وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المرجع: .....
قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تفعيل مبدأ سلطان الارادة أمام تدخل المشرع في العقود المسماة

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب:
بورزاق عدنان عبد القادر

تحت إشراف الأستاذ:
جيلالي بلحاج

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ (ة):	بن عوالي علي	(أستاذ محاضرا)	رئيسا
الأستاذ (ة):	بلحاج جيلالي	(أستاذ محاضرا)	مشرفا مقررا
الأستاذ (ة):	بن عودة بن يوسف	(أستاذ محاضرا)	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022
نوقشت في: 2023/10/10

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

الحمد لله الذي يدوم والصلاة والسلام على نبي الله محمد (ص)

أهدي عملي هذا إلى والدتي التي رعتني حق الرعاية وكانت سندي في الشدائد

وإلى الذي حثني على العلم والمعرفة ويبقى من يسيطر على أذهاننا

في كل مشوار نسلكه والدي العزيز

إلى كل عائلتي وخاصة خطيبتي وأخي وأخواتي وكل أصدقائي.

ولا نبغي أن أنسى بالذكر كل أساتذتي وأسرة المحاماة.

أهدي لكم بحث تخرجي هذا داعيا من الله عز وجل أن يطيل أعماركم ويرزقكم بالخيرات

الحمد لله الذي وفقني في إنجاز هذا العمل المتواضع

وما توفقت إلا به عليه توكلت وعليه فليتوكل

المتوكلون، فمن باب من لم يشكر الناس لم يشكر الله عز وجل

وأود أن أتقدم بأعز وأحر تشكري

إلى الأستاذ المشرف " جيلالي بلحاج"

كما أشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث من

قريب أو من بعيد ولو بكلمة طيبة أو ابتسامة صادقة.

شكرا.

قائمة المختصرات:

الرمز	الاسم كاملا
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ط	طبعة
ج	جزء
م	مادة
ج.ر.ج.ج	جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية
ص	صفحة

مقدمة

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

نظرا للتطورات التي شهدها المجتمع أظهر هشاشة هذه القاعدة ولذلك لم يكتب له النجاح في مواصلة مسيرته وبدأ يشهد نوع التحول ذلك لأنه فشل نوعا ما في تحقيق غايات المجتمع.

كان لمبدأ سلطان الإرادة فاعلية في مرحلة تكوين العقد، سواء في الفترة السابقة على التعاقد أو في فترة إنشاء العقد، فيعد الركيزة الأساسية في إبرام العقد التي تبنى عليها المعاملات وإرادة الفرد هي مصدر جميع الحقوق والواجبات، غير أن هذا المبدأ ما لبث أن انتكس وتراجع بفعل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي مس مختلف المجتمعات، كما لظهور المذهب الاشتراكي بحلول القرن العشرين (20) دور في هذا الانتكاس، مما أظهر هشاشة مبدأ سلطان الإرادة.

فيراعي هذا المذهب مصلحة الجماعة حتى لو كان ذلك على حساب الأفراد، فالفرد لم يعد حر في التعاقد، حيث أصبحت هذه الحرية مقيدة بفعل تدخل المشرع وذلك بوضع قواعد آمرة واجبة الإتباع في معظم جوانب تنظيم العقد، علاوة على ذلك مقتضيات النظام العام واقتضاء الشكلية فهي من أبرز القيود التي تحيط بهذه الحرية.

يعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ القانونية التي منحت للمتعاقدين حرية اختيار إبرام العقود وترتيب أثارها، وجعل العقد شريعة المتعاقدين، وهو مبدأ يقوم على أساسين الأساس الأول هو الحرية، والأساس الثاني هو المساواة، فالحرية تعتبر أساس النشاط الذي يظهر في الإرادة التي تنشئ العقد وتحدد أثاره، وتختار من المصالح التي تلائمها ما تشاء ثم القانون بعد ذلك يأتي مكملا.

إن مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ أساسي في القانون الخاص الذي يعكس حرية الأطراف في تحديد شروط وأحكام العقود التي يبرمونها، وفقا لهذا المبدأ يفترض أن الأطراف في العقد تتمتع بحرية كاملة في تحديد شروط العقد وأن تدخل القانون يجب أن يكون محدودا. ومع

ذلك يشهد القانون الحديث تدخلا متزايدا للمشرع في العقود الخاصة، وخاصة فيما يتعلق بالعقود المسماة، تعد هذه الأخيرة تلك التي يحددها القانون بشكل صريح وتحد من حرية الأطراف في تحديد شروطها.

تراجع مبدأ سلطان الإرادة يعني أن القانون يمارس تدخلا أكبر في تنظيم وتحكيم شروط العقود الخاصة، هذا التدخل يمكن أن يكون لعدة أسباب بما في ذلك حماية الأطراف الضعيفة في بعض الحالات، يتدخل المشرع لحمايتها في العقد كالمستهلكين أو العمال وقد يتم تحديد شروط العقود المسماة بشكل مناسب للحفاظ على التوازن بين الأطراف وتنظيم القطاعات الحيوية، كما يتدخل المشرع في العقود الخاصة لتعزيز العدالة الاجتماعية.

يجب أن يتم توازن تدخل المشرع مع حماية حقوق الأطراف في العقود، وضمان أنه لا يقيد الحرية الشخصية والاقتصادية بشكل غير مبرر، قد يتطلب ذلك تقييما دقيقا لمدى تأثير هذا التدخل على حرية الأطراف والتزامه بمبادئ العدالة والمساواة، وفيما يتعلق بالمساواة القانونية فهي التي تحقق المصلحة العامة، والتي تعتبر مجموع مصالح الأفراد عن طريق إتاحة الفرصة للجميع دون تمييز.

من خلال ذلك فإن حرية التعاقد هي قوام العقود، ومن ثم فهي تقرر قواعد العقد وأحكامه وأصوله، ولكن هذا الأمر ليس مطلقا، بل يوجد اعتبارات تقيد تلك الحرية.

إضافة إلى ذلك فإن العقد ضرورة من ضروريات الحياة الاجتماعية وهو وسيلة لتحقيق الخير العام ولا يمكن التكلم عن العدالة العقدية خارج هذا الاطار وهذا ما أدى إلى انتكاس مبدأ سلطان الارادة وتراجعه، وبذلك أصبح مبدأ سلطان الارادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابت في معظم النظم القانونية.

بتوسع دائرة تدخل الدولة في الأنشطة التي يقوم بها الأفراد، تقلص مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط وتقهقر إلى الوراء، بسب القيود المختلفة التي فرضتها الدولة في مجالات متعددة.

ومن خلال ما سبق يمكن طرح الاشكالية التالية: ما هي حدود تطبيقات مبدأ سلطان الارادة أمام تدخل المشرع في العقود الخاصة (العقود المسماة).

للإجابة عن هذا السؤال قمت بتقسيم هذا البحث إلى فصلين: يتضمن الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ سلطان الإرادة ومرحلة انتكاسه، بدوره يحتوي على مبحثين، خصصنا المبحث الأول لمعرفة المقصود بمبدأ سلطان الإرادة، أما المبحث الثاني فكان حول النتائج والآثار المترتبة على مبدأ سلطان الارادة ومرحلة انتكاسه، وبالنسبة للفصل الثاني فكان يخص تراجع مبدأ سلطان وقيود المشرع، فخصصنا فيه مبحثين، المبحث الأول كان حول تراجع مبدأ سلطان الارادة وتقييده، أما المبحث الثاني فكان عن مضمون العقد بين حرية الارادة وقيود المشرع.

ولقد اعتمدت في هذا البحث على المنهج الوصفي وذلك بغرض التعريف على العناصر المراد دراستها لتسهيل وتسيير فهمها، في حين اعتمدت أيضا على المنهج التحليلي لأن الموضوع ذو طابع إجرائي.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لمبدأ سلطان الإرادة ومرحلة انتكاسه

يعتبر العقد توافق إرادتين وهو من أهم الالتزامات الارادية التي عرفها الإنسان في تاريخه الطويل وقد ازدادت أهميته اثر ظهور المذهب الفردي في القرن الثامن عشر والتاسع عشر هذا المبدأ الذي يقدس الحرية الفردية ويعتبرها الأساس في التعامل الاقتصادي.

وخلال تدخل الدولة في الأنشطة التي يقوم بها الأفراد، انتكس مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط، بسبب القيود المختلفة التي فرضتها الدولة في مجالات متعددة، لكن بالرغم من ذلك فمازال هذا المبدأ يعد من أهم المبادئ القانونية التي منحت المتعاقدين حرية اختيار ابرام العقود وترتيب آثارها. ومن خلال ذلك سنتطرق في المبحث الأول إلى معرفة مبدأ سلطان الإرادة بصفة عامة وتأثير الأفكار الفلسفية والاقتصادية فيه، أما المبحث الثاني فيتضمن النتائج والآثار المترتبة على مبدأ سلطان الارادة ومرحلة انتكاسه.

المبحث الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة

لقد كان لظهور المذهب الفردي خلال القرن الثامن عشر الأثر البالغ في نشأة مبدأ سلطان الإرادة، نظرا لما يتمتع به من حرية للدخول في العلاقات التعاقدية باعتبارها مبدأ القانون، والغاية التي ينتهي إليها، ولذلك ينتهي دور الارادة في إنشاء العقود، وكذا في تحديد آثارها، من خلال هذا المبحث سنتطرق في المطلب الأول إلى مفاهيم حول مبدأ السلطان أما المطلب الثاني فسيكون حول دور المبادئ والأسس الجوهرية للمذهب الفردي في بروز مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الأول: مفاهيم حول مبدأ السلطان

إن تحديد ماهية مبدأ السلطان وحقيقته ثار حولها خالف فقهي شديد، فإذا كان العقد يبنى أساسا على الارادة وما تتمتع به من حرية، فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الارادة ولهذا سوف نقوم بمقصود مبدأ سلطان الارادة.

الفرع 1: نشأة مبدأ سلطان الإرادة

ظهر مبدأ سلطان الارادة مع بداية ظهور الاسلام ونزول الرسالة على النبي صلى الله عليه وسلم ومن ثم وصل مداه بأن جعله الله أساس الدين كله كما جاء في قوله تعالى: " **وَقُلِ الْحَقُّ مِن رَبِّكُمْ فَمَن شَاءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَاءَ فَلْيَكْفُرْ**"[1] ولقوله تعالى: " **لَا إِكرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشدُ مِنَ الغَيِّ فَمَن يَكفُر بالطَّاغُوت وَيُؤمِن بِاللَّهِ فَقَدِ استَمسَكَ بِالعُروَةِ الوُثقَى لَا انفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ**".[2]

ويتضح من خلال الآيات الكريمة أن حرية الانسان هي أساس صحة الايمان بالله عز وجل، ومن ثم فإن بقية التصرفات تكون كذلك لأنها أقل قيمة من الاعتقاد النفسي.

---

[1] من القرآن الكريم، سورة الكهف، الآية 29، ص 148.

[2] من القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 256، ص 02.

وقد مرت الإرادة العقدية بأدوار لم تكن لها فيها سلطان بل كانت مغلولة لا ينظر فيها إلى التراضي الحر الذي جعلته الشريعة الاسلامية دستور التعاقد وأقرت فيه بإرادة المتعاقدين سلطانا محترما في كل ما لا يخل بالمصلحة العامة، فأما من الناحية الأولى فقد جاء التشريع الاسلامي للقضاء على جميع عناصر الإكراه العقدي بالإضافة إلى المراسيم الشكلية، فلم تكن قبل الاسلام أمة ذات تاريخ تشريع وأخيرا حرية العاقدين في إنشاء عقود التخريج عن نطاق العقود المسماة التي قررها التشريع".[1]

لم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى القوانين المستمدة من القانون الروماني إلا بعد تطور طويل خاصة فيما يتعلق بكفاية الارادة في ذاتها لإنشاء التصرف دون ضرورة أن يأتي في شكل أو آخر، ففي القانون الروماني لم يكن لإبرام العقد مجرد توافق الارادتين بل كان لا بد من القيام باتخاذ إجراءات شكلية لكي تنعقد العقود، وسادت هذه الفكرة في القانون الروماني رغم ظهور العقود الرضائية".[2] أي بمعنى لا بد أن يكون هناك الرضا بين الطرفين المتعاقدين.

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

حيث كانت العقود أنذاك تخضع في تكوينها إلى إجراءات ومراسيم وألفاظ يجب أن تتم وفقا لها، ومتى تمت هذه الإجراءات تترتب عليها الآثار التي يحددها القانون، فالعقد كان شكليا يستمد صحته من شكله لا من موضوعه.[3]

لذلك جاءت القاعدة الرومانية في أنه: " إن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقا ولا يولد دعوى " والسبب في ذلك يرجع إلى تلك المرحلة من مراحل تطور الإنسان، إذ

---

[1] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، د–س–ن، 1418 هـ/ 1998 م، ص 540.

[2] محمد صبري السعيدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 45.

[3] محمد صبري السعيدي، المرجع السابق، ص 45.

أن الشعوب البدائية كان يصعب عليها إدراك المعنويات، ولذلك لم يكن القانون الروماني معنيا في بادئ الأمر باعتبارات العدالة، حيث يكون التصرف مشوبا بغلط أو إكراه أو تدليس أو كانت الإرادة معدومة، أو كان الهدف أو الغرض الذي اتجهت إليه الإرادة قد تخلف أو كان في المشروع، ولكنه طبق فكرة الإثراء للتخلص من آثار التصرف الصحيح شكلا والذي يخفي إرادة معيبة وأصبحت هي الدعوى التي يرد بها المدين ما دفع وتسمى (condectio indibiti) وله دعوى يتحرر بها من التزامه إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزاماته وهي (condition sine cause) وتدخل قانون الشعوب لصالح المدين بوسيلة أخرى وهي الدفع بالغش.

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

في نهاية العصر الروماني بدأت تتطور الحضارة واتساع الرقعة الرومانية والتي أدت إلى تطور القانون الروماني، كنتيجة للتقدم الاجتماعي وتعقد سبل الحياة وتقدم الفكر القانوني الذي أظهر أن تلك الشكلية أصبحت عقبة أمام ازدهار الحياة المادية وعائقا لسير المعاملات وتبادل الأموال والمنافع.[2]

إضافة إلى هذا عرفت القرون الوسطى عدة عوامل دينية، سياسية، اقتصادية، اجتماعية، للتخلص التدريجي من شكلية العقود وتتمثل فيما يلي:

- **العامل الديني:** كان الشخص الذي يقدم على القيام بالالتزام نشأ التزامه، وعدم الوفاء به خطيئة، وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الالتزام المدني وقد تم

[1] محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الاسلامية، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 86.

[2] الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 50.

التفسير في نهاية القرن 17 عن طبيعة الالتزام العام على الرضائية وفق مبدأ سلطان الارادة.[1]

- **العوامل السياسية:** وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة وتدخلها شيئا فشيئا في الروابط القانونية بين الأفراد والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق.
- **العوامل الاقتصادية:** بعد أن ازداد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضى الأمر إلى إزالة ما يعوق المبادلات التجارية وأوضاع وأشكال فكانت المحاكم التجارية تقتضي لقواعد العدالة.[2]
- **العوامل الاجتماعية:** لم يعد يسمح للأفراد بالاتفاق أو بالتعاقد على أشياء تخالف النظام العام والآداب العامة فالمصالح العامة تعلوا المصلحة الفردية.[3]

ما يجب الاشارة إليه أن في القرن (18) خلص الفقهاء إلى أن إرادة الانسان هي التي تلزمه وهي التي تحدد مدى التزامه والقانون لا يتدخل في حرية الأفراد، وهكذا كانت مسيرة مبدأ سلطان الارادة في تدرج حيث انطلق من عدم الاعتراف به إلى أن وصل به لإرساء قواعده كمبدأ في مجال العلاقات التعاقدية.

الفرع 2: تعريف مبدأ سلطان الإرادة لغة واصطلاحا

لا يوجد تعريف مباشر لمبدأ سلطان الإرادة، و لذلك نستكشف معناه من الدور الذي تلعبه الإدارة في التعاقد، وكذا من الخصائص التي يتميز بها، فيعرف بعض من الفقه

---

[1] خولة عرعار، مبدأ سلطان الارادة في التحكم التجاري الدولي المؤسساتي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، 2016/2015، ص 15.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الالتزام، 2008/2007، ص 121.

[3] فاضل ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (العقد والاراد المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الاثراء بلا سبب)، د،ط – س.ن، ص 43.

مبدأ سلطان الإرادة على أنه: "إن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته وهي التي تحدد أثاره أيضا كقاعدة، ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدها تلك الإرادة المشتركة".[1]

1. **لغة:**

تعرف الإرادة بأنها: " قوة في النفس تمكن صاحبها من اعتماد أمر ما وتنفيذه، أو هي القدرة في التصميم على بعض الأعمال و التصرفات".[2]

وتأتي الإرادة بمعنى الأمر لقوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾.[3]

وهي أيضا عبارة عن قوة مركبة من شهوة وجعل ايما لنزوع النفس إلى الشيء مع الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو يجعل.[4]

والأصل اللغوي لهاته الكلمة مستمد من المصطلح الفرنسيL'autonomie de la volonté"، وكلمة "Autonomie" تعني" الاستقلال"، غير أن المصطلح يعني في لغة القانون، أن الشخص هو الذي يلتزم بنفسه وبمحض إرادته.[5]

2. **اصطلاحا:**

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 44.

2 جبران مسعود، الرائد (معجم لغوي عصري)، المجلد 1، بيروت، 1978، ص 1.

[3] من القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 185.

[4] محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار الكتاب العربية، بيروت، لبنان، ج 7، 1424، ص 431.

[5] عادل مصطفى بسيوني، التشريع الاسلامي والنظم القانونية الوضعية "دراسة مقارنة"، مجلد 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 133.

تعرف على أنها: "توافق إرادتين لإنشاء العقد وأن إرادة المتعاقدين التي تحدد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد"، أي بمعنى أن هذه الالتزامات ترجع في أصلها الى الإرادة وأن الإرادة وحدها هي التي تحدد ما يترتب عن تلك الالتزامات من أثر قانوني[1].

وتعرف على أنها: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ومن هذا يتبين أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني".[2]

كما عرف سلطان الإرادة بأنه: قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد".

وعرف أيضا: "قدرة الإرادة وحدها على إنشاء ما تشاء من العقود والتصرفات مادامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام والآداب، وأنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد وتحديث آثاره وهي وحدها قادرة على إنهائه".[3]

كما يعرف مبدأ سلطان الإرادة بأن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود دون التقيد بالأنواع التي ينظمها المشرع، وتتمتع أيضا بحرية الدخول في علاقة تعاقدية من عدمه، وكذا في تحديد ما يترتب على العقد من آثار قانونية و تعديلها بعد ترتيبها، وإنهاء العقد بعد إبرامه مادامت تلتزم في ذلك بحدود النظام العام والآداب العامة[4].

يستفاد من كل هذا أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على شقين: أولهما كفاية الإرادة على إنشاء العقد، وثانيهما هو أن الإرادة حرة في تحديد الآثار التي تترتب على العقد.

---

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني والإرادة المنفردة، ج 1، 2001، الجزائر، ص 43.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 44.

[3] عبد الرؤوف دبابش، حملاوي دغيش، المرجع السابق، ص 258.

[4] محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2000، ص 48.

وكما أن هذا المبدأ لم تعرفه الشرائع القديمة كالقانون الروماني أو القانون الكنسي، ولكن أوضحه وثبته المذهب الفردي الذي ساد في القرن السابع عشر وبلغ أوجه في القرن الثامن عشر.[1]

كما يعرف أيضا في القانون على أنه إرادة الانسان يمكن أن تنشأ في مجال التصرف القانوني، والحقوق والمراكز القانونية.[2]

من هذين التعريفين نستطيع أن نستخلص أنه يترتب على مبدأ سلطان الإرادة النتائج التالية:

- الإرادة وحدها تكفي لانعقاد العقد، بمعنى أن الشخص حر من البداية في الإقدام على إبرام العقود مع غيره أو تركها.
- الرضا هو العنصر الجوهري اللازم لإنشاء العقد، وتحديد الالتزامات المترتبة عليه فلا ينبغي أن يتقيد بأي قيد يقلل من حرية العاقد، ففي عقد الإيجار مثلا لإرادة العاقدين الحرية المطلقة في تحديد مدته والأجرة المطلوب دفعها من المستأجر، وهذا يعني أن الإكراه مرفوض بأي صورة من الصور، لأنه يقيد من هذه الحرية أو يعدمها.
- للإرادة الحق في تحديد أثار العقود المسماة وتعديل ،نتائجها، واشتراط ما تشاء من شروط دون قيد، أو حتى إنهاء العقد بالكلية، كما كان لها حق إبرامه.[3]

الفرع 3: نظرية المفهوم المزدوج لمبدأ سلطان الارادة

ويذهب هذا الاتجاه إلى وجوب التمييز بين الحكومة والمجتمع، فالحكومة تتسم وفق هذا الاتجاه بعدم مراعاة المصلحة العامة وعدم احترام حقوق الفرد، باعتبارها هي التي تمسك بزمام السلطة، ويخشى منها أن تدخل في تصادم مع الأفراد، وقد تستبد أثناء ممارستها السلطة، بل وقد تتعسف في تصرفاتها تجاه الأفراد، فيصبح هؤلاء الأفراد ضحايا هذه السلطة، وبالتالي فإن هؤلاء الأفراد ينبغي حمايتهم من تعسف واضطهاد السلطة، وهذا بمنحهم سلطة إرادية في مواجهة الحكومة.

