الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –
كلية الحقوق

أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها

دراسة مقارنة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

من إعداد الطالب:
علاق عبد القادر

تحت إشراف:
د. مامون عبد الكريم

لجنة المناقشة :

– أ.د. تشوار الجيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
– د. مامون عبد الكريم	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
– أ.د. كحلولة محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مناقشا
– د. بن مرزوق عبد القادر	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية

2008 / 2007

Π

قال الله تعالى :

[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ ...
]

سورة المائدة ، الآية. 01.

قال رسول الله محمد ρ :

(لا ضرر ولا ضرار)

شكر و تقدير

أحمد الله و أشكره على نعمه الكثيرة

وبعد إنجاز مذكرتي لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر و التقدير لأستاذي الفاضل الدكتور

مامون عبد الكريم على إشرافه و إبداء ملاحظاته وتوجيهاته القيمة إزاء بحثي.

كما أتقدم بوافر الشكر وعظيم التقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم

بالموافقة على مناقشة بحثي رغم التزاماتهم البيداغوجية والإدارية .

و لا أنسى أساتذتي الكرام خلال السنة الدراسية النظرية

اعترافا بفضلهم واحتراما لعلمهم وفكرهم.

وكذا موظفي إدارة كلية ومكتبة الحقوق والمكتبة المركزية بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان.

إهـداء

أهدي هذا الجهد المتواضع إلى :

أمي الحنونة وأبي العزيز

زوجتي الكريمة وابنتي إسمهان وابني ياسين

كل أفراد الأسرة و العائلة

كل من سار على درب طلب العلم وتذوق طعمه صغيرا وكبيرا

كل من علمني حرفا من الابتدائي إلى ما بعد التدرج عرفانا وتقديرا

إلى سلك التربية والتعليم الابتدائي وسلك التغذية المدرسية.

علاق عبد القادر

قائمة المختصرات Liste d'abréviations

أ – باللغة العربية :

ج .	الجزء .
ج . ر.	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .
ص .	الصفحة .
ط .	الطبعة .
ع .	العدد .
غ . ج .	الغرفة الاجتماعية .
غ . م .	الغرفة المدنية .
ق . م . ج.	القانون المدني الجزائري .
ق . م . ف.	القانون المدني الفرنسي .
ق . م . م.	القانون المدني المصري .
م . ق .	المجلة القضائية .
ن . ق .	نشرة القضاة .

ب – باللغة الفرنسية :

A.F.Nor	Association française de normalisation .
Al.	Alinéa.
Art .	Article.
Bull .civ .	Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambre civile).
C.civ.f.	Code civil français.
Cass.civ.	Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation.
Cass . soc.	Arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation.
D.	DALLOZ .
Ed.	Edition.
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
N°.	Numéro.
N.C.P.C.	Nouveau code de procédure civile.
Op.cit.	Opére citatis (ouvrage déjà cité).
P.	Page.
P.U.F.	Presses universitaires de France.
RTD.civ	Revue trimestrielle de droit civil.
T.	Tome.
V .	Voir

مقدمة

إن الإنسان اجتماعي بطبعه ، لا يمكنه أن يعيش بمعزل عن المجتمع ، ولكون مجهوداته وقدراته جد محدودة فإنه يلجأ لغيره هادفا إلى تلبية حاجاته ومصالحه اللامتناهية ، بالدخول في علاقات قانونية متشعبة مع عدة أطراف. ولعل العقد يمثل أفضل وأنجع وسيلة لديه لتحقيق غاياته ، وضمان تبادل خدماته ومنتجاته ، كما أنه من أبرز التصرفات القانونية الشائعة والمميزة لسلوكات الإنسان قديما وحديثا ، لأنه ينظم الحقوق والواجبات بين الأفراد والجماعات بإقرار الحق وفرض الإلتزام. ولا ينكر أحد ما للعقد من أهمية عظمى في حياتنا اليومية فهو المرتكز الأساسي للمعاملات المالية في وسطنا الاجتماعي .

ونظرا للدور الهام المناط بالإرادة الحرة في التعاقد فقد تكرس لها السلطان الأكبر في إنشاء الروابط العقدية وترتيب آثارها ، إذ ساد مبدأ سلطان الإرادة أغلب العلاقات القانونية نتيجة لازدهار وانتشار المذهب الفردي وتمجيده لإرادة وحرية الفرد ومصالحه في المجتمع ، فكان يكفي لتكوين وإنشاء علاقة عقدية وتحديد آثارها أن يتطابق ويتوافق الإيجاب بالقبول ، وبذلك صارت الإرادة الحرة المستقلة مصدرا للالتزامات الناشئة عن العلاقات التعاقدية ، ومنه وجب احترام وتقديس حرية التعاقد والقوة الإلزامية الناتجة عنها.

إن مبدأ القوة الملزمة للعقد من المبادئ المستنتجة من مبدإ سلطان الإرادة ، وهو بذلك من الآثار المترتبة عن التعاقد ، فإذا نشأ العقد صحيحا بأركانه وشروطه ترتبت عنه إلتزامات وأصبحت واجبة التقديس والتنفيذ ، لا يمكن التنصل منها أو المساس بها سواء بالنسبة لأطرافه أو بالنسبة للغير .

من هذا المنطلق فإن موضوع بحثنا يتعلق بالقوة الملزمة للعقد كمبدإ وأثر مباشر للإلتزامات العقدية والبحث في أسسها وحدودها ، وبما أن ذلك من صلب نظرية العقد فإنه لا

محال من المواضيع التي اكتست أهمية بالغة ، فقد تناولها شراح وفقهاء القانون بإسهاب ، فكانت محل نقاشات فقهية ونصوص تشريعية وتطبيقات قضائية. ومما لا شك فيه أن نظرية الإلتزامات ومن ثم نظرية العقد في القانون المدني أخذت مكانة علمية نظرية وعملية مرموقة ، فقد اعتنى بها التشريع الوطني والمقارن بتنظيم أحكامها وجعلها المصدر الأول للإلتزام .

ولأنها تعد اللبنة الأساسية لكل مراحل الدراسات القانونية ، فقد كانت وما زالت إلى اليوم مجالا خصبا للأبحاث العلمية القانونية ، خاصة وأنها واكبت التطورات المعاصرة فلم تبق حبيسة الأفكار الكلاسيكية ، بل تكيفت مع مستجدات ومتغيرات العلاقات القانونية التعاقدية ، والظروف الاقتصادية الاجتماعية والدينية الأخلاقية والفلسفية السياسية المحيطة بها والمؤثرة فيها .

وعليه فإن موضوع بحثنا – أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها – يندرج ضمن هذا الإطار ، إذ تمتد جذوره من النظرية الكلاسيكية للعقد إلا أن حدوده غير متناهية بسبب تطور وتشعب وتجدد العلاقات التعاقدية في مجال القانون الخاص على وجه التحديد ، إلى جانب التوجه المعاصر نحو تكريس الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية والذي يتناسب وحاجات الأفراد الاقتصادية والاجتماعية .

فبعدما تكرست القوة الملزمة للعقد مبدءا في ظل سيادة المذهب الفردي فإنها اصطدمت بعالم من الاستثناءات في ظل سيادة المذهب الاجتماعي. فموضوعنا يعالج جزئية مهمة من نظرية العقد المدني ، إذ يتناول تأكيد هذا المبدإ وبيان طبيعته القانونية من ماهيته وتحديد نطاقه والأسس المختلفة التي يرتكز عليها وأهم آثاره وجزاءات الإخلال به. كما يتناول أهم القيود والاستثناءات الواردة على هذا المبدإ كجانب تطبيقي ، بدءا بدور الإرادة في إنهاء وتعديل العلاقات التعاقدية ، وكذا تدخل كلا من المشرع والقاضي لموازنة الالتزامات وحماية الطرف الضعيف فيها ، ثم التطرق لمبررات الحد من هذا المبدإ .

من المسلّم به أن للعقد قوة تُلزم أطرافه الذين ارتضوه. فالأصل أنه متى أُبرم العقد صحيحا بأركانه وشروطه صار شريعة للمتعاقدين ، لا يجوز نقضه ولا تعديله من قبل أحد المتعاقدين أو القاضي أو المشرع إلاّ باتفاق جديد من قبل طرفيه أو وفقا للأحوال التي ينظمها القانون ، وإلا ترتبت جزاءات عن الإخلال بهذه القوة الملزمة العقدية. واعتباراً أن العقد كالقانون بالنسبة لطرفيه وبالنسبة للغير ، فإنّ سلطان الإرادة الذي أنشأ الإلتزامات تكرس مبدءاً وقوة ملزمة يُمنع المساس بقداستها وحرمتها ، ومن ثم وجب تنفيذها بأمانة وإخلاص .

غير أنّ الأمور لا تسير دائما كما يجب ، فالعلاقات التعاقدية قد تصطدم بعد إبرامها بظروف مغايرة تحول دون تنفيذها واستمرار مفعولها حسب ما اتُفق عليه ووفق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ، حينها يُثار التساؤل حول مدى ملائمة سلطان الإرادة للروابط العقدية، وإمكانية التلطيف من حدة مبدإ القوة الملزمة للعقد المتفرع عنه. بمعنى ما هي الأسس التي يستمد منها العقد قوته الملزمة ؟ وما هي الحدود التي تتوقف عندها هذه القوة الملزمة ؟ وبصيغة أخرى ، هل القوة الملزمة للعقد مطلقة وثابتة ، أم هي نسبية ومحدودة ؟ .

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا إعمال واعتماد المنهج المقارن في دراستنا هاته ، مع التركيز على الفقه والتشريع والقضاء الفرنسي ، والمصري والجزائري. كما حاولنا أن نستعين بقواعد الفقه والشريعة الإسلامية في بعض مراحل البحث لانسجامها مع الموضوع وارتباطها به تاريخيا ، ولأنها نظام متكامل وصالح لكل زمان ومكان . كما اتبعنا المنهج الوصفي والتحليلي ، لأننا بصدد الإحاطة بموضوع يتطلب استقراء بعض النصوص وتصنيفها للوصول إلى قواعد وأحكام ، وعرض الأراء وتحليلها وتعليلها وتوضيح غامضها ، وبيان المتناقض منها وترجيح الأراء والتوفيق بينها.

وبما أن موضوع الدراسة يتناول تحليل مبدإ ، فقد اقتضى منا ذلك معالجة وجهه الأول في إطار نظري لإبراز أصوله وأسسه ، ومعالجة وجهه الثاني كتطبيقات لإبراز القيود الواردة عليه .

وعليه فقد قسّمنا دراستنا إلى فصلين رئيسيين :

- الفصل الأول : مبدأ القوة الملزمة للعقد .
- الفصل الثاني : تطبيقات عن حدود القوة الملزمة للعقد .

الفصل الأول

مبدأ القوة الملزمة للعقد

مقدمة :

يعتبر التعاقد من التصرفات القانونية المهمة والمفضلة، لأنه يلبي وينظم مصالح الأفراد والجماعات، إذ أن الفرد وهو يدخل في علاقات مع غيره لا يمكن للتشريع أو التنظيم أن يغنيانه عن إبرام عقود بإرادته المستقلة، ولضمان فعالية هذه العلاقات التعاقدية يجب أن يلتزم أطرافها باحترام التعهدات وتنفيذها.

ولقد سيطر مبدأ سلطان الإرادة على نظرية العقود الكلاسيكية وساد مبدأ القوة الملزمة للعقد أغلب العلاقات القانونية. فإذا كانت القاعدة القانونية تقترن بعنصر الإلزام لتحقيق الغاية المستهدفة، فإن العلاقة العقدية بين الأفراد والجماعات، تستوجب أيضا هذا العنصر لضمان تنفيذ بنودها، فلما يُبرم العقد صحيحا بأركانه وشروطه، فإنه يرتب آثاره ويكتسب قوته الملزمة.

ولدراسة وتحليل مبدإ القوة الملزمة للعقد Principe de la force obligatoire du contrat، ارتأينا البحث في طبيعته القانونية، من حيث الماهية وتحديد النطاق في المبحث الأول، ثم نستعرض بعد ذلك القاعدة الشهيرة "العقد شريعة المتعاقدين"[1] في المبحث الثاني، لنتطرق في المبحث الثالث للأسس المختلفة التي ترتكز عليها هذه القوة الملزمة، ثم ننهي هذا الفصل بمبحث رابع نتناول فيه الأثر المترتب عن القوة الملزمة للعقد وكذا جزاء الإخلال بها.

[1] أنظر ، بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج. 01 ، التصرف القانوني ، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط . 03 ،سنة 2004 ، ص . 203.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للقوة الملزمة للعقد

إن الإرادة حرة تُحدث ما تشاء من الآثار في العلاقات التعاقدية، إعمالا وتطبيقا لمبدإ سلطان الإرادة [1] Autonomie de la volonté ، الذي تفرّعت عنه مبادئ : " الحرية التعاقدية؛ القوة الملزمة للعقد؛ الأثر النسبي للعقد " [2]. إذ أن الفرد حرّ في أن يتعاقد وأن إرادته هي التي تنشئ العقد وهي التي ترتب آثاره ، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتيهما .

فالبحث عن طبيعة القوة الملزمة للعقد، يستدعي منا التطرق لماهية هذا المبدإ الفرعي مع تحديد نطاقه من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول

ماهية القوة الملزمة للعقد

لقد هيمن سلطان الإرادة على العلاقات التعاقدية، واعتُبر مصدرا لقوة الالتزامات الناشئة عنها، وظلت صفة الإلزامية مقترنة بهذه العلاقات التعاقدية، وأثرا مباشرا لها. فالإرادة ليست السلطان الأكبر في تكوين العقد فحسب بل في الآثار التي تترتب عنه ، وفي جميع الروابط القانونية الأخرى حتى وإن كانت غير تعاقدية[3] .

وقد ذهب أنصار هذا المبدإ إلى أبعد من ذلك حينما رأوا أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد لأنه هو الغاية ، ومن ثم وجب تسخير الجميع لخدمته واحترام حريته وإرادته، فالإرادة الحرة هي أساس علاقته بغيره ولا يخضع للالتزامات إلا إذا ارتضاها مختارا لا مجبرا، وعليه فإن الإرادة وحدها هي التي تحدد الآثار المترتبة عن العلاقات والروابط القانونية الناشئة بين الأفراد .

---

[1] أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج .01، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 2004 ، ص . 70 .

[2] أنظر، جاك غيستان .GHESTIN J ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة (منصور القاضي) ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط . 01 ، سنة 2000 ، ص . 53 .

