدر خطأ من مدينه وحال دون تنفيذ الالتزام، إلا إذا كان الالتزام العقدي الذي قصد المدين الوفاء به التزاماً بتحقيق نتيجة، فيكفي من الدائن في هذه الحالة إثبات عدم تحققها، فإذا أثبت ذلك حكم به⁽²⁾.

ب- الضرر:

تنص المادة 1/184 ق.م.ج على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

بمفهوم المخالفة، فإنّ الدائن لا يستحق مقدار التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي إلا إذا أصابه ضرر من جراء عدم وفاء المدين بالتزامه، ولما كان إيراد الشرط الجزائي يؤدي إلى افتراض وقوع الضرر، فإن الدائن يعفى من إثباته، ويقع على المدين إذا ادعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أن يثبت ذلك⁽³⁾. وهذا خلافاً للقواعد العامة⁽⁴⁾.

ج- علاقة السببية:

يقصد بعلاقة السببية، الصلة التي تربط الخطأ العقدي بحدوث الضرر، إذ لا يكفي إثبات عدم التنفيذ أو التأخير فيه، ولا تحقق ضرراً للدائن من جراء ذلك، بل يجب أن يكون هذا الأمر راجعاً إلى خطأ المدين⁽⁵⁾.

فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي، أو انتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض، فلا محل إذا لإعمال الشرط الجزائي⁽⁶⁾.

1- بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.330.

2- محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني- دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص.79.

3- محمد بودالي، المرجع السابق، ص.65.

4- طبقاً للقواعد العامة فإنّ البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، وبالتالي يكون الضرر مفترضاً إلى حين إثبات المدين عدم وقوعه.

5- بسام سعيد جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص.116.

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.802-803.

د- الإعذار⁽¹⁾:

يعتبر إعذار المدين شرطاً لازماً لاستحقاق الشرط الجزائي استناداً إلى نص المادة 183 من ق.م.ج سالفه الذكر.

يلاحظ في هذا الشأن، أنّ وجود الشرط الجزائي - خاصة إذا كان الجزاء مقرراً عن التأخر في الوفاء- قد يوحي بأنّ الطرفين قد قصدا استحقاق التعويض بمجرد التأخر، ودون الحاجة إلى إعذار المدين، ولكن الصواب أنّ الشرط الجزائي لا يفيد بذاته إعفاء الدائن من ضرورة إعذار المدين، وبالتالي يلزم بذلك⁽²⁾.

هذا ما أكّدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 12 جانفي 2000، حيث قضت: " طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين، ولما تبين من القرار المطعون فيه أنّ الطعن أثار دفعا بأنّ المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعذار مسبق كما تشترطه المادة 180 من ق.م.ج، وتجاهل قضاة الموضوع هذا الدّفع وعدم مناقشته فإنّهم أخطوا، ممّا ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه"⁽³⁾.

ثانياً: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

لقد حدّد المشرّع سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي لإعادة توازن العقد وفق وسيلتين نجملهما وفق ما يلي:

1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

يمارس القاضي سلطته في تخفيض الشرط الجزائي إذا تبين أنّ مقدار التعويض المتفق عليه - الذي يستحق للدائن عندما يخل المدين بالتزامه- مبالغاً فيه أو مفرطاً، وهذا وفقاً لما جاء في المادة 2/184 من ق.م.ج التي تنصّ على أنّه: "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً..."

ولا يشكل هذا التخفيض أيّ مساس بما اتفق عليه المتعاقدان، بل أنّ القاضي يكون قد احترام إرادتهما في هذا الشأن⁽⁴⁾. ويراعي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام أنّ التخفيض لا يكون إلى حدّ التساوي بين المبلغ المحكوم به وقدر الضرر الذي وقع فعلاً، وإنّما الأساس هو المبلغ المقدّر في الشرط الجزائي، فيخفّض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي من دون تنفيذ من الالتزام الأصلي، ويحكم بالمبلغ الباقي لو كانت قيمة الضرر الذي أصاب الدائن تقل فعلاً عن هذا المبلغ⁽⁵⁾.

1- نظّم المشرّع الجزائري الإعذار في أحكام المواد من 179 إلى 181 من ق.م.ج، حيث جاء في المادة 179 أنّه " لا يستحقّ التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

2- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.185.

3- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 206796، مؤرّخ في 12 جانفي 2000، (قضية.أ.م ضد ش.أ.م.ت.ن). م. ق. العدد 01، 2001، ص. 110.

4- عبد الرزاق أحمد السنبوري، المرجع السابق، ص. 813.

5 _ دواوي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2011، ص.259.

2- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

تنص المادة 185 من ق.م.ج على أنه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"⁽¹⁾.