---

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 43.

[2] محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الاسلامية، د.ط، ص 77.

[3] عبد الرؤوف دبابش/ حملاوي دغيش، المرجع السابق، ص 259.

ويعطي أنصار هذا الاتجاه أمثلة لذلك، فيرون بأنه لا يجوز للحكومة نزع الملكية الفردية أو الاستيلاء عليها دون وجه حق، إلا للضرورة التي تقتضيها المصلحة العامة، وأن يكون ذلك تحت رقابة القضاء منعا للتعسف، وينبغي أن يكون تدخل الحكومة في مثل هذه الحالات نادرا، إلا في حالة عدم وجود بديل عن هذا الاستيلاء، فإذا انعدم البديل، وتوفرت حالة الضرورة أمكن إعمال هذه الاستيلاء، ولكن تلتزم الحكومة بالتعويض مقابل ذلك بما لا يقل عن سعر المثل، وهو السعر الذي يتعامل به الفرد فيما لو اتجهت إرادته إلى البيع أو الشراء، أما عند الاستيلاء على أرضه فيتم ذلك رغما عنه، وحتى لا يضار من هذا التصرف الصادر عن الحكومة، ينبغي ألا يكون التعويض أقل من ثمن المثل.[1]

وبالمثل لا يجوز للحكومة أن تصدر قوانين من شأنها تقييد الحريات الشخصية أو حرية الفكر أو العقيدة، أو تحد من حرية الفرد في التصرف، أو إجراء المعاملات، أو تحديد آثارها إلا بالقدر الذي لا يمس بحقوق وحريات الأفراد، ولأن عدم تقييد نشاط الحكومة تجاه الأفراد هو سبب البلاء، وهو الخطر الأكبر على الحرية التعاقدية، والأكثر مساسا بإرادة الأفراد فيما لو ترك الأمر على حاله، لأن الحكام هم الطرف القوي الذي يخشى منه على الإرادة الفردية[2].

ويرى أنصار هذه النظرية، أنه لا فائدة من مبدأ سلطان الإرادة، طالما أن الطرف القوي يفرض رأيه على الطرف الضعيف، كما أنه لا مجال لممارسة الحرية الفردية طالما أنها لم تقترن بالمساواة.

أما فيما يتعلق بالمجتمع، فالأمر يختلف، فالمجتمع يتشكل من مجموع الأفراد والفرد جزء لا يتجزأ من هذا المجتمع، ومن ثم فلا يجب منح الفرد سلطة إرادية في مواجهة المجتمع بمعنى عدم منح فرصة للمواجهة بين الإرادة التي تمثل المجتمع وإرادة الفرد،

---

[1] عادل مصطفى بسيوني، المرجع السابق، ص 134.

[2] رضوان السيد راشد، الاجبار على التعاقد، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهاد الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 137.

فمثل هذه المواجهة ستؤدي لا محالة إلى تصدع علاقات المجتمع، وتخلق المواجهة بين أفراده الذين هم خلايا هذا الكيان، وسيكون الفرد في النهاية هو الضحية الأولى باعتباره اللبنة والخلية الأساسية التي هي جزء لا يتجزأ من هذا المجتمع ككل[1].

المطلب الثاني: دور المبادئ والأسس الجوهرية للمذهب الفردي في بروز مبدأ سلطان الإرادة

ظهرت نظريات فلسفية واقتصادية في بداية القرن السابع عشر تشبعت كلها بروح الفردية والتي شكلت المبادئ والأسس الجوهرية لمبدأ سلطان الإرادة، حيث كانت تنادي بوجود قانون طبيعي ينادي بحرية واستقلال الفرد وإعلاء قيمته.

ومع ذلك ظهرت نظرية أخرى تسمى بنظرية العقد الاجتماعي، والتي كانت ترى بأن مصدر السلطة والقانون إنما هو الإرادة الإنسانية، وقد جاءت هذه النظرية لتدعم هي الأخرى مبدأ سلطان الإرادة، وإعلاء قيمة الفرد متأثرة في ذلك بالمبادئ الدينية والكنسية، والتي أدت هي الأخرى دورا بارزا في إعلاء قيمة وشأن مبدأ سلطان الإرادة.[2]

إضافة لما سبق فإن أفكار كل من الفيلسوف "روسو Rousseau وكانت Kant" تمثل الجانب الأبرز الذي دعم بقوة الجانب الفلسفي الذي استقى منه مبدأ سلطان الإرادة مبادئه التي قام على أساسها، والتي تمثلت في القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي.

ولقد كان لهذه الأفكار الدور البارز في إعلاء شأن مبدأ سلطان الإرادة، وهي تفسر بحق الجذور التاريخية للمبدأ، وكيفية نشأته بشكل جلي، كما تحدد مضمون المبدأ والظروف التي ساهمت في ذلك، وبالتالي يمكن فهم المبدأ على حقيقته، وقد كان ذلك خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، والتي تمثلت في مبادئ القانون الطبيعي، والعقد الاجتماعي.

---

[1] بسام مجيد سلمان، أكرم محمود حسين، موضوعية الإرادة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، ص07.

[2] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 48.

الفرع 1: الأفكار الفلسفية التي دعمت المبدأ

لقد برزت خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر مجموعة من الأفكار والتي ساهمت إلى حد كبير في ظهور مبدأ سلطان الإرادة، بل ودعمته حتى وصل إلى الذروة. وإن التحليل العام للأفكار الفلسفية، يرى أن الناس ولدوا أحرارا ومتساوون، فالإنسان في جوهره حرّ لا يركن لإرادة غيره، وإرادته مطلقة من كل قيد فهو يلتزم بما شاء ومتى أراد من أجل تحقيق مصلحته، فحسب رأيهم فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدي.

إذن فالأفكار الفلسفية تعترف للإنسان بوجود حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها، وهي حقوق يكتسبها بمجرد كونه إنسان، وما وجد المجتمع إلا ليكون الوسيلة المثلى لحماية هذه الحقوق وفي سبيل تحقيق ذلك يجب الاعتراف بأنه ليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره، وأن إخضاع الفرد لقوانين غيره أمرا منافيا للأخلاق ولذلك لا يجب أن يخضع الشخص إلا لشرعيته الذاتية.[1]

فالأساس الفلسفي يقيم حجته في ذلك على فكرتين أساسيتين هما:

1. فكرة القانون الطبيعي تدعيما لحقوق الفرد:

خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر، ارتقت هذه الفكرة من مجرد فكرة فلسفية خالصة في عهد الفلاسفة الإغريق إلى فكرة دينية في عهد فقهاء القانون الكنسي ورجال الدين في القرون الوسطى، لتصبح فكرة قانونية،[2] حيث أصبح أنصار مبدأ سلطان الإرادة يرى من الناحية الفلسفية أنه يقوم على اعتقاد راسخ وهو أن هناك حرية طبيعية للإنسان.

وقد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عقب الثورة الفرنسية سنة 1789 ليؤكد هذه الحقيقة، و بوجوب حماية هذه المبادئ وكفالتها وعدم المساس به، وقد فسر الكثير

[1] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 48.

[2] طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، نشأة القانون وتطوره، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1993/1992، ص 340.

من الفقهاء مبدأ سلطان الإرادة بأن الغرض منه، إنما هو تنظيم المجتمع، وحماية الفرد، وتحقيق أهدافه، حتى يسري الخير العام، والذي هو نتيجة خير مجموعة الأفراد، وأن الفرد يصاحبه بمجرد ميلاده مجموعة من الحقوق، منها حقه الطبيعي في الحرية، ولأن سعادته لا تتحقق إلا بها، وأن أي التزام لا ينبغي أن يلزم الفرد إلا إذا ارتضاه لنفسه، ولا ينبغي أن يتدخل القانون في هذه الحرية، سواء عند إنشاء الالتزام أو عند تقرير الآثار التي تنجم عنه[1].

ولذلك فإن أي تقييد لهذه الحرية، يجب أن يكون نابعا من إرادة الفرد نفسه، أما فيما يتعلق بالقيود التي يضعها المشرع، فيجب أن تنحصر في تلك التي تحافظ على كيان المجتمع والأفراد، وألا يكون ذلك إلا استثناء وفي أضيق نطاق.

هذه الحرية التي أقرت كمبدأ عام نشأ عنها نتيجتان هامتان:

فمن جهة: إن الإنسان لا يمكن أن يخضع إلا للالتزامات التي ارتضاها، ومن جهة أخرى أن كل ما يرتضيه من التزامات تفرض عليه.

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

2. فكرة العقد الاجتماعي:

ترجع هذه النظرية في الأصل إلى أفلاطون خلال القرن الخامس قبل الميلاد، ولكنها برزت ما بين القرن الثامن عشر والتاسع عشر، وتنطلق هذه النظرية من أن هناك اتفاقا والذي يكون قد نشأ من مجموع ارادات أفراد المجتمع وهي أساس السلطة

[1] عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1972، ص 16.

[2] نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 35.

والقانون في المجتمع وغايته، وأنشأت النظام السياسي وبينت وجوده، ومن ثم فإن العقد هو الصورة المثالية للعدل.[1]

ويرى أنصار هذه النظرية أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك ، فإذا كانت الإرادة الإنسانية لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع وما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة فإنه يكون من باب أولى أن تنشئ الالتزامات الخاصة التي تربط بين دائن ومدين.[2]

فالأفراد إنما يولدون أحرارا وأسيادا لأنفسهم، فلا يجوز أن يخضعوا لغير إرادتهم، والقانون الذي يخضع له الأفراد إنما هو من صنع أنفسهم، كما أن القيود التي تحد من حريتهم، إنما هي قيود ارتضوها لأنفسهم، فخضوع الفرد للقانون والتزامه به لا يعني أن السلطة هي التي فرضته عليه، وإنما لأنه أراد ذلك من منطلق حريته عن طريق العقد الاجتماعي، فالقانون ما هو إلا تعبير عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا العقد الاجتماعي[3].

لذلك ففكرة العقد الاجتماعي عند كثير من الفقهاء تنادي لإعلاء قيمة الفرد وهي الفكرة التي تستند إليها مدرسة القانون الطبيعي التي تنادي بتقديس حرية الفرد.

3. تأثير الأفكار الفلسفية لكل من جان جاك روسو وإيمانويل كانت

وبحلول القرن السابع عشر والثامن عشر، ارتقت هذه الفكرة كما رأينا من مجرد فكرة فلسفية خالصة في عهد الفلاسفة الإغريق، ثم إلى فكرة دينية، في عهد فقهاء القانون الكنسي ورجال الدين في القرون الوسطى، لتصبح فكرة قانونية، والتي تؤكد الحقوق

---

[1] سمير عبد السيد نتاغو، النظرية العامة للقانون، كلية الحقوق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986، ص 165.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 53.

[3] أحمد أبو الحسين عبد السيد، الشكلية في الشرائع القانونية القديمة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998/1997، ص 463.

الطبيعية للإنسان، وتنادي بحريته واحترام كيانه، والتي من شأنها أن تلزم المشرع بوجوب احترامها.[1]

يفسر كل من الفيلسوف جان جاك روسو، وكانت العوامل التي ساهمت في ابراز هذا المبدأ الجذور التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة، والتي حددت مضمون المبدأ، وكيفية نشأته والظروف التي ساهمت في ظهوره، حتى يتمكن فهم المبدأ على حقيقته، وكذا معرفة العوامل والأسباب التي دعمت ظهور المبدأ من خلال هذه الأفكار.

- الأسس الفلسفية لأفكار جان جاك روسو:

إن المجتمع في نظر جان جاك روسو ليس وحدة متماسكة، بل هو مجموع هاته الارادات المختلفة والمتميزة عن إرادة الأفراد الأعضاء في المجتمع، ولا يتحدد شكل هذا المجتمع إلا إذا وقع تحديد مفرد لكل هذه الارادات.

فقد الانسان حريته البدائية عند دخوله المرحلة الاجتماعية وذلك عندما ظهرت الملكية الخاصة، حينها أصبح الفرد ملزما بالعيش ضمن هذه المجموعة ولا يمكن له الرجوع ثانية إلى العهد البدائي.

في نظر الفيلسوف جان جاك روسو أن العقد الاجتماعي يعني دخول الإنسان بمحض إرادته في الجمعية "Association "، وبواسطة هذا العقد الاجتماعي الذي أبرمه الأفراد وفقا لإرادتهم، يتنازل كل منهم عن حريته الطبيعية للجمعية قصد بقاء المجتمع، على أن تقوم هذه الجمعية بإعادة توزيعها على أفرادها بدون أي تمييز وبذلك تتحقق المساواة، وهذه الأخيرة في نظره تعني الحرية.[2]

ويعترض سمير عبد السيد تناغو على فكرة إسناد العقد الاجتماعي إلى إرادة الأفراد كما ذهب إلى ذلك الفقيه روسو، حيث يرى أن هذا العقد الاجتماعي إنما هو عقد عقلي لا تلعب فيه الإرادة أي دور، بل تخضع فيه الإرادة التعاقدية إلى مصدر واحد ألا وهو

---

[1] طه عوض غازين، المرجع السابق، ص 340.

[2] محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المغرب، 1983، ص 14.

سلطان العقل ولذلك فهو يفند مقولة أن العقد هو الصورة المثالية للعدل، وبأن من قال عقدا فقد قال عدلا وبأن العقد هو الوسيلة القانونية للنشاط الاقتصادي.

– الأسس الفلسفية لأفكار ايمانويل كنت:

فالحرية في نظر كانت هي أسمى قيمة خلقية تتحقق فيها كرامة الانسان، وهي تلك المبادئ الأخلاقية المستمدة من القانون الطبيعي، والتي بموجبها يصبح في مقدور كل شخص التعايش مع غيره من الأفراد بشكل متساو، بحيث لا تستطيع إرادة شخص ما أن تسود على غيره من الإرادات، وعلى ضوء هذه الغاية تنتظم التصرفات الخارجية للإنسان وينبغي حمايتها بالاستعانة بالقانون، فهو في نظر كانت يتمثل مصدره الوحيد في إرادة الإنسان.

إن الإرادة نفسها هي التي تضع القانون الذي تخضع له، ولذلك لا يستطيع الفرد الامتناع عن تطبيقه أو الخضوع لأحكامه وإلا كان ذلك منافيا للعدالة.

فمبدأ سلطان الإرادة عند كانت إنما هو المبدأ الأسمى للأخلاق، والذي يحافظ على كرامة الإنسان، ولذلك لا تستطيع الإرادة أن تفعل ما تشاء بدون قيد، فهي خاضعة للقانون الأخلاقي الذي هو مصدرها.[1]

ونستنتج مما سبق أن الذي يميز كانت عن روسو فيما يتعلق بفكرة العقد الاجتماعي أن كانت يرى أنها تتكون وفقا لفكرة القانون الطبيعي، بينما يرى روسو أن الدولة إنما تتكون من الاتفاق الحر بين أفرادها.[2]

الفرع 2: تأثير الظروف الاقتصادية في تدعيم مبدأ سلطان الإرادة

يرى أصحاب الفكرة الاقتصادية أن الإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين، وأن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعي استبعاد أي

[1] سمير عبد السيد تانغو، المرجع السابق، ص 174.

[2] مولاي ادريس العلوي عبد العلوي، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، ج 1، ط 2، الرباط، المغرب، 1975، ص 181.

إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقا للمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية، وسنشرح ذلك فيما يلي:

1. فكرة الحرية التعاقدية والعدالة:

يرى أنصارها أن مبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا انعكاس لسياسة الحرية الاقتصادية في إطار القانون الخاص، والتي تأكدت خلال القرن (18م)، والتي تقوم على مبدأ "دعه يعمل دعه يمر" (laisser faire et laisser passer)، هذه الفكرة تسمح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاءون بتبادل الثروات والخدمات بمحض اختيارهم)، وهذه هي أحسن وسيلة لقيام علاقات أكثر عدل فيما بين هؤلاء الأشخاص والأكثر فائدة من الناحية الاجتماعية.

فالتزام المدين في العقد الذي يرتضيه لا يكون جائرا إضافة إلى أنه من وجهة هذا المبدأ، فإن الغبن لا وجود له في العقود، وقد صاغوا ذلك في عبارة وجيزة لها دلالة كبيرة "فمن قال عقد قال عدل".

2. فكرة المنفعة الاجتماعية:

في هذه المنفعة يرون أن حرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائيا الازدهار والتوازن الاقتصادي، فقانون العرض والطلب الذي يفترض قيام سوق المنافسة الكاملة وبالتالي هناك آلية اقتصادية، وانسجاما طبيعيا، وهذا ما جعل "باستيا " BASTIA يمجده فيما بعد في كتابه الشهير (Les harmonies économique). وبالتالي فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة أو الفردية.[1]

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

[1] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 36.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 49.

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

– أن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني.[1]

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

المبحث الثاني: النتائج والآثار المترتبة على مبدأ سلطان الارادة ومرحلة انتكاسه

المطلب الأول: النتائج والآثار المترتبة على مبدأ سلطان الارادة

أدى تطبيق نظرية سلطان الإرادة على النظام القانوني للعقد في صورته التقليدية إلى عدة نتائج التي أبرزت حقيقة المبدأ، والحدود التي بلغها في أوج عطائه، وهي كلها تعبر عن المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، وتبرز في الواقع الصورة الحقيقية للمبدأ في صورته التقليدية، لذلك كان لا بد من استعراض هذه الآثار حتى يتم التعرف على المبدأ من جهة، وحتى يمكن إبراز مختلف القيود التي طرأت على المبدأ فيما بعد من جهة أخرى، والتي قيدت المبدأ إلى حد كبير بالنظر لما كان عليه في فترة ازدهاره، ونستعرض هذه النتائج فيما يلي:

الفرع 1: مبدأ حرية التعاقد

أصبح مبدأ سلطان الإرادة قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية، فجميع الالتزامات والنظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، و هذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للالتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له.

بناء على ذلك فإن إرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل خاص وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 44.

فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها، وهذا هو المظهر السلبي ونلتمس ذلك مثلا في الشرط الذي يدرجه الأفراد في العقود والمخالصات تحت كل التحفظات.[1]

يتفق اغلب الفقهاء المسلمين على أن التشريع الاسلامي أفسح المجال للإرادة في الدخول في المعاملات أو في عدم الدخول فيها، وهي بذلك تكون أعطت الحرية الكاملة في ذلك سواء بإبرامها أو عدم إبرامها وذلك من مبدأ الرضا في العقود، ولم يلزم الشارع شخصا بعقد لم يرض به إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة، كبيع أموال المدين المماطل جبرا لوفاء ديونه، أو بيع مال المحتكر عند إضراره بالجماعة، لذلك فإن حرية التعاقد تقضي بكفاية الرضا لإنشاء العقد، وعدم التقيد بالقيود الشكلية التي وجدت في الشرائع السابقة كالقانون الروماني.[2]

بناء على ذلك فإن إرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل خاص وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد فلا إجبار عليه أن يدخل في ربطة عقدية لا يرغبها (Len vouloir) وهذا المظهر السلبي.[3]

إن العقد هو المصدر الرئيسي لكل التزام، وذلك واضح فيما يتعلق بالالتزامات التي تنشأ من العقود المبرمة بين الأفراد ولكل منها التزامات أخرى مصدرها القانون والتي تنشأ بطرق مباشرة كالتزامات الجوار مثلا، أو بطرق غير مباشرة كما تفي تقرير المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية، حتى هذه الالتزامات يمكن اعتبار العقد المصدر الأصلي لها، لأن القانون الذي فرضها ما هو في الحقيقة إلا من عمل الإرادة الجماعية، وأساس العلاقات في هذا المجتمع هو العقد الاجتماعي والذي نادى به الفقيه جون جاك روسو "John Jack Reusseu" في كتابه الذي يحمل نفس هذا الاسم.

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

[2] مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج 1، المدخل الفقهي العام، ط 10، دمشق، 1968/1967، ص 463.

[3] محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق ص 77.