[3] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص .120 .

الفرع الأول

مفهوم مبدأ إلزامية العقد

إن القوة الملزمة للعقد مبدأ عالمي[1]، "La force obligatoire est un principe universel " ، ويعني هذا المبدأ أنه بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة، وجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانونا، وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين، أن ينفرد بنقضه أو تعديل بنوده، دون رضاء المتعاقد الآخر[2]. فالقوة الملزمة هي التي تمنع أن ينفرد أحد الأطراف بتعديل العقد، وتفرض أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين. أي أن العقد ملزم لأطرافه ، فكل ما اتُّفق بشأنه من شروط أو بنود بصفة صحيحة تأخذ مكانة القانون من حيث القوة ، ومن ثم تصبح واجبة التنفيذ ويُمنع المساس بها نقضا أو تعديلا ، والإلزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين ، لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار .

الفرع الثاني

صفة الإلزامية وعلاقتها بالعقد

تتولّد الإلزامية كصفة مصاحبة للعقد المبرم، بعد تطابق الإرادات الحرة للأطراف المتعاقدة، فلا يمكن التحلّل من هذه الرابطة إلا بالتقاء إرادات حرة مماثلة.

يستفاد من ذلك، أن فكرة الالتزامات العقدية نابعة أساسا من التّصور الإرادي للعقد[3]، الذي يفرض وجوب احترام وتنفيذ ما اتُّفق عليه بمحض تلك الإرادات الحرة، دون حاجة لأي

[1] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., Droit civil, Les obligations, Defrénois , Paris, France , 2e éd., 2005, p. 360.

[2] أنظر ، 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 ، ط . 2005 ، ص .16.

[3] أنظر، محسوب محمد، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، –دراسة تحليلة مقارنة مع الفكر القانوني الحديث–، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط . 2000، ص.127.

إجراء أو شكل بفرضه القانون، وهذا عكس ما كان سائدا في القانون الروماني، حيث كانت الإرادة لا تنتج أثرها إلا بعد إفراغها في شكل معين وإلا أُبطل التصرف[1].

إذن الإرادة الحرة هي التي تنشئ العقد، وتحدد مضمونه وتكسبه القوة الملزمة كأثر رئيسي يستوجب التنفيذ[2]، وما غاية العقد إلا إحداث آثار قانونية مستمدة من إرادة أطرافه. وعليه فإن الإلزامية صفة لصيقة بالعلاقة العقدية متى نشأت صحيحة ، حينها تقوم مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير ، ولا يمكن التحلل منها إلا بتراضي المتعاقدين أو وفقا للأحوال التي يقررها القانون .

المطلب الثاني

تحديد نطاق القوة الملزمة للعقد

يرتب العقد المبرم حقوقا والتزامات على عاتق طرفيه، أو على كاهل أحدهما، وقد يرتب تعديل أو نقل أو إنهاء الحقوق والواجبات القائمة ، كما أن تحديد الالتزامات الناشئة عن العلاقة العقدية أمر ضروري لإبراز مضمون ما اتجهت إليه إرادة الأطراف أي ما تضمنه العقد. ولاشك أن السبيل إلى ذلك هو تفسير ثم تكييف العقد ، لإعطائه الوصف القانوني[3]، وقد حدد التشريع الوطني والمقارن القواعد اللازمة لقيام القاضي بهذه المهمة.

غير أن نطاق القوة الملزمة يخضع لفكرة نسبية آثار العقد[4]، سواء تعلق الأمر بموضوع أو بأشخاص العلاقة العقدية، وعليه وجب علينا التطرق لقوة العقد الإلزامية من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص في الفرعين التاليين.

---

[1] أنظر ، خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج . 01 ، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط .1994 ، ص.18.

[2] أنظر ،قدري عبد الفتاح الشهاوي ، آثار الالتزام ، نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، ط .2003 ، ص .11.

[3] أنظر ، محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة ، ج. 01 ، دار الهدى ، عين ميلة ، الجزائر ، ط . 02 ، سنة 2004 ، ص.287.

[4] أنظر ، مصطفى محمد الجمال ، مصادر الالتزام ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 1999 ، ص . 295 .

الفرع الأول

القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع

لكي يلتزم المتعاقدان ينبغي تحديد نطاق العقد المبرم بينهما ، ومادام أن العقد نسبي من حيث المضمون فلا يُلزم إلا بما ورد فيه، وبيان نطاق العقد ومداه يستلزم تفسيره إذا كان في حاجة إلى ذلك[1].و بعد تخطي مرحلة استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين ثم إعطاء التكييف الصحيح للعلاقة العقدية[2]، تتحدد الالتزامات وتزداد معالم الإلزامية العقدية وضوحا، فالأصل أن يلتزم المتعاقدان بما يحقق مقصودهما، وما يتفقان عليه من شروط، غير أن العقد يتسع كذلك للالتزام بما هو من مستلزماته[3].إذ تقر أغلب التشريعات أن الأمر ليس مطلقا؛ لأن الغالب في العقود أن يتم الاتفاق فيها على المسائل الجوهرية وتُترك المسائل التفصيلية دون تحديد.

وعلى هذا الأساس فإن نسبية أثر العقد من حيث الموضوع تحتم على القاضي تكملته للوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها بواسطة إضافة الفرع إلى الأصل[4]، ويكون ذلك باعتماد معايير وعوامل استكمال القوة الملزمة للعقد وفقا لمصادر القانون المتعددة الأصلية أو الاحتياطية[5].

الفرع الثاني

القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص

[1] أنظر ، فاضلي إدريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، العقد ، الإرادة المنفردة ، الفعل المستحق للتعويض ، الإثراء بلا سبب ، القانون ، قصر الكتاب ، (بدون ذكر مكان النشر) ، ط . 2006 ، ص. 126.

[2] تكييف العقد هو تبيان طبيعة العلاقة العقدية، أي إعطاءه الوصف القانوني المناسب بمعنى تحديد إذا كان عقد بيع أم إيجار أم هبة مثلا... ومن ثم تحديد القواعد القانونية الواجبة للتطبيق بشأنه.

[3] أنظر ، مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص . 305 .

[4] أنظر، سمير عبد السيد تناغو ، ومنصور محمد حسين ، القانون والالتزام ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، نظرية العقد ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ط .1997 ، ص . 149.

[5] وهي على سبيل المثال لا الحصر : (طبيعة الالتزام ، الأحكام المكملة والمفسرة للقانون ، العرف والشروط المألوفة ، قواعد العدالة ...).

لقد سبق القول أن العقد نسبي في أثره[1] ، فقوته الملزمة لا تتعدى المتعاقدين إذ لا يتلق الغير حقوقا ولا يتحمل التزامات بمقتضى عقد لم يكن طرفا فيه ، لأن الأصل أن هذه الحقوق والالتزامات تنصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما، كما أن العقد لا يفيد ولا يضر غير طرفيه[2]، أي أن آثار العقد تنحصر في المتعاقدين دون تخطيها للغير. غير أن العقد يعتبر تصرفا قانونيا بالنسبة لأطرافه، ويعتبر كواقعة قانونية بالنسبة للغير لا يمكن إنكارها أو تجاهلها ، فقد تغير من مركزه القانوني[3].

إذن العقد ملزم لأطرافه في حدود ما يرتّبه من التزامات ، وهو ينتج تلك الآثار بالنسبة للمتعاقدين، وكذلك بالنسبة لطوائف أخرى من الأشخاص[4].

وعلى هذا الأساس فإن القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص لا تنحصر بين طرفي العلاقة العقدية فحسب، بل تمتد إلى خلفهما[5]من جهة، وإلى الغير[6] من جهة أخرى.

[1] راجع ، ص. 07 من المذكرة.

[2] أنظر ، فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص .134.

[3] أنظر ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، النظرية العامة للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 2004، ص.192.

[4] أنظر ، توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية (بدون ذكر تاريخ النشر) ، ص 289 .

[5] الخلف: هو من تربطه صلة معينة بالمتعاقد ويكون خلفا عاما أو خاصا أو دائنا.

[6] الغير: هو الشخص الأجنبي بالنسبة للعقد ولا تربطه صلة بالمتعاقد، وقد تمتد إليه آثار العقد كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، وحالة التعهد عن الغير.

المبحث الثاني

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1]

إذا نشأ العقد صحيحا واستكمل القاضي عمليتي التفسير في حالة الغموض والتكييف، تحددت الالتزامات وتولدت للعقد قوته الإلزامية، ومن ثم وجب على المتعاقدين والقاضي على حد سواء التقيد به وتنفيذه في جميع ما اشتمل عليه[2].

لقد ظهرت هذه القاعدة نتيجة لسيطرة مبدإ سلطان الإرادة على قانون العقود الكلاسيكي ، فقد وصفت أغلب التشريعات العقد بأنه شريعة المتعاقدين ، " ... فمن خلال مبدإ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي نستخلص ثلاثة نتائج رئيسية هي : العقد لا يمكن أن يتم نقضه بالإرادة المنفردة ، ولا يمكن للقاضي أن يعدله ؛ ويجب أن يُنفذ بحسن نية ... "[3].

كما جاء في المادة 106 من القانون المدني الجزائري [4]: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"[5].

ونص أيضا في المادة 107 الفقرة الأولى من القانون ذاته على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ..."[6].

---

[1] تُعبر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين pacta sunt servand عن الوفاء بالعهد، الذي ظهر قديما، وهي تؤكد على ضرورة احترام الكلام المعطى respect de la parole donnée ، راجع في ذلك ، عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص. 24.

[2] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، ط .3 ، سنة 1998 ، ص.697.

[3] site: http://www.avocat.consultant.com/news/display.cgi?serial=46
Droit des contrats , La force obligatoire du contrat …"sans auteur", page vue le 25.04.2007:"De ce principe de la force obligatoire du contrat édicté par l'article 1134 du Code civil résultent trois conséquences principales : le contrat ne peut pas être unilatéralement révoqué ; le juge ne peut pas le modifier ; le contrat doit être exécuté de bonne foi …".

[4] الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج . ر ، ع . 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص . 995 .

[5] تقابلها المادة 147 من القانون المدني المصري، والمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

[6] الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق.

وعليه فإن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد، فهي تفرض احترام قداسة مضمونه من جهة، وتستوجب تنفيذه من جهة ثانية، وهو ما سنتعرض له في المطلبين المواليين ، إذ نتطرق في المطلب الأول لقداسة الإلتزام في العلاقة العقدية بالنسبة لطرفيها وبالنسبة للمشرع والقاضي ، وفي المطلب الثاني نتعرض لعنصر الإلزامية في تنفيذ العلاقة العقدية من خلال فرعين ، الأول يتضمن إلزامية تنفيذ مشتملات ومستلزمات العقد والثاني يتضمن إلزامية التنفيذ بحسن نية .

المطلب الأول

قداسة الالتزام في العلاقة العقدية

يمنع القانون الوطني والمقارن المساس بقداسة العلاقة التعاقدية ، فهذه الأخيرة نشأت بمضمون معين يجب أن تستمر به إلى أن تنفذ أو تزول بسبب من الأسباب، بمعنى أن القانون مقدس لا يُمس[1] Intangible ، فالالتزام الناشئ عن المتعاقدين يعد بمثابة شريعة لهم ، كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي تماما ، ويترتب على ذلك أن ارتباط المتعاقدين بالاتفاق فيما بينهم يعادل التزامهم بنص قانوني.

ولا يمكن للمدين أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ، إلا برضاء الدائن أو جماعة الدائنين كأطراف متعاقد معها ، وهذا الالتزام لا يلزم المتعاقدين فحسب بل يلزم القاضي والمشرع أيضا[2] ، إذ يحظر عنهما التدخل والمساس بالرابطة العقدية الناشئة بين المتعاقدين.

الفرع الأول

قداسة الالتزام بالنسبة للمتعاقدين

انطلاقا من قداسة العقد وحرمة التعرض له والتعدي عليه ، يلتزم الأطراف به ولا يجوز لهما الانفراد بوقف أثره أو إنهائه ، إلا بالاتفاق والتراضي بينهما كقاعدة عامة كرسها القانون

[1] أنظر ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص . 21.

[2] أنظر ، توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص . 292.

الوطني والمقارن على حد سواء . "وهو بذلك– أي العقد – وسيلة توقّع أو تبصّر، وأمان قانوني ، وأمان اقتصادي، فلما نشأ العقد باتفاق إرادي، لا يمكنه أن يُعدّل إلا باتفاق إرادي جديد..."[1] ، ولا يمكن للإرادة المنفردة أن تستبعد بعض أو كل الالتزامات العقدية ، لأن العقد كالقانون بالنسبة للمتعاقدين لا يمكن لأحدهما التنصل مما التزم به ، لذلك يقال أن العقد شريعة المتعاقدين، وعليه يجب أن يلتزم المتعاقدان بتنفيذ التزاماتهما العقدية في حدود ما أقره قانونهما هذا ، حتى ولو كان العقد يخالف نصا تشريعيا ، طالما كان ذلك النص لا يتعلق بالنظام العام والآداب العامة[2]. هذا من حيث المبدإ ، فضلا عن ذلك فقد يسمح القانون ذاته، لأحد المتعاقدين المساس بالعقد كاستثناء عن القاعدة العامة[3].

الفرع الثاني

قداسة الالتزام بالنسبة للقاضي والمشرع

كما تقدم ، فقد توصلنا أعلاه[4] إلى أن القانون يمنع فك الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين كمبدإ عام، فإنه كذلك يقيد كلا من القاضي والمشرع، وعليه فإن قداسة الالتزام في العلاقة العقدية تمتد من عند طرفيها إلى القاضي والمشرع معا ، فلا يمكنهما الاعتداء على القوة الملزمة لهذه العلاقة العقدية .

أما بالنسبة للقاضي فإنه لا يستطيع نقض أو تعديل ما قرره طرفا العقد، حتى وإن كان ما تقرر منافيا للعدالة[5]. إذ لا يجوز له أن يمس مضمون العلاقة العقدية ، بل إنه ملزم باحترام شروطها كيفما جاءت كما تلزمه أحكام القانون تماما ، أي أن "... القاضي ليس له سلطة

---

[1] site:http://www.playmendroit.freé.fr/Droit du contrats/La force obligatoire du contrat .htm , page vue le: 28.01.2007 ," sans auteur" , p . 01: " C'est un instrument de prévision, de sécurité juridique, de sécurité économique. une fois formé par un accord de volonté, le contrat ne peut plus être modifié que par un nouvel accord de volonté…"

[2] أنظر ، فاضلي إدريس ، المرجع السابق ،ص.126.