من خلال هذه المادة، نصّ المشرع صراحة على الحالات التي يجوز فيها للقاضي زيادة مقدار التعويض المتفق عليه بين أطراف العلاقة العقدية، فإذا لحق الدائن ضرر أكبر من قيمة التعويض المتفق عليه، وكان هذا الضرر ناتجاً عن خطأ جسيم للمدين أو عن غشه، كان للقاضي زيادة مقدار التعويض المتفق عليه ليصبح معادلاً للضرر الذي لحقه، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة في التعويض المشروط، وفيما يراه مناسباً لتخفيفه، ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا⁽²⁾.

يضاف إلى كل ما سبق، يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي بسبب التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، وفقاً لما ورد في نص المادة 2/184 من ق.م.ج، فإذا أثبت المدين أنّ الالتزام قد نفذ في جزء منه، جاز للقاضي إنقاص مقدار التعويض إلى الحد الذي يتناسب مع الجزء المتبقي من الالتزام وفقاً لما تقتضيه العدالة.

كما أنّ المدين ليس له أن يستفيد من الشرط الجزائي الذي يكون الغرض منه التخفيف من المسؤولية العقدية أو الإعفاء منها إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً⁽³⁾. أمّا إذا صدر الغش أو الخطأ الجسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه، فلا يجوز للقاضي زيادة مبلغ التعويض عمّا هو منصوص في الاتفاق⁽⁴⁾.

إنّ المشرع اعتبر أحكام الشرط الجزائي متعلّقة بالنظام العام، حيث ورد النص على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة 184 من ق.م.ج، والتي جاء فيها: "ويكون باطلاً كلّ اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الأجل ومنح نظرة الميسرة

يمنح القاضي أجلاً قضائياً للمدين بدين حال الأداء متى استدعت حالته ذلك فيؤجّل القاضي الوفاء لأسباب خاصة بالمدين تتعلق أساساً بظروف استثنائية سيئة⁽⁵⁾، ويسمى هذا الأجل القضائي بنظرة الميسرة، التي أقرتها أغلب

1- تقابلها المادة 225 من ق.م.ج، التي تنص على: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض... لا يجوز للدائن... إلا إذا أثبت أنّ المدين ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".
تمّ الإطلاع عليه: 2014/06/08

2- بن شنتي حميد، المرجع السابق، ص.83.

3- راجع في ذلك المادة 178 ق.م.ج.

4 - قرية رضا، سلطة القاضي في تقدير التعويض - دراسة في إطار المسؤولية العقدية - مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص.87.

5- عبد المنعم موسى إراهيم، المرجع السابق، ص.119.

القوانين، وقد سبقت إلى ذلك الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون"⁽¹⁾.

أولاً: مفهوم نظرة الميسرة

يبيّن في هذا العنصر تعريف نظرة الميسرة، ثم نوضح شروط منح نظرة الميسرة.

1- تعريف نظرة الميسرة:

يمكن تعريف نظرة الميسرة بأنها: أجل قضائي يجوز لمنحه للمدين بشروط معينة، وعرفت كذلك بأنها: الحالة التي ينظر القاضي المدين فيها إلى أجل معقول للوفاء بالتزامه إذا استدعت حالته ذلك.⁽²⁾

ينبغي أن نشير في هذا الصدد إلى أنّ الأجل الذي تنصّب عليه دراستنا هو الأجل الذي يكون مصدره القضاء⁽³⁾، الذي نظمته المشرع الجزائري في عدة نصوص قانونية من بينها نص المادة 2/119 من ق.م.ج التي تنص: "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف..."

كذلك تنص المادة 210 من ق.م.ج بأنه: "إذا تبين...عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلّ الأجل...".

كما تقضي المادة 2/281 من ق.م.ج بما يلي: "...غير أنه يجوز للقضاة نظراً لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية، أن يمنحوا أجلاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة".

2- شروط منح المدين نظرة الميسرة:

إنّ منح المدين نظرة الميسرة، لتمكينه من تنفيذ الالتزام التعاقدية المطلوب منه، لا يكون إلا وفق شروط وضوابط محددة نوضحها فيما يأتي:

أ- أن تستدعي حالة المدين منحه الأجل القضائي:

بمعنى أن يكون المدين حسن النية في الوفاء، وعنده مال يكفي للوفاء بالتزامه لكن ليس تحت يده وقت الوفاء، وليس في مقدوره تديره كأن يتعدّر عليه بيع عقارات أو منقولات فيطلب مهلة حتى يتسّع له الوقت للتصرّف فيها، أو يكون له موارد لم ترد مواعيد استحقاقها فيطلب الأجل القضائي إلى حين الحصول عليها، ولا يجوز منح الأجل إذا كان المدين معسراً بصفة دائمة، إذ لا جدوى من منحه هذه النظرة⁽⁴⁾.

1- سورة البقرة، الآية. 380.

2- أنظر: بوكاش محمد، المرجع السابق، ص.375.