فأساس الملكية هي حرية الأفراد وحقوق الأسرة تنشأ عن عقد الزواج بل أن الميراث نفسه ما هو إلا وصية مفترضة، والعقوبات الجزائية مبررها أن المجرم قد ارتضى مقدما وأن ينال جزاء ما اقترف،[1] ومنه فإن إرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام والحالات التي تتعلق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة خاصة أين يمكن المساس بحرية الآخرين. ويمكن توضيح بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد فيما يلي:

إن للمتعاقدين عند إبرام العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون، لأن الأصل هو التزام الشخص بإرادته وإن اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إلى إنشاء التزامات تفرض عليه فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود لأن تقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء، كما أن تدخل المشرع في أغلب الأحيان يكون بقواعد مكملة لإرادة الطرفين، فلا تطبق إذا اتفقا الطرفان على مخالفتها.[2]

ومن أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للطرفين، الاتفاق على فسخ العقد طبقا للمادة 120 ق.م.ج،[3] إذ يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد، ويلاحظ أن اتفاق الطرفين على هذا الشرط يجب أن يكون قاطع الدلالة واضحا كل الوضوح في أن المقصود منه استبعاد تدخل القضاء وتنحية سلطته في هذا الشأن.

وقد يرد الاتفاق في صورة اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ومثل هذا الشرط يفسر على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يملك إمهال المدين، وإنما لابد من القضاء بالفسخ طالما قد طلبه الدائن، وقد يتدرج هذا الاتفاق من حيث قوته. ويأتي في

---

[1] محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 80.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

[3] المادة 120 ق.م.ج على أنه: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي."

عبارة أشد وهو اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم، وقد يصل هذا الاتفاق إلى أقصى درجاته وذلك باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم أو إعذار، وإذا اقتضى الأمر رفع الدعوى عند المنازعة في الشرط فإن الحكم الصادر بالفسخ يعد مقررا لا منشئا له.[1]

كما أورد المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري عدة حالات أخرى فيما يخص الاتفاقات التي يجوز للأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم، فيمكن لهم طبقا لنص المادة 183 ق.م.ج الاتفاق عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه، ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي مع أن الأصل في تقدير هذا التعويض يكون من اختصاص القاضي وبعد إبرام العقد، كما سمح المشرع الجزائري في عقد البيع للبائع إذا ما كان البيع مؤجلا أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل الملكية إليه ولو تم تسليم الشيء المبيع طبقا لنص المادة 363 ق.م.ج.

وبالرجوع إلى القواعد العامة أن المشرع ترك للمؤجر والمستأجر الحرية الكاملة في تعيين بدلات الإيجار حسب المادة 1/471 من القانون المدني وأكد ذلك من خلال المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 35/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996،[2] والتي تنص على أنه: "تحرر نسب الإيجارات المطبقة على المحلات ذات الاستعمال غير السكني وتحدد حسب القواعد العامة المنصوص عليها في أحكام القانون المدني والقانون التجاري المذكورين أعلاه"، حيث ترك للأطراف حرية التفاوض طبقا لأحكام التقنين المدني والتجاري الجزائريين، وهذا وفق المعايير الواضحة لتحديد بدلات الإيجار المنصوص عليها في المادة 190 من القانون التجاري.

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 385.

[2] المرسوم التنفيذي، لاقم 35/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996، المتعلق بتعين نسب الايجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، الجريدة الرسمية، العدد 44.

كما يمكن أيضا للمتعاقدين في عقد البيع الاتفاق على الزيادة في ضمان نزع اليد أو الإنقاص منه أو إسقاطه، ويجوز لهما التخلي عن الضمان القانوني إذا كان الضمان التعاقدي يشكل أكثر نفعا وجدية من الضمان القانوني.[1]

ومن خلال ذلك فأن إرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام والحالات التي تتعلق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة خاصة أين يمكن المساس بحرية الآخرين.[2]

والإرادة التي يعتمد بها في هذا المجال هي الإرادة التي اتجهت اتجاها صحيحا وسليما نحو غايتها، أي الإرادة التي لم تكن مشوبة من العيوب فالإرادة التي يشوبها غلط أو المدلس عليها لا تنشئ عقدا صحيحا، ويكون لصاحبها أن يمسك بالعيب ويبطل العقد.[3]

- **عدم تقييد الارادة بأية قيود:**

يعرف العقد بأنه: "اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزام"، فتوافق الإرادتين يعني انطباق الإيجاب بالقبول، وهو جوهر مبدأ سلطان الإرادة ذاته، وبه ينشأ العقد، وإذا كان المبدأ مقيدا بعدم الإخلال بالنصوص القانونية كاشتراط الشكلية في بعض العقود (المادة 59 ق.م)، إلا أن المبدأ في انعقاد العقد في ظل النظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة يقتضي استبعاد أي شكل خاص يقيد الإرادة، سواء تعلق الأمر بالعقد ذاته أو بأي اعتبار آخر تفرضه مصلحة المجتمع، وبالتالي فإن الأهم هو ما ارتضاه المتعاقدان، فيكون المبدأ حينئذ هو نفسه الذي يسمح بإقرار الشكل الاختياري للعقد، أما إن تطلب

---

[1] بوعزة ديدن، شروط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 1، 2004، ص 06.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

[3] محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 89.

القانون هذا الشكل، فهذا من شأنه الحد من المبدأ، حتى ولو كان ذلك في صالح المتعاقدين أنفسهم[1].

إذا كانت الشكلية في نظر البعض تعد صورة من صور الإجبار على التعاقد إلا أنه يجب إضفاء مرونة على مضمون المبدأ، بحيث يمكن الأخذ بالشكلية بالقدر اللازم لحماية المتعاقدين أنفسهم من بعض التصرفات، ولا ينظر إليها بأنها قيد على الإرادة، فإذا استلزم القانون شكلية ما، فيجب أن يفهم من ذلك بأنها لمصلحة المتعاقدين أنفسهم، وتنبيها لهم إلى خطورة بعض التصرفات، كما أنها تشكل حماية للغير الحسن النية[2].

وينبغي أن يفهم بأن وجود الشكلية في بعض التصرفات لا يعني المساس بمبدأ سلطان الإرادة بالضرورة، فتطور المجتمعات وما استجد من تغيرات في الجانب الاجتماعي والاقتصادي، أصبح يتطلب المزيد من القيود إلا أن ذلك كله لم يؤخذ بعين الاعتبار.

الفرع 2: حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد.

لا يقتصر سلطان الإرادة على حرية التعاقد أو عدم التعاقد على النحو الذي رأيناه، بل إن حرية الشخص عند التعاقد تشمل أيضا حق المناقشة والمساومة وتحديد أوصاف محل العقد وشروطه ومكانه وزمانه والضمانات المقدمة كصلاحية المبيع لمدة معينة، ومدى توفره على المواصفات القانونية والمقاييس العلمية، كما تشمل أيضا حريته في اختيار نوع العقد بمحض إرادته، واختيار شخص المتعاقد معه، كما رأينا، وفيما إذا كان التعاقد أصالة عن النفس أو نيابة عن الغير، ومن باب أولى لا يجوز إجبار شخص على إبرام عقد لا يريد إبرامه لتعارضه مع مبدأ سلطان الإرادة، وبذلك يعد العقد المصدر الأساسي والوحيد المستمد من الإرادة التي بدونها ما كان العقد ولا الالتزام ليوجد.[3]

[1] رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص 146.

[2] محمد شيلح، المرجع السابق، ص 98.

[3] رضوان السيد راشد، المرجع نفسه، ص 153.

وإذا كان أنصار مبدأ سلطان الإرادة يعتقدون بأن كل التزام تعاقدي يعتبر مشروعا وعادلا لأنه يقوم على فكرة المساواة المطلقة بين جميع الأفراد، إلا أن هذا الاعتقاد خاطئ وهو أمر يستحيل تحققه كما أن إعمال المبدأ هكذا وبدون ضوابط هو عين الظلم واللاعدالة بذاته.

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

وطبقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" فإنه متى سبق الاتفاق بين الإرادتين في العقد فلا يجوز لأي من المتعاقدين،[1] ولا للمحكمة تعديل ما تم الاتفاق عليه، أو الخروج عن تفسير شروط العقد أو تأويلها في غير ما اتجهت له الإرادتان كما يجب ألا يطال العقد حقوقا أو التزامات لم تتجه إليها الإرادتان، ولا أن يزاد أو ينقص من هذه الالتزامات، فالالتزام الناشئ عن العقد يعد بمثابة شريعة لهم كما لو كان ناشئا عن نص تشريعي.

وعليه فإن المبدأ يقتضي احترام المتعاقدين للعقد وتنفيذه بمثل ما اتفق عليه، فلا نقض ولا تعديل له إلا بالاتفاق، كما يعني أيضا وجوب تنفيذ المتعاقدين للعقد وفق الشروط التي تضمنها.

وتعني القوة الملزمة للعقد في نظر أصحاب النظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة، أنه إذا كان كل التزام لا ينتج إلا عن عقد، وأن كل عقد يعتبر عادلا، لذلك فإن أي تعديل في شروط أو آثار العقد من قبل أحد المتعاقدين سوف لن يتم إلا على حساب المتعاقد الآخر، والذي من شأنه أن يلحق أكبر الضرر بالمبادئ التي يقوم عليها مبدأ

[1] نص المادة 106 ق.مدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، وهي تقابل المادة 147 مدني مصري.

سلطان الإرادة بل وقد ينفيه تماما، وطبقا لهاته النظرية فإنه إذا كان من الممكن تدخل المشرع لفرض بعض القيود السابقة على إبرام العقد لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، كاشتراط الشكلية في عقد الزواج فإن ذلك ال يشكل خطرا كبيرا على المبدأ لعلم الأطراف المتعاقدة بها قبل التعاقد، أما عندما يراد تعديل العقد في شروطه أو آثاره بعد إبرامه، فهنا يكمن الخطر لأن من شأن هذا التعديل أن ينسف مبدأ سلطان الإرادة من أساسه. [1]

والعقد لا تنصرف آثاره إلا للمتعاقدين، فالحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد تلحق بالمتعاقدين دون غيرهما، وهذا المبدأ له قوته الفلسفية حيث أن الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة وبالتالي فإن العلاقة العقدية لا تلزم ولا تكسب إلا المتعاقدين.[2]

وإذا كانت الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة من العقود فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، وللإرادة مطلق الحرية في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى فلذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاما مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتفق أطراف العقد على خلافها، وإن كانت هناك قواعد آمرة في هذه العقود فهي قليلة.[3]

الفرع 3: نفي وجود أي التزام قبل انشاء العقد.

يقصد بالالتزام السابق على التعاقد ما يتعلق بوجوب الإدلاء بالمعلومات والبيانات واسداء النصيحة اللازمة أو التحذير إذا تطلب الأمر ذلكن خصوصا بالنسبة للأشياء الخطيرة أو المعقدة أو التي تتطلب استخداما خاصا، أو التي يختلف استخدامها من شخص لآخر.

فإذا كان المبدأ يقضي بوجوب توفير قدر معقول من هذه الضمانات لصالح المتعاقد الآخر تحت ما يسمى الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالتحذير حتى يصدر القبول عن

[1] محمد شيلح، المرجع السابق، ص 98.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 51.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، 47.

رضاء مستنير ومتبصر، ويحقق التوازن في المراكز العقدية، إلا أن مبدأ سلطان الإرادة في صورته التقليدية لا يقر بهذا الالتزام لا قبل التعاقد ولا أثناء التعاقد إلا إذا تفضل به المتعاقد لأنه لا يجوز انتزاع الإرادة من صاحبها قبل التعاقد.[1]

المطلب الثاني: مرحلة انتكاس مبدأ سلطان الارادة

كان لمبدأ سلطان الإرادة فاعلية في إبرام العقد وكان صاحب السلطان الأكبر في تحديد آثاره الذي نادى بها المذهب الفردي، إلا أن مفعوله تراجع وانتكس في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وهذا بفعل تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية مما أدى إلى ظهور المذهب الاجتماعي الذي قيد الحرية الاقتصادية والذي يرى الاعتداد بمصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد، حيث أصبحت الدولة تتدخل لتنظيم العقد بفرض قيود على الإرادة التعاقدية حيث اتسعت دائرة النصوص الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لحماية النظام العام والآداب في المجتمع ومن ثم فهي تخرج عن الدائرة التي تنطلق فيها حرية الإرادة، وعليه فلم يعد مبدأ سلطان الإرادة مبدأ مطلق كما كان في السابق.

وبالرجوع إلى الظروف التي مهدت لتراجع مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي انتكاس المبدأ نجد أن هناك مجموعة من العوامل ساهمت كلها ولو بدرجات متفاوتة في التقليل من المبدأ ووضعه في إطاره صحيح، ونزع الغلو والتقديس الذي الزمه خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر.

ويتفق الفقهاء على أن هناك مجموعة من العوامل ساهمت كلها في إبراز المساوئ والثغرات التي شابت المبدأ منذ وجوده، والتي جاءت كنتيجة للمستجدات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، والتي برزت بقوة منذ بداية القرن العشرين.

[1] المادة 1/352 من ق.م والتي تنص على: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

الفرع 1: تقييد الإرادة بفعل تدخل المشرع

لقد أدى التدخل التشريعي إلى تقييد الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية لغايات تحقيق التوازن وذلك بموجب القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويمنع على الأطراف المساس بها هذا لكونها وثيقة الصلة بالنظام العام، فإذا تجاوزها المتعاقدان فقد عرضا عقدهما للبطلان.[1]

أثناء إبرام العقد يفرض المشرع على المتعاقدين من خلال التطبيقات التي توضح القيود والتي لا يكون فيها المتعاقد حرا في اختيار المتعاقد الآخر، أنه يلزم بالتعاقد مع شخص آخر أو جهة معينة من السلطة العامة و مثال على ذلك عقد الاعتماد الايجاري حيث ألزم المشرع الجزائري أن يكون المؤجر التمويلي عبارة عن مؤسسة مالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة وذلك وفقا لنص المادة 1 من الأمر رقم 09/96 يتعلق بالاعتماد الإيجاري،[2] كما أن تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد قد يكون مباشرا عندما يصدر نصوص آمرة يفرض على المتعاقدين مراعاتها، وقد يكون غير مباشرا عندما يخول المشرع للقاضي صلاحية التدخل في العقد بالتعديل أو بإلغاء بعض الشروط والالتزامات أو إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين .

وخلال القرن الثامن عشر والتاسع عشر عُرف مبدأ سلطان الإرادة ازدهارا ليصبح المشرع يتدخل في التصرفات القانونية، فأصبحت بذلك الدولة تسيطر على النظام الاقتصادي مما أدى إلى انحلال هذا المبدأ،[3] وأصبح المجتمع هو مصدر حقوق الفرد وواجباته، وقد فرض المتعاقد واجبات نحو المتعاقد الآخر، كما أن الإجبار والمنع من التعاقد قيد وارد على حرية الإرادة، فإذا كان الأصل في العقود أنها ظاهرة إرادية تعبر عن حرية الاختيار من حيث أن الشخص حر في أن يتعاقد متى يشاء ومع من أراد،

---

[1] المادة 135 من الأمر رقم 85/75، يتضمن القانون المدني الجزائري.

[2] المادة 1 من الأمر رقم 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، والتي يمكن تقسيمها إلى قسمين: بنود متعلقة بمدة الايجار: وهي مدة الايجار وعدم قابلية إلغاء العقد، وعقوبة فسخ العقد خلال فترة الايجار غير قابلة للإلغاء".

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 48.

وله أيضا أن يمتنع عن التعاقد، إلا أنه بفعل التطورات الاقتصادية والاجتماعية وجد نفسه مجبرا على التعاقد وفي ذلك حد من حريته،[1] ويظهر ذلك في تقييد المشرع لمبدأ حرية التجارة والصناعة، فالدولة تتدخل بفرض قيود على حرية العون الاقتصادي بتحديد أسعار السلع والخدمات، هذا ما تنص عليه المادة 5 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة: "يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي عن طريق التنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة".[2]

فلقد أدى تحكم الدولة في الميدان الاقتصادي إلى تدخلها في المعاملات التعاقدية لمنع الطرف القوي من التسلط على الطرف الضعيف وذلك من أجل تحقيق التوازن، وبعد انتكاس المبادئ التي وضعها المذهب الفردي سارت أنظمة وقوانين الدول التي ترى الاعتداد بمصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد.

الفرع 2: العوامل التي ساهمت في انتكاس مبدأ سلطان الارادة

لقد ساهمت مجموعة من العوامل والمستجدات بقوة في زحزحة المكانة التي كان يحتلها مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي أصبح يأخذ حجمه الحقيقي الذي يحتله الآن.

- **بروز مذهب التضامن الاجتماعي:**

يقوم هذا المبدأ على فكرة أن العقد ما هو إلا نظام اجتماعي يراد منه تحقيق التضامن الاجتماعي وذلك عن طريق توجيهما لإرادة من سلطان إلى تحقيق هذا الغرض،[3] فالقانون يجب أن يقوم على أساس واقعي وعملي يستمد من المشاهدة والتجربة لا على أساس مبادئ فلسفية، لذلك ينبغي أن يستمد من المجتمع ذاته، فالإنسان ككائن اجتماعي لا يملك إلا أن يعيش في وسط اجتماعي متضامن مع غيره

[1] حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر، 2007، ص 58.

[2] المادة 5 من القانون رقم 03/03، مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم بالقانون رقم 12/08، مؤرخ في 25 جويلية 2008، ج.ر عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 146.

من الأفراد، بغرض إشباع حاجاته ومتطلباته فالجماعة ال تحيا إلا بالتضامن الاجتماعي الذي يقوم على المساواة بين الأفراد لكنه وبحكم تفاوت الأفراد، من حيث قدراتهم وكفاءتهم ينبغي التعاون فيما بينهم سواء بتقسيم العمل أو بتبادل الخدمات.

ومن أجل تحقيق هذا التضامن، لا بد من قواعد تنظم سلوك هؤلاء الأفراد، والتي يترتب على مخالفتها جزاء قانوني يتمثل في الإجبار على احترامها، على أن تتولى الدولة توقيعه على المخالف لها.[1]

فالحق ليس ميزة يتصرف بها الفرد وفق رغبته و مشيئته، بل هو سلطة منحتها الجماعة للفرد ليتمكن بها من أداء واجبه الذي تقتضيه مستلزمات التضامن الاجتماعي فالحق يصبح وظيفة اجتماعية يخلقها لمشرع على ضوء مصلحة الجماعة دون النظر إلى المصالح الذاتية للأفراد، و الفرد ما هو إلا شخص مكلف باستعمال هذا الحق على وجه يحقق الصالح العام.

في نهاية القرن التاسع عشر ظهرت تشريعات تنظم شروط العمل، وكيفية حماية العامل من مختلف الحوادث التي قد يتعرض لها، فازداد تدخل السلطة العامة باسم القانون الاجتماعي في العلاقات الخاصة، وقد أصبح تدخل الدولة أمرا ضروريا من أجل إزالة الغبن عن الفئات الضعيفة من جهة وازدهار المجتمع من جهة أخرى، لقد كاد العقد أن يصبح مركزا منظما حيث أصبح يكتسي التضامن الاجتماعي والذي يستمد مصدره من المجتمع ذاته.[2]

إن التضامن الاجتماعي يجب أن يستمد مبادئه من وجوب تدخل الدولة ذاتها لمنع كل إقصاء اجتماعي، و ينبغي أن يترجم هذا التدخل في شكل حق أساسي لا يمكن

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 145.

[2] فاضل خديجة، عميمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص 153.

التنازل عنه ولقد أصبحت الحماية المكرسة للعامل أو المستهلك بمقتضى النصوص القانونية الجديدة تحتل قواعد آمرة لا تجوز مخالفتها تحت طائلة البطلان.[1]

فالعقد لم يصبح اتفاق إرادتين فحسب، ولكن يتضمن أيضا وجوب احترام الضرورات الاجتماعية والاقتصادية، في حين أن الغرض من التشريع إنما هو إقامة العدل بين أفراد المجتمع، والذي هو أساس القانون.

- **مساوئ الحرية التعاقدية:**

يجب ألا تمس هذه الحرية غيرها من الحريات الأساسية، وبأن مصلحة المجتمع أولى من مصلحة الفرد، كما أن سلطة القانون هي التي تهيمن على العقد وليس العكس، فمن غير الصحيح القول بأن كل ما هو عقدي يكون بالضرورة عادلا، وبوجوب ترك الحرية الكاملة للمتعاقدين في تحديد شروط العقد، وبوجوب احترام العقد مهما كانت الظروف الملابسة لإبرامه، ومهما كانت الظروف التي طرأت عند تنفيذه، فهذا القول يقوم على مبدأ المساواة المطلقة بين المتعاقدين، في حين أن المتعاقدين ليس كذلك لا من حيث الذكاء ولا من حيث القوة الاقتصادية أو المعرفية، ولا من حيث المركز الاجتماعي، والنتيجة أن الطرف القوي في هذه العالقة هو الذي يفرض شروطه على الطرف الضعيف.[2]

إن الحرية العقدية من شأنها أن تخدم المصلحة العامة، وهو ادعاء مردود عليه، حيث أن الحرية العقدية بالشكل المطروح من طرف أنصار المذهب الفردي، قد يؤدي تحت ضغط الحاجة والضرورة إلى قبول الطرف الضعيف بالشروط التعسفية والجائرة، وهو ظلم من شأنه أن يشكل عاملا قد يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام، فيصبح سببا

[1] المادة 39 من القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل: " لكل عامل الحق في عطلة سنوية مدفوعة الأجر يمنحها إياه المستخدم وكل تنازل من العامل عن كل عطلته أو عن بعضها يعد باطلا وعديم الأثر".