[3] كما سيرد ذكره في الفصل الثاني الذي خصصناه لحدود القوة الملزمة للعقد والقيود الواردة عليها ، ص. 58.

[4] راجع ص. 13 من المذكرة.

[5] أنظر ، توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ص.292. 293.

الحلول محل الإرادة الفردية..."[1]. وعلى القاضي أن ينفذ إرادة المتعاقدين وألا يلحق تعديلا بشروط وبنود العقد بدعوى أن التعديل تقتضيه العدالة العقدية ، لأن العدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولا تنسخها ، ولأن العقد وليد إرادتين وما تبرمه إرادتان لا تحله إرادة واحدة[2] ، كما "يجب على القاضي أن يمد يد المساعدة من أجل تنفيذ العقد"[3].

وأما بالنسبة للمشرع، فإنه كذلك ملزم باحترام العقود المبرمة حتى وإن صدر قانون جديد. فيظل القانون القديم ساري المفعول على تلك العلاقات التعاقدية ما لم تكن قواعد القانون الجديد متعلقة بالنظام العام[4]. بمعنى أن " ... المشرع لا يمكنه التعدي على الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي..."[5].

المطلب الثاني

عنصر الإلزامية في تنفيذ العلاقة العقدية

إن ميلاد الإلتزام العقدي يبقى العنصر الأكثر أهمية بالنسبة للعقد[6]، لأن هذا الأخير بدون خاصية الإلزامية لا يحقق غايته. فالمقصود بإلزامية تنفيذ العقد هي أن كل طرف في العلاقة العقدية مجبر على الوفاء بتعهداته كاملة وبحسن نية [7] .

فإذا تعلق الأمر بعقد بيع ، فإن البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع مقابل حصوله على ثمن المبيع ، أما المشتري فإنه يلتزم بدفع الثمن مقابل استلام الشيء المبيع ، ليكون كلاهما دائن ومدين في نفس الوقت. وعليه فإن مناط الإلزامية في تنفيذ العلاقة العقدية هو الوفاء بالالتزام

---

[1] site:http://www. playmendroit.Freé/op.cit.,p.01: "… le juge n'a pas le pouvoir de se substituer à la volonté individuelle…".

[2] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط.2004) ، ص.511.

[3] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit.,p.371:" le juge doit préter la main à l'exécution du contrat…".

[4] أنظر ، توفيق حسن فرج ، المرجع السابق، ص . 293.

[5] site:http://www.playmendroit.Freé/op.cit.,p.02: "…le législateur ne peut porter atteinte aux conventions légalement formées …".

[6] ANCEL P., " Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ", RTD civ., oct – déc 1999, p. 794.

[7] أنظر ، فيلالي علي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر .ط.2001،ص.291.

الذي يتمثل في تنفيذ ما اشتمل عليه العقد وما هو من متطلباته من جهة والتقيد بحسن النية من جهة ، وهو ما نتطرق له في الفرعين المواليين .

الفرع الأول

إلزامية تنفيذ مشتملات ومستلزمات العقد

تفرض القوة الملزمة للعقد على أطرافه تنفيذ كل ما تضمنه وما اشتمل عليه من شروط أو بنود، أي جميع الحقوق والالتزامات المقررة . إن مشتملات العلاقة العقدية تمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع ، بعد تأكد حرمان نقض وتعديل الالتزامات العقدية والتقيد بأحكامها كوجه أول للقوة الملزمة للعقد .

يستنتج من ذلك ، أن مضمون العلاقة العقدية يتمثل في المسائل الواردة فيها صراحة من حقوق وواجبات محددة ، وكذلك تلك التي لم تحدد ولم ترد فيها إلا أنها تعد من مستلزماتها[1].

وقد أقر المشرع الجزائري إلزامية تنفيذ العقد من حيث ما يتضمنه وما يستلزمه، بواسطة قواعد آمرة، في المادة 107 من القانون المدني الفقرة الأولى والثانية[2] ، والتي نصت على أنه : "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 ..." .

وفي هذا الشأن أضاف القضاء الفرنسي عدة التزامات إلى نطاق العقد ، تُستخلص من طبيعته أهمها الالتزام بحسن نية والالتزام بالضمان والالتزام بالسلامة[3] .

الفرع الثاني

[1] أنظر ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص. 291 .

[2] الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق ، ص. 995 .

[3] أشار إلى ذلك ، محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص.309 ، الهامش رقم 62 .

إلزامية التنفيذ بحسن نية

إذا أُبرم العقد وخلصت قوته الملزمة وجب تنفيذه بحسن نية ، هذا الالتزام له طابع تعاقدي، أي يمكن أن تترتب عنه مسؤولية عقدية كجزاء للإخلال به[1]، لذلك فإنه من الضروري مراعاة حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد كما في مرحلتي إنشاءه وتفسيره تماما ، فلا يجوز للمتعاقد أن ينفذه بطريقة تنم عن سوء نيته. أي أنه إذا كان القانون يفرض على المتعاقدين تنفيذ العقد بما جاء فيه ، ومن ثم يكون شريعة لهما ، فإنهما لا بد أن يراعيا وجوب تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل[2] ، كما هو الشأن في علاقة العمل التي تربط العامل برب العمل. إذ جاء في أحد قرارات القضاء المدني الفرنسي: "المستخدِم ملزم بتنفيذ عقد العمل بحسن نية ، وعليه واجب ضمان تكييف أجرة الأجراء مع تطور أعمالهم[3] ، ونظرا لأهمية مبدإ حسن النية في العلاقة العقدية ، نتناوله بالبحث عن مفهومه واستعراض مظاهره على النحو الموالي .

أولا : مفهوم حسن النية

لقد تعددت وتنازعت الآراء الفقهية[4] بشأن تحديد مفهوم مبدإ حسن النية[5] ، ورغم هذه الصعوبة إلا أنه يمكن القول بأن حسن النية من المبادئ الأساسية في مجال القانون بشكل عام وفي مجال العقود بشكل خاص ، بدءا من مرحلة تكوينها إلى مرحلة تحديد نطاقها وتفسيرها إلى غاية آخر مرحلة وهي التنفيذ.

---

[1] أنظر ،محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 314.

[2] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ط .2004 ، ص.511 .

[3] " Cass.soc.,25févr.1992,D.,1992: " L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ".

[4] فقد عرّف **ريبير Ripert** حسن النية بأنه أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والقاضي لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي ، راجع في ذلك ، جاك غيستان ، المرجع السابق ، ص . 269، وعبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط . 1998) ، ص . 10 .

[5] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط . 2006 ، ص . 83 وما بعدها ، حيث هناك من أعطى مفهوما ذاتيا لهذا المبدإ ، وهناك من أعطاه مفهوما موضوعيا، ومنهم من ألحقه بالنظام العام ،كما ألحقوه بالإنصاف ، وهناك من أعطاه مفهوما مستقلا ،كما قيل بأنه مبدأ قانوني عام .

وتجدر الإشارة إلى أن أسمى مظهر لحسن النية هو ذلك المظهر الذي يعبّر عن احترام الالتزام الموعود به[1] . معنى ذلك أن يحترم المتعاقد ما تم الاتفاق عليه مع الطرف الآخر ، وأن يتم التنفيذ وفقا لذلك وليس كما يريد أحدهما. ويأخذ هذا المبدأ مفهوما واسعا ، فهو يعبر عن الصراحة والقصد السوي والإحساس بالأمانة واستقامة الضمير[2] والنية الصادقة والصريحة[3] ، كما تعبر عن النية التي لا تشوبها الرغبة في الإضرار بالغير والإساءة إليه والامتناع عن الغش والتدليس والغدر والخداع[4]. هذا عن مفهوم مبدإ حسن النية، ونبرز فيما يلي بعض مظاهره .

ثانيا: مظاهر حسن النية

لحسن النية مظهران ، الأول يتمثل في واجب الصدق والثاني في واجب التعاون بين المتعاقدين.

I) – واجب الصدق :

يتمثل واجب الصدق Devoir de loyauté في أن المتعاقد خلال مرحلة تنفيذ العقد على غرار مرحلتي التفاوض والتعاقد ، ملزم بإعلام الطرف الآخر بكل التفاصيل الضرورية من أجل التنفيذ الحسن للعقد[5].

هذا الواجب يعني كلا من المدين والدائن ، فهو يفرض على المدين تنفيذ تعهداته بكل وفاء وأمانة ونزاهة وإخلاص[6] ، والالتزام بالتنفيذ الحسن للعقد بالنسبة للمدين يعني أنه مطالب بتنفيذ مطابق لتعهده بكل استقامة وأمانة ونزاهة[7] .

---

[1] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص . 83 .

[2] أنظر ، عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، ط . 2002، ص . 154.

[3] أنظر ، منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات ، –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية – ، ج . 01، مصادر الالتزام ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ط .1996، ص.279.

[4] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص. 83.

[5] FALLON. B-H., et SIMON. A–M., Aide mémoire, Droit civil, D., Paris , France, 08e éd. 2005, p . 237.

[6] TERRE F., SIMILER Ph., et LEQUETTE Y., Droit civil , Les obligations , D., 09e éd., Paris, France, p. 443.

[7] LEGIER G., Droit civil , Les obligations, Dalloz , Paris , France , 17e. éd. 2001, p. 92.

ويفرض التشريع الوطني والمقارن هذا الواجب أو الالتزام ، كما هو الشأن في عقد التأمين في القانون الجزائري ، حيث يقتضي حسن النية أن يقوم المؤمن له بإخبار وإعلام المؤمن بكل المعلومات التي تهم الخطر الذي هو محل التأمين ، وذلك طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات[1] ، والتي جاء فيها : " يلزم المؤمن له : بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ... بدفع القسط أو الاشتراك ... بالتصريح المسبق للمُؤمّن بتغير الخطر أو تفاقمه ... باحترام الالتزامات التي اتفق عليها مع المؤمن وتلك التي يفرضها التشريع الجاري به العمل ، ... بتبليغ المؤمن عن كل حادث ينجر عنه الضمان بمجرد اطلاعه عليه وفي أجل لا يتعدى (07) أيام. إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة ، وعليه أن يزوّده بجميع الإيضاحات الصحيحة التي تتصل بهذا الحادث وبمداه كما يزوّده بكل الوثائق الضرورية التي يطلبها منه المؤمّن ،...".

II)– واجب التعاون :

يتمثل واجب التعاون Devoir de coopération في ضرورة تسهيل تنفيذ العقد واتخاذ في إطار هذا الهدف كل الاحتياطات التي تمليها المعاملات وحسن النية ، فالمهنيين وهم يدخلون في علاقات قانونية فيما بينهم أو مع غيرهم معنيين بهذا الالتزام ، إذ أنه في هذا المجال كل مهني متعاقد يجب أن يُعلم الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية للتنفيذ الحسن للعقد[2].

كما أن هذا المبدأ يفرض على البائع بصفته مهنيا ، الالتزام بإعلام ونصح المشتري بصفته غير معني بكافة خصائص ومميزات وبيانات الشيء المبيع ، التي من شأنها أن تؤثر في مجريات علاقة عقد البيع .

[1] الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر، ع .13 ، المؤرخة في 25 جانفي 1995، ص.06 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04ا لمؤرخ في 20 فبراير2006 .

[2] FALLON B-H., et SIMON A–M., op.cit., p. 237.

هـذا الالتـزام بالتعـاون تفرضـه التطـورات الجديـدة للعلاقـة العقديـة ، فهـي علاقـة تعـاون وليست علاقة خصام[1] ، لأن تضارب وتعارض مصالح الداخلين في علاقة عقدية لا يمنعهم من التكـاتف والتعـاون لتحقيـق الغـرض المرغـوب فيـه لتعـود المنفعـة على الجميـع ، باعتبـار أن مجهـود الفرد جد محدود وهو ما يتجلى في عقد الشركة على سبيل المثال أين يبرز هـذا التعاون في نية المشاركة فيما بين الشركاء[2] .

ويسري مبدأ حسن في التنفيذ الإلزامي للعلاقة العقدية على أغلب العقود إن لم نقل كل العقود[3] ، كعقود البيع والنقل والمقاولة والتأمين والإيجار والوكالة [4] ، وعليه يمكن لنا القول ، بأن إلزاميـة التنفيـذ بحسـن نيـة تقتضـي الإخـلاص والأمانـة ، وتنطـوي علـى واجـب التعـاون والثقـة والاشتراك بين المتعاقدين .

[1] أنظر ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص . 297.

[2] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص .152

[3] أنظر ، عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص .155 ،وكذلك ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، (ط . 2004)، ص. 512.

[4] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط . 2004) ، ص.513 .

المبحث الثالث

أساس القوة الإلزامية للعقد

يستند مبدأ القوة الملزمة للعقد على اعتبارات وأسس تتعدد مشاربها وفقا لتطور المراحل التي مرت بها العلاقات القانونية للفرد ، منها ما يعود إلى الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة في ظل سيادة وازدهار مبدإ سلطان الإرادة على العلاقات القانونية ، لاسيما التعاقدية منها. كما يستمد العقد قوته من القواعد الدينية الخلقية أو الاجتماعية الاقتصادية السائدة في المجتمع.إلى جانب ذلك ، يجد العقد قوته الملزمة في القانون والقضاء ، وستشكل هذه الأسس مواضيع المطالب الموالية .

المطلب الأول

الأساس الإرادي وسيادة المذهب الفردي

فلسفيا الإنسان له الخيار الحر في إنشاء العلاقات والقواعد التي يخضع لها ، وقانونيا الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية وهذا ما يبرر الحرية التعاقدية والرضائية والتفسير الإرادي للعقد[1]. يقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد على أساس ما للإرادة من سلطان في مجال العقود ، فهي تقيد أصحابها وتلزمهم بما ارتضوه بحرية[2]. وغني عن القول أن مبدأ سلطان الإرادة هو وليد الفلسفة الفردية التي انتشرت واكتملت مبادئها في بداية القرن التاسع عشر، وقد تميزت بازدهار حرية الإنسان الطبيعية واتساع نشاط الحرية الاقتصادية [3]، وهو ما نستعرضه في الفرعين المواليين .

[1] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit.,p.357.

[2] أنظر ، توفيق حسن فرج ، المرجع السابق، ص.291.