3- ينقسم الأجل إلى عدة أنواع، فمن حيث الأثر ينقسم إلى أجل واقف وأجل فاسخ، ومن حيث المصدر إلى أجل قانوني وأجل اتفاقي وأجل قضائي، راجع في ذلك: بن شني حميد، المرجع السابق، ص.99.

4- فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.484.

ب- أن لا يصيب الدائن من هذا التأجيل ضرراً جسيماً:

كأن يكون الدائن معولاً على الدين في إبرام صفقة يعود فواتها عليه بضرر جسيم، أو ليفي المدين مَهلة إذا كان يلحق الدائن من جزاء التأجيل ضرر جسيم، إذ أنّ مصلحة الدائن هنا أولى بالرعاية، وليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن⁽¹⁾، وينبغي الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط كما فعل ذلك المشرع المصري في نص المادة 3/346 من ق.م.م.⁽²⁾

ج- أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلاً معقولاً:

حيث يقاس الأجل بقدر ما هو ضروري ليتمكن المدين من الوفاء بالتزامه⁽³⁾. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين آجالاً متعاقبة لا أجل واحداً، بأن يقسط الدين على أقساط يلاحظ في مواعيدها ومقاديرها قدرة المدين على الوفاء⁽⁴⁾.

ويبقى للقاضي السلطة التقديرية هذه المهلة على أن لا تزيد عن سنة واحدة استناداً إلى ما جاء في أحكام المادة 281 ق.م.ج.

د- ألا يقوم مانع قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة:

لا شك أنّ القاضي لا يمارس سلطته التقديرية في منح نظرة الميسرة إلا وفقاً لما تقرره النصوص القانونية، فلا يجوز له في أيّ حال من الأحوال إعمال هذه السلطة إذا كان المشرع نص على هذا المنع، ومن أمثلة ذلك ما ورد في المادة 464 من ق.ت.ج التي جاء فيها ما يلي: "... ولا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون"⁽⁵⁾.

ثانياً: مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة

يتدخل القاضي لتحديد الأجل أو منح نظرة الميسرة، في حالة ما إذا تعلّق الأمر بإحلال أحد المتعاقدين بالتزامه فيبادر الطرف الآخر إلى طلب الفسخ فيتدخل القاضي قبل حكمه بالفسخ فيمهّل المدين مدة معينة للوفاء، وكذلك يتدخل القاضي لمنح نظرة الميسرة بمناسبة وجود خلاف أثناء دعوى التنفيذ، لذا نتناول دراسة هذه الحالات وفقاً لما يلي:

1- سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة الفسخ:

بمقتضى نص المادة 119 من ق.م.ج سالف الذكر، يتضح أنّ القاضي يملك سلطة تقديرية واسعة وهو يفصل في دعوى الفسخ التي تهدف إلى حل الرابطة العقدية، والافتراض هنا هو وجود أجل متفق عليه سلفاً بين المتعاقدين

1- أنظر: بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 377.

2- تنص المادة 2/346 من ق.م.م على أنه: "يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص قانوني أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

3- ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 12 جانفي 200، قرار رقم 212782، (قضية و.ع.آ ضد ش.ج.ت) م.ق.ع. 1، سنة 2001، ص. 114.

4- بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 377.

5- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، تضمن القانون التجاري، ج.رج.ج. عدد 101، صادر في 19/12/1975، معدّل ومتمم.

للتنفيذ، فيحلّ الأجل المتفق عليه دون قيام أحدهما بتنفيذ التزامه، مما يحوّل الطرف الآخر حق طلب فسخ الاتفاق بينهما، والغرض هنا هو أن القاضي المختص بنظر المنازعة قد تحقق من توافر جميع شروط الفسخ المقررة قانوناً⁽¹⁾، عندئذ تثبت له السلطة التقديرية المرجحة فيكون من حقه اتخاذ القرار الذي يراه ملائماً باختيار الحل الذي يقدره من بين عدة حلول⁽²⁾، أما قبول طلب الفسخ أو رفضه أو إقرار محلة وفاء للمدين، أو منح تعويض للدائن مع إعفاء المدين من التنفيذ⁽³⁾.

باستعمال القاضي هذه السلطة المتمثلة في منح المدين أجلاً جديداً، يكون قد تدخل في نطاق العقد بالتعديل الذي ينصب على مدة التنفيذ المتفق عليها في العقد وذلك بمدها. وهذه السلطة لا رقابة عليه فيها من قبل المحكمة العليا وذلك إلى الوقت الذي يراه مناسباً وبحسب ما تقتضيه الظروف التي يقدرها بنفسه⁽⁴⁾.

2- سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى التنفيذ:

إنّ الأجل الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ هو الذي جاءت به المادة 2/281 ق.م.ج، حيث يرى بعض الفقه أنّ الأجل الممنوح من قبل القاضي في هذه الحالة أساسه هو اعتبارات العدالة، حيث أنّ المقصود به هو التخفيف من قسوة قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وبذلك كان هذا الأجل استثناء من هذه القاعدة، لذا فلقد وضع له القانون عدّة شروط بموجبها يستطيع القاضي أن يمنح المدين أجلاً أو آجلاً متعاقبة بشرط عدم وجود النصّ المانع في القانون وبشرط أن تستدعي حالة المدين منحه هذا الأجل، و ألا يلحق الدائن من هذا الأجل ضرر جسيم⁽⁵⁾.