[2] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 164.

لحدوث اضطرابات اجتماعية خطير ة، خصوصا إذا ما تعلق الأمر بفئات عريضة من أفراد المجتمع والتي تكون ضحية للظلم أو التعسف.[1]

إن أي تشريع يقوم على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد بقيود لن يكون كافيا لمقاومة استغال ألحد المتعاقدين لضعف خبرات و قدرات الطرف الآخر لأن مقياس التوازن العقدي في ضوء مبدأ سلطان الإرادة لا يتم خارج العقد ولا يتم من خلال مقياس موضوعي، وإنما يقاس داخليا معيار شخصي طالما أن إرادة المتعاقد هي التي تحدد عدالة العقد، لقد كانت هاته الحرية تستمد مبادئها من وجوب إزالة كل القيود، سواء لدى إبرام العقد أو لدى تنفيذه.[2]

إن هذا التصور المثالي تكذبه الحقائق، فبحكم عدم مساواة الأشخاص في القوة الاقتصادية أو في المراكز الاجتماعية، فإن ذلك سيؤدي لا محالة إلى عدم التوازن العقدي كما أدى هذا التصور المطلق للحرية الاقتصادية، خصوصا بعد قيام الثورة الصناعية فأصبحت هذه الحرية وسيلة مثالية للسلب والنهب منها إلى المساواة والعدالة.

الفرع3: الانتقادات التي مست مبدأ سلطان الارادة

إن مبدأ سلطان الإرادة منذ مطلع القرن العشرين شهد الكثير من الانتقادات في مختلف الأفكار التي يبنى عليها، خاصة عند ظهور المبادئ الاشتراكية الأمر الذي أدى إلى انتكاسه وتراجعه في كثير من العقود.[3]

وسوف نعرض أهم الانتقادات الموجهة لمبدأ سلطان الإرادة وذلك من الجانب الفلسفي والجانب الاقتصادي وفكرة عدالة العقد كما يلي:

[1] أيمن ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 63.

[2] أحمد أبو الحسين عبد السيد، الشكلية في الشرائع القانونية القديمة، مذكرة نيل شهادة ماجستير كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1998/1997، ص 464.

[3] فاضل ادريس، المرجع السابق، ص 42.

1. نقد الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة:

- **نقد الفردية المطلقة:**

إن الفلسفة الفردية التي جاءت بها نظرية التقليدية (مبدأ سلطان الإرادة) شهدت انتقادا لادعا من طرف الفقهاء و ذلك لأنهم أظهروا خطأ هذه الافتراضات، حيث قالوا: إن الإنسان هو كائن اجتماعي بطبعه وأنه لا سبيل له للعيش أو تحقيق الذات إلا في كنف الجماعة وعليه فإنه ما يتمتع به من حقوق هي ناتجة عن كونه اجتماعيا يعيش مع غيره من الأفراد.[1]

وأن القول بوجود حقوق شخصية للفرد سابقا على وجود المجتمع ومصدرها الوحيد إرادته الحرة هو حديث عن العدم وترجمة لفكرة ميتافيزيقية، وأن النظرية التي تقر هذه الفكرة ضد المجتمع (anti social) ويترتب عليها إعلاء إرادة الفرد على إرادة القانون.

إن الإنسان يولد مدينا للمجتمع ويستعير شخصيته من الضمير الاجتماعي، فإن إرادته ما هي في حقيقتها إلا انعكاسا للمعتقدات والتصورات الجماعية، وإذا ما أردنا التسليم بوجود الحقوق الشخصية فإنه ينبغي استبدال ذلك المفهوم الميتافيزيقي الخاص بها بمفهوم واقعي ينبثق من وظيفتها الاجتماعية، فالإنسان لا يتمتع بحقوق وإنما يناط بكل فرد داخل المجتمع القيام بدور معين تنفيذا لمهمة معينة وإرادته هي وسيلته لتحقيق ذلك انطلاقا من ضرورة الاعتماد الاجتماعي المتبادل.[2]

ينشأ الالتزام من تلاقي المصلحة الفردية والمصلحة الاجتماعية، والإرادة هي الوسيلة لتحقيق مصلحة صاحبها وهي في ذات الوقت وسيلة لتحقيق غرض القانون الذي هو الخير العام، والالتزام العقدي لا يمكن أن يكون له أثر ملزم إلا إذا توافق مع مقتضيات الخير العام.

---

[1] منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، دار النهضة العربية، د.ط، ص 11.

[2] حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، دار النهضة العربية، ط 1991-1992، ص 27.

وهذا يعني أن الإرادة ليست وسيلة لخلق القانون إلا في الحدود التي تتوافق فيها مع هذا الهدف الأعلى والأسمى، ومع القوانين الموضوعية التي تتفرع عنها،[1] هذا الاتجاه اعتراف بتكريس دور الإرادة في إنشاء الالتزام وإن كان القانون هو الذي يعترف بذلك الأثر، فأي أثر قانوني منسوب للإنشاء الحر أو للإرادة ليس له قيمة إلا بموجب القانون الذي أعطى للإرادة الفردية إمكانية إنتاج هذا الأثر.[2]

إذن فإن إرادة القانون تعلو على إرادة الفرد والإرادة هي التي وجدت لخدمة القانون وليس العكس، وعليه فإن هذا الاتجاه قد رفض الأحادية الفردية والأحادية الاجتماعية وفضل الثنائية الضرورية للإنسان والمجتمع.

- **استبدال القانون كأساس لمبدأ سلطان الإرادة:**

حسب النظرية التقليدية للعقد فالعقد عبارة عن تلاقي الإرادات وأن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد لأن الإرادة الحرة بذاتها جديرة بالحماية، فهدف القانون هو إنفاذ تلك الإرادات التي هي جوهر العقد. فالإرادة هي المشيئة أو انعقاد العزم على أمر ما.[3]

من الصعب تجميد وإبقاء إرادة الفرد على نفس العزم طوال مدة تنفيذ العقد، حتى ولو نتجت عن تقدير سليم، هذا لأن الإنسان معرض للتقلب تتحكم به إرادته، فقد تتكون لديه بعد التعاقد إرادة أخرى تخالف الإرادة الأولى تسعى إلى تحريره من تعهداته التي التزم القيام بها لذلك فلا بد أن يكون مصدر إلزام الشخص شيئا آخر غير إرادته وهذا الشيء هو القانون فهذا الأخير هو الذي يعطي للإرادة قدرة على ترتيب الأثر الملزم للعقد، وذلك بأن يجعلها تلزم صاحبها ليس فقط لحظة الدخول في العلاقة العقدية وإنما

[1] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 327.

[2] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد 1، نظرية الإرادة المنفردة، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1987، ص 213.

[3] منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 13.

أيضا بالنسبة للمستقبل، وهو بذلك يضفي عليها عنصر الثبات ولهذا فإن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد.[1]

هناك من الفقهاء من ينكر على القانون اعتباره جوهر العقد هو الإرادة الحرة لأطرافه ويرون ضرورة استبداله بقانون يعتبر الإنسان نتاجا اجتماعيا ولد مدينا للمجتمع الإنساني بل ويستوجبون تدخل القانون في العقد وذلك بهدف تعطيل الأثر الضار للأنانية الموجودة في الحرية ولهذا يجب على القانون أن يفرض بعض الالتزامات من أجل الحد أو التخفيف من حرية الإرادة وأثرها الضار.

ومنه فإن جوهر العقد ليس إرادة أطرافه وإنما الثقة المشروعة والتي بسببها يجعل القانون العقد ملزم لعدم إهدار هذه الثقة.

فالعقد ينشئ دائما بإرادة أطرافه ولكن القانون هو الذي يحدد لتلك الإرادة شروط ممارستها لدورها في ترتيب الأثر، وذلك لأن هدف القانون ليس ضمان حرية تلك الإرادة وتحقيق سلطانها لأن هدفه الأول هو تحقيق العدالة ومصلحة المجتمع، و بالتالي فإن تلك الإرادة يجب أن تكون متوافقة مع ممارستها لدورها مع مصلحة المجتمع، وللمشرع أن يتدخل في تقييدها بغرض حماية الطرف الضعيف بموجب فكرة التضامن الاجتماعي.

وعليه فإن للقانون دوره كما للإرادة دور أيضا و أن القول بانعدام الإرادة في حياة العقد هو قول لا بجانبه الصواب، فالمتعاقد له مصلحة شخصية يريد تحقيقها من خلال إبرامه للعقد، وللدولة غرضها وهو تحقيق المصلحة العامة.

فالعقد ليس شيئا يحترم لذاته لأنه توافق إرادات، بل هو ضرورة من الضرورات الاجتماعية وهو وسيلة لتحقيق الخير العام الذي هو غاية القانون، وهو الذي يولد القوة الملزمة للعقد فالقانون لا يعطي للأفراد إرادة حرة مطلقة وإنما يعطيهم حرية نسبية

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 191.

يحتاجها الأفراد من أجل القيام بمهمتهم في الأرض، لتجميع أنشطتهم نحو الغايات المشتركة.[1]

وبالتالي فإن الإرادة ليست غاية القانون فهو لا يرتب عليها أثر ملزما تحقيقا لسلطانها وإنما هي وسيلة لتحقيق الخير العام والعدالة وإن خالفته فلا سبيل لإعطائها الأثر الملزم.

2. نقد الأساس الاقتصادي فكرة عدالة العقد:

منذ ظهور الحرية الاقتصادية خلال القرن التاسع عشر (19) والتي أفرزت حرية التعاقد، وجعلت للعقد في ذاته قدرة على خلق العدالة الذاتية التي لا يمكن البحث عنها خارج العلاقة، فالشخص له حرية التعاقد واختيار من يتعاقد معه، واختيار شروط العقد التي يرتضيها، والشخص العاقل الذي يتمتع بالحرية والمساواة مع شريكه ويسعى إلى تحقيق مصلحته لا تتجه إرادته إلى ما يلحق به الضرر وإنها تتجه نحو ما يحقق العدالة لعلاقته العقدية[2].

فالنظرية القانونية التقليدية اهتمت وحسب بالعدالة التبادلية أو التصحيحية، ولم تهتم بالعدالة التوزيعية إذ أن هذه الأخيرة لم تدخل ضمن اختصاص قانون العقود، لذلك فإنه في إطار هذه النظرية يتركز جل اهتمام القانون في العمل على تنفيذ العقد وإلا ترتب عن ذلك عن مساس بعدالة العقد.

ولكن افتراض ملازمة العدالة للعقد قد يكون مقبولا في الزمن الذي كانت لا تزال فيه الصناعة والتجارة تحفظان بالطابع الحرفي والعائلي، وبالرغم من ذلك لم تكن العلاقة عادلة إلا أن عدم عدالتها لم تكن تتخذ الشكل المؤسسي،[3] وبظهور الصناعات الكبيرة التي اتخذت الشكل المؤسسي أو المشروع تغير الوضع وأدت الحرية المنادى بها إلى اضطرابات في توزيع الثروة، إذ تكدست في يد قلة من أبناء كل دولة، وأنشأت الشركات

---

[1] سمير السيد تناغو، المرجع السابق، ص 117.

[2] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 99.

[3] منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 10.

الضخمة اتحادات المنتجين الذين تحكموا في المستهلكين وفي العمال الذين يستخدمونهم وأملوا شروطهم على هذه الفئات، حيث لم يعد مقبولا تساوي المواطنين في المركز الاقتصادي.[1]

وبذلك فإن النظرية التقليدية لم تعد تتماشى مع الوضع الاقتصادي الجديد، وذلك لإغفالها للضغوطات الاجتماعية والاقتصادية والتي غالبا ما أجبرت الشخص على التعاقد بدافع الحاجة للحصول على السلعة والخدمة أو لتوفير مقومات الحياة المعيشية بشروط تعسفية غير قابل للنقاش تقوم بوضعها الشركات أو اتحادات المنتجين في صورة عرض موجه للعامة، ويقتصر دون الراغب في التعاقد إما قبولها جملة وتفصيلا أو رفضها دون أن يكون له حق مناقشتها وبذلك فإن المستهلك يبقى حرا من الناحية النظرية ولكن اختياره دائما يكون مقيدا بأخذ كلها أو تركها كلها.[2]

استخدمت هذه العقود على نطاق واسع إلى أن وصل بين رجال الأعمال، إلا أن القاعدة المعمول بها هي أن معظم الشروط لا يمكن التفاوض عليها بل تبقى مفروضة، وعليه فإن الافتراض الذي جاءت به النظرية التقليدية (حرية وتعادل المتعاقدين) وبنت عليه عدالة العقد هو افتراض كذبته الحقائق إذ بينت عدم تمتع أحد الأطراف بحرية التعاقد أو حرية قبول شروط معينة، وهو ما يؤكد عدم وجود مساواة أو تعادل بينهم خصوصا من الناحية الاقتصادية.[3]

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

---

[1] جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج 1، جامعة القاهرة، 1976، ص 10.

[2] حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 13.

[3] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 136.

في حالة ما افترضنا تحقيق الحرية والمساواة بين الأطراف وأن إرادتهم اتجهت إلى ما هو عادل، ثم طرأت ظروف بعد إبرام العقد أدت إلى إخلال توازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف، فإن الأخذ بمبدأ عقد شريعة المتعاقدين على إطلاقه سيملي على القاضي وأطراف العمل على تنفيذ هذه الأداءات حتى ولو أحدثت ضررا كبير بأحدهم.[1]

وبالتالي لا بد من وجود آلية لإعادة التوازن بين أطراف العقد، عند حدوث ظروف تؤدي إلى اختلاله، ولا يكون ذلك إلا بتدخل القانون، وذلك بإعطاء القاضي سلطة رقابية تمكنه من حماية الطرف الضعيف.

وبذلك فإن المشرع يضمن العدالة العقدية التي توصل إليها أطراف العدالة والموضوعية المتوافقة مع المصلحة العامة، وإذا كانت العدالة العقدية تعني احترام الشخص لتعهده وهي في ذلك تتطابق مع أعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن هناك عدالة أخرى وهي الإنصاف والتي تعني احترام القاعدة القانونية.

[1] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 70.

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الرئيسية التي تدور حولها القواعد القانونية التي تنظم العقد في مختلف أدواره وهو كذلك من الأسس التي تقوم عليها الشرائع، إلا أن هذا المبدأ لم يعد يحتفظ بتلك الصورة التي نشأ عليها في أواخر القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر، ولقد أفرز مجموعة من النتائج كلها تتمحور حول تمجيد الإرادة الفردية، وتكريس حرية الفرد واعتباره أساس لكل علاقة تعاقدية.

لقد انحسر المبدأ شيئا فشيئا وتهاوت الأسس التي قام عليها لدى بروزه، ولقد كان ذلك بفعل عوامل متعددة، أهمها الأسس الاجتماعية والاقتصادية التي أصبحت تحد من المبدأ بشكل كبير، إلى جانب ذلك كان لتدخل المشرع الدور البارز في الحد من الحرية التعاقدية الاعتبارات اجتماعية واقتصادية مختلفة، كما أن للقاضي هو أيضا سلطة الحد من المبدأ هذه السلطة التي منحها إياه المشرع من أجل التدخل في العلاقة العقدية سواء لدى انعقاد العقد، أو لدى تنفيذ العقد.

الفصل الثاني:

تراجع مبدأ سلطان الارادة وقيود المشرع

المبحث الأول: تراجع مبدأ سلطان الارادة وتقييده

المطلب الأول: أهم المبررات التي ساعدت على انتكاس مبدأ سلطان الارادة

نظرا لمساوئ الحرية التعاقدية التي سادت في ظل المذهب الفردي أن بلغ مبدأ سلطان الإرادة مداه في عز انتشار هذا المذهب، وبعد أن تبين أن الحرية التعاقدية أصبحت لا تحقق بالضرورة العدالة وأنها أصبحت مجرد شعار يخفي وراءه حالات متعددة من الاستغلال والإجبار على التعاقد تحت ضغط الحاجة، وكنتيجة لذلك، أجمع الفقه على أنه لا بد من إعادة النظر في هذا المبدأ، والحد من الإفراط في هاته الحرية على ألا يعتبر ذلك تدخلا بقدر ما هو تنظيم جديد لها بشكل تصبح فيه هذه الحرية حقيقية وليست صورية، وتوفر المساواة والتوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية.

ونظرا للغلو الذي اتسم به المبدأ خلال مرحلة ازدهاره في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر من تقديس لحرية الفرد ورواج الحرية الاقتصادية بدون ضوابط واعتبار المجتمع مسخر لخدمته، فإن المبدأ بدأ في التراجع كنتيجة للانتقادات اللاذعة منذ مطلع القرن العشرين على إثر انتشار مذهب التضامن الاجتماعي، وتغير الظروف والعوامل الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما أظهر نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد.[1]

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

فظهر المذهب الاجتماعي الذي جاء بفلسفة جديدة تسمح بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية حماية للطرف الضعيف في مواجهة الطرف الأقوى.[2] والتي برزت بقوة منذ بداية القرن العشرين، مما أدى إلى انتكاس المبدأ كما كان للانتقادات التي وجهت للمبادئ والأسس التي قام عليها المبدأ الدور البارز في التحول في المبدأ.

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 51.

[2] علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2001، ص 41.

فرع 1: ظهور المذهب الاجتماعي

يقوم هذا المبدأ على فكرة أن العقد ما هو إلا نظام اجتماعي يراد منه تحقيق التضامن الاجتماعي وذلك عن طريق توجيهما للإدارة من سلطان إلى تحقيق هذا الغرض، فالقانون يجب أن يقوم على أساس واقعي وعملي يستمد من المشاهدة والتجربة لا على أساس مثل عليا أو مبادئ فلسفية، لذلك ينبغي أن يستمد من المجتمع ذاته، فالإنسان ككائن اجتماعي لا يملك إلا أن يعيش في وسط اجتماعي متضامن مع غيره من الأفراد بغرض إشباع حاجاته ومتطلباته.[1]

فالجماعة لا تحيا إلا بالتضامن الاجتماعي الذي يقوم على المساواة بين الأفراد لكنه وبحكم تفاوت الأفراد، من حيث قدراتهم وكفاءتهم ينبغي التعاون فيما بينهم سواء بتقسيم العمل أو بتبادل الخدمات، حيث تسمح بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية دون الإعلان عن نهاية مبدأ سلطان الإرادة وإنما الحد من الإعمال المطلق له، وحماية الفرد على حساب المجتمع وهذا ما أسماه أنصار المذهب الفردي بالأزمة التي لحقت العقد،[2] إضافة إلى خضوع الإرادة للنظام العام وتطور وظيفة الدولة.

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

أ. **الاتجاه الراديكالي:** ومن أكبر رواده الفقيه روهات (Rouhette)حيث يقول: "العقد ليس باتفاق إرادتين ... القوة الملزمة لم تُؤسس عند محرري التقنين على احترام الإرادة ولكن على الضرورة الاجتماعية، استقرار التعهدات التعاقدية...وإعمالا لسنة التطور الحاصل في العالم منذ سنة 1804م فقد اندثرت الفردانية ولم تعد الإرادة ملزمة إلا لأنها تحت سلطة القانون".[3] من خلال هذا نرى أن هذا الاتجاه يتجاهل مبدأ القوة الملزمة للعقد ويقصي وجوده.

---

[1] علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 144.

[2] علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 41.

[3] « .. le contrat, n'est pas un accord, de volontés,... la force obligation du contrat n'aurait pas été fondée chez le rédacteurs du code sur respect de le volonté mais plutôt

ب. **الاتجاه الثاني:** يسميه الفقيه فرانسوا جيني (francois geny) حرية البحث العلمي إذ يؤكد على المبدأ بقوله "...علينا الإبقاء على المبدأ مع ملاحظتنا أن قوة الإرادة ليست مطلقة، إنها تصطدم بحقائق خارجة عنها وبضرورات التنظيم الاجتماعي".[1] إن هذا الرأي أكثر اعتدالا من الأول.

ج. **الاتجاه الثالث:** ينتقد الأساس الفردي لقوة العقد بتأكيده على"...احترام القوة الملزمة للعقد قد ينتج عنه اللاعدالة والقوة الملزمة يجب أن تكون محدودة بفكرة التضامن التعاقدي أو بالنظرية الاجتماعية للعقد..." إن الرفض المعاصر لهذه النظرية هو مصدر الأزمة الجديدة للعقد، وتطبيق هذه النظرية يتطلب تدخل قضائيا ومركزا.[2]

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

---

sur la nécessité social de la stabilité des engagement contractuels,...en s'attachant a l'évolution depuis 1804, le monde à change l'individualisme s'efface, la volonté n'oblige que parce qui' elle est sous la dépendance de la loi. » Malaurie ph. ،Aynes, et stoffel MUNCK, droit civil des obligation defrenois, paris 02 édition, 2005, p375.