[3] أنظر ، فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام (بدون ذكر دار ومكان النشر)، ط .03 ، 2000-2001 ، ص .26.

الفرع الأول

سلطان الإرادة وحرية الإنسان الطبيعية

يُرجِع أنصار المذهب الفردي أساس القانون إلى الإرادة وقوة العلاقة العقدية إلى مبدإ سلطان الإرادة ، فهذا الأخير هو أساس وجود وتكوين العلاقة العقدية ، وبالتالي فهو مصدر الأثر الملزم المترتب عنها ، بل اعتبر هذا المبدأ جوهرا لنظرية العقد ككل. كما يرى أنصار هذا المذهب أن الفرد هو محور العلاقة القانونية الرابطة بينه وبين غيره بواسطة قاعدة قانونية أو علاقة عقدية، فطالما كانت إرادة الفرد حرة ، فإنها وحدها الكفيلة بإنشاء الروابط العقدية وما تُنتجه من آثار.

ولقد تكرس هذا المبدأ في مجال العقود بصفة مطلقة منذ سيطرة النظام الرأسمالي ، فلا حدود لإرادة وحرية الأفراد لأنها هي التي تنشئ العقود وترتب آثارها[1]. ويتضمن هذا المبدأ نظريات وأفكار فلسفية وسياسية واقتصادية واجتماعية[2]، كان لها الأثر المباشر على القواعد القانونية ونظرية قانون العقود الكلاسيكي والحديث[3].

يُستفاد من ذلك ، أن مبدأ سلطان الإرادة بُني على تحليل فلسفي مؤداه أن الناس ولدوا أحرارا ومتساوين ، فالإنسان في جوهره حر لا يركن لإرادة غيره وإرادته مطلقة من كل قيد ، يلتزم بما شاء ومتى أراد من أجل تحقيق مصلحته. وحسب رأيهم ، فإن الإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدي[4]. فطالما التزم المتعاقد بمحض إرادته فهو ملزم بالوفاء بما تعهد به ، وقد قيل في هذا الشأن : " ليس للقوة الملزمة للعقد أساس سوى الإرادة "[5].

---

[1] أنظر ، بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، –دراسة مقارنة–، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ط .01 ، سنة 2007 ، ص.06 .

[2] يعتبر "هوبز Hobbes ، روسو Rousseau وكانط Kant" من أبرز المنظرين لهذه المبادئ والأفكار.

[3] Benslimane née Hadj Mokhtar Leïla, de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ces effets dans le droit contractuel algérien, mémoire., de magister en droit privé, institut de droit et des sciences administratives université. d'Oran, 1983 , p. 06 et 08

[4] أنظر ، جاك غيستان .GHESTIN J، المرجع السابق، ص . 46 .

[5] " La force obligatoire du contrat n'a de fondement que la volonté " ,

ويرى أصحاب هذا المبدأ أن الفرد هو ركيزة النظام الاجتماعي وغايته ، وأن شخصية الفرد لا تكتمل إلا بحريته وبالتالي لا يمكن له قبول الالتزامات إلا إذا ارتضاها طواعية ؛ لأن كل التزام أساسه التراضي يتماشى مع القانون الطبيعي الذي يقوم بدوره على الحرية الشخصية ووجوب احترامها[1]. وقد تكرّست هذه الأفكار كنظرية لسلطان الإرادة ، مؤداها ضرورة احترام الإرادة العقدية لأنها شريعة للمتعاقدين والعقد هو الإطار الذي تمارس فيه الحرية [2].

كما يذهب أنصار مبدأ سلطان الإرادة إلى أن الإرادة الحرة الواعية هي أساس كل اتفاق ، فهي العنصر الجوهري في تكوين العقد وتحديد آثاره ما دامت هذه الإرادة لم تخرج عن أوامر القانون ونواهيه ، وأن النظام الاجتماعي لا يقوم إلا على أساس الفرد ومدى حريته في إبرام التصرفات القانونية وتحديد مضمونها ، وبالتالي لابد أن يستمر الجميع في خدمة هذا الفرد لأنه غاية القانون وهو الذي تجب حمايته[3] .

يستنتج من ذلك أن حرية الأفراد في ظل مبدإ سلطان الإرادة هي مصدر ومنبع قوة العلاقات التعاقدية المبرمة بينهم ، فلا أساس للقوة الملزمة للعقد سوى الإرادة، وهو ما ذهب إليه الفقيه كارو CARO في قوله : " أن الإنسان هو إرادة حرة "[4].

الفرع الثاني

سلطان الإرادة والليبرالية الاقتصادية

راجع ، فيلالي علي، المرجع السابق ، ص. 286 ، الهامش رقم 04 .

[1] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط . 2004)، ص. 120 .

[2] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص . 131.

[3] مصطفى تلمسان، ماهية العقد وتقسيماته، مقال على شبكة الأنترنيت مؤرخ في 2007/01/19 ، ملحوظ ومقروء بتاريخ 2007/06/24، http://www.quassimy-com/vb/archive/index.php/t-107007.html.

[4] أشار إلى ذلك ، بودالي محمد، المرجع السابق ، ص .07 ، الهامش رقم02 ," L'homme est une volonté libre "

يرى أصحاب المذهب الاقتصادي اللّيبرالي أن الإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين، وأن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقا للمنفعة والمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية[1]. ومن أجل تسهيل المبادلات الضرورية للمصلحة العامة يجب استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية ، أي أن العلاقات التعاقدية بواسطة حرية العرض والطلب هي مناط العدالة العقدية ، وأن المساواة بين قدرات وحاجات أطراف العملية التعاقدية هي التي تحقق مصالح المتعاقدين ، وفي هذا الصدد يمكن إدراج قول الفقيه فوييه Fouillée في النصف الثاني من القرن التاسع عشر حينما قال أن : "... كل ما هو تعاقدي فهو عادل "[2].

إن أفكار الفلسفة الفردانية للمذهب الاقتصادي الليبرالي كان لها الأثر المباشر على القواعد القانونية بواسطة مبدإ سلطان الإرادة الذي سمح بشرح وتحليل النظام الكلاسيكي للعقد[3]. فهم يعتقدون أن حرية المبادرات الفردية تضمن تلقائيا وعفويا ازدهار التوازن الاقتصادي ، إذ أن قانون العرض والطلب الذي يستلزم المنافسة لا يضمن تكييف الثمن مع القيمة فقط ولكن كذلك المنتجات بالنسبة للاحتياجات، كما أن المصلحة العامة تتضمن وتحمل في طياتها جملة المصالح الفردية الخاصة [4]، إضافة إلى أن المنافسة الحرة للمصالح الشخصية تحقق المصلحة العامة[5].

بمعنى أن العقد نشأ نتيجة للإرادات الحرة للأطراف المتعاقدة التي لا تهدف إلا لتحقيق مصالحها وهو ما يؤدي إلى إيجاد توازن آلي بين مصالح هؤلاء المتعاقدين[6].كما أن الفكرة

---

[1] جاك غيستان .GHESTIN J ، المرجع السابق ، ص.48.

[2] "…Qui dit contractuel , dit juste", 13. أشار إلى ذلك ، محسوب محمد، المرجع السابق ، ص.

[3] FLOUR J., AUBERT J–L., et SAVEAUX E., Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, éd. D . Delta ,Paris , France, 10e éd. 2002, p.69.

[4] FLOUR J., AUBERT J–L., et SAVEAUX E., op. cit., p. 69.

[5] أنظر ، بن شعبان حنفية، محاضرات في نظرية الالتزام (غير منشورة)، السنة الجامعية 2002-2003، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر، ص. 14.

[6] أنظر، بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص. 06 .

الأساسية للحرية الاقتصادية والمتواجدة أساسا في مبدإ سلطان الإرادة تعني أن الدولة ملزمة بالخضوع لمبدإ "دعه يعمل ، دعه يمر ، دعه يتعاقد"[1] .

وعليه يمكن القول أن التوجه الليبرالي الاقتصادي الذي يستلزم حرية العلاقات القانونية بالتعاقد والتنافس ، جعل من العلاقات التعاقدية تستمد قوتها الملزمة من أساس إرادي محض مناطه الحرية المطلقة للإرادة[2] ، وعلاقات اقتصادية تمتاز بحرية وقواعد خاصة في ظل سيادة مبدإ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني

الأساس الديني الأخلاقي والاقتصادي الاجتماعي

ليست الإرادة أساسا وحيدا للقوة الملزمة للعقد ؛ لأن هذا الأخير ينهل من منابع أخرى خارجة عن إرادة المتعاقدين ، فقد يجد العقد قوته في أسس دينية وأخلاقية كمبدإ الوفاء بالعهد ، وأسس اقتصادية واجتماعية كضرورة الاستقرار القانوني للعلاقات والمعاملات، وهو ما نتعرض له في الفرعين المواليين.

الفرع الأول

الأساس الديني والأخلاقي

الأصل أن العقود تُبنى على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع ، فالوفاء بالعقود كالوفاء بالعهود ، إذ أن واجب الوفاء بالعهد له دلالة أخلاقية[3] ، بمعنى أن الإرادة التي أنشأت الالتزامات التعاقدية ملزمة بتنفيذها وفاءا لمبادئ دينية وخلقية.

[1] أشار إليه ، بودالي محمد ، المرجع السابق ، ص. 06 ، الهامش رقم 01.

[2] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص .127

[3] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص . 129.

فإذا كانت القوانين المدنية الوضعية تتفق على إقرار قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فإن أصل هذه القاعدة يعود للشريعة الإسلامية. فالقوة الملزمة للعقد مكرسة في الفقه الإسلامي الذي يُعنى بالأخلاق الحميدة ومنها الوفاء بالعهد[1].

إذ أن قواعد الدين الإسلامي الحنيف صريحة في مجال الحفاظ على العهود واحترامها ؛ فنجد العديد من الآيات القرآنية الآمرة بذلك ، حيث قال الله عز وجل : { ...وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً } [2]، كما قال تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ... } [3] ، وقوله أيضا: { وَبِعَهْدِ اللّهِ أَوْفُواْ ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ } [4]. كما قال تعالى: { إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ...} [5]، وقال في آية أخرى: { ...فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ...} [6] .

وعليه فإن الأساس الديني والخلقي لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين معناه وجوب احترام العهد الذي يقطعه الإنسان على نفسه بمناسبة دخوله في علاقات قانونية مع غيره[7] .

والملاحظ أن هذه القواعد الإلهية جاءت آمرة مما يدل على ترتب جزاءات على مخالفتها وأن الوفاء بالعقود وعدم التحلل منها أمر مفروض على المتعاقدين، وهو ما أكدته السُّنة النبوية الشريفة أيضا حيث ثبت عن رسولنا الكريم محمد ρ قوله : **"إن خيار الناس أحسنهم قضاء "** . وعليه فإن حرية التعاقد والوفاء بالعهد من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي بمذاهبه

[1] أنظر ، وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، –دراسة مقارنة بالفقه الغربي– ، (بدون ذكر دار ومكان النشر)، ط. 1998، ص.597.

[2] سورة الإسراء ، الآية. 34.

[3] سورة المائدة ، الآية. 01.

[4] سورة الأنعام ، الآية. 152.

[5] سورة النساء ، الآية. 58.

[6] سورة البقرة ، الآية. 283 .

[7] أنظر ، محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص.314.

المختلفة في نطاق المعاملات[1]. وإذا كانت القوانين الوضعية تؤكد الوفاء بالالتزامات والعهود فإن القواعد الشرعية الإسلامية استبقت إلى ذلك تاريخيا حرصا على مصالح المتعاقدين أفرادا وجماعات .

الفرع الثاني

الأساس الاقتصادي والاجتماعي

يجد العقد قوته الملزمة في المجال الاقتصادي والاجتماعي الذي يعتبر من أخصب الميادين في العلاقات التعاقدية ، فالوفاء بالعهد تستلزمه أيضا ضرورات الائتمان والاستقرار في المعاملات وما تقتضيه المصلحة الاجتماعية[2].

إن الأساس الاقتصادي معناه ضرورة توفير استقرار المعاملات بين الأفراد ، الذي يحقق الأمان القانوني للعلاقات التعاقدية وعدم تهديد المراكز القانونية بمخاطر تهدد مصالح المتعاقدين، سواء كانت ذات آثار مالية أو اجتماعية ،كما يقصد بالأساس الاقتصادي والاجتماعي للقوة الملزمة للعقد ، ضمان استقرار المعاملات حتى تعم الثقة والائتمان بين المتعاملين الاقتصاديين من جهة ، وبين عامة الناس في المجتمع من جهة أخرى لتزداد الطمأنينة والسكينة والسلام[3].

ولأن غاية العقود هي تنظيم العلاقات القانونية وإقرار الحقوق وفرض الالتزامات والواجبات ، فمن باب أولى أن تستقر هذه المبادلات الاقتصادية والاجتماعية وتؤدي غرضها ويسود النظام في المجتمع ، ويتم التحكم في العلاقات القانونية بواسطة العقود كأفضل وسيلة لتنظيم نشاطات الإنسان الاجتماعية والاقتصادية .

المطلب الثالث

[1] أنظر ، فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد ، –دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي– ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 2004 ، ص . 69.

[2] أنظر ، فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص.127.

[3] أنظر ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص . 286 .

الأساس القانوني والقضائي

نظرا لأهمية العقد كأبرز مصدر للالتزامات في العلاقات القانونية ، نجد أن أغلب التشريعات القديمة والحديثة الوطنية والمقارنة أحاطته بعناية فائقة ، وذلك بالدراسة والتنظيم ناهيك عن دور الاجتهادات القضائية بشأن العقود.

كما أن العقد يستمد قوته وإلزاميته من القانون الذي يهدف إلى تنظيم وتحقيق مصالح الأفراد والجماعات ، وقد أكد ذلك الفقيه ديجي Duguit بقوله : " إن الإنسان لا يستطيع بإرادته وحدها سوى أن يتحكم في حركات جسمه ، ولذا فإن العقد يستمد قوته من القانون ، والقانون لا يرتب على العقد آثاره الملزمة لمجرد أن يحقق لإرادة العاقد متعة ، بل لمصلحة اجتماعية تقتضي ذلك "[1].