1- يشترط لوقوع الفسخ توافر ثلاثة شروط، أحدها يتعلق بالعقد المراد فسخه وهو أن يكون من العقود التبادلية، والثاني خاص بطلب الفسخ وهو ألا يكون مقصراً في تنفيذ التزاماته وقادر على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، والثالث خاص بالطرف الآخر في العقد وهو أن يكون قد تخلف عن تنفيذ التزامه. أنظر: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، 274.

2- أنظر بن شنتي حميد، المرجع السابق، ص. 104.

3- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 43.

4- بن شنتي حميد، المرجع السابق، ص. 104.

5- بوكاش محمد، المرجع السابق، ص. 382.

إنّ أساس التعاقد هو إرادة المتعاقدين، فللإرادة الحقّ في إبرام ما تشاء من عقود غير متقيّدة في ذلك بأنواع العقود التي نظّمها المشرّع في القانون، التي يطلق عليها بالعقود المسماة، إذ أنّ مجرد تطابق إرادتي العاقدين تكفي لإنشاء العقد، أيّا كانت طريقة التعبير عنها.

فضلا عن ذلك، للإرادة الحزّية في تحديد آثار العقد ولا تتقيّد بالآثار التي يريتها المشرّع على عقد من العقود فقط، إنّما يكون ذلك بما لها من سلطان الحزّية في تضيق هذه الآثار أو توسيعها؛ لأنّ الفرد حرّ في أن يتعاقد وفقا لم يريد وبالشروط التي يرتضيها، وعليه يصبح العقد ملزما للمتعاقدين لا يجوز لأيّ طرف التخلّل من الرابطة العقدية إلاّ برضاء الطرف الآخر، أو حسب ما يقرّره القانون.

على الرغم من الدور الذي تتمتع به الإرادة في مجال التعاقد باعتبارها جوهر العقد وأساسه، إلاّ أنّه هناك قيود عديدة يفرضها التشريع على كلّ المراحل التي يمرّ بها العقد، فمن جانب حريّة الأطراف في التعاقد يتّضح أنّه وردت استثناءات على مبدأ الرضائية، حيث استوجب المشرّع الشكليّة في بعض العقود واعتبرها ركنا للانعقاد كما يتجلّى ذلك في التصرفات الواردة على العقار، كما ظهرت فكرة الإجماع على التعاقد، حيث لا يكون فيها المتعاقد حرّا في اختيار المتعاقد الآخر، بل أنّه يلزم بالتعاقد مع طرف أو جهة معيّنة محدّدة من السلطة العامّة.

أمّا بالنسبة للقيود الواردة على حريّة الأطراف في تحديد آثار العقد، فإنّها تجسّدت من خلال ظهور عقود الإذعان التي تطغى فيها إرادة الطرف القوي على إرادة الطرف الضعيف المدّعن، بفرض شروطه للمحتوى التعاقدية دون مناقشة له، وبالتالي أصبحت الإرادة مقيّدة من قبل المتعاقد القوي نتيجة احتكاره سلعة أو خدمة ضروريّة.

ضف إلى ذلك، إنّ تطوّر فكرة النظام العام والآداب العامّة في مختلف التشريعات نتج عنها قيود في مجال التعاقد، أي ليس للإرادة أن تنشأ عقدا سببه أو محله يخالف النظام العام أو الآداب العامّة، فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود يكونا قد عرضا العقد للبطلان.

إنّ المشرّع لاعتبارات العدالة الاجتماعية وتحقيق التوازن في العلاقة العقدية، سعى إلى فرض التزامات جديدة على عاتق أحد المتعاقدين، كالالتزام بالإعلام الذي يستند إلى مبدأ حسن النية في العقود هذا من جهة، ومن جهة أخرى منح القاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد وفقا للحالة المفروضة كلّما توقّرت شروطها القانونية، وجعل اتفاق الأطراف على خلاف ذلك من النظام العام.