[1] " ... on doit maintenir, le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n'est pas absolue, elle se heurte aux réalités, qui lui sont extérieures et aux nécessites, de l'organisation social Malaurie ph, aynes l.et souffle. Munck ph. Op cit, p 358.

[2] Malaurie ph, aynes1, et stoffel, Munck ph, op, cite p 359.

*النظام العام: من المصطلحات التي استعصى على الفقه والتشريع إعطائها مفاهيم وتعاريف مضبوطة كونه ذو مفهوم نسبي وفضفاض، ضبابي وغير واضح المعالم ويتغير بتغير المكان والزمان، وقيل أن محاولة تعريفه هي مغامرة على الرمال الزاحفة ومسلكها محاط الأسلاك ويتغير مع طول أقدام القضاة، وقال القضاة الانجليز بشأنه إنك إذا حاولت تعريف النظام العام فإنك تركب حصانا جامحا لا تدري بأي أرض سيلقي بك، وقد عرفه عبد الحي الحجازي بأنه مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد ، بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقهم – راجع في ذلك علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 208-209.

2. محدودية الإرادة وخضوعها للنظام العام:

بظهور وازدهار المذهب الاجتماعي انتكس المذهب الفردي وتقيدت الحرية العقدية وفق ما تستلزمه مقتضيات النظام العام والآداب العامة.

فالآداب العامة تمثل الجانب الخلقي للنظام العام، وكثيرا ما تجد تطبيقاتها في العلاقات الجنسية، بيوت الدعارة، الرهان، وقد استثنى المشرع بعضها في المادة 612 من القانون المدني الجزائري والخاصة بالسباق والرهان الرياضي وبعض الألعاب.[1]

وهناك توافق على الاعتراف بأنه يجب أن يتمكن المشرع والقاضي من تأمين تطابق العقد مع المصلحة العامة والنظام العام أو الخير العام لأن المصلحة العامة أسمى من الحرية.[2]

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

والأرضية المثلى لهذه الحماية العقدية تكون في عقد الإذعان الذي يفسر ويقرر بإرادة أحد المتعاقدين، في حين يقف الطرف الآخر جامدا ويقتصر دوره في قبول العقد دفعة واحدة، وذلك بالامتثال لما يقرره ويفرضه المتعاقد الأول وإن كل تفاوض من أجل التنازل عن الشروط مستبعد.[3]

وقد أخذ على هذا المذهب تبريره وجود التشريع على أساس فكرة التضامن الاجتماعي في حين أن الغرض من التشريع إنما هو إقامة العدل بين أفراد المجتمع،

---

[1] فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 106.

[2] جاك غيستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، تر: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 2000، ص 130.

[3] Christian l'Arroumet, droit civil, les obligations, le contrat tonm3. ..4eme édition p 101.

والذي هو أساس القانون، كذلك يؤخذ على هذا المبدأ تركيزه على الكشف على الواقع الاجتماعي المجرد دون إعطاء الأهمية لما يجب أن يكون عليه أفراد هذا المجتمع، فيكون بذلك قد أغفل الجانب التقويمي للقاعدة القانونية، وعدم اعتداده بالمثل والمبادئ العليا والتي ينبغي أن يسترشد بها المجتمع للوصول إلى ما هو أفضل.[1]

3. تطور وظيفة الدولة:

لقد ظهر هذا المذهب كنتيجة لتطرف وغلو المذهب الفردي وهو اتجاه يوسع من تدخل الدولة في مختلف نواحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية من أجل تحقيق العدل التوزيعي وذلك بالمساواة بين جميع المواطنين في المجتمع.

إن هذا التوجه أصبح هو السمة البارزة للتطور الذي بلغته المجتمعات الحديثة، فمنذ بداية القرن العشرين وقع تحول في مفهوم المبدأ حيث أصبح ينظر إلى الفرد بأنه كائن اجتماعي لا يعيش إلا في الجماعة ولا يسعد إلا بوجوده فيها، ولذلك فإن ما يتقرر له من حقوق وواجبات، إنما هو بصفته عضوا في هذه الجماعة ولا يمكنه أن يعيش بدونها وفي سبيل تحقيق ذلك فإن دور القاضي ينبغي ألا يقتصر على مجرد تحديد الحقوق والالتزامات والحريات العامة، ولكن يجب أن يساهم بدور إيجابي في تنظيم مختلف مجالات الحياة.[2]

ومن أجل ذلك انتكس مبدأ سلطان الإرادة نتيجة عوامل اقتصادية، حيث أصبحت الدولة تتدخل في مختلف المجالات الاقتصادية في المجتمع، وأصبحت تقوم بتوجيه الاقتصاد وبالتالي رفع الحيف عن الطرف الضعيف، فالقانون لا يمكن اعتباره نظاما مستقلا عن الاقتصاد فيؤدي للقانون بذلك دورا إيجابيا في الميدان الاقتصادي، حيث تتدخل الدولة مباشرة في تنظيم العقود والانتاج وتوزيع الأموال والخدمات ومراقبة

[1] علي فيلالي، مقدمة القانون، المرجع السابق، ص 146.

[2] فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 237.

الأسعار وتحديد الإطار القانوني من خلال التدخلات والتدابير التشريعية الملائمة،[1] كما كان للعوامل السياسية أثرها الإيجابي في التأثير على الحريات الفردية، وذلك عن طريق تقييد هاته الحريات لمنع إساءة الأفراد لها بالقدر الذي تراه الجماعة كفيلا بحماية هذه الحريات.

وفي المجال القانوني كان للمذهب الاجتماعي عن أثره البالغ في تكييف الحقوق التي للأفراد حيث أصبح للحق وظيفة اجتماعية.

فلم تصبح الملكية حقا مطلقا بل يجب على صاحبها ممارستها على نحو يحقق المنفعة العامة، ويراعي عند استعمالها حقوق الغير وعدم التعسف عند استعمالها.

لقد أصبح للقانون دور لا يكتفي فيه بحماية الأفراد ومساواتهم أمامه، بل أصبح يؤدي دورا إيجابيا تتحقق بموجبه المساواة الحقيقية بما تحقق العدالة التوزيعية حيث أصبح يراعي التفاوت في القدرات والإمكانيات فيما بين الأفراد بغرض إقامة المساواة فيما بينهم بناء على هذه الاعتبارات.

لقد تدخلت الدولة من أجل ذلك بقواعد أمرة لا تجوز، مخالفتها، وقد تجلى ذلك بقوة في بعض العقود كعقد العمل، وعقد الاستهلاك.

وفي مجال المسؤولية المدنية بالإضافة إلى قيامها على الخطأ الشخصي، ظهرت أسس جديدة تقيمها على أساس تحمل التبعة كما يعقد العمل.[2]

وفي مجال الأسرة، وباعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع، ينبغي للفرد أن يؤدي واجبه من خلالها من أجل تحقيق المصلحة العامة، ومن واجب القانون التدخل في تنظيمها من أجل بلوغ هذا الهدف، فينظم القانون الزواج والطلاق وتنظيم النسل وغيرها من المسائل المتعلقة بها.

---

[1] أمينة ناعمي، حقوق الامتياز في مسطرة صعوبات المقاولة، مقال مجلة القصر، العدد 6، المغرب، 2003، ص 12.

[2] ابراهيم أبو النجا، أثر المذهبين الفردي والاشتراكي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري، مقال بمجلة الشرطة، العدد ،28 أكتوبر، 1988، المديرية العامة للأمن الوطني، الجزائر، ص 54.

ومن خلال المبادئ التي جاء بها المذهب الاجتماعي، نلاحظ أن هذا الأخير عجل بالإطاحة بالمذهب الفردي وكشف عيوبه ومساوئه،[1] ذلك أن المساواة القانونية وحدها لا تكفي لإقامة مجتمع عادل متى انعدمت عنه المساواة الفعلية بين الأفراد، وبأن التضامن الاجتماعي لا بد منه من أجل حماية كيان المجتمع و الجماعة ككل.

لذلك كان لا بد من تدخل الدولة للإشراف على المشاريع التي تحقق النفع العام وتلبي الاحتياجات الضرورية التي ينأ الأفراد بمفردهم عن القيام بها، فمصلحة الجماعة تقتضي تقييد مصلحة الفرد من طرف المشرع بقواعد أمرة، والتي من شأنها أن تزيل التناقض بين المصلحتين.[2]

غير أن تدخل الدولة المطلق في جميع مناحي النشاط الاجتماعي قد يحقق لها السيطرة الكاملة مما قد يؤدي إلى الاستبداد وطغيان الحاكم على المحكوم، ولا شك أن مثل هذا التطرف سيؤدي إلى الإضرار بالجماعة ذاتها بحكم أنه يقتل روح المبادرة ويفقد الأفراد حرية الانتاج والابتكار.[3]

الفرع 2: تطور الفقه والقانون المقارن للعقود

كنتيجة للتطورات الحديثة في الحياة العملية والقانونية سواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي، أو على مستوى العلاقات القانونية والتعاقدية الواسعة، وبعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام نمو ورقي التضامن والعدالة الاجتماعية، وعدم قدرة المبادئ الكلاسيكية المنظمة للعلاقات التعاقدية على مواكبة هذه التطورات والمواقف التي أنتجها الواقع، وتطور قانون العقود المقارن أفرز أفكار ومبادئ جديدة جاءت لتجدد وتكيف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولتسبغ انطلاقة عصرية للمفهوم التعاقدي وفق

[1] البشير الدحوتي، أثر التحولات الاقتصادية للعقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة الدار البيضاء، 2004/2003، ص 12.

[2] نسرين أبادار، المرجع السابق، ص 27.

[3] ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 155.

المعطيات الجديدة التي جاء بها الفقه، وتتمثل في نظريتين هامتين وهما نظرية النفع والعدل في الفقه اللاتيني ونظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي.

1. نظرية النفع والعدل في الفقه اللاتيني:

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

وبالحديث عن النفع فإن المنفعة نوعان:

إحداهما خاصة تعود على الشخص بعينه وأخرى تعود على المجتمع،[1] والقانون الوضعي لا يعترف إلا بالمنفعة العامة، لذلك تتدخل النصوص الأمرة لفرض النظام العام وإخضاع العقد لمقتضياته، كما هو الشأن في إلغاء الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك لأن ذلك يمثل إساءة المهني لاستخدامه قوته الاقتصادية، وعليه أصبح ممكنا قبول مشروعية تبعية العقد للمصلحة العامة.[2]

ويضيف الأستاذ غيستان J.Ghestin أن العقد أداة مهمة ومفضلة لدى الأفراد للتبادل وتحقيق المنفعة الاقتصادية المبنية على الائتمان والتبصر والتوقع، وهو ما يتناسب مع توجه الاقتصاد الحر المعاصر الذي يأخذ منحى خاص في الحضارة الغربية.[3]

ويقول الفقيه جونو (Gounot) يشعر الناس بالحاجة إلى إدراك المستقبل في عمل توقعي... والحصول مقابل خدمات آنية على منافع مستقبلية، أو مقابل منافع مستقبلية للخدمات الحالية، أما عن العدل فإن العقد لا يكون ملزم إلا لكونه يحقق التوازن

---

[1] جاك غيستان، المرجع السابق، ص 231.

[2] عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية، في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 35.

[3] عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع نفسه، ص 36.

والعدالة، التي تقتضي إعادة التوازن بين الالتزامات والتعهدات بواسطة العدالة التجميعية أو التصحيحية.

2. نظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي:

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

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

ففي مجال القانون الخاص نجد أن العقود الاستهلاكية لم تعد تطبق عليها القواعد العامة المتعلقة بعقود البيع المؤسسة على الإرادة، بل اكتسحتها قواعد خاصة تحدد حقوق والتزامات الأطراف لحماية المستهلك، والسبب في ذلك يعود إلى فكرة موضوعية جديدة وهي التوقع المشروع للمستهلك.[1]

ولقد كانت القوانين الغربية سباقة إلى تبني هذه المرونة في مختلف أحكامها، خاصة القانون الفرنسي وذلك من خلال المواد (من 1386 مكرر1 إلى المادة 1386 مكرر 18 من القانون المدني) حيث خصص 18 مادة لتنظيم مسؤولية المنتج في مجال حماية المستهلك.[2]

---

[1] عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع نفسه، ص 42.

[2] Art 1386/1 du ccf dispose : « le producteur est responsable du dommage cause par un défaut de son produit.qui.il soit ou non lie par incontratavec la victime ».

كما أن القانون المصري كرس ولو جزئيا نظرية النفع والعدل بإسباغ المرونة على مبدأ سلطان الإرادة، ولقد قال الأستاذ السنهوري في هذا السياق: "وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفا معتدلا فلا هو انتقص منه إلى حد جعله يفنى في سلطان المشرع وسلطان القاضي إذا لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وتحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة ومقتضيات العدالة.[1]

أما المشرع الجزائري فقد تأثر هو الآخر بهذا التطور وذلك من خلال اتساع مجال العلاقة العقدية بين المتعاقدين، فبعد أن كانت العلاقة في الفكر التقليدي لا تتعدى أطراف العقد، وأن الالتزامات الناشئة عن العقد هي التي تلزم الجانبين دون سواها، فإن القضاء الجزائري سعيا منه لتوفير الحماية الأمثل للطرف الضعيف فقد حد من تطبيق مبدأ الأثر النسبي للعقد، الذي لا يجيز للمتعاقد الرجوع إلا على الطرف المتعاقد معه حيث أصبح مقرر لصالح الضحية دعوى مباشرة ضد المنتج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.[2]

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

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 70.

[2] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 272.

[3] المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، تنص على: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

إضافة إلى هدا فقد رتب القضاء التزامات عدة على عاتق البائع منها الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالإفضاء والالتزام بالتحرير والالتزام بالسلامة... الخ، حيث اعتبرها القضاء من بين الالتزامات المتعلقة بطبيعة العقد.[1]

الفرع 3: مساوئ الحرية التعاقدية

تنطوي الفلسفة الفردية على مبدأ الحرية التعاقدية، والتي تقضي بأن الإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام خصوصا في العقد منها ، فلا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه، ولا يكسب حقا من عقد لم يشترك فيه[2].

والحرية بهذا المعنى قول لا أساس له من الصحة، وهو قول تكذبه الحقائق والمنطق، ذلك أن الإنسان يعيش في مجتمع، وينشأ عن ذلك علاقات والتزامات لا غنى عنها بين الأفراد، لأنه لا يمكن لأحد الاستغناء عن الآخرين، ولا عن الهيئات والجماعات التي ينتمي إليها كالأسرة والمجتمع ككل، كما يجب ألا تمس هذه الحرية غيرها من الحريات الأساسية، وبأن مصلحة المجتمع أولى من مصلحة الفرد، كما أن سلطة القانون هي التي تهيمن على العقد وليس العكس.

فمن غير الصحيح القول بأن كل ما هو عقدي يكون بالضرورة عادلا، وبوجوب ترك الحرية الكاملة للمتعاقدين في تحديد شروط العقد، وبوجوب احترام العقد مهما كانت الظروف الملابسة لإبرامه، ومهما كانت الظروف التي طرأت عند تنفيذه، فهذا القول يقوم على مبدأ المساواة المطلقة بين المتعاقدين، في حين أن المتعاقدين ليس كذلك لا من حيث الذكاء ولا من حيث القوة الاقتصادية أو المعرفية، ولا من حيث المركز الاجتماعي،[3] والنتيجة أن الطرف القوي في هذه العلاقة هو الذي يفرض شروطه على الطرف الضعيف، وأفضل مثال على ذلك عقود الإذعان، بل وقد يكون العقد عادلا عند

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 267.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، ص 144.

[3] رضوان السيد راشد، المرجع السابق، ص 160.

الانعقاد لكن قد تطرأ ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد صعبا أو مرهقا إن لم يكن مستحيلا، فمن غير المنطق تحميل الطرف الضعيف عبء تنفيذ العقد بمثل ما اتفق عليه، ففي مثل هذه الحالة يكون العقد مخالفا للعدل وليس معبرا عنه.[1]

أما الادعاء بأن الفرد هو أفضل من يدافع على حقوقه ومصالحه، فهو قول مبالغ فيه أيضا، فبحكم اللاتوازن والتفاوت في الذكاء والثراء والمعرفة والخبرة، فإن الدفاع عن الحقوق والمصالح الشخصية لدى التعاقد هو أمر نسبي يختلف من شخص لآخر والقانون المدني يؤكد هذه الحقيقة من خلال اعتبار العوارض التي تصيب العقل كالجنون والعته وصغر السن بأنها تعدم الأهلية، وبأن السفه والغفلة تنقص من الأهلية بل أن شرط العلم بالمبيع أصبح يستوجب على البائع تمكين المشتري من العلم به أي تبصير المشتري بالمواصفات التي يحتويه المبيع (المادة 352 ق.م)، ولو كان المتعاقد أفضل من يدافع عن مصالحه لما أفرد المشرع نصوصا تحميه من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه و كذا من الشروط التعسفية المصاحبة للعقد، كما أنه لو كان الشخص أفضل مدافع عن حقوقه ومصالحه لما تدخل المشرع لوضع قيود وضوابط تمس العملية التعاقدية منذ انعقادها إلى حين تنفيذها، سواء تعلق الأمر بأركان العقد أو شروط هذه الأركان أو بكيفية تنفيذ العقد، بالإضافة إلى تدخل القاضي في تفسير العقد وفي تطويع العقد وفي تعديل الالتزام كما في نظرية الظروف الطارئة، أو في تعديل الشرط الجزائي، أو في وقف تنفيذ العقد،[2] ومنها أيضا قيود أخرى كالنظام العام بمختلف أنواعه حيث تعددت صور النظام العام فأصبحت أنظمة عامة، وهي كلها أصبحت قيود من شأنها أن تثبت محدودية مبدأ أن كل فرد هو أفضل من يدافع على حقوقه ومصالحه.

وإلى جانب ما سبق، هناك من أنصار مبدأ سلطان الإرادة من يدعي بأن الحرية العقدية من شأنها أن تخدم المصلحة العامة، وهو ادعاء مردود عليه، حيث أن الحرية

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 164.

[2] حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطوير العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2013/2012، ص 44.

العقدية بالشكل المطروح من طرف أنصار المذهب الفردي، قد يؤدي تحت ضغط الحاجة والضرورة إلى قبول الطرف الضعيف بالشروط التعسفية والجائرة، وهو ظلم من شأنه أن يشكل عاملا قد يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام، فيصبح سببا لحدوث اضطرابات اجتماعية خطيرة، خصوصا إذا ما تعلق الأمر بفئات عريضة من أفراد المجتمع والتي تكون ضحية للظلم أو التعسف.[1]

وأخيرا فإن الادعاء بوجوب احترام الإرادة عند تنفيذ العقد، قد يؤدي هو الآخر إلى نتائج مؤسفة هو الآخر، فحتى ولو وقف المتعاقدان على قدم المساواة لدى إبرام العقد، فإن العقد الذي نشأ عادلا قد يصبح غير عادل عند التنفيذ،[2] وذلك بفعل التغيرات التي قد تحدث في الفترة ما بين انعقاد العقد وتنفيذه، فالمنطق والعدل يقضي بوجوب تدخل المشرع وكذا القاضي في العقود الزمنية، والتي قد تتسبب فيها التغيرات والظروف الطارئة في هدم التوازن العقدي وذلك بوجوب إعادة النظر في محتوى الالتزامات التي رتبتها هذه العقود ومراجعتها بشكل يحقق التوازن العقدي في الأداءات بين الطرفين، والسبب في كل ذلك هو أن المتعاقد لن يكون في إمكانه توقع ما قد يطرأ من حوادث مفاجئة أو تغيرات، والتي من شأنها أن تخل بالتوازن العقدي.

كما أن من نقائص الحرية التعاقدية أن الاحتياج وضعف الخبرة في حد ذاتها لا تعتبر عيوبا في حد ذاتها طالما كان المتعاقد الضعيف في حاجة ماسة للشيء محل التعاقد لذلك فإن التطبيق الصارم لمبدأ وجوب احتراما لإرادة عند التنفيذ في مثل هذه الظروف هو أمر ينافي العدل إن لم يكن هو الظلم بعينه.[3]

إن أي تشريع يقوم على مبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد بقيود لن يكون كافيا لمقاومة استغلال لأحد المتعاقدين لضعف خبرات وقدرات الطرف الآخر لأن مقياس التوازن العقدي في ضوء مبدأ سلطان الإرادة لا يتم خارج العقد ولا يتم من خلال مقياس

[1] أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 63.

[2] أبو جعفر عمر المنصور، المرجع السابق، ص 56.