فبعدما تطرقنا للأساس الإرادي والديني الخلقي والاقتصادي الاجتماعي، نتناول بالبحث تأسيس القوة الملزمة للعقد على القانون قديما وحديثا وعلى الاجتهاد القضائي ، من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول

أساس القوة الملزمة للعقد في القانون القديم

اختلف تأسيس القوة الملزمة للعقد في القوانين القديمة وفقا لتطور العلاقات القانونية للشعوب وعلاقاتها القانونية ، ففي زمن الرومان تنازعت بين الشكلية والرضائية ، وفي عهد الكنيسة سادت القواعد الدينية وطغت على سلطان العقود.

أولا: في القانون الروماني

[1] أشار إليه ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص . 44 .

في بداية العهد الروماني ، كانت الشعوب آنذاك تعيش حياة بدائية سادتها فكرة الشكلية كمظهر شائع في العالم القديم[1] ، أي أن الإنسان البدائي لم يكن في وسعه تصور المجردات والمعنويات عن طريق التراضي ، الأمر الذي جعله يستعين بطقوس شكلية تعبيرا عن ما يتصوره في طابع مادي محسوس . إذ اعتُبر العقد اللفظي نموذجا للعقود الرومانية ، بل القاعدة العامة لسائر العقود ، حيث سادت فيها ألفاظ المشارطة كطقوس شكلية لإبرام تلك العقود[2] ، وفق أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابات[3] ، فلم يكن توافق إرادتي المتعاقدين كافيا لنشأة الرابطة العقدية الملزمة ، وترتيب أثارها القانونية في ذمة طرفيها ، بل كان ضروريا إفراغ التراضي في قالب شكلي، وبذلك سادت وطغت القاعدة الرومانية التي مفادها أن مجرد الاتفاق لا يُولِّد أي التزام .

وبذلك حُطّ من شأن الإرادة في إنشاء وتنفيذ العقود واستكمال قوتها الملزمة، فقد كانت عقود البيع والشراء والقرض آنذاك رهينة ركن التسليم واستفاء طقوس شكلية[4].

غير أن اتساع مجال المعاملات وسرعة المبادلات ونمو النشاط التجاري وازدهاره ، أدى في مرحلة لاحقة إلى تطور القواعد القانونية الرومانية، فتحررت العقود من طغيان الشكلية وانتقلت إلى الرضائية ، تخفيفا لتعقيدات الشكلية وتفاديا لعرقلة المبادلات المالية وحسن سير المعاملات[5].

وبذلك نجم عن هذا التطور تحول العقود من الشكلية المعقدة إلى الرضائية البسيطة.

ثانيا: في القانون الكنسي[6]

---

[1] أنظر ، محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر ، ط . 03 ، سنة 2006 ، ص . 119.

[2] أنظر ، محسوب محمد، المرجع السابق، ص ص . 151 ، 152.

[3] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط . 2004) ، ص . 121 .

[4] أنظر ، محفوظ لعشب ، المرجع السابق ، ص . 120.

[5] أنظر ، محفوظ لعشب ، المرجع السابق ، ص . 121.

[6] القانون الكنسي Droit Canonique هو القانون السائد زمن الكنيسة ، وكنسي معناه شرعي وموافق لأنظمة الكنيسة في الديانة المسيحية.

بالرغم من تحرر العقود من الطقوس الشكلية وبروز بعض المدارس الفقهية التي انكبّت على دراسة وشرح القانون الروماني على أساس الشرح على المتون وكذا استلهام مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة [1] ، فلم يتم القضاء على الشكلية ، وفي المقابل برزت مبادئ خلقية جديدة ، مستوحاة من تعاليم الديانة المسيحية نادت بها الكنيسة في ذلك الوقت.

أما المبدأ الأول فهو أن العقد يكتسب قوته الملزمة ويُحدث أثره بمجرد إطلاق وإعطاء الوعد دون حاجة لأية طقوس معينة أو تأكيده بحلف يمين .

وأما المبدأ الثاني فهو أن العقد يكتسب قوته الملزمة بمجرد الاتفاق ، وكل من أخل بالوعد ونكثه فإنه عُدّ آثما وكاذبا والكذب خطيئة دينية [2] .

من خلال ما سبق يمكن القول أنه في عهد الكنيسة تم تأسيس القوة الملزمة للعقد على فكرة دينية مؤداها أن قطع العهد على النفس يستوجب تنفيذه تجنبا للخطيئة والإثم ، وفقا للمبدإ الشائع آنذاك " لا يرعى عهد من لا عهد له " [3]. وعليه فإن الفقه الكنسي لعب دورا مهما في محاولة التخلص من الشكلية والاكتفاء بالرضائية كبديل لإلزامية الاتفاقات العقدية في مرحلة من مراحل تطور العلاقات القانونية التعاقدية .

الفرع الثاني

أساس القوة الملزمة للعقد في القانون الحديث

بمجرد تطور الحضارة الرومانية والفكر القانوني الروماني معها وتأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة وازدهار حركة المعاملات ونشاط التجارة، إلى جانب مبادئ الشريعة الإسلامية التي سبقت القوانين الحديثة بإرسائها قواعد عامة في المعاملات[4] ، والتوفيق بين الشكلية والرضائية حسب طبيعة العلاقة العقدية ، بدأت التشريعات آنذاك تنهل من هذه المبادئ وتقرّها وتعمل

[1] أنظر ، محفوظ لعشب ، المرجع السابق ،ص . 122.

[2] أنظر ، محفوظ لعشب ، المرجع السابق ، ص. 122.

[3] أشار إليه ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص .295 .

[4] أنظر ، محفوظ لعشب، المرجع السابق ، ص . 123.

بها حسب خصوصية كل مجتمع. وهذا ما يقودنا إلى بحث الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد في القانون الفرنسي ، المصري فالجزائري.

أولا: في القانون الفرنسي

إن القوة الملزمة للعقد مثبتة ومؤكّدة بمصطلحات نشطة ومشهورة [1] ، بواسطة المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص في فقرتها الأولى على أن : " الاتفاقات التي تكونت على نحو شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها ..." [2] . وقد نقل المشرع الفرنسي هذا النص عن الفقيه دوما DOMAT [3] .

والمتمعن في هذه المادة ، يعتقد بأنها أنزلت العقد منزلة القانون بقولها وتأكيدها على أن العقد هو قانون المتعاقدين ، إلا أن الحقيقة هي تشبيه لقوة العلاقة العقدية بسلطان وقوة القانون ، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية فيما بين المتعاقدين .

وتفاديا للخلط بين قوة العقد وقوة القانون ، يجدر بنا التأكيد على أن العقد شريعة المتعاقدين ليس معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق [4]. فقد وضّح ذلك أحد الشراح حينما قال :" إن القانون هو الذي يُكسب العقد قوته الإلزامية ومن ثم فلا يكون في درجة القانون" [5] .

يُستنتج مما تقدم أن العقد يجد قوته الملزمة في القانون حسب ما جاء في المادة 1134من القانون المدني الفرنسي التي تقوم على أسباب وبواعث معنوية ، كاحترام العهد المقدم ووجوب تنفيذ الاتفاقات أو الالتزامات ، لأنها بالنسبة للأطراف والقاضي مثل القانون. وقد نصت نفس المادة في فقرتها الثانية والثالثة على ما يلي : " ... هذه الاتفاقات لا تلغى إلا

---

[1] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit., p 355.

[2] V. Code civil Français, D. Paris, France, 103e éd. 2004, p. 921, Art .1134, Al. 01: " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites …".

[3] دوما DOMAT هو فقيه من أشهر فقهاء وشراح القانون الفرنسي القديم .

[4] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط . 2004)، ص .51.

[5] أنظر ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص ص . 286. 287.

بالتراضي المشترك للأطراف ، أو للأسباب التي يقررها ويسمح بها القانون ، ويجب تنفيذها بحسن نية" [1] .

باستقراء الفقرة الأولى من هذه المادة ، يُفهم أن العقد المبرم بين الأطراف له قوة القانون ، أما الفقرة الثانية فإنها تؤكد على استمرار العقد وعدم قابليته للإلغاء أو التعديل إلا بالإرادة المشتركة التي أنشأته، إذن فهو ثابت ومستقر. وأما الفقرة الثالثة فإنها تستوجب عدم خيانة ثقة أطراف العقد خلال مرحلة التنفيذ ، وبذلك تكتمل القوة الملزمة للاتفاقات وفق القانون الفرنسي التي تعتبر المادة 1134 مصدرها الرئيسي والقلعة الحصينة لسلطان الإرادة كما عبر عن ذلك الفقيه جون كاربونيه .CARBONNIER J[2] .

ثانيا:في القانون المصري.

نص القانون المدني المصري على أن : " العقد شريعة المتقاعدين ،فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون ..." [3].

إن هذه المادة هي الأساس القانوني الذي ترتكز عليه القوة الملزمة للعقد ، التي تفرض على المتعاقدين والقاضي على حد سواء تنفيذ ما اتفق عليه بمحض الإرادة ، كما لو كانوا يطبقون قانونا ما في حدود ما يجيزه القانون . أي في النطاق الذي لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة [4].

وتجدر الإشارة إلى أن العقد يعتبر قانونا للمتعاقدين في حدود ما جاء به فقط ، أي الالتزام الناشئ عن العقد له نفس قوة الالتزام الناشئ عن القانون، بمعنى أن كل ما تعهد به المدين في العلاقة العقدية له نفس قوة ما فرضه القانون ذاته .

---

[1] V. c.c.f., op.cit., p. 921, Art. 1134, Al. 02 et 03 : "…Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des causes que la loi autorise , Elles doivent être exécutées de bonne foi ".

[2] جون كاربونيه .CARBONNIER J وهو أحد فقهاء القانون الفرنسي.

[3] المادة: 147 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري.

[4] أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دار الفكر ، بيروت، لبنان، (بدون ذكر تاريخ النشر)، ص . 949 .

تقرر هذه المادة بأن العقد هو الشريعة أو القانون الذي يحكم العلاقة بين المتعاقدين ، فالمبدأ يقتضي عدم المساس بهذه القوة التي اكتسبها العقد لا بالنقض ولا بالتعديل [1] ، إلا بمقتضى اتفاق جديد بين المتعاقدين أو نص في القانون يسمح بذلك صراحة .

ثالثا : في القانون الجزائري.

جسّد المشرع الجزائري القوة الملزمة للعقد في المادتين 106و107 من القانون المدني، أما المادة 106 فقد نصت على أن : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " [2]. وأما المادة 107 فقد نصت في فقرتها الأولى على أنه : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية..."[3].

فمن خلال هاتين المادتين يجد العقد قوته الملزمة ومن ثم تصبح هذه القوة كالقانون ، في مواجهة طرفيه والقاضي معا ، فلا يمكن المساس بها إلا وفق اتفاق جديد للمتعاقدين أو حسب الأحوال التي يقررها القانون.

إن حرمان المتعاقد من نقض أو تعديل العقد بإرادته المنفردة كأصل عام يسري أيضا على القاضي فلا يجوز له المساس بمضمون العلاقة العقدية ، ولو كانت شروطها غير عادلة من وجهة نظره ، فهو ملزم مثل المتعاقدين باحترام مقتضيات العقد كما تلزمه أحكام القانون تماما[4].

والجدير بالملاحظة أن النصوص التشريعية الفرنسية والمصرية والجزائرية في المواد المذكورة جاءت متفقة حول مضمون وتأسيس القوة الملزمة للعقد. ويعود سبب ذلك لاعتبارات تاريخية وعملية جعلت النص التشريعي الجزائري المذكور أعلاه مطابقا للنص التشريعي المصري وكذا الفرنسي.

---

[1] أنظر ، رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 2002، ص. 215.

[2] القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية ، النص الكامل للقانون ، وتعديلاته إلى غاية 20 جوان2005 مدعم بالاجتهاد القضائي، منشورات بيرتي ، دالي إبراهيم ، الجزائر ، ط . 2006- 2007، ص . 26.

[3] القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص . 27.

[4] أنظر ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص . 288.

الفرع الثالث

في الاجتهاد القضائي

لاحظنا أن التشريع الوطني والمقارن أقر القوة الملزمة للعقد بنصوص صريحة وملزمة ، وفي هذا الشأن يثور التساؤل عن موقف القضاء .إن المتصفح لقرارات الاجتهاد القضائي الوطني أو المقارن ، يجد الكثير منها قد أكدت القوة الملزمة للعقد ، التي ارتضاها الأطراف وأقرها القانون. وهو ما سنحاول إيضاحه من خلال التعرّض لبعض هاته القرارات في القضاء الفرنسي ، فالمصري ثمّ الجزائري.

أولا: القضاء الفرنسي

استقر القضاء الفرنسي منذ زمن طويل ، على أنه لا يمكن لأحد طرفي العقد أن يعدل فيه دون موافقة الطرف الآخر ، أو دون أن يخول له القانون ذلك. وقد تأكدت إلزامية وقداسة العلاقة العقدية منذ قضية قناة كرابون Canal de Craponne ، التي تتلخص وقائعها في : " إبرام عقد يعود للقرن السادس عشر (عام 1567) ويتعلق بريّ أراضي من منبع مائي بمقابل ، وبعد مضيّ ثلاثة قرون وتغير الظروف أصبح هذا المقابل تافها وزهيدا ، فأراد ملاك هذا المنبع أن يزيدوا من قيمة المقابل، إذ قاموا برفع دعوى أمام محكمة (Aix en Provence) التي قبلت الطلب غير أنه بعد الطعن في حكمها نقضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم وقررت أنه لا يجوز للمحاكم أن تعدل شروط الاتفاق المبرم بحرية بين أطرافه مهما تغيرت الظروف ومرّ الزمن "[1]. وفي ذلك تأكيد لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ما دام أنه يُمنع على القاضي أيضا أن يعدل الشروط العقدية التي تراضى عليها الطرفان.

كما أكد العديد من الفقهاء في كتاباتهم مبدأ القوة الملزمة للعقد كتلك التي جاء فيها:

---

[1] Cass. civ. , 06 Mars 1876.

أشار إليه ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص. 17 وكذلك عبد السلام الترمانيني ، المرجع السابق ، ص 16.

" القاعدة التي كرستها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ، هي عامة ومجردة ، وتتعلق خاصة بالعقود المتتالية التنفيذ ، فلا تختص المحاكم مهما بدت قراراتها عادلة مع الأخذ في الحسبان عامل الزمن والظروف من أجل تعديل اتفاقات الأطراف ، وإقامة شروط جديدة محل تلك التي اتفق عليها الأطراف بحرية "[1].