من خلال ما تمّ التوصل إليه من نتائج على ضوء هذا البحث نتقدّم بالاقترحات الآتية:

خاتمة

- صياغة المشرع لنص قانوني يتضمن تعريفا لمبدأ سلطان الإرادة حتى يتفق مع الطرح الثري الذي تناوله الفقه في هذا الخصوص.
- كون مبدأ حسن التية في العقود من إيجاد الفقه والقضاء، نقتح على المشرع تخصيص قواعد خاصة لهذا المبدأ، وعدم الاعتماد على اجتهادات الفقه والقضاء في هذه المسألة، التي أصبحت جوهرًا لمعظم المعاملات التعاقدية.
- في مجال الحماية التشريعية، يجب بسط حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في كافة العقود، حيث أن المشرع اقتصر الحماية على عقود الإذعان، في حين أنه ليست كل العلاقات التعاقدية إذعانا.
- نقتح على المشرع أن يضع نظاما خاصا للالتزام بالإعلام، كما فعل بالنسبة لنظرية عيوب الإرادة، ولا يكفي في شأن ذلك بالتصوص المتفرقة.
- نظرا أن العنصر النفسي للاستغلال لدى المشرع الجزائري ينحصر في حالتين، وهما الطيش البين والهوى الجامع، فهذا الأمر لا يحقق مقصد توفير العدل، لذا نقتح تعديل نص المادة 90 من ق.م.ج لتشمل الحماية حالات أخرى، كعدم الخبرة وحالة الحاجة، وضعف الإدراك.
- ندعو المشرع الجزائري إلى ضرورة إسقاط عمومية الطرف الطارئ، ليترك القاضي بعدها يكتيف كل حالة على حدى وفقا للسلطة التقديرية المخولة له، سواء بإنقاص أو زيادة الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد. ونقتح أن يكون نص المادة 3/107 من ق.م.ج كفقرة ثابتة للمادة 106 المتعلقة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث تكون بذلك استثناء عن الأصل.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللّغة العربيّة

- الكتب

1. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامّة للالتزام- مصادر الالتزام- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
2. _____، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2005.
3. العربي بلحاج، النظرية العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني- العقد والإرادة المنفردة- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
4. جاك غستان، ترجمة: منصور القاضي، المطول في القانون المدني- تكوين العقد- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000.
5. جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
6. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامّة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار وئلل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
7. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدتية- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار الفكر الجامعي، 2007.
8. خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
9. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدّمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1992.
10. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الرابع: أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، إيرن للطباعة، مصر، 1992.
11. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام- العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون- د.د. ن، الإسكندرية، 2000.
12. صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، لبنان، 1964.

13. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
14. عبد المنعم فرج الصّدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974.
15. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود- دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
16. علي فيلاي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد- موفم للنشر، الجزائر، 2010.
17. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون- منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
18. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد- دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي القانون الوضعي- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
19. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
20. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
21. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري- دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
22. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول: حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
23. محمد حسن منصور، مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة- الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.
24. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للنشر والتوزيع، 1998.
25. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة- الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009.
26. محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، الطبعة الثالثة، مطبعة زهران، مصر، 1987.
27. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود- دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007.

28. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي- دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
29. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني- دراسة موازية بالفقہ الإسلامي والمداومة المدنية العربية- الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
30. محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني- دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
31. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك- دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
32. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثانية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.
33. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها- دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي- دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
34. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
35. نرمين محمد محمود الصبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، د.د.ن، 2002.
36. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام- نظرية العقد- دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

- الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- الرسائل الجامعية

1. بن شنتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم والإدارية، جامعة الجزائر، 1996.
2. بوكاش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012.
3. نساح فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.

ب- المذكرات الجامعية

1. خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1987.
2. دحماني لطيفة، الشككية في مادة العقود المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003.
3. بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008.
4. خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008.
5. سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك- دراسة مقارنة- شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008.
6. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها- دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008.
7. لبتان فريدة، مبدأ حسن النية في التعاقد، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
8. مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
9. بسلام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود - دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.
10. دوايدي مخلوف، الشرط الجزائي في النظام القانوني الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2011.
11. قرية رضا، سلطة القاضي في تقدير التعويض - دراسة في إطار المسؤولية العقدية- مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.

- المقالات

1. محمد رشيد قتباني، " نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 02، المملكة العربية السعودية، 1988، ص.ص. 121- 243.

2. غازي أبو عرابي، " سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني"، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، العدد01، الأردن، 1998، ص.ص.121-343.
3. ذنوت يوسف صالح، إبراهيم عنتر، " التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد05، العراق، 2002، ص.ص.38-63.
4. رباحي أحمد، " أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد05، جامعة الشلف، 2008، ص.ص.334-338.
5. عبد الله لينده، " طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، جامعة تيزي وزو، 2008، ص.ص.148-169.
6. سلطان عبد الله محمود، " الدفع بالتزام العام وأثاره"، مجلة الزافدين للحقوق، العدد 43، العراق، 2010، ص.ص.85-109.
7. جواد كاظم جواد سميسم، " فكرة جوهر الالتزام العقدي"، مجلة الكلية الإسلامية، جامعة النجف، العدد19، العراق، 2012، ص.ص.451-491.
8. سليمان خلف الحميد، " أثر الغبن في المعوضات المالية"، مجلة مداد الأدب، العدد 03، العراق، 2012، ص.ص.370-440.
9. محمود فياض، " مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، العدد54، الإمارات العربية المتحدة، أبريل 2013، ص.ص.223-264.
10. براهمي سهام، " فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية"، مجلة الشريعة والقانون، العدد55، الإمارات العربية المتحدة، جويلية 2013، ص.ص.337-398.
11. نسير رفيق، " الإرادة في التصرفات القانونية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد01، جامعة تيزي وزو، 2013، ص.ص.304-342.