[3] أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع نفسه، ص 62.

موضوعي، وإنما يقاس داخليا بمعيار شخصي طالما أن إرادة المتعاقد هي التي تحدد عدالة العقد.[1]

لقد كانت هاته الحرية تستمد مبادئها من وجوب إزالة كل القيود، سواء لدى إبرام العقد أو لدى تنفيذه وبأن الإرادة هي وحدها أساس القوة الملزمة للعقد، وأنها تقيد المشرع أيضا في وجوب احترامها من منطلق أن الشخص عندما يكون حرا فإنه يسعى إلى تحقيق مصالحه، وأن إرادته لن تتجه إلى ما يلحق الضرر به نتيجة لهاته الحرية.[2]

إن هذا التصور المثالي تكذبه الحقائق، فيحكم عدم مساواة الأشخاص في القوة الاقتصادية أو في المراكز الاجتماعية، فإن ذلك سيؤدي لا محالة إلى عدم التوازن العقدي.

لقد أدى هذا التصور المطلق للحرية الاقتصادية، خصوصا بعد قيام الثورة الصناعية إلى إطلاق العنان للإرادة، فكان نتيجة ذلك تكديس الثروة لدى طبقة البورجوازيين باسم

الحرية التعاقدية، فأصبحت هذه الحرية وسيلة مثالية للسلب والنهب منها إلى المساواة والعدالة.

ولقد ساهم ذلك في إذكاء الحروب الصليبية و في نهب ثروات الشعوب المستعمرة واستغلالها باسم حرية تبادل السلع والخدمات.[3]

كما أن القول بأن الحرية التعاقدية تحقق التوازن الاقتصادي عن طريق العرض والطلب هو قول مردود عليه، فالفرد يتجه بطبيعته إلى الأنشطة التي تدر عليه ربحا وعائدا أكبر وبأقل التكاليف حتى ولو لم تكن هذه الأنشطة في صالح المجتمع، فتفقد الحرية التعاقدية حينئذ وظيفتها الاجتماعية.

والنتيجة من كل ما سبق أن المبادئ والأسس التي استند إليها أنصار مبدأ سلطان

---

[1] حسين عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 62.

[2] أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص 464.

[3] اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 51.

الإرادة عند نشوئه، برهنت بما لا يدع مجالا للشك، مدى هشاشة هذه المبادئ والأسس الفلسفية منها أو الاقتصادية.

لقد برهنت التطورات اللاحقة و ظهور المبادئ الاجتماعية، وتطور وظيفة الدولة، أن الإرادة إنما تستند قوتها من القانون وليس من ذاتها، و أن الحرية العقدية لا تعني حتما أن الارادة مستقلة، ذلك أنما قيمة الالتزام العقدي إنما تأتي من القانون الذي يصنع له الإطار المناسب ويرسم له الحدود.[1]

المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الارادة

إن التطورات التي طرأت لاحقا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، كما سبق التطرق له وبروز الفكر الاشتراكي، الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل في نطاق العلاقات التعاقدية من شريعة العقد، وذلك بقصد إقامة التوازن بين المتعاقدين وحماية الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية، مثل طائفة المستأجرين والعاملين.... الخ ومحاربة الاستغلال والغبن في العقود، وبناء على هذا المنطق الجديد طرأت تغيرات على القواعد التي تحكم العقد منها: القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد سنتطرق إليه في الفرع الأول، وتقييد حرية تحديد آثار العقد وهذا سيكون في الفرع الثاني، أما الفرع الثالث فسيكون حول اتساع نطاق الالتزامات اللاإرادية.

الفرع 1: القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد

إن تدخل الدولة المتزايد بقواعد قانونية بهدف حماية طائفة من الأفراد، أدى إلى وجود ظاهرة تدعى الإجبار على التعاقد، التي تقضي بأن الشخص مجبرا على التعاقد بحكم القانون، وهذا إما حماية للمصلحة الخاصة أو تحقيقا للمصلحة العامة في المجتمع.[2]

---

[1] اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 51.

[2] حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ماجستير، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 77.

1. الإجبار على التعاقد في نطاق الملكية:

إن الملكية حق مطلق، بحيث ينفرد المالك لوحده بمزايا الشيء دون أن يشاركه في ذلك غيره من الأشخاص، وتترك له حرية في استعماله دون أن يكون مسؤولا عما ينجر عنه من أضرار،[1] إلا أن هذا الحق حق الملكية، قد يورد عليه القانون حقوق كمصلحة الغير من بينها حق المجرى وحق المرور، كما قد ينجر الشخص على التعاقد وذلك بنزع الملكية الفردية من يد صاحبها مراعاة لمصلحة فردية أخرى، عندما تظهر أن هذه الأخيرة هي أولى بالاعتبار والعناية، كما هو الحال في الشفعة.[2]

أ. حق المجرى:

قد تكون الأرض المراد ربها بعيدة عن مورد المياه بحيث يتحتم مرور المياه إليها من الأرض الجار، فيقرر لها الحق المجرى إذا توفرت الشروط المقررة قانونا لذا يقصد بحق المجرى مرور المياه إلى أرض بعيدة عن موردها عبر أرض مملوكة لشخص آخر، ومقابل ذلك فقد أقر القانون لمالك الأرض المقام عليها المجرى الحق في تعويض عادل مقابل تعطيل الأرض المقام عليها المجرى.[3]

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."[4]

ب. حق المرور:

يقرر القانون لمالك الأرض المحبوسة عن طريق العام حق المرور في الأرض المجاورة له، في سبيل الوصول إلى الطريق العام، يتقرر هذا الحق جبرا على مالك الأرض المجاورة، وذلك تفاديا لتعطيل الأرض المحبوسة عن الاستغلال أو الانتفاع بها،

---

[1] مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، ط 2، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2000، ص 31.

[2] حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 116.

[3] مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص 240.

[4] قانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005، يتضمن قانون المياه، ج.ر.ج.ج، العدد 60، الصادر في 2005/09/04 معدل ومتمم.

ويكون القانون في هذه الحالة قد قيد ملكية الجار، بأن سمح للغير بالمرور في أرضه رعاية لمصلحة هذا الأخير.[1]

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

ج. **الشفعة:**

إن القانون قد يفرض على الأفراد التعاقد مع شخص معين دون أن تكون له حرية اختيار الطرف الآخر، وبذلك نجد أن الشخص يجبر على التعاقد مع من خوله القانون حق الشفعة.[2]

يقصد بالشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، لذلك فالشفعة تعد قيدا على حرية التصرف لأنها تؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في ملكية المبيع ولو جبرا عنه.

بالتالي فالمادة 795 من ق.م.ج حددت الشخص الذي يثبت له حق الشفعة كالآتي: "يثبت حق الشفعة وذلك مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثروة الزراعية.

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
- لصاحبها حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها."

---

[1] محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 67.

[2] بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008/2007، ص 72.

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع قد استمد نظام الشفعة من الشريعة الإسلامية التي قررت بدفع ما قد يصيب الشفيع من ضرر نتيجة اتصال ملكه بالعقار المبيع، كما أن لهذا النظام فائدة اقتصادية تمكن في إعادة تجمع ما تفرق من سلطات الملكية في يد مالك، بحيث تزيل تعدد الحقوق على ذات الشيء و الذي يؤدي إلى تعطيل الانتفاع به على الوجه الأكمل.[1]

2. نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة:

رخص المشرع الجزائري للإدارة سلطات استثنائية، فمكنها من الحصول على العقار المطلوب امتلاكه دون موافقة و رضا صاحبه.[2]

على الرغم من قدوسية حق الملكية، إلى أنه قد تضطر الدول للمساس به، أي أن هذا الحق ليس مطلق، وذلك تحت وطأة الحاجات الاجتماعية المتزايدة التي تدفعها للتكفل بوظائف أخرى إضافة إلى وظائفها التقليدية التي لها الصلة بالمصلحة العامة كبناء المدن وشق الطرقات والمطارات.[3]

لذلك يعرف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنه قيد قانوني بموجبه تجبر الإدارة الفرد التنازل عن ملكيته الخاصة مقابل تعويض مسبق و عادل لغرض إنجاز أعمال ذات منفعة عمومية.[4]

هذا ما أكدته المادة 1/677 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإرادة 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] ابراهيم سهام، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، مجلة الشريعة والقانون، العدد 55، الامارات العربية المتحدة، 2013، ص 338.

[4] خوادجية سميحة حنان، المرجع نفسه، ص 98.

ويشترط القانون أن يكون إجراء التصريح بالمنفعة العمومية مسبوقا بتحقيق يرمي إلى إقرار بثبوت هذه المنفعة، وفقا للمادة 04 من قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، التي تنص على: "يكون إجراء التصريح بالمنفعة العمومية مسبوقا بتحقيق يرمي إلى إقرار ثبوت هذه المنفعة."[1]

الفرع 2: تقييد حرية تحديد آثار العقد

إن الإرادة كما رأينا سالفا تقوم مقام القانون، حيث تمنح الأطراف الحرية في تحديد مضمون العقد، و ذلك بتحديد الشروط و الآثار التي يرتضيان بها، غير أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، على أساس أن هناك بعض العقود ينفرد في تحديد شروطها أحد الأطراف دون الآخر هذا من جهة و من جهة أخرى لما كانت المصلحة الخاصة لا تتفق دائما مع المصلحة العامة، فإن للمشرع حماية المصلحة العليا قام بفرض بعض القواعد الآمرة التي لا يجوز الأطراف التعاقد الخروج عنها.[2]

هذا ما يجرنا إلى تقسيمه إلى فرعين: الأول نبين فيه عقود الإذعان كقيد وارد على مبدأ سلطان الإرادة، أما الثاني سنخصصه للنظام العام و الآداب العامة

1. عقود الإذعان كقيد على مبدأ سلطان الإرادة:

تعد القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد أطراف العقد بسبب سلطته الاحتكارية لمنتوج أو خدمة مظهرا يسمح له بجعل العقود التي يبرمها عقود غير تفاوضية معدة مسبق، حيث لا يملك فيها الطرف الآخر سوى قبولها أو رفضها ، وهذا ما يسمى بعقود الإذعان.[3]

[1] قانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، الصادرة في 1991/05/08 المعدل والمتمم.

[2] حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 202.

[3] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 12.

أ. تعريف عقود الإذعان:

لم يجمع الفقهاء على تعريف موحد لعقود الإذعان، كما لم يرد في التقنيات الحديثة تعريف محدد لها، وإنما اكتفت هذه الأخيرة بوصف القبول فيها، وعليه يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه: "هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد، لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد."[1] كما يعرف أيضا على أنه عقد يسلم فيه القابل بشرط مقرر يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، ويكون ذلك متعلق بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار 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 الشروط كلها أو بعضها، وليس له أن يناقش هذه الشروط أو يضيف إليها أو ينقص منها أو يعدل فيها، ومن أمثلة عقود الإذعان نجد عقود العمل في الصناعات الكبيرة، عقد التأمين، عقد النقل بالسكك الحديدية...إلخ.[2]

ب. الطبيعة القانونية لعقود الإذعان:

إن الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان هي السبب في اختلاف الفقهاء حول طبيعة هذا العقد، حيث انقسم الفقهاء إلى فريقين، الأول يرى أن عقد الإذعان مركز قانوني منظم، ليس عقدا حقيقا والثاني يرى أنه علاقة عقدية، ولا يختلف عن سائر العقود.[3]

- **عقد الإذعان مركز قانوني منظم:**

يرى الفريق الذي ينكر وصف العقد على الإذعان، أنه عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئ إرادة منفردة يصدرها الموجب، وعليه فهذه الأخيرة تكون بمثابة تكون بمثابة

[1] لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 23.

[2] دنوت يوسف صالح، ابراهيم 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 نفسه، ص 33.

قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها، وهذا ما أدى إلى إبعاد وصف العقد عنه، لأنه يفترض في هذا الأخير أن تكون فيه المساواة و الحرية في إبرامه،[1] كما يستند هذا الرأي إلى عدم مشاركة الطرف الضعيف في العملية العقدية، وإنما يرضخ لشروط منظمة مسبقا لا مجال له في مناقشتها.[2]

إضافة إلى ذلك، يرى" الفقيه Horyo الذي سمي عقد الإذعان نظاما، أن العقد سريع الزوال لأنه ينشئ علاقات تنقضي بسرعة، على عكس فكرة المشروع التي تفترض بعض الدوام، لذلك نجد فكرة المشروع تتفق مع فكرة التنظيم أكثر من فكرة العقد، ومن أمثلته شركات التأمين، شركة الإنارة، شركة النقل...إلخ.[3]

- **عقد الإذعان علاقة عقدية:**

يرى أصحاب هذا الفريق أن عقد الإذعان عقد حقيقي، على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين يعد عقدا كسائر العقود، وعليه فإن المشاركة في وضع بنود العقد أو مناقشة مضمونه لم يشترطها القانون في العقد، ولم يلزم أن يكون المتعاقدين متكافئين من الناحية الاقتصادية.

لذلك نجد أنه مهما كان الضغط الذي يمارسه الطرف القوي على الطرف المذعن، فهو لا يعدو أن يكون الإكراه فيه يعدم الرضا أو يفسده، وبالتالي فإن القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد بمجرد اقترانه بالإيجاب، و هذا استنادا مبدأ سلطان الإرادة.[4]

ج. خصائص عقود الإذعان:

تتميز عقود الإذعان عن غيرها من العقود بالخصائص التالية:

---

[1] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 15.

[2] نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013/2012، ص 159.

[3] حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 177.

[4] محمد بودالي، المرجع نفسه، ص 15.

– أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة إلى المستهلك أو المنفعتين، بحيث لا يمكن لهؤلاء الاستغناء عنها في حاجتهم دون أن يلحقهم أذى.

– أن يكون أحد المتعاقدين (الموجب) محتكر للسلطة أو الخدمة احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة.[1]

– أن يصدر الإيجاب إلى كافة الجمهور – دون تعين شخص بذاته و بشروط واحدة، نحو مستمر أو لمدة غير محددة ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب.[2]

– الطابع الاضطراري للقبول، فالقبول هو مجرد إذعان لما يمليه الموجب أي أن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، وإنما سلم الشروط التي عرضها الموجب بما أنه بحاجة للتعاقد على شيء لا غنى عنه،[3] وهذا ما عبرت عليه المادة 70 من ق.م.ج. التي تقضي بأنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد تسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيه."

2. فكرة النظام العام والآداب العامة كقيد على مبدأ سلطان الإرادة.

يعتبر النظام العام والآداب العامة أيضا من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، فالنظام العام يعد ضابطا لحرية الأفراد في ترتيب علاقتهم القانونية، لذلك نجد أنه حتى إن كان للإرادة سلطان في أن تختار وتبرم عقدا من عدمه، إلا أنه يجوز أن يسعى الفرد مستغلا حريته في المساس بالمصلحة العامة للجماعة.[4]

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 123.

[2] لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 61.

[3] سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص 36.

[4] حمدي محمد اسماعيل لسطح، المرجع السابق، ص 204.

أ. المقصود بالنظام العام والآداب:

إذا كان للمتعاقدين أن ينشئ العقود ويقوم بتنفيذها، فيجب أن يتم ذلك في إطار النظام العام والآداب العامة، وعليه تعد فكرة النظام العام من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها، ضف إلى تعدد جوانبها وتنوع مصادرها، إذ أنها لا تنبع من التشريع وحده، إنما يساهم القضاء إلى حد كبير في صياغتها وتحديد مضمونها، لذا سنعالج في هذا العنصر النقاط التالية:

- **تعريف النظام العام والآداب العامة:**

يلاحظ أن فكرة النظام العام ليس لها تعريف تشريعي بالرغم من أهميتها في التفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة، لأنها تعد من الأفكار المعيارية المرنة غير المحددة، والتي تتغير وفقا لظرف الزمان والمكان، كما تختلف باختلاف المذاهب والنظريات السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة من بلد إلى آخر.[1]

وبالتالي فتظهر الفكرة العامة للنظام العام في سيادة المجتمع على الفرد، إذ أنه يعبر عن إرادة الحياة لدى الشعب التي قد تهددها بعض المبادرات الفردية في إطار العقود.[2]

على الرغم من مرونة فكرة النظام العام ونسبيتها، فنجد أن الفقه قد حاول وضع تعريفا لها بقوله: هي مجموع المصالح الجوهرية والأساسية للجماعة، أو هي مجموع الأسس التي يتأسس عليها نظام الجماعة وكيانها من الناحية السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية (الخلقية)، بحيث لا يمكن تصور بقاء هذا الهيكل سليما دون استناده واستقرار على تلك الأسس، وعليه تعد القواعد القانونية المتصلة بهذه المصالح الأساسية من قبيل القواعد الآمرة التي ينعدم إزاءها سلطان إرادة الأفراد في الاتفاق على ما

[1] رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1992، ص 219.

[2] محمد وحيد الدين سوار، الاجتهادات العامة في القانون المدني، دراسة الفقه الاسلامي والمدونات العربية، ط 2، دار الثقافة لمنشر و التوزيع، الأردن، 2001، ص34.

يخالفها، لأن هدف النظام العام هو حماية المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها المجتمع.[1]

أما الآداب العامة فيقصد بها مجموعة من القواعد وجد الأفراد أنفسهم ملزمون بإتباعها طبقا لقاموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية، وهذا القاموس هو وليد المعتقدات المورثة، المتأصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس.[2]

- **مجال النظام العام:**

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

- **المفهوم التقليدي:**

إن تقيد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد بفكرة النظام العام بهذا المفهوم، كان منذ البداية على شكل قيود غالبيتها في مرحلة إنشاء العقد، وذلك من خلال إبطال العقد عند عدم احترام الشروط اللازمة لانعقاده، كما هو الحال في حالة ما إذا كان محل أو سبب العقد مخالفا للنظام العام و الآداب العامة فيعد العقد باطلا بطلانا مطلقا، هذا بالرجوع للمادتين 93 و 97 من ق.م.ج، ونفس الحكم يطبق في حالة ما إذا اشترط المشرع شكلا معين لانعقاد العقد.[3]

يلاحظ أن قواعد النظام العام السياسي تقرر في غالبيتها جملة من الممنوعات، إذا خالفها المتعاقدان كان اتفاقهما بطلانا مطلقا.[4]

---

[1] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 220.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 436.

[3] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 66.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 280.

- **المفهوم الحديث:**

إن فكرة النظام العام بعد ما كانت منحصرة في ضيق، فقد اتساعا شديدا مضمونها منذ بداية القرن التاسع عشر، إذ تطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع، مما أدى إلى ظهور مفهوم آخر عرف بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي، والذي أضاف قيودا على الإرادة من خلال إجبار الأفراد على احترام قواعد كثيرة أصبحت متعلقة بالنظام العام.

- **مصادر النظام العام:**

إن النظام العام هو نظام قانوني تتضمنه النصوص القانوني، كما يستخلصه القاضي من مبادئ عامة لذا نجد أن له مصدرين:

- **النظام العام التشريعي:**

يتولى المشرع تكييف مختلف النصوص القانونية، وتحديد ما كانت من النظام العام أو لا، بحيث يقضي النص صراحة عدم الاتفاق على ما يخالفه ودليل ما جاء مثلا في المواد 96 – 97 – 107 من ق.م.ج، لذا فإن النص القانوني يكون من النظام العام كلما كان يمنع المتعاقدين على مخالفة أحكامه.

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

- **النظام العام القضائي:**

قد يغفل المشرع عن تكييف القاعدة القانونية الواردة في النص القانوني، كأن لا يتضمن ترخيصا أو منعا من الاتفاق على ما يخالفها، كما هو الأمر بالنسبة للمادة

112 من ق.م.ج ،[1] فهذه الأخيرة اكتفت بذكر الحكم القانوني دون الإشارة إلى إمكانية مخالفته، في هذه الحالة يتولى القاضي تكييف مثل النصوص معتمدا في تقريره على العرض من الحكم، فإذا تبين له أنه يتعلق بمصلحة عامة كيفه على أنه من النظام العام، و لا يمكن حينئذ مخالفته.

ب. مظاهر تقييد الإرادة بفكرة النظام العام:

إذ سلم للفرد في التعاقد من عدمه، في تحديد مضمون الالتزامات 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 عدمه مخالفته سواء في إبرام العقد أو في تعيين أثاره، قد تدخل استنادا إلى ذلك بنصوص آمرة لا يجوز مخالفتها، مقيدا إرادة الأفراد في المجال التعاقدي،[2] وعليه نقسم مظاهر هذا التقيد إلى ثلاثة عناصر.