وقد تم نقض عدة قرارات بسبب خرقها للمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ، منها على سبيل المثال ؛ قرار استئناف في مادة الاستعجالات تمّ الحكم فيه بطلب معاينة مضادة لشرط فاسخ متضمن معاينة في عقد إقامة ، اعتبارا أن القاضي يمكن له رفض تطبيق الشروط التي تبدو له تعسفية، وقد جاء في حيثياته ما يلي : " بحكمها أيضا رغم أنّ التطبيق العادي لشرط واضح ومحدد لعقد إقامة يُتوقع إلغائه شهر بعد إعذار غير مثمر بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول بدفع مبلغ متفق عليه لا يثير أي نزاع حقيقي ، تكون محكمة الاستئناف قد خرقت نص المادتين 1134 من القانون المدني الفرنسي و809 من القانون الجديد للإجراءات المدنية "[2].

ومن بين القرارات الشائعة في القضاء الفرنسي حول تطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتنفيذ العقود بحسن نية، نجد القرار المتعلق بإلزام الناقل بنقل البضاعة بإتباع الطريق الأصلح والأنسب بالنسبة لصاحبها[3] ، وكذلك القرار المتعلق بتعهد المقاول بتوصيل أسلاك الكهرباء في منزل بإتباع أقصر وأنسب طريق ممكن[1].

---

[1] CAPITANT H., TERRE F. et LEQUETTE Y., Les grands arrêts de la jurisprudence civile, D., Paris , France , 11e éd. 2000, n° 163, p. 123 : " La règle que consacre l'article 1134 du Code civil étant générale et absolue et régissant notamment les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées ".

[2] Cass. civ .3e , 02 avr. 2003. Bull. civ . 3e n° 78. "en statuant aussi, alors que la simple application de la clause claire et précise d'un contrat de résidence prévoyant la résiliation de ce contrat un mois après mise en demeure infructueuse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de payer la redevance convenue, ne soulevait aucune contestation sérieuse, la cour d'appel a violé les textes [Art.1134, C. civ. et 809, N.C.P.C.] ".

[3] Cass. Civ., 31 jan. 1887.

ففي زمن سيادة المذهب الفردي كان لا يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 جوان 1896 أن القاضي مقيد بالاتفاق كتقيده بالقانون ذاته ولا يجوز أن يعدله باسم العدالة[2] .

وقد جاء في أحد القرارات القضائية الفرنسية أنه : "... ليس لأي قضاء سلطة تعديل الشروط بما في ذلك مكملات الإيجار التجاري عند تجدده ... "[3].

وعليه فإن القضاء الفرنسي أكد من خلال قراراته على مبدإ القوة الملزمة للعقد ، وكان حريصا على الالتزامات الناشئة عن العقود المبرمة بين الأطراف ووجوب تنفيذها .

ثانيا: القضاء المصري

يطبق القضاء المصري مبدأ القوة الملزمة للعقد بكل أمانة فقد قررت محكمة النقض المصرية أنه : " مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 147 من القانون المدني أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن ينقضه أو يعدله ، كما يمنع ذلك أيضا على القاضي "[4].

وفيما يخص تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية أنه: " من المقرر وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 147 من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه ، أو للأسباب التي يقررها القانون ، ومن ثم فلا يعتد بتعديل فيه يستقل به أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة ..." 5.

أشار إليه ، خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص . 143 ، وكذلك محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص . 314.

[1] Cass .civ.,19 jan.1925 .

أشار إليه ، خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص . 143 ، وكذلك محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص . 314.

[2] أنظر ، بن شعبان حنفية ، المرجع السابق ، ص . 57.

[3] " Cass . civ .3^{e} , 14 oct. 1987 , Bull. civ .3^{e} , n° 169 : " aucune juridiction n'a le pouvoir de modifier les clauses même accessoires d'un bail commercial à renouveler … ".

[4] نقض مدني مصري ، مؤرخ في 09 فبراير 1989 ، مجموعة المكتب الفني ، س .40 ، ص. 440. أشار إليه ،عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص.16.

[5] نقض مدني مصري ، مؤرخ في 28 جوان 1990.مجموعة المكتب الفني ، س.41 ، ص. 401. أشار إليه ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص.17.

يُفهم من هذين القرارين أن الاجتهاد القضائي المصري أكد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وجعلها ملزمة ، وحرم المتعاقدين والقاضي معا من المساس بها.

ثالثا: القضاء الجزائري

لقد سار القضاء الجزائري على نهج القضاء الفرنسي والمصري بشأن تكريس مبدإ القوة الملزمة للعقد ، فمن خلال تصفح بعض قرارات الاجتهاد القضائي في الجزائر ، نجد أنها استقرت على تأكيد قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون ، ويجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية "[1].

وقد نقض المجلس الأعلى عدة قرارات صدرت عن المجالس القضائية بسبب خرقها وعدم احترامها مقتضيات المادة 106 من القانون المدني الجزائري ، نذكر منها على سبيل المثال: " نقض القرار المطعون ضده نتيجة رفض تعويض الطاعن عن الخسارة التي لحقته بسبب عدم تنفيذ المطعون ضده ما التزم به ، في حين أنه ثبت أن الطرف المطعون ضده هو الذي أنهى تلقائيا عقد الإيجار" [2]، وهو ما اعتبره المجلس الأعلى خرقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المؤكدة قانونا.

وفي قرار آخر ألزم المجلس الأعلى قضاة الموضوع بتطبيق أحد بنود عقد النقل والذي بموجبه تحدد مسؤولية الناقل في حالة الضياع أو التلف ، استنادا على المادة 52 القانون التجاري الجزائري التي أجازت تحديد مسؤولية الناقل[3]. يضاف إلى ذلك، أن المحكمة العليا نقضت قرار مجلس قضاء جيجل الذي أمر بإلغاء عقد مبرم بين طرفين بسبب تقصير أحدهما في

[1] وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا ، غ. ج ، المؤرخ في 08 فبراير 1982 ، ملف رقم 26766 ، ن. ق، سنة 1982، ع .04 ، ص.266. وكذلك قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 03 أفريل1985، ملف رقم 33528، م.ق ، سنة 1989، ع. 04 ، ص . 48، راجع ، حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، دار هومة ، الجزائر ، ط .2004 ، ص .45.

[2] قرار المجلس الأعلى ، غ.م ، المؤرخ في 26 ماي 1976، ن. ق، سنة 1978، ع.01 ، ص .26.

[3] قرار المجلس الأعلى ، غ .م ، المؤرخ في 16مارس 1983، ملف رقم 30914 ، م . ق ، سنة 1989،ع. 02، ص.39.

تنفيذ التزاماته، غير أن المحكمة العليا أعابت ما ذهب إليه قضاة الموضوع، في حين رأت أنه كان عليهم أن يأمروا الطرف المخل فقط بإتمام التزامه[1].

كما أن المحكمة العليا أقرت مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وأن أي مساس به يعد مساسا وخرقا للقانون وتجاوزا للسلطة[2] ، وفي قرار آخر للمحكمة العليا ، أكد على حرمة المبدأ السالف الذكر واعتماده قاعدة قانونية شرعية[3] ، وقد تكرس هذا المبدأ أيضا بموجب قرار آخر للمحكمة العليا التي نقضت قرار قضاة الموضوع الذين أخطأوا في تكييف العقد وخرق القانون الواجب التطبيق[4]. إذ أن قاضي الموضوع مطالب بالتكييف القانوني الصحيح، وهو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا [5].

مما تقدم ذكره ، نستنتج أن الاجتهاد القضائي سواء الفرنسي أو المصري أو الجزائري غني بقراراته التي أجمعت واستقرت في معظمها على تأكيد مبدأ القوة الملزمة للعقد ، من خلال قاعدته الشهيرة " العقد شريعة المتعاقدين" ، التي تستوجب التنفيذ حتى تنقضي العلاقة العقدية بإحداث آثارها ، أو ترتيب الجزاء عند الإخلال بها.

---

[1] قرار المحكمة العليا ، غ .م ، المؤرخ في 13 جوان 1990 ، ملف رقم 61489 ، م . ق ،سنة 1991، ع . 04 ، ص .65.

[2] قرار المحكمة العليا ، غ .م ، المؤرخ في 07 فبراير 1983، قضية رقم 29500 ، م .ق ، سنة 1989 ، ع. 01 ، ص .165، راجع، حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص .41 .

[3] قرار المحكمة العليا ، غ .م ، المؤرخ في 17 جوان 1987 ، قضية رقم 49174 ، م . ق ، سنة 1990 ، ع .03 ، ص ص .27 – 29، راجع ، عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، باتنة، الجزائر، ط .2001 ، ص . 36.

[4] قرار المحكمة العليا ، غ .م ، المؤرخ في 08ديسمبر1998، قضية رقم 182863، م . ق ، سنة 1998، ع. 02 ، ص ص .126 – 128 ، راجع، عمر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص . 39 .

[5] أنظر ، عبد الحكم فوده ، المرجع السابق ، ص .510.

المبحث الرابع

أثر القوة الإلزامية للعقد وجزاء الإخلال بها

لقد سبق القول[1] ، أنه إذا نشأ العقد صحيحا تولّدت عنه قوة تلزم أطرافه بتنفيذ بنوده، ومن ثم تنقضي العلاقة العقدية وتنحل كأثر طبيعي يترتب عن تنفيذ تعهدات الأطراف ، أي أن العقد متى استوفى أركانه وشروطه أصبح واجب التنفيذ ، ولا ينقضي إلا بتنفيذ الالتزامات التي أنشأها وهو مصيره المألوف[2].

لكن الأمر قد لا يكون كذلك في حالة الإخلال بهذه التعهدات وعدم تنفيذها ، فإذا أخل المدين بالتزاماته بعدوله أو تأخره عن التنفيذ أمكن للدائن أن يطالبه بالتنفيذ العيني فان استحال ذلك ولم يستوف دينه ، له أن يجبره بتحريك المسؤولية العقدية وطلب التعويض عن الضرر اللاحق به بسبب خطإ المدين وعدم تنفيذه لالتزاماته[3] .

وعليه نتعرض في المطلبين المواليين ، لأثر القوة الملزمة للعقد من جهة ، وللجزاء المترتب عن الإخلال بها من جهة أخرى.

المطلب الأول

أثر الالتزام في العلاقة العقدية

الأصل أن العقد ينقضي بتنفيذ الالتزامات المستمدة منه، وفقا لما اتفق عليه المتعاقدان[4]. وهي الحالة العادية والمعهودة كأثر مترتب عن الالتزام في العلاقة التعاقدية ، غير أن هذه الأخيرة قد تنقضي دون تنفيذ ما اتفق عليه لأسباب دخيلة عن إرادة المتعاقدين .

[1] راجع ، ص. 12 من المذكرة.

[2] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط .2004)، ص . 575.

[3] أنظر ، فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص .144.

[4] أنظر ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص .231 .

الفرع الأول

الانقضاء بالتنفيذ

تنقضي القوة الملزمة للعقد عند قيام أطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات ، مما يؤدي إلى تحقيق غاية العقد الصحيح[1] ، وبالتالي حل الرابطة العقدية وانقضاء قوتها الملزمة، وتلكم هي النتيجة الطبيعية للالتزام في العلاقة العقدية.

تجدر الإشارة إلى أن انقضاء القوة الملزمة للعقد يشمل العقود الفورية والزمنية على حد سواء ، ففي العقد الفوري يكون الانقضاء بالتنفيذ الفوري للالتزامات الناشئة عنه ولو كانت مؤجلة كما هو الشأن في عقد البيع ؛ إذ أنه ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليم الشيئ المبيع ودفع الثمن المقابل والوفاء بالضمان ، فهذه الالتزامات تُنفذ فور حلول ميعاد الوفاء بها دفعة واحدة أو على مراحل[2] . أما الوضع في العقد الزمني فإنه مرتبط بعنصر الزمن ، إذ تنقضي قوته الملزمة بانقضاء الزمن إذا كان محددا أو بإنهائه من طرف أحد المتعاقدين بالإرادة المنفردة مع شرط إعذار المدين إذا كان غير محدد كعقد الإيجار والشركة والعمل على سبيل المثال .

إلا أنه هناك حالة معاكسة تماما لحالة الانقضاء بالتنفيذ ، وهي حالة عدم نفاذ القوة الملزمة للعقد نتيجة لأسباب خارجة عن نطاق الأطراف .

الفرع الثاني

الانفساخ لاستحالة التنفيذ

تنقضي القوة الملزمة للعقد إذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم

[1] تجدر الإشارة إلى أن القوة الملزمة للعقد تنتج عن العقد الصحيح فقط ، أما العقد الباطل فلا تكون له قوة ملزمة ، لأن البطلان يرد على عقد نشأ غير صحيح .

[2] أنظر ،عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط. 2004) ، ص .575

75-58 المتعلق بالقانون المدني ، حيث جاء فيه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"[1].

يتبين من هذا النص أن العقد يفقد قوته الملزمة وينفسخ بقوة القانون دون حاجة لحكم قضائي ، كما تنقضي الالتزامات المقابلة للالتزامات التي استحال على أحد المتعاقدين تنفيذها، مثلما هو الحال في عقد البيع ، فإذا استحال على البائع تنفيذ التزامه بعد إبرام العقد نظرا لهلاك المبيع بسبب أجنبي فانه ينقضي الالتزام وينفسخ عقد البيع كما يسقط التزام المشتري بأداء الثمن[2].

قد تعترض تنفيذ العلاقة العقدية أسباب ليس للمدين دخل فيها ، فلا يمكن تنفيذها مما يؤدي إلى استحالة التنفيذ بحكم القانون ، والتي تكون كذلك بصفة طارئة ومطلقة لا نسبية وكاملة لا جزئية أي لا يمكن توقعها ولا مقاومتها ، فتعم كافة الناس وليس المتعاقد المدين فقط وتشمل كافة الالتزامات التي رتبها العقد[3] ، وتسمى هذه الحالة بالفسخ لعدم إمكان التنفيذ أو الانفساخ[4] ، وعليه تنقضي هذه العلاقة العقدية والقوة الملزمة المقترنة بها تلقائيا مع انتفاء المسؤولية العقدية عن المدين بعد إثباته لهذا السبب الأجنبي حتى لا يبق ملزما بالعقد[5].

ويختلف فسخ العقد بحكم القانون عن انفساخه بحكم القانون من حيث السبب ، إذ يُفسخ العقد لعدم تنفيذه لسبب أجنبي [6]، كما أن فسخ العقد أمر يخضع لسلطة القاضي التقديرية ، بينما انفساخه بحكم القانون فهو تلقائي ولا يخضع لتقدير القاضي [7].