- التصوص القانوني

أ- التصوص التشريعي

1. أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.رج.ج. عدد78، صادر في 1975/10/30، معدّل وتم.

قائمة المراجع

2. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 29 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.رج.ج. عدد101، صادر في 19/12/1975، معدّل و ممتّم.
3. أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السّجل العقاري، ج.رج.ج. عدد92، صادر في 18/11/1975، معدّل وميّم.
4. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.رج.ج. عدد24، صادر في 12/06/1984، معدّل ومتمّم .
5. قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلّق بعلاقات العمل، ج.رج.ج. عدد17، صادر في 25/04/1990، معدّل ومتمّم.
6. قانون رقم 91-11 مؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدّد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.رج.ج. عدد21، صادر في 08/05/1991، معدّل ومتمّم.
7. مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 01 مارس 1993، يتعلّق بالنشاط العقاري، ج.رج.ج. عدد14، صادر في 03/03/1993، معدّل ومتمّم.
8. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلّق بالتأمينات، ج.رج.ج. عدد13، صادر في 08/03/1995، معدّل ومتمّم.
9. - أمر رقم 97-06 مؤرخ في 21 جانفي 1997، يتعلّق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، ج.رج.ج. عدد06، صادر في 21/01/1997.
10. قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.رج.ج. عدد41 صادر في 27/06/2004، معدّل و ممتّم.
11. قانون رقم 05-12 مؤرخ في 4 سبتمبر 2005، يتضمن قانون المياه، ج.رج.ج. عدد92، صادر في 04/09/2004، معدّل ومتمّم.
12. قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلّق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.رج.ج. عدد15، صادر في 08/03/2009، معدّل ومتمّم.

ب- التّصوص التنظيمية

- مرسوم تنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، يتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات، ج.رج.ج. عدد 40، صادر في 19/09/1990.

- القرارات القضائية

1. المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 996994 مؤرخ في 10 أكتوبر 1993، (قضية د.ج. ضد م.ش.ب.ع.ب.)، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1990.
2. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 19449 مؤرخ في 8 ديسمبر 1993، (قضية م.أ. ضد د.و.ت.)، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 1997.
3. المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 182360 مؤرخ في 28 أكتوبر 1998، (قضية ش.ب. ضد و.ت.ج.)، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1999.
4. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 206796 مؤرخ في 12 جانفي 2000، (قضية أم. ضد ش.أ.م.ت.ن.)، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2001.
5. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 212782 مؤرخ في 12 جانفي 2000 (قضية و.ع. ضد ش.ج.ت.غ.م.)، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 2001.
6. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 245195 مؤرخ في 12 سبتمبر 2000 (قضية أ.ع. ضد ش.ج.)، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2001.

- التوثيق الإلكتروني

1. منير البصري، أحمد المنصور، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور على الرابط:
<http://droit.civil.Over-blog.Com/article-5145525>
تم الإطلاع عليه يوم: 2014/05/07.
2. القانون المدني المصري
www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=205494.
تم الإطلاع عليه يوم: 2014/06/08.
3. -<http://www.playmendroit.free.fr>, droit des contrats, la force obligatoire du contrat.
htm, vue le 05/04/2014.

ثانياً: باللغة الفرنسية

_Ouvrages

1. FLOUR Jacques, LUCAUBERT Jean, SAVAUXE Ric, Les obligations, l'acte juridique, 9^{ème} édition, Dalloz, paris, 2000.
2. JAMIN Christophe, Les solidarisme contractuel : un regard franco- québécois, éditions Thémis, canada, 2005.
3. GRYNBAUM Luc, NICOD Marc, Le solidarisme contractuel, economica, 18^{ème} édition, paris, 2004.

_ Thèses

GHISLAIN Tabi tabi, Les nouveaux instruments de gestion du processus contractuel, thèse de doctorat en droit, faculté de droit université Laval, Québec, 2011.

_ site internet

1. MOREAU Louis de bellaing, Le solidarisme et ses commentaires actuels, université de cean.
In :[http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/26/moreau, de bellaing.pdf-478f34d71 f 640/moreau de bellaing .pdf](http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/26/moreau_de_bellaing.pdf-478f34d71f640/moreau_de_bellaing.pdf), vue le: 27/05/2014.
2. Code civil français
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichcode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140512>.