- **تقييد المشرع لحرية إبرام العقد:**

يمكن الحديث عن حرية التعاقد كنتيجة لمبدأ السلطان الإرادة فقط عندما يقتصر مضمونها على حرية إبرام العقد، لذلك قد يتدخل المشرع أحيانا ليجبر الأفراد على دخول في علاقات تعاقدية خارج رغبتهم، كما هو الأمر في عقد التأمين، حيث تعرض المشرع للتأمينات الإلزامية، وذلك بالنص على حالات التأمين الإجباري.[3]

كما ألزم كل مالك مركبة بالاكتتاب بعقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببتها مركبته للغير، استنادا إلى أحكام المادة الأولى من قانون الزامية التأمين على السيارات و نظام

[1] المادة 112 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يؤول الشك لمصالحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة المذعن".

[2] حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 208.

[3] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 70.

التعويض عن الأضرار التي تنص على: "كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير."[1]

كما يمنعه أحينا أخرى على التعاقد وهذا نظرا إما لخطورة محل العقد أو لأسباب يراها ذات أهمية، لذا نجد أنه يمنع الأشخاص من كل التصرفات التي تتعلق بيع واقتناء العتاد

هذا طبقا للمادة الأولى من الأمر المتعلق بالعتاد الحربي والذخيرة، التي تنص على أنه: "يحضر عبر كامل التراب الوطني... صناعة العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة... كما يحظر استيراد ذلك وتصديره والمتاجرة به، واقتنائه."

- **تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد:**

يكون تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد عن طريق تنظيم بعض العقود بنصوص آمرة، و كذا في توسيع مضمونها، فبالنسبة لتنظيم بعض العقود بنصوص آمرة، فقد تولى المشرع ذلك بنوع من التفصيل والدقة، وذلك لتجنب 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 تتدخل فيه إرادة المشرع لتحل النصوص القانونية محل إرادتهما في تحديد بنوده ومن بين العقود التي نظمها المشرع بنصوص آمرة، نجد عقد التأمين وعقد العمل، فعقد التأمين تنظمه نصوص تهدف في مجموعها إلى حماية المؤمن له باعتباره طرفا ضعيفا، إذا لا يناقش شروطه ويكتفي بما تم التصريح به من طرف المؤمن ويقبل الشروط المقترحة.

في مجال العمل فإن المشرع تولى تنظيما دقيقا، بحيث حدد حقوق العامل التي لا يمكن إنقاصها لأي سبب كان ومنها مدة العمل، مواقيت العمل الليلية الساعات الإضافية، الراحة الأسبوعية، العطلة السنوية، والأجر الأدنى...الخ.[1]

[1] أمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج، العدد 15، الصادر في 1974/02/19 معدل ومتمم.

يهدف المشرع من تقييد الإرادة في عقد العمل بتحديد الحقوق والالتزامات الأساسية للعمال وأرباب العمل حماية للعامل ضد تعسف رب العمل، وبالتالي لم يترك أي مجال للاجتهاد أو التأويل إلا فيما يمكن إضافته من حقوق أكثر فائدة للعمال.[2]

أما فيما يتعلق بتدخل المشرع لتوسع مضمون العقد، فقد يلجأ في حالات معينة عن طريق فرض التزامات على الأطراف دون إرادتهم، بل حتى دون علمهم بها، أمثلته ونجد الالتزام بالضمان، والذي يعرف بأنه : التزام ذو مصدر قانوني أو تعاقدي يكون في بعض عقود المعاوضات التي يخشى الدائن فيها المنازعة حول الحقوق المنتقلة إليه، أو حول صلاحية موضع العقد، وبالتالي يصبح ضمن الالتزامات الناشئة عن العقد.[3]

إضافة إلى كل ما سبق، فمن بين العقود التي رتب فيها المشرع الضمان ما يظهر بوضوح في أحكام عقد الإيجار، طبقا للمادة 483 من ق.م.ج التي تنص: "على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحاول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يحوز 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 أبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد منه.[4]

الفرع 3: اتساع نطاق الالتزامات اللاإرادية

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

---

[1] المواد 22-33 من القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج، العدد 17، الصادر في تاريخ 1990/04/25 معدل ومتمم.

[2] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 75.

[3] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 76.

[4] المادة 490 من ق.م.ج على أنه: "يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني".

ولكن كثيرا ما يغفل الأطراف بعض العناصر الأساسية في عقودهم فيكون العقد ناقصا وطبقا لنظرية سلطان الإرادة لا أثر لهذا العقد الناقص لأنه لا يمكن تكملة هذا النقص بغير إرادة الأطراف، فإذا أغفل في عقد عمل تحديد أجر العامل فإن هذا العقد لا أثر له في نظر مبدأ سلطان الإرادة، بينما يلجأ القضاء في هذه الحالات إلى البحث عن الشروط المتعامل بها في السوق وإلى العادات الاجتماعية لتحديد هذا الأجر، وذلك ليجعل لإرادة الأطراف قيمة بدلا من إهدارها نهائيا، وواضح أن هذه العناصر التي يبحث عنها القضاء هي غريبة تماما عن إرادة المتعاقدين،[1] وهذا ما يفرضه المبدأ الذي يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.[2]

وهذا ما قررته المادة 107 ف2/1 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام."

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

والتزامات يفرضها القانون إذ تطور نظام المسؤولية التقصيرية نتيجة لظهور للثورة الصناعية وانتشار استخدام الآلات الخطيرة في المجتمعات الحديثة فبعد أن كان الالتزام بالتعويض عن الضرر مبني على أساس اثبات الخطأ، فقد زادت حالات الاخير والذي أصبح مقرر دون حاجة إلى ثبوت خطأ من جانب المسؤول.[3]

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

---

[1] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 48.

[2] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 364.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 49.

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

المبحث الثاني: مضمون العقد بين حرية الارادة وقيود المشرع

إن تدخل المشرع في الكثير من المجالات في تحديد مضمون العقد قد يفقد هذا المبدأ مفهومه التقليدي، والذي كثيرا ما تؤدي الظروف الاقتصادية إلى اختلاله وبذلك نتفق مع جانب من الفقه بأن: "العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد، فمن الظلم القول بأنه شريعتهم."

وإزاء تحقيق الهدف المتوخى وهو العدل والتكافؤ بين المتعاقدين، أخذت النصوص الأمرة تحل مكان النصوص المفسرة والمكملة، حتى بدأ المشرع وكأنه يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد بما يفرضه من التزامات على المتعاقدين.

ومع ذلك وحتى في الأحوال التي لا تكون الإرادة منشئة لكافة الآثار القانونية للعقد فإن الحرية العقدية لا تختفي، لأنها ما زالت موجودة في اتجاه الإرادة إلى خلق حالة قانونية جديدة، وهي إبراز العقد إلى الوجود ومن ثم تدخل المشرع في تنظيم هذا العقد.

المطلب الاول: دور الارادة في تحديد مضمون العقد

القاعدة العامة أن للأطراف حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة وتنظمها، لذا سنتعرض في هذا المطلب إلى بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد، ثم نتطرق إلى الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية باعتباره من أهم الاتفاقات التي يجوز للمتعاقدين القيام بها.

الفرع 1: بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد

إن للمتعاقدين عند إبرام العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك في إطار القانون، لأن الأصل هو التزام الشخص بإرادته وإن اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إلى إنشاء التزامات تفرض عليه فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود لأن تقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء،[1] كما أن تدخل المشرع في أغلب الأحيان يكون بقواعد مكملة لإرادة الطرفين، لا تطبق إذا اتفقا الطرفان على مخالفتها.

ومن أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للطرفين، الاتفاق على فسخ العقد طبقا للمادة 120 ق.م.ج، إذ يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد، ويلاحظ أن اتفاق الطرفين على هذا الشرط يجب أن يكون قاطع الدلالة واضحا كل الوضوح في أن المقصود منه استبعاد تدخل القضاء وتنحية سلطته في هذا الشأن.

واتفاق المتعاقدين على الفسخ قد تتفاوت درجاته من حيث أثره على القاعدة العامة في إيقاع الفسخ بحكم القضاء فقد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخا إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته وقد يرد الاتفاق في صورة اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ومثل هذا الشرط يفسر على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يملك إمهال المدين وإنما لابد من القضاء بالفسخ طالما قد طلبه الدائن، وقد يتدرج هذا الاتفاق من حيث قوته ويأتي في عبارة أشد وهو اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم، وقد يصل هذا الاتفاق إلى أقصى درجاته وذلك باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم أو إعذار، وإذا اقتضى الأمر رفع الدعوى عند المنازعة في الشرط فإن الحكم الصادر بالفسخ يعد مقررا لا منشئا له.[2]

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 45.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 385.

كما أورد المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري عدة حالات أخرى فيما يخص الاتفاقات التي يجوز للأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم، فيمكن لهم طبقا لنص المادة 183 ق.م.ج الاتفاق عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه، ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي مع أن الأصل في تقدير هذا التعويض يكون من اختصاص القاضي وبعد إبرام العقد ، كما سمح المشرع الجزائري في عقد البيع للبائع إذا ما كان البيع مؤجلا أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل الملكية إليه ولو تم تسليم الشيء المبيع طبقا لنص المادة 363 ق.م.ج.

ويلاحظ أيضا بالرجوع إلى القواعد العامة أن المشرع ترك للمؤجر والمستأجر الحرية الكاملة في تعين بدلات الإيجار حسب المادة 1/471 من القانون المدني وأكد ذلك من خلال المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 35/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996،[1] والتي تنص على أنه: "تحرر نسب الإيجارات المطبقة على المحلات ذات الاستعمال غير السكني وتحدد حسب القواعد العامة المنصوص عليها في أحكام القانون المدني والقانون التجاري المذكورين أعلاه"، حيث ترك للأطراف حرية التفاوض طبقا لأحكام التقنين المدني والتجاري الجزائريين، وهذا وفق المعايير الواضحة لتحديد بدلات الإيجار المنصوص عليها في المادة 190 من القانون التجاري.

كما يمكن أيضا للمتعاقدين في عقد البيع الاتفاق على الزيادة في ضمان نزع اليد أو الإنقاص منه أو إسقاطه، ويجوز لهما التخلي عن الضمان القانوني إذا كان الضمان التعاقدي يشكل أكثر نفعا وجدية من الضمان القانوني.

الفرع 2: الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية

[1] المرسوم التنفيذي رقم 35/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996، المتعلق بتعيين نسب الايجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، ج.ر، العدد 4.

إن الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية، فقد يتفق الأطراف على تشديد هذه المسؤولية اتفاقا يجعل المدين مسؤولا حتى عن السبب الأجنبي، وقد يتفقا على التخفيف فيها مما يجعل المدين غير مسؤول عن خطئه وتقصيره،[1] وفي هذا المجال توجد عدة اتفاقات تخص المسؤولية العقدية كالتأمين على المسؤولية، وهذا لا يدخل في نطاق الاتفاقات المعدلة لقواعد المسؤولية العقدية، وإنما مجاله عقد التأمين، كما أن هناك اتفاقات أخرى تتم بعد وقوع الضرر ويراد بها تحديد النتائج التي تترتب على الضرر كتحديد مقدار التعويض أو النزول عنه، وهذه الاتفاقات تعتبر من قبيل عقود الصلح،[2] ولكن ما يهمنا هنا هي الاتفاقات التي تجري بين طرفي العقد قبل وقوع الضرر وهي غالبا ما ترد في العقد عند إنشائه بهدف التشديد أو التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 178 ق.م.ج نجدها تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"، وعليه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المدين مسؤولا في مواجهة الدائن حتى ولو كان سبب عدم تنفيذ الالتزام العقدي يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، ولا شك أن مثل هذا التشديد صحيح وجائز، ويمكن اعتباره نوعا من التأمين ضد خطر القوة القاهرة والحادث الفجائي، ويكون عادة بالزيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين من العقد،[3] كما أن الأصل هو أن يكون القدر الواجب من العناية هو ما يبذله الشخص العادي إذا ما وجد في الظروف التي وجد فيها المدين، ولكن يجوز الاتفاق على التزام المدين ببذل قدر من العناية يجاوز ما فرضه القانون أو تحويل الالتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة كما أنه من الملاحظ في المسؤولية العقدية أن التعويض لا يكون

[1] بوعزة ديدن، شروط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد، ديسمبر 2004، ص 06.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 305.

[3] محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 178.

في الأصل إلا عن الضرر المباشر والمتوقع أي الضرر الذي يدخل في قصد المتعاقدين باستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم طبقا للمادة 02/182 ق.م.ج،[1] ولكن يمكن للأطراف الاتفاق على زيادة التزام المدين، وذلك بتعويض الدائن عن كافة الأضرار الناتجة عن الإخلال بالالتزام التعاقدي بما فيها الضرر غير المباشر والضرر غير المتوقع إضافة إلى اتفاق الأطراف على تشديد المسؤولية العقدية، فإنه يمكن لها أيضا الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه أو التخفيف منها طبقا للفقرة الثانية من المادة 178من ق.م.ج، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.

المطلب الثاني: تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد

يأخذ تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد صورتين بارزتين وهما: تدخل مباشر وصريح، يصدر نصوصا آمرة يحتم على المتعاقدين مراعاتها.

أو تدخل غير مباشر عندما يخول المشرع القاضي صلاحية التدخل في العقد بالتعديل، أو بإلغاء بعض الشروط والالتزامات أو إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين.

الفرع 1: تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد

نشير في هذا المجال بأن هذه القيود التي يوردها المشرع بنص قانوني آمر ومن ثم يتوجب على المتعاقدين التقيد بها في تحديد مضمون العقد، قد ترد إما على التنظيم الكامل من حيث المضمون للعقد برمته، أو قد ترد على جزئية من جزئياته كتحديد مدة العقد.

---

[1] المادة 182 ف2 من ق.م.ج تنص على: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما الحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

ففي الحالة الأولى يعد المتعاقد وكأنه مقيدا تقييدا كاملا في تفاصيل العقد، ومثال ذلك تنظيم المشرع لعقد العمل بكامله نتيجة لما كانت تعانيه الطبقة العاملة من ظلم اجتماعي واقتصادي، حيث أن معظم المسائل الجوهرية في عقد العمل هي محل تنظيم تشريعي، كالأجور وساعات العمل وشروط السلامة والشروط الصحية والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي، فأصبح عقد العمل مجرد إقرار للنصوص القانونية أو الاتفاقيات الجماعية وحتى فسخ العقد أصبح محل تنظيم تشريعي[1].

ففي هذه الأحوال نجد أن التنظيم القانوني أخذ يضيق الخناق على حرية التعاقد ولم يبق للفرد من حرية إلا في قدر ضيق ينحصر في قبول إبرام العقد أو الامتناع عن إبرامه.[2]

أما في الحالة الثانية فسيفيد القانون كلا المتعاقدين أو أحدهما في جزئية معينة من جزئيات التعاقد مثال ذلك، هو القيد الذي يرد على حرية المتعاقد في إنهاء عقده، فالعقد الذي انعقد بالتراضي يمكن كذلك أن ينتهي بالتراضي، على أنه ليس للمتعاقدين أن يحددا مدة تزيد عما يجيزه القانون، فإن فعلا، تعين إنقاص المدة إلى الحد الجائز."[3]

وهذا حسب نص المادة 104 من ق.م.ج التي جاء فيها بأنه:" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا."

وقد جاءت المادة 468 من القانون المدني الجزائري بتطبيق لهذه القاعدة: "إذ لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بالإدارة أن يعقد إجارة تزيد مدتها على ثلاث سنوات ما

[1] فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام، القاهرة، 1979، ص 60.

[2] عبد الرحمان عبد الرزاق داوود الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، 1981، ص 67.

[3] محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 18.

لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، تخفض المدة إلى 3 سنوات."[1]

أما التطبيق الآخر فهو إبطال شرط عدم المسؤولية في النقل البري، ومن القيود الأخرى التي يفرضها المشرع مباشرة على الإرادة التعاقدية، هو القيد الذي يحدد مقدار الأجرة في بعض العقود.

كما أصدر المشرع في كثير من الدول، قوانين خاصة تعطي الحق للمستأجر بالبقاء في المأجور بعد انتهاء المدة المحددة لعقد الإيجار رغم إرادة المؤجر، ولم تجيز للأخير طلب التخلية إلا لأسباب محددة في القانون على سبيل الحصر، وهو ما يسمى بالامتداد القانوني لعقد الإيجار.

كما كرس المشرع المبدأ في القانون 90-11 والمتضمن قانون العمل،[2] أن الأصل في عقد العمل أنه غير محدد المدة، إلا ما تعلق منه بما تقضي به المادة 12، ن المشرع قد حصر حلات اللجوء إلى عقود العمل محددة المدة لم يذكرها على سبيل المثال، إذ نصت الفقرة الأولى من نفس المادة على ما يلي: " يمكن إبرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحة أدناه".

وطالما أن إبرام عقود محددة المدة من أجل أعمال تتميز بالطابع الدائم لا تتفق والمبدأ المذكور فإن ارتباط العامل بعقد محدد المدة لتنفيذ أعمال ذات طابع دائم ما عدا حالة استخلاف عامل تغيب مؤقتا عن عمله يعد مخالفا لما نص عليه القانون 90-11، طبقا للمادة 14 منه والتي تقضي بأنه:[3] "يعتبر عقد العمل المبرم لمدة محدودة خلافا لما

---

[1] المادة 468 من القانون المدني الجزائري.

*الامتداد القانوني للإيجار: يقصد به سريان عقد الإيجار الأصلي الذي انتهت مدته بشروطه نفسها لمدة أخرى، ومن ثم لا نكون بصدد إيجار جديد يلزم لانعقاده، مثلا توافر الأهلية عند إبرامه، بل يظل العقد السابق ساريا ولو فقد أحد المتعاقدين أهليته عند امتداد الايجار.

[2] القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل(ج.ر.ج.ج رقم 17-1990)، والمصحح في ج.ر.ج.ج، رقم 38- 1990 المعدل والمتمم: "المصادقة على مشروع قانون يعدل ويتمم قانون علاقات العمل".

[3] القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المرجع السابق.

تنص عليه أحكام هذا القانون عقد عمل لمدة غير محدودة، دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في هذا القانون."

أي يجب أن يكون العقد مبرما من أجل الحالات المنصوص عليها بالمادة 12 وهي حالات تتعلق بأعمال لا تتسم بالطابع الدائم معناه أن يتعلق بأشغال أو خدمات غير متجددة، أو أشغال دورية ذات طابع متقطع أو أسباب موسمية أو لتزايد العمل، أو أشغال ذات مدة محددة، ويستثني من ذلك حالة وحيدة وهي حالة استخلاف عامل مثبت إذ يكون فيها العمل ذو طابع دائم ويجوز فيها إبرام عقد عمل محدد المدة.

ومن خلال ذلك فإن كان للمتعاقدين الاتفاق على مضمون العقد وتحديد شروطه، إلا أن هذه الحرية قد تتقيد في توجيه الإرادات إلى تحقيق غاية اجتماعية نبيلة للمشرع، وهي تحقيق التوازن والعدل القانوني لكلا الطرفين. وإن كثرة تدخل المشرع بنصوص آمرة توضح لنا بأن الإرادة التعاقدية ليست مطلقة في فضاء شاسع بل مطلقة في فضاء القانون. وهو ما يؤكد لنا بوجوب القول بموضوعية الإرادة التعاقدية بدلا سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين.

الفرع 2: تدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد

ويكون هذا التدخل عندما يخول المشرع القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد.[1]

فالقاضي يستطيع أن يغير ويحد من أثر الإرادة الفعلية للأفراد، فتارة نراه يوسع من مضمون العقد، ليضيف إليه التزاماً لم يفكر فيه الطرفان، وتارة ينتقص مما اتفق عليه العاقدان هذه هي بصورة عامة الصورة التي انتهى إليها مبدأ سلطان الإرادة.[2]

ومثالا على الحالة الأولى (وهي التوسع في مضمون العقد ما وصل إليه القضاء من مرحلة أكثر إيجابية، وذلك بفرضه على أحد المتعاقدين التزاما بضمان سلامة المتعاقد الأخر، خصوصا في عقد النقل، فأصبح الناقل ملزما حتى دون اتفاق مسبق

[1] عبد الرحمان عبد الرزاق داوود الطحان، المرجع السابق، ص 71.

[2] عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ط 2، مصادر الالتزام، بغداد، 1963، ص 36.

بضمان سلامة المسافر، وهذا يعني أن القضاء يضيف إلى العقد التزاما لم يكن محل اتفاق المتعاقدين أو حتى لم يفكر به.

وقد اختلف الفقهاء في تعيين السند القانوني الذي يعتمده القضاء عند فرضه الالتزام بالسلامة على أحد أطراف العقد، فرأى جانب من الفقه بأن هذا الالتزام مصدره الإرادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين بينما ذهب جانب آخر من الفقه،[1] بالقول أن في الرجوع وبشكل دائم إلى إرادة العاقدين سواء إرادة حقيقية أو محتملة لتحديد مضمون العقد شيئاً من التحكم وهذا غير صحيح، وإنما الأقرب إلى الواقع هو الاستناد في الاعتراف بالالتزام بالسلامة إلى نص المادة 107 ف/2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". فمن السهل القول أن الالتزام بالسلامة هو من مستلزمات عقد النقل. وبمقتضى هذا النص

يستطيع القاضي أن يضيف إلى مضمون العقد ما يقتضي العرف أو العدالة بإضافة إليه.