---

[1] المادة 121 من ق.م.ج، وقد سبقت الإشارة إليه ،ص. 33 من المذكرة ، الهامش رقم 03 ، وحسنا ما فعل المشرع الجزائري بتصحيحه للخطإ المادي الذي كان يشوب هده المادة قبل تعديل سنة 2005 ، إذ لم ينص آنذاك على لفظ "استحالة" الذي هو شرط جوهري للانفساخ ، وتقابلها المادة 159 من ق.م.م، التي نصت على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " .

[2] أنظر ، فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص . 154.

[3] أنظر ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص. 359.

[4] أنظر ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص ص، 318، 319.

[5] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط. 2004) ، ص. 596

[6] أنظر ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص. 358.

[7] أنظر ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص. 231 .

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بالالتزام في العلاقة العقدية

في حالة إخلال المدين بالتزاماته اتجاه الدائن ، فإن لهذا الأخير الحق في نهج عدة خيارات لاستيفاء حقوقه ، من بينها المطالبة بالتنفيذ العيني وما قد يعقب ذلك من تنفيذ جبري وترتب مسؤولية عقدية التي تخضع لقواعد خاصة ، ناهيك عن حق الدائن في الرجوع على المدين بدعوى التعويض بسبب خطئه[1].

كما يمكنه أيضا المطالبة بفسخ العقد، أو الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، كلها سبل من شأنها أن تسهل للدائن استيفاء دينه وتجعل المدين يفي بالتزاماته ، نتعرض لهذه الحالات كجزاءات مقررة للإخلال بالقوة الملزمة للعقد الملزم للجانبين في الفروع التالية.

الفرع الأول

حل الرابطة العقدية بالفسخ

إن طلب الفسخ حق لأحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين، كجزاء عن عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته، ومساسه بحرمة الرابطة العقدية. وقد نص المشرع الجزائري على الفسخ في المادة 119 من القانون المدني والتي جاء فيها بأنه:"في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"[2].

[1] أنظر ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص. 231.

[2] تقابلها المادة 157 من القانون المدني المصري التي نصت على أنه : " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى . ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ،كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته " .

يُستنتج من ذلك ، أن الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين ، وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخل فعلا بالتزاماته وأن يكون المتعاقد الآخر قد نفذ التزاماته ، ويأخذ الفسخ إحدى الصورتين التاليتين .

أولا: الفسخ القضائي

يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة وهو يفصل في دعوى الفسخ التي تستهدف حل القوة الملزمة العقدية ، إذ خوله القانون [1]، إما قبول طلب الفسخ أو رفضه وإقرار مهلة وفاء للمدين ، أو منح تعويض للدائن مع إعفاء المدين من التنفيذ، أو فسخ العقد مع منح تعويض للدائن، أو رفض طلب الفسخ ومنح المدين أجلا لتنفيذ ما تبقى، إذا تبين للقاضي أن ما بقي في ذمة المدين من التزامات ضئيل بالنسبة لما تم تنفيذه وأن مصلحة الدائن لا تتأثر بذلك. وقد يتجنب المتعاقدان فسخ العقد بتنفيذ المدين لالتزاماته عينيا أو عن طريق التعويض، حينها يتقيد القاضي بما طلبه المتعاقدان ، وذلك مراعاة لمصلحتهما ولظروف النزاع المعروض عليه[2].

لقد ذهب القضاء المقارن بالنسبة لحالة الفسخ القضائي إلى أنه يمكن رفض طلب الفسخ ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية مقارنة مع الالتزام كله ، فيقضي بالتنفيذ العيني للجزء الباقي أو التعويض في حدود هذا القدر أو ثبت تعسف المدعي بطلب الفسخ ، ومثاله ما جاء في قرار 01 جويلية 2000 : " كما لو أقيم بناء على الأرض المبيعة وأرض ضُمّت إليها ، وأن إعادة الحالة إلى ما كانت عليها بناء على الحكم بالفسخ ، يستلزم هدم العقار بأكمله ، وما يترتب عن ذلك من ضياع للمال وإهداره " [3]، وهو نفس ما أقره القضاء الفرنسي بتاريخ 31 أكتوبر 1962 ، وفي قرار آخر بتاريخ 08 ديسمبر 1956 [4].

[1] راجع الفقرة الثانية من المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

[2] أنظر ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص .353.

[3] نقض مدني مصري ، مأخوذ عن ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص. 253 .

[4] أشار إليهما ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، 311 .

كما طبق القضاء الجزائري ما أقره المشرع الجزائري في المادة 119 من القانون المدني بشأن الفسخ القضائي للقوة الملزمة للعقد ، من خلال عدة قرارات نذكر منها القرار المتعلق بطلب فسخ عقد الوعد بالبيع دون إعذار المدين ، وفي ذلك إخلال بالتزام تعاقدي ألحق ضررا بالطرف المتعاقد معه[1]. وكذلك القرار الذي جاء فيه : " إن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها ، معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة ، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما "[2]. وجاء في قرار آخر يتعلق بمنح مهلة لأحد المتعاقدين في عقد الوعد بالبيع : " حيث أن المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن خلالها عن رغبته في الشراء ، وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء ، مما جعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر وهو تصرف سليم من الناحية القانونية " [3].

ثانيا: الفسخ الاتفاقي

قد يتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخا إذا لم ينفذ أحد المتعاقدان التزامه وذلك إعمالا للقاعدة العامة للفسخ لعدم التنفيذ بعد إعذار المدين[4]. وقد يتفق المتعاقدان بموجب بند في العقد على فكّ الرابطة العقدية تلقائيا بسبب عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته، وهذا ما يسمى بالشرط الفاسخ الاتفاقي أو الصريح[5]، إذ يقع الفسخ بمجرد تحقق الشرط الذي هو الإخلال بالالتزام العقدي[6]، وبذلك تتقيد سلطة القاضي عكس حالة الفسخ القضائي الذي يملك فيه

[1] قرار المحكمة العليا ، غ.م ، المؤرخ في 30 أكتوبر 1985 ، قضية رقم 34951 ، مشار إليه في القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية ، المرجع السابق ، ص. 31 .

[2] قرار المحكمة العليا ، غ.م ، المؤرخ في 12 جانفي 2000 ، قضية رقم 212782 ، م.ق ، سنة 2001 ، ع.01 ، ص ص . 114-116.

[3] قرار المحكمة العليا ، غ.م ، قضية رقم 223852 ، م.ق ، سنة 2001 ، ع.01 ، ص ص. 138 وما بعدها .

[4] أنظر ، فاضلي إدريس ، المرجع السابق ، ص. 107 .

[5] أنظر ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص . 312.

[6] وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا وقضت به في قرارها المؤرخ في 18 ديسمبر 1982، ن.ق، سنة 1985، ع.04، ص ص.47-49.

القاضي سلطة تقديرية واسعة، فلا يكون الحكم منشئا بل كاشفا ومقررا فقط للفسخ الاتفاقي[1]. ثم قد يزيد المتعاقدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم[2]. كما قد يتفق المتعاقدان على درجة أشد حينما يكون الفسخ بدون حاجة إلى حكم من القاضي ودون حاجة إلى إعذار المدين إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذ التزامه[3]. وقد نص المشرع الجزائري على الفسخ الاتفاقي في المادة 120من القانون المدني[4].

الفرع الثاني

الدفع بعدم التنفيذ

تكون هذه الحالة في العقد الملزم للجانبين ، ومعناه أن للمتعاقد حق الامتناع عن تنفيذ التزاماته إذا أخل المتعاقد معه في ذات العلاقة العقدية بتنفيذ تعهداته ، أي أن الدائن يمكنه أن يمتنع عن تنفيذ التزامه جزاءا لعدم تنفيذ المدين لالتزامه[5] ، والغرض من ذلك هو الضغط على الممتنع قصد التنفيذ كهدف أساسي قبل طلب الفسخ[6]. وقد عُرف الدفع بعدم التنفيذ منذ عهد القانون الكنسي على أساس المبدإ الشائع آنذاك[7]. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 123 من القانون المدني على أنه : " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة

---

[1] أنظر ، خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص . 169 ..

[2] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط.2004)، ص. 577 .

[3] أنظر ، علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، ط 1998 ، ص . 10 .

[4] التي نصت على أنه: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يُحدّد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

[5] أنظر ، خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص. 175.

[6] أنظر ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص ص . 294 ، 295.

[7] أشار إلى ذلك ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 295 ، وكذلك ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص. 361 ، وقد أشرنا إلى هذا المبدإ أيضا في ص. 30 ، من المذكرة.

مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به "[1] .

ومن شروط مباشرة هذا الحق أن يكون العقد تبادليا وأن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه [2]. وألا يتعسف الدائن في ممارسة هذا الحق [3].

إن أهم أثر يترتب عن الدفع بعدم التنفيذ هو وقف تنفيذ العقد دون انقضاء لقوته الملزمة . وقد طبق القضاء المصري هذه القاعدة بأمانة وهو ما جاء في إحدى قراراته : " من المقرر وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 147 من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين...، كما يحق لأي من طرفيه الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به إعمالا لنص المادة 161 من القانون المدني " [4].

وبذلك يمكن القول أن الدفع بعدم التنفيذ هو مكنة قانونية ، ووسيلة ضمان لصالح الدائن كجزاء عن رفض المدين تنفيذ التزاماته في العقد الملزم للجانبين والمساس بقداسة الرابطة العقدية.

الفرع الثالث

التنفيذ عن طريق التعويض

[1] وتقابلها المادة 161 من ق . م . م ، أما القانون المدني الفرنسي فلم يورد نصا عاما يقرر فيه قاعدة الدفع بعدم التنفيذ بل اقتصر على صياغته في نصوص متفرقة بشأن عدة عقود ، راجع في ذلك ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص . 295 .

[2] أنظر فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص.362

[3] أنظر ، خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص. 175 .

[4] نقض مدني مصري ، مؤرخ في 28 جوان 1990 ، سبقت الإشارة إليه ، راجع ،ص. 37 ، الهامش رقم 02 ، من المذكرة.

في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه تجاه المتعاقد الآخر فإن لهذا الأخير أن يجبر المدين على الوفاء وفقا للقواعد العامة التي تنظم التنفيذ الجبري ، غير أن إجبار المدين على التنفيذ لا يمكن تصوره إلا إذا كان ذلك ممكنا ، أما استحالة التنفيذ فقد تكون راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وقد تكون راجعة لتصرف المدين ، إذ في الحالة الأولى لا يمكن مساءلة المدين عن عدم التنفيذ أما في الحالة الثانية فإنه يُسأل عن عدم التنفيذ وإخلاله بالالتزام العقدي وإلحاقه الضرر بالدائن ، وبالتالي تترتب عليه مسؤولية عقدية [1].

فهذه الأخيرة تعتبر من الجزاءات المقررة لعدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، والإخلال بقوته الملزمة[2] نتيجة لعدم التنفيذ العيني لهذه الالتزامات ، ولا يبقى للدائن إلا أن يلجأ إلى ما يسمى بالتنفيذ بمقابل بطريق التعويض ، الذي يهدف إلى حمايته كطرف متضرر وجبر ما أصابه بالتعويض العيني أو النقدي[3]. وقد أدرج المشرع الجزائري هذه المسؤولية تحت عنوان التنفيذ بطريقة التعويض ، إذ نص في المادة 176 من القانون المدني على أنه : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حُكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه "[4].

باستقراء هذه المادة ، نجد أنها تقرر التعويض للدائن عن عدم إمكان المدين الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد ، ولا يستطيع هذا الأخير نفي هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذه كان راجعا لسبب أجنبي. بمعنى أنه تترتب المسؤولية العقدية على كاهل المدين إذا لم ينفذ التزاماته عينيا ، وبمفهوم المخالفة أنه متى كان بإمكانه أن ينفذ عينيا فلا محل للتعويض عن

[1] أنظر ، خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص .144.

[2] أنظر ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص.265 .

[3] أنظر ، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص. 283 .

[4] أنظر ، القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية ، المرجع السابق ، ص.44 ، وتقابلها المادة 215 من ق.م.م ، والمادة 1137 من ق.م.ف.

عدم التنفيذ[1]. كما أن قيام المسؤولية العقدية يفترض وجود التزام عقدي صحيح أخل به المدين وأن هذا الإخلال راجع إلى سلوكه وخطئه ، أي أن الأمر يقتضي توافر أركان هذه المسؤولية كاملة ، من خطإ يسبب ضررا ووجود علاقة سببية بينهما ، ومن ثم أمكن ترتيب هذا الجزاء المقرر لإخلال المدين بقوة العقد الملزمة.

من خلال ما سبق التعرّض له في هذا الفصل تبيّن أنّ القوّة الملزمة للعقد مبدأ كرّسه التشريع والقضاء والفقه الوطني والمقارن ، ونظرا لدور الإرادة واتساع سلطانها في العلاقات التعاقدية فقد تأكّدت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في ظل سيادة المذهب الفردي ، وأصبح العقد مقدّسا يُحرم على طرفيه الرجوع عن التعهدات ولم يُسمح لا للمشرع ولا للقاضي بالتدخل في بنوده ، وصار واجب التنفيذ وبحسن نية. كما اتضح أنّ هذا المبدأ يستند على أساس الإرادة وعلى اعتبارات دينية خلقية واجتماعية اقتصادية وقواعد القانون وأحكام القضاء ، كما أنّ لهذه القوة الملزمة للعقد أثر وجزاء يترتّب عن الإخلال بها تولّى تنظيم أحكامها القانون الوطني والمقارن وأقرّها القضاء أيضا.

غير أنّ هذا المبدأ ليس مطلقا ، بل ترد عليه استثناءات تلطّف من حدّته وهو ما نتعرّض له في الفصل الثاني من خلال بعض التطبيقات عن حدود القوة الملزمة للعقود.

[1] أنظر ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 268 .

الفصل الثاني

تطبيقات

عن حدود القوة الملزمة للعقد

مقدمة :

لا تنتج العقود آثارها ولا تكون فعالة إلا باقترانها بقوة إلزامية تضمن تنفيذ الالتزامات التي يتعهد بها الأطراف . فقد تكرست هذه القوة الملزمة كمبدإ منذ سيادة المذهب الفردي على قانون العقود، إذ أكدته وأقرته أغلب القوانين المقارنة بحظرها المساس بقداسة العلاقة العقدية نقضا وتعديلا، كما أجمع عليه الفقه واستقر بشأنه القضاء أيضا ، فأي رفض أو تراجع عن تنفيذ التعهدات اعتُبر خرقا ومساسا بهذا المبدإ.