1	مقدمة.....
4	الفصل الأول: أصل مبدأ سلطان الإرادة.....
5	المبحث الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة.....
5	المطلب الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة.....
5	الفرع الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة.....
5	أولاً: تعريف مبدأ سلطان الإرادة.....
6	ثانياً: خصائص مبدأ سلطان الإرادة.....
6	1- حرية الشخص في التعاقد.....
6	2- عدم تعارض حرية التعاقد مع حرية الآخرين.....
6	3- التور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والالتزام.....
7	الفرع الثاني: أساس مبدأ سلطان الإرادة.....
7	أولاً: الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة.....
7	1- مبدأ سلطان الإرادة و الحرية الطبيعية للإنسان.....
8	2- مبدأ سلطان الإرادة و العقد الاجتماعي.....
9	ثانياً: الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة.....
9	1- مبدأ سلطان الإرادة و الحرية الاقتصادية.....
9	2- مبدأ سلطان الإرادة و المنفعة الاجتماعية.....
10	ثالثاً: الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة.....
10	1- القانون القديم.....
10	أ- القانون الروماني.....
11	ب- القانون الكنسي.....
11	2- القانون الحديث.....

12.....	المطلب الثاني: نطاق مبدأ سلطان الإرادة.....
12.....	الفرع الأول: من حيث تكوين العقد.....
12	أولاً: مبدأ الرضاية.....
13.....	ثانياً: الحرية في تحديد مضمون العقد.....
13.....	1- بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد.....
14	2- الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية.....
14.....	الفرع الثاني: من حيث أثار العقد (الحرية في تحديد أثار العقد).....
15.....	أولاً: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.....
15.....	1- معنى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.....
15.....	2- النتائج المترتبة عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.....
15.....	أ- خضوع الأطراف لسلطان العقد.....
17	ب- القوة الملزمة للعقد بالنسبة للمتعاقدين.....
17.....	ثانياً: مبدأ الأثر النسبي للعقد.....
17.....	1- انصراف أثار العقد إلى المتعاقدين.....
17.....	أ- الخلف العام.....
18	ب- الخلف الخاص.....
19	2- انصراف أثار العقد إلى الغير بالراداة المتعاقدين.....
20.....	أ- التعهد عن الغير.....
21.....	ب- الاشتراط لمصلحة الغير.....
23	المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة.....
23.....	المطلب الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد.....
23	الفرع الأول: الشكلية كقيد على مبدأ سلطان الإرادة.....

23	أولاً: الشكائية المتطلّبة لانعقاد العقد.....
24	1- الشكائية الرسمية في العقد.....
24	2- الشكائية العرفية في العقد.....
25	ثانياً: الشكائية غير المتطلّبة لانعقاد العقد.....
25	1- اشتراط الكتابة للإثبات.....
25	2- اشتراط الشهر في بعض العقود.....
26	الفرع الثاني: الإجمار على التعاقد كقيد على مبدأ سلطان الإرادة.....
26	أولاً: الإجمار على التعاقد في نطاق الملكية.....
27	1- حق المجرى.....
27	2- حق المرور.....
27	3- الشفعة.....
28	ثانياً: نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة.....
29	المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد.....
29	الفرع الأول: عقود الإذعان كقيد على مبدأ سلطان الإرادة.....
29	أولاً: تعريف عقود الإذعان.....
30	ثانياً: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان.....
30	1- عقد الإذعان مركز قانوني منظم.....
30	2- عقد الإذعان علاقة عقدية.....
31	ثالثاً: خصائص عقود الإذعان.....
31	الفرع الثاني: فكرة النظام العام و الآداب العامة كقيد على مبدأ سلطان الإرادة.....
32	أولاً: المقصود بالنظام العام و الآداب العامة.....
32	1- تعريف النظام العام و الآداب العامة.....

33.....	2- مجال النظام العام.....
33.....	أ- المفهوم التقليدي.....
33.....	ب- المفهوم الحديث.....
33.....	3- مصادر النظام العام.....
33.....	أ- النظام العام التشريعي.....
34.....	ب- النظام العام القضائي.....
34.....	ثانياً: مظاهر تقييد الإرادة بفكرة النظام العام.....
34.....	1- تقييد المشرع لحرية إبرام العقد.....
35.....	2- تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد.....
37.....	الفصل الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة في ظلّ ظهور فكرة التضامن التعاقدي.....
38.....	المبحث الأول: فكرة التضامن التعاقدي كأساس للعقد.....
38.....	المطلب الأول: مضمون فكرة التضامن التعاقدي.....
38.....	الفرع الأول: نشأة فكرة التضامن التعاقدي.....
39.....	الفرع الثاني: البحث عن تعريف لفكرة التضامن التعاقدي في قانون العقود.....
39.....	أولاً: التوجهات التضامنية في القانون.....
39.....	1- أصول الفقه التضامني.....
39.....	2- الفقه التضامني الفرنسي المعاصر.....
40.....	ثانياً: تعريف فكرة التضامن التعاقدي في قانون العقود.....
40.....	الفرع الثالث: المبادئ التي تقوم عليها فكرة التضامن التعاقدي.....
40.....	أولاً: العقد و المبدأ التعاقدي.....
41.....	ثانياً: شبه العقد و الدين الاجتماعي.....
41.....	ثالثاً: دولة متضامنة.....