أما من الأمثلة على الحالة الثانية (وهي الانتقاص مما اتفق عليه العقدان) هو فيما يخص الشرط الجزائي. ففي بعض الأحيان يخضع المشرع بعض شروط العقد لرقابة القضاء خشية من تعسف المتعاقدين. فبالرغم من أن المشرع الجزائري قد أجاز للمتعاقدين مثلا الاتفاق على التعويض الاتفاقي في المادة 184 من القانون المدني الجزائري، إلا أنه لم يترك ذلك لمحض إرادة المتعاقدين، بل ربط بين استحقاق التعويض الاتفاقي ومقدار الضرر، فلا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحا، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

[1] عبد الرحمان عبد الرزاق داوود الطحان، المرجع السابق، ص 36.

كما تولى القضاء مهمة تقويم بعض السلبيات التي تنجم عن فقدان التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد في عقود الإذعان، وانفراد أحد أطراف العقد في وضع صيغته وإملاء شروطه، وأعلن أنه ما دام صاحب الاحتكار، وهو الأقوى اقتصاديا قد وضع العقد بعد دراسة دقيقة لكافة بنوده وشروطه أخذا بنظر الاعتبار كافة الظروف والملابسات فليس له بعد ذلك التمسك بتفسير الشروط الغامضة لمصلحته.

ففي عقد الإذعان تنعدم إرادة المتعاقد في التفاوض بشأن العقد المراد إبرامه ويقتصر مبدأ سلطان الإرادة على جانب واحد يتعلق بقبول التعاقد أو رفضه، حتى أن هناك شكا في مدى توافر هذا الجانب أيضا، إذ أن الاحتياج إلى السلعة أو الخدمة محل العقد يدفعه إلى قبول بنود العقد كما وضعها الشخص المحتكر دون مناقشة.[1]

ولهذا اتجه القضاء إلى تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان المصلحة الطرف المذعن وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 111 ف/2 والمادة 112 الطريق للقضاء لتفسير العبارات الغامضة عندما قرر بأنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا مصلحة الطرف المذعن، ولو كان دائنا.[2]

كما حول المشرع القاضي صلاحية تعديل الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان، بل وحتى إعفاء الطرف المذعن منها وهذا ما عبرت عنه المادة 110 من ق.م.ج التي نصت على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."[3]

---

[1] عبد الرحمان عبد الرزاق داوود الطحان، المرجع السابق، ص 76.

*عقود الإذعان: طبقا لنص المادة 55 ق.م.ج : " يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام، بعضهما بعضا"، هذا هو المبدأ العام، غير أن معظم العقود ذات أهمية بالنسبة للمستهلك هي اليوم عقود إذعان ويقصد بها العقود التي يفرض محتواها مسبقا من قبل أحد الطرفين على الآخر الذي يكتفي بإعطاء انضمامه.

[2] محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 751.

[3] نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

بمعنى على القضاء أن يوازن ما بين مبدأ سلطان الإرادة وما بين أن تكون هذه الإرادة حرة وغير خاضعة لعوامل النفوذ الاقتصادي والاستغلال الأحادي من قبل أحد الأطراف، أي إجبار أطراف العقد على الالتزام بموضوعية الإرادة التعاقدية.

فموضوعية الإرادة التعاقدية لا يقتصر ضرورة وجودها في إبرام العقد فقط، بل تمتد إلى ما بعد الانعقاد وإلى انتهاء العقد وهذا ما أكده القضاء، حيث جاء في حيثيات قرار إحدى الأحكام التي أصدرها القضاء البلجيكي بأن: "كثرة الاتفاقات التي تحتوي على بنود موضوعة سلفا من جانب أحد المتعاقدين دفعت بالقضاة، إلى البحث عن الوسائل التي بها يوفقون بين أوضاع المتعاقدين، ولم تقف محكمة النقض البلجيكية إطلاقا أمام هذه الرغبة لدى القضاة بل طورتها في حدود اختصاصها، وهي اليوم الحارس اليقظ المراقب لمدى احترام القضاة لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية، والقوة الملزمة للاتفاقات المبرمة بحرية بين الأفراد من ناحية أخرى، ورفضت من جانبها الأحكام التي أهملت احترام هذين المبدأين أم تلك التي شجعت عدم التعادل بين طرفي العقد."

ومن التطبيقات الأخرى التي يتوضح فيها تدخل القاضي في تعديل أثار العقد، هي نظرية الظروف الطارئة، فقد كانت هذه النظرية خروجا على مذهب الإرادة واستثناءا عن قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن هذه النظرية تهدف إلى تعديل مضمون العقد على غير الإرادة المشتركة للمتعاقدين، برد الالتزام الذي جعله الحادث الطارئ مرهقا إلى الحد المعقول.[1]

فقد خول المشرع الجزائري، القاضي صلاحية تعديل العقد وفق ما تقتضيه العدالة في المادة 107 ف/3 من ق.م.ج التي نصت على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التزام المتعاقدين، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة. جاز (للمحكمة) بعد

[1] عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1972، ص 366.

الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1]."

بمعنى أن القاضي سيعمل على إعادة التوازن الاقتصادي في حالة اختلاله، وكل ذلك يصب في سبيل تحقيق العدالة القانونية وتحقيق التوازن بين الإطلاق لمبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين وبين التوجه نحو التقييدات التي يفرضها المشرع بتدخله بصورة غير مباشرة للضرورات الاجتماعية، مما يدل على أن الإرادة التعاقدية لم تعد مطلقة، وإنما يجب القول بموضوعية الإرادة التعاقدية.

[1] نص المادة 107 ف/3 من القانون المدني الجزائري.

خاتمة

تبين لنا من خلال دراسة هذا الموضوع ""تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام تدخل المشرع في العقود الخاصة"، إن إدارة المال الشائع يكون بإجماع الشركاء كأصل وبأغلبية الشركاء كاستثناء، ففي حالة إدارة المال الشائع بإجماع الشركاء وتولي أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، وللشركاء التناوب في استعمال الشيء المقسم بينهم قسمة مهايأة استثناء تكون بالإدارة العادية والغير العادية التي تستوجب توفر أغلبية الشركاء من المال الشائع، كما يشترك جميع الشركاء في نفقات إدارته وحفظه.

إن أساس إبرام العقد بين الأفراد في المجتمعات ومختلف التشريعات، تقوم على أصل عام هو مبدأ سلطان الإرادة أين يطبق على العقد الإرادة الحرة فيه بحيث أن المتعاقدان يبرمان العقد الذي يريدانه ويحددان الشروط التي ترضيهما اعتقادا منهما أن الحرية هي أفضل وسيلة لتحقيق المصالح الخاصة ونتيجة حتمية لتنازلات المتبادلة في عقد الحرية.

فالقول أن الإرادة سلطان يعني أن كل شخص حر في أي تعاقد يبرمه الأطراف وقد تترتب نتائج قانونية على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة تتمثل في الحرية التعاقدية والرضائية، واحترام إرادة الأطراف عند تكوين وتنفيذ العقد.

إن الدور الذي تتمتع به الإرادة في المجال التعاقدي ليس مطلق إذ أن هناك قيود عديدة فرضها المشرع في كل المراحل التي يمر بها العقد لأن هذا التقييد له في المقابل ما يبرره.

وقد وضع القانون أصول خاصة لبعض قواعد الإثبات كعدم قبول البينة الشخصية في إثبات الدعاوي التي تزيد قيمتها عن مبلغ معين. أما العقود النموذجية كعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابات العمال وأرباب العمل ويسري على جميع أشخاص المهنة حتى الذين لم يشتركوا فيه، وتتقيد الإرادة كذلك في مجال الالتزامات التعاقدية بالقيود الناتجة عن فكرة النظام العام والآداب العامة، فأي اتفاق يخالف النظام العام والآداب

العامة يعتبر باطلا بطلانا مطلق، كما قيد من سلطان الإرادة عند تكوين العقد حيث وسع من نطاق الغبن وحوله من نظرية مادية إلى نظرية ذاتية، وعند تنفيذ العقد فجعل نظرية الحوادث والظروف الطارئة سبب لتدخل القاضي في تعديل الالتزام.

وعليه توصلنا لجملة من النتائج كما يلي:

– يجب تقييد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.

– إن الإرادة هي جوهر وأساس العلاقات التعاقدية لما لها من دور في إنشاء العقد وتحديد الالتزامات التعاقدية المترتبة عنه.

– وفقا للمفهوم المعاصر لمبدأ سلطان الإرادة، أصبحت الإرادة مقيدة بحدود وقيود يفرضها المشرع مراعيا تحقيق العدل والمصلحة العامة.

– إن التقييد الوارد على الإرادة في المجال التعاقدي سواء في إنشاء العقد أو تحديد أثاره يجب أن لا يقودنا إلى الاعتقاد بأن حرية الإرادة لم يعد لها دور، وإنما يلفت الانتباه فقط إلى أنها لم تعد لها السيادة المطلقة، وتبقي هذه القيود رغم تزايدها مجرد استثناءات على المبادئ العامة التي تحكم العقد.

– إن مسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم التعاقدات، ما هو إلا تماشيا مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين بعيدا عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للآخر.

– في ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية ينبغي التخفيف من صرامة مبدأ سلطان الإرادة.

– إن القيود التي تفرض على الإرادة التعاقدية في تحديد مضمون العقد، إما تفرض مباشرة من قبل المشرع ويكون ذلك عندما يصدر نصوصا آمرة يحتم على المتعاقدين مراعاتها، وإما تفرض بصورة غير مباشرة، ويكون ذلك عندما يخول المشرع

القاضي صلاحية تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية أو إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد.

من خلال ما تم التوصل إليه من نتائج نقوم ببعض التوصيات نذكر منها:

- إن أسمى دور يحسب له في هذا النظام هو حماية الطرف الضعيف في ظل العلاقات التي تختلف فيها المراكز القانونية من حيث القوة، وعليه فإننا لا نعتبر أنه في احترام السلطة التقديرية للقاضي في المجال التعاقدي، هو مصادرة لسلطة الأفراد أو حدا منها ولكن كان يمكن أن تكون أفضل لو خفف من وطأتها وذلك بترك المجال لوجهات نظر المتعاقدين للتفاوض حول حسم الخلاف بينهم ويكون دور القضاء ثانويا، بحيث لا يتدخل إلا بعد عدم التفاهم.
- إضافة إلى ذلك التضييق من مسائل الواقع وإحاطتها بالرقابة من المحكمة العليا وبذلك يكون لهذه السلطة لمسة فجة في نظر المتعاقدين، فبدل أن يوجههم القاضي يقوم بمرافقتهم.
- يجب تقييد مبدأ سمطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.
- لا بد على المشرع من وضع نص قانوني يتضمن تعريفا لمبدأ سلطان الإرادة حتى يتفق مع الطرح الثري الذي يتناوله الفقه في هذا الخصوص.

وفي الأخير قد بلغت في هذا البحث جهدا ألا إني أؤمن بأني لم أوافيه حقه كاملا ولكن أملي أن أكون قد قمت على الأقل بجوانبه العريضة، فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي، والحمد لله على التمام.

قائمة المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم:

- سورة البقرة، الآية 256.
- سورة البقرة، الآية 185.
- سورة الكهف، الآية 29.

2. المصادر والمراجع:

- أيمن ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002

- الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 1997.

- بسام مجيد سلمان، أكرم محمود حسين، موضوعية الإرادة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق.

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني والإرادة المنفردة، ج1، بن عكنون الجزائر، 2001.

- جاك غيستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، تر: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 2000.

- جبران مسعود، الرائد (معجم لغوي عصري)، المجلد 1، بيروت.

- جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج 1، جامعة القاهرة، 1976.

- حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، دار النهضة العربية، ط 1991-1992.

- حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر، 2007

- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1992

- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد 1، نظرية الإرادة المنفردة، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1987

- سمير عبد السيد نتاغو، النظرية العامة للقانون، كلية الحقوق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986

- طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية، نشأة القانون وتطوره، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1993/1992

- عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية، في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005

- عادل مصطفى بسيوني، التشريع الاسلامي والنظم القانونية الوضعية "دراسة مقارنة"، مجلد 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978

- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1972

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الالتزام، 2008/2007

- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط

- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2001،

- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر.

- فاضل ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (العقد والاراد المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الاثراء بلا سبب)، د،ط

- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990

- محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار الكتاب العربية، بيروت، لبنان، ج 7، 1424

- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006

- محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2000

- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983

- محمد وحيد الدين سوار، الاجتهادات العامة في القانون المدني، دراسة الفقه الاسلامي والمدونات العربية، ط 2، دار الثقافة لمنشر و التوزيع، الأردن، 2001

– محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الاسلامية، د.ط.

- محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الاسلامية، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر

- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، د–س–ن، 1418 هـ/ 1998

- مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج 1، المدخل الفقهي العام، ط 10، دمشق، 1968/1967

- مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، ط 2، الفتح للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2000.

- منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، دار النهضة العربية، د.ط.

- مولاي ادريس العلوي عبد العلوي، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، ج 1، ط 2، الرباط، المغرب، 1975.

- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.

3.مذكرات الماجستير والأطروحات:

– أحمد أبو الحسين عبد السيد، الشكلية في الشرائع القانونية القديمة، مذكرة نيل شهادة ماجستير كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1998/1997.

– بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008/2007.

– حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطوير العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2013/2012.

– حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ماجستير، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

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

- خولة عرعار، مبدأ سلطان الارادة في التحكم التجاري الدولي المؤسساتي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، 2016/2015.

- رضوان السيد راشد، الاجبار على التعاقد، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهاد الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998

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

- فاضل خديجة، عميمة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014

- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص شريعة وقانون، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2012/2011

- نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013/2012

ديبلومات:

– البشير الدحوتي، أثر التحولات الاقتصادية للعقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة الدار البيضاء، 2004/2003.

4. **المقالات:**

– ابراهيم أبو النجا، أثر المذهبين الفردي والاشتراكي في الدور الذي يؤديه القانون الجزائري، مقال بمجلة الشرطة، العدد 28، أكتوبر، 1988، المديرية العامة للأمن الوطني، الجزائر.

– أمينة ناعمي، حقوق الامتياز في مسطرة صعوبات المقاولة، مقال مجلة القصر، العدد 6، المغرب، 2003.

– محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 1983، ص 98.

– محمد صبري السعيدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط 4، دار الهدى، الجزائر، 2012.

5.**المجلات:**

– ابراهيم سهام، فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية، مجلة الشريعة والقانون، العدد 55، الامارات العربية المتحدة، 2013.

– بوعزة ديدن، شروط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد، ديسمبر 2004.

– دنوت يوسف صالح، ابراهيم عنتر، التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة العلوم القانونية والسياسية، العدد 05، 2002.

- عبد الرؤوف دبابش/ حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 44، جوان 2016

– **النصوص القانونية:**

– أمر رقم 74–15 المؤرخ في 30 جانفي 1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج، العدد 15، الصادر في 1974/02/19 معدل ومتمم.

– المادة 5 من القانون رقم 03/03، مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم بالقانون رقم 12/08، مؤرخ في 25 جويلية 2008، ج.ر عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008.

6.المراسيم:

– المرسوم التنفيذي رقم 35/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996، المتعلق بتعيين نسب الايجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، ج.ر، العدد 4.

- المرسوم التنفيذي، لاقم 35/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996، المتعلق بتعين نسب الايجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن الذي تمثله الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، الجريدة الرسمية، العدد 44.

7. الجريدة الرسمية:

- قانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005، يتضمن قانون المياه، ج.ر.ج.ج، العدد 60، الصادر في 2005/09/04 معدل ومتمم.
- القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج، العدد 17، الصادر في تاريخ 1990/04/25 معدل ومتمم.
- قانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، الصادرة في 1991/05/08 المعدل والمتمم.

المراجع بالفرنسية:

- Malaurie ph, aynes1, et stoffel, Munck ph, op, cite p 359.
- Christian l'Arroumet, droit civil, les obligations, le contrat tonm3. ..4eme édition p 101

الفهرس

الفهرس:

العنوان	الصفحة
إهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	
الفصل الأول: الاطار المفاهيمي لمبدأ سلطان الارادة ومرحلة انتكاسه	
المبحث الأول: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة	
المطلب الأول: مفاهيم حول مبدأ السلطان	
الفرع 1: نشأة مبدأ سلطان الإرادة	
الفرع 2: تعريف مبدأ سلطان الإرادة لغة واصطلاحا	
الفرع 3: نظرية المفهوم المزدوج لمبدأ سلطان الارادة	
المطلب الثاني: دور المبادئ والأسس الجوهرية للمذهب الفردي في بروز مبدأ سلطان الإرادة	
الفرع 1: الأفكار الفلسفية التي دعمت المبدأ	
الفرع 2: تأثير الظروف الاقتصادية في تدعيم مبدأ سلطان الإرادة	
المبحث الثاني: النتائج والآثار المترتبة على مبدأ سلطان الارادة ومرحلة انتكاسه	
المطلب الأول: النتائج والآثار المترتبة على مبدأ سلطان الارادة	
الفرع 1: مبدأ حرية التعاقد	
الفرع 2: حرية المتعاقدين في تحديد آثار العقد.	
الفرع 3: نفي وجود أي التزام قبل انشاء العقد.	
المطلب الثاني: مرحلة انتكاس مبدأ سلطان الارادة	
الفرع 1: تقييد الإرادة بفعل تدخل المشرع	
الفرع 2: العوامل التي ساهمت في انتكاس مبدأ سلطان الارادة	
الفرع3: الانتقادات التي مست مبدأ سلطان الارادة	
الفصل الثاني: تراجع مبدأ سلطان الارادة وقيود المشرع	
المبحث الأول: تراجع مبدأ سلطان الارادة وتقييده	

المطلب الأول: أهم المبررات التي ساعدت على انتكاس مبدأ سلطان الارادة	
الفرع 1: ظهور المذهب الاجتماعي	
الفرع 2: تطور الفقه والقانون المقارن للعقود	
الفرع 3: مساوئ الحرية التعاقدية	
المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الارادة	
الفرع 1: القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد	
الفرع 2: تقييد حرية تحديد آثار العقد	
الفرع 3: اتساع نطاق الالتزامات اللاإرادية	
المبحث الثاني: مضمون العقد بين حرية الارادة وقيود المشرع	
المطلب الاول: دور الارادة في تحديد مضمون العقد	
الفرع 1: بعض النماذج التشريعية لحرية تحديد بنود العقد	
الفرع 2: الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية	
المطلب الثاني: تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد	
الفرع 1: تدخل المشرع المباشر في تحديد مضمون العقد.	
الفرع 2: تدخل المشرع غير المباشر في تحديد مضمون العقد	
خاتمة	
قائمة المصادر والمراجع	
الفهرس	
الملخص	

الملخص:

إن مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بالنظرية التقليدية للعقد كان له فاعلية في مرحلة تكوين العقد، واكتسب شهرة عالمية خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر والذي نادى به أصحاب المذهب الفردي، ولا يحد من هذه الارادة وهذا السلطان سوى فكرة النظام العام والآداب العامة.

كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ من حيث حرية الأفراد في اختيار الشكل الذي تظهر فيه ارادتهم بموجب المادة 59 من القانون المدني الجزائري ومن حيث الموضوع تضمين العقد بالشروط التي يرونها بموجب المادة 106 من القانون المدني الجزائري مع احترام فكرة النظام العام والآداب العامة في حدود ضيقة، قام المشرع بالتدخل في العلاقة العقدية وتوجيهها عن طريق اللجوء إلى اصدار العقود المتخصصة مستعملا آلية النظام العام بشقيه التوجيهي والحمائي.

الكلمات المفتاحية: سلطان الإرادة – المبدأ – العقود المسماة – المشرع الجزائري

Abstract:

The principle of the authority of the will or what is known as the traditional theory of the contract had effectiveness in the stage of contract formation, and gained international fame during the eighteenth and nineteenth centuries, which was advocated by the owners of the individual doctrine, and this will and this authority is limited only by the idea of public order and public morals.

The Algerian legislator enshrined this principle in terms of the freedom of individuals to choose the form in which their will appears under article 59 of the Algerian Civil Code, and in terms of the substance of the inclusion of the contract under the conditions they deem appropriate under article 106 of the Algerian Civil Code, while respecting the idea of public order and morals within narrow limits, the legislator intervened in the contractual relationship and directed it by resorting to the issuance of specialized contracts using the mechanism of public order in both its directive and protective parts.

Keywords: Sultan of the will. principle. Contracts named Algerian legislator condition.