42.....	المطلب الثاني: مبدأ حسن النية كظهر لفكرة التضامن التعاقدى.
42.....	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية.
42.....	أولاً: تعريف مبدأ حسن النية.
43.....	1- التعريف الفقهي القانوني.
43.....	2- حسن النية في ظلّ الشريعة الإسلامية.
44.....	ثانياً: صور مبدأ حسن النية.
44.....	1- واجب الصدق.
44.....	2- واجب التعاون.
45.....	ثالثاً: معايير تقدير مبدأ حسن النية.
45.....	1- المعيار الذاتي.
45.....	2- المعيار الموضوعي.
46.....	الفرع الثاني: التدخّل الإيجابي لمبدأ حسن النية.
46.....	أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام.
47.....	ثانياً: طبيعة الالتزام بالإعلام.
48.....	ثالثاً: صور الالتزام بالإعلام.
48.....	1- الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى.
48.....	2- الالتزام التعاقدى بالإعلام.
50.....	المبحث الثاني: إعادة توازن العقد.
50.....	المطلب الأول: تدخّل القاضي لتعديل العقد في مرحلة إنشائه.
50.....	الفرع الأول: تدخّل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن و الاستغلال.
50.....	أولاً: تدخّل القاضي لتعديل العقد بسبب الغبن.
51.....	ثانياً: تدخّل القاضي لتعديل العقد بسبب الاستغلال.

52	1- المقصود بالاستغلال.....
52	أ- تعريف الاستغلال.....
52	ب- عناصر الاستغلال.....
52	2- مدى سلطة القاضي في تعديل العقد لرفع الاستغلال.....
53	أ- دعوى الإبطال.....
53	ب- دعوى الإنقاص.....
53	الفرع الثاني: تدخّل القاضي لتعديل الشّروط التّعسّفية في عقد الإذعان.....
53	أولاً: مفهوم الشّروط التّعسّفي.....
54	1- تعريف الشّروط التّعسّفي.....
54	2- عناصر الشّروط التّعسّفي.....
54	أ- أن يكون مجال الشّروط التّعسّفي عقد إذعان.....
55	ب- الميزة المفرطة.....
55	ج- أن يكون الشّروط سببا في الاختلال الظّاهر لتوازن العقد.....
55	ثانياً: مدى سلطة القاضي إزاء الشّروط التّعسّفية في عقد الإذعان.....
55	1- سلطة القاضي في تعديل الشّروط التّعسّفي (إزالة وصف التّعسف).....
56	2- سلطة القاضي في إلغاء الشّروط التّعسّفي (إعفاء الطّرف المدّعن).....
56	المطلب الثاني: تدخّل القاضي لتعديل العقد في مرحلة تنفيذه.....
57	الفرع الأول: تدخّل القاضي لتعديل العقد في حالة الطّروف الطّارئة.....
57	أولاً: مفهوم الطّروف الطّارئة.....
57	1- تعريف الطّروف الطّارئة.....
57	2- شروط تطبيق نظرية الطّروف الطّارئة.....
57	أ- أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ.....

58	ب- حدوث طارئ ليس في الوسع توقّعه.....
58	ثانياً: وسائل القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطّارئة.....
58	1- سلطة القاضي في إنقاص الالتزام المرهق.....
59	2- سلطة القاضي في زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق.....
59	3- سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقد مؤقتاً.....
60	الفرع الثاني: تدخّل القاضي لتعديل العقد في نطاق الشرط الجزائي.....
60	أولاً: مفهوم الشرط الجزائي.....
60	1- تعريف الشرط الجزائي.....
61	2- شروط استحقاق الشرط الجزائي.....
61	أ- الخطأ.....
61	ب- الضرر.....
61	ج- العلاقة السببية.....
62	د- الإعذار.....
62	ثانياً: مظاهر سلطة القاضي في تعديل الشرط.....
62	1- سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي.....
63	2- سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي.....
63	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل الآجال و منح نظرة الميسرة.....
64	أولاً: مفهوم نظرة الميسرة.....
64	1- تعريف نظرة الميسرة.....
64	2- شروط منح المدين نظرة الميسرة.....
64	أ- أن تستدعي حالة المدين منحه الأجل القضائي.....
65	ب- ألاّ يصيب الدائن هذا التأجيل ضرراً جسيماً.....

65.....	ج- أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلا معقولا.....
65.....	د- ألا يقوم مانع قانوني يمنع من منح نظرة الميسرة.....
65.....	ثانيا: مدى سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة.....
65.....	1- سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة الفسخ.....
66.....	2- سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة بمناسبة دعوى تنفيذ.....
67.....	خاتمة.....
69.....	قائمة المراجع.....
77.....	الفهرس.....