إلا أن العلاقات التعاقدية تنطوي بشكل واسع على العقود المستمرة ، فإن القوة الملزمة المقترنة بها قد تحول دون تحقيق الغرض الذي أُبرمت من أجله هذه العلاقات القانونية ، إذ يمكن للإرادة المنشئة لهذه القوة الملزمة أن تضع حدا لها ، كما قد يتدخل المشرع في مضمون بعض العلاقات التعاقدية بوضع قواعد مكملة للفراغ الذي قد يتركه المتعاقدون ، وكذا الشأن بالنسبة للقاضي الذي خوله القانون أيضا التدخل لمقتضيات العدالة العقدية.

يتبين من ذلك أن هناك استثناءات ترد على مبدإ القوة الملزمة للعقد، يستلزم التطرق لها في هذا الفصل الثاني من خلال تطبيقات عن حدود القوة الملزمة للعقود بدءا بالدور الذي تلعبه الإرادة في إنهاء وتعديل العقود على غرار إنشائها في المبحث الأول ، وفي المبحث الثاني نتناول تدخل التشريع في العقود بهدف تنظيمها أو مراجعة بعض بنودها . أما المبحث الثالث فقد خُصص لتدخل القضاء لمراجعة حالات بعض العقود التي تستدعي ذلك . أما المبحث الرابع فإننا نبرز فيه أهم مبررات الحد من القوة الإلزامية للعقود في ظل سيادة المذهب الاجتماعي وتطور قانون العقود الكلاسيكي.

المبحث الأول

دور الإرادة في إنهاء وتعديل العقود

مما لاشك فيه أن للإرادة دورا أساسيا في تكوين العقد ، إذ أن تراضي المتعاقدين يعتبر ركنا جوهريا لقيام أي علاقة عقدية صحيحة . وقد تكرس هذا الركن وفق مبدإ شهير في نظرية العقد ، وهو مبدأ الرضائية على غرار مبدإ سلطان الإرادة [1].

فإذا كانت للإرادة شأنا عظيما في مرحلة تكوين العقد، فإنه يثور التساؤل عن الدور المنوط بها في مرحلة التنفيذ. إذ أنه عند إبرام العقد واكتسابه القوة الملزمة ينفلت ويتملص للنزوة والإرادة الفردية وكذا تقلبات الزمن، وإلغاءه يكون باتفاق الطرفين من حيث المبدإ، كما هو الشأن بالنسبة لتعديله [2] .

قبل الحديث عن إرادة المتعاقدين ودورها في إنهاء العلاقة العقدية وتعديلها كاستثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، يجدر بنا التمييز بين حالتي الإنهاء والتعديل وتحديد المقصود بهما.

المطلب الأول

التمييز بين حالتي إنهاء وتعديل العقد

يقضي المبدأ أنه لا يجوز نقض وتعديل العقد إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين أو للأسباب التي يقررها القانون، فقد عرف قانون العقود الإنهاء الانفرادي للعقد ، إلا أن حالة التعديل الانفرادي يكتنفها الغموض ، إذ أن نظرية الالتزام تطرقت للإنهاء الانفرادي للعلاقات التعاقدية . لذلك ينبغي البحث عن ماهية التعديل الانفرادي وإمكانية الاعتراف به في نظرية الالتزام من خلال التمييز بين الحالتين.

[1] أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص . 45 .

[2] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit., p . 364.

الفرع الأول

معنى إنهاء العلاقة العقدية بالإرادة المنفردة

تعتبر هذه الحالة استثناءا عن المبدإ الذي لا يقر نقض العلاقة العقدية أو تعديلها إلا بالإرادة الجماعية للمتعاقدين ، أو حالات معينة يجيزها القانون صراحة مثل ما هو الشأن في بعض العقود ، مثال ذلك ما نص عليه القانون المدني الجزائري على أنه " تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير معينة،... " [1] ، ناهيك عن حالات أخرى في عقود سيتم التطرق لها لاحقا[2] .

وعليه فإن للإرادة الفردية دورا في إنهاء العلاقة العقدية ونقضها ، أما الدور الذي تلعبه الإرادة في تعديل هذه العلاقة فنتطرق له في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

المقصود بالتعديل الإنفرادي للعلاقة العقدية

رغم استخدام القوانين المقارنة لمصطلح التعديل La modification والإشارة إليه في عدة مسائل[3]، إلا أنها لم تعط مفهوما قانونيا له. ويرجع الفضل للفقيه ألان غوزي GHOZI Alain في كونه أول من لفت الانتباه إلى هذا الاصطلاح من خلال بحثه حول تعديل الالتزام بإرادة الأطراف المنشور سنة 1980[4]. فقد عرّف تعديل الالتزام بأنه : "العمل القانوني الذي بمقتضاه

[1] المادة 440 من ق . م. ج ، وتقابلها المادة 529 من ق . م . م.

[2] أنظر ، فيما يأتي ص. 65 وما بعدها.

[3] كالمادة 61 الفقرة 04 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتغيير الألقاب والأسماء ، وفيها تمّ استخدام مصطلح التعديل كمرادف للتغيير Le changement ، في حين أنّ المادة 1397 من نفس القانون المتعلّقة بتغيير النظام الزوجي تميّز بين مصطلحي التعديل والتغيير ، راجع ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص. 07.

[4] GHOZI A., La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français, L.G.D.J., 1980.

أشار إلى ذلك ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص. 08 ، الهامش رقم 01.

يتفق الأطراف على أن يغيّروا ، أثناء فترة التنفيذ ، واحدا أو أكثر من عناصر الاتفاق الذي يربطهم مع الاحتفاظ بالرابطة العقدية " [1].

وعليه فقد اعتُبر التعديل مفهوما قانونيا له مجالا خاصا للتطبيق ونظاما قانونيا متميزا [2].

وبتطبيق هذا التعريف على تعديل العقد، يرى بعض الفقه بأنه تلك "العملية التي تحدث أثناء تنفيذ العقد، ويكون من مقتضاها، دون أن تضع نهاية للعقد، إدخال تغيير في عنصر من عناصره "[3] ، فالتعديل إذن هو إجراء تغيير جزئي، وينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده بالحذف أو بالإضافة، أو غير ذلك دون إزالته أو نقضه [4].

مع العلم أنه في تعديل العقد بالإرادة المنفردة تبقى العلاقة التعاقدية قائمة ، أمّا في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة فإنه بالضرورة يترتب عليه انتهاء الرابطة العقدية بكاملها .

أما فكرة تعديل العقد بالإرادة المنفردة فإنها فكرة غير شائعة في عالم القانون كنظيرتها المتعلقة بإنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة ، رغم الإشارة إليها في مطلع القرن العشرين من قبل الفقيه الفرنسي رونيه ديموج .DEMOUGE R في مقال له نشر سنة 1907[5]. وقد اتسع نطاق هذه الفكرة في ظل الاتجاه الحديث نحو إحياء الانفرادية في قانون الالتزامات.

---

[1] GHOZI A., op. cit., n°13, p.04:" L'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel ".

[2] GHOZI A., op. cit., n°22, p.10: " La modification constitue une véritable institution du droit civil disposant d'un domaine d'application et d'un régime juridique qui lui sont propres ".

[3] LECUYER H., " La modification unilatérale du contrat ", L'unilatéralisme et le droit des obligations, sous la direction de JAMIN CH., et MAZEAUD D., Economica, 1999, p. 47 : " L'opération survenue en cours d'exécution du contrat qui, sans y mettre fin, introduit un changement dans l'un quelconque des ses éléments ".

أشار إلى ذلك ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص. 09 الهامش رقم 03.

[4] أنظر ، أسامة الحموي ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله ، – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون– ، مطبعة الزرعي، دمشق، سوريا ، ط .01، 1997، ص. 345 .

[5] DEMOUGE R.,"Des modifications aux contrats par volonté unilatérale , RTD civ., 1907, p.245.

أشار إلى ذلك ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص. 09 الهامش رقم 04.

أما في الفقه البلجيكي فقد حاول بعض الفقهاء طرح مسألة التعديل الانفرادي للعقد كأحد تطورات قانون الأعمال بغرض معرفة حقيقة هذه المسألة في نطاق القانون الاجتماعي وقانون التأمينات وعقود الإذعان وعقود التوزيع، من خلال اليوم القانوني للمؤسسة La journée du juriste d'entreprise المنعقد في 24 أكتوبر 2002 ببروكسل[1].

أما الفقه المصري والجزائري فلم يتناولا تعديل العقد بالإرادة المنفردة إلا في بعض المؤلفات العامة التي تتحدث عن إمكانية التعديل باتفاق المتعاقدين .

يفهم مما سبق ذكره أن للإرادة دخل أيضا في إنهاء وتعديل العقود على غرار إنشائها سواء بالاتفاق أو بالإنفراد في حالات محدودة .

المطلب الثاني

إنهاء وتعديل العقد بالإرادة

إن الالتزامات الناشئة عن العقد تحتم على المتعاقدين الالتزام بتنفيذها كاملة، دون نقض أو تعديل بالزيادة أو بالنقصان، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية المترتبة عن القوة الملزمة للعقد . ومن الواضح أن هذه الأخيرة لا تتعارض مع تعديله باتفاق الطرفين ، إذ طالما نشأ العقد عن إرادتين متطابقتين فيمكن تعديله كذلك بمثل هاتين الإرادتين [2].

إنّ مبدأ القوة الملزمة للعقد، يقضي ويسمح للمتعاقدين بإنشاء ما أرادا من عقود مع الالتزام بتنفيذ بنودها، وخروجا عن هذا المبدإ يمكن لهم في بعض الأحوال المعينة إنهاء هذه العقود أو تعديل بعض شروطها إذا اقتضت الضرورة ذلك. ومنه فإنه يمكن مراجعة شروط العلاقة العقدية باتفاق أطرافها من حيث المبدأ، وبالإرادة المنفردة استثناءا.

[1] أنظر ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق ، ص.11 .

[2] أنظر ، مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص.309.

الفرع الأول

الإنهاء والتعديل باتفاق طرفي العقد

وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يمكن تعديل ومراجعة العقد بصفة انفرادية من طرف أحد طرفيه. فكل ما أنشأه التراضي لا يمكن فكه وفسخه إلا بالتراضي ، وبعبارة أخرى أن هذه الحالة تستوجب تراضيا جماعيا جديدا أو تراضيا مضادا [1].

" فعند تكوين العقد ، يصبح الأطراف مرتبطون بتعهداتهم ؛ فلا يمكنهم الرجوع عن تراضيهم إلا بإرادتهم " [2].

ويقوم تعديل العقد باتفاق طرفيه على أساس أنه مادام التعاقد قد تم بالتراضي فإنه يمكن تعديله بالتراضي، وقد اعتبر ذلك أول قيد يرد على القوة الملزمة للعقد[3] .

الأصل أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على نقض العقد أو تعديله، فكما يملكان إنشاء علاقتهما العقدية وتحديد نطاقها يمكنهما أيضا الخروج عنها أو تعديلها، فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء والتعديل [4].

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن حالة اتفاق طرفي العلاقة العقدية على مراجعة بعض بنودها تعبر عن الحالة البديهية لتعديل العقد، ما دام أن هذا التصرف القانوني يتم بالإرادة إنشاء أو تعديلا. فالأطراف يمكن لهم الاتفاق على تعديل العقد، بأن يضمنوا اتفاقهم شروطا تعرف بشروط تكييف العقد[5] Les clauses d'adaptation du contrat .

---

[1] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit .,p. 364.

[2] BRAHINSKY C–R., L'essentiel du droit des contrats, Gualino éditeur, Paris , France, 2000, p.55 :" Dès la formation du contrat, les parties sont liées par leur engagement ; elles ne peuvent revenir sur leur consentement par leur seule volonté" .

[3] أنظر ، جلال علي العدوي ، المرجع السابق ، ص. 238.

[4] أنظر ، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.285 .

[5] أنظر ، عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص.30

الفرع الثاني

الإنهاء والتعديل بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين

لاشك أن القانون الوطني والمقارن يجيز في بعض الحالات وبصفة استثنائية الخروج عن مبدإ القوة الملزمة للعقد بإنهاء أو تعديل العلاقة العقدية بشرط اتفاق طرفيها، وخروجا أيضا عن هذا المبدإ يمكن لأحد المتعاقدين إنهاء ومراجعة الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، وذلك إما بموجب بند منصوص عليه في العقد المبرم بينهما أو بترخيص صريح من القانون.

أولا: بموجب بند في العقد

بإمكان أحد المتعاقدين التحلل من الرابطة العقدية ولكن بموجب اتفاق منصوص عليه في العقد الذي يربطهما، إذ أنه "عند الوشك على نهاية ترتيبات إبرام العقد، يتفق المتعاقدان، على الاعتراف لأحدهما بسلطة إلغاء وإنهاء العقد بإرادته المنفردة"[1].

إذن فك الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين متوقف على النص عليه أثناء إبرام العقد. بمعنى أن رضاء الطرف المتعاقد معه شرط ضروري ليتمكن الطرف الآخر من الحصول على سلطة الإلغاء بالإرادة المنفردة.

وبالنسبة لهذا الاستثناء هناك عقود غير قابلة للإلغاء حتى بالتراضي الجماعي . وهناك عقود قابلة للإلغاء بالإرادة المنفردة، وبخاصة في العقود المستمرة ذات المدة غير المحددة، والتي يكون فيها أحد أطراف العلاقة العقدية ضحية تصرف أو سلوك خطير ومنافي لمصلحة الطرف المتعاقد معه[2].

[1] BRAHINSKY C–R., op.cit., p. 55 : " Au moment de la conclusion du contrat, les parties s'accordent pour reconnaître à l'une d'elles le pouvoir de révoquer le contrat par sa seul volonté ".

[2] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit ., p365 .

ثانيا: برخصة من القانون

قد يتكفل التشريع الوطني والمقارن في بعض الحالات بإعطاء أحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كما هو الوضع في بعض العقود، وبخاصة تلك غير المحددة المدة [1]. أي أن القانون يسمح لأحد المتعاقدين بإنهاء بعض العقود بموجب نصوص خاصة، ومرد ذلك هو وجود مبدأ عام يقضي بإمكانية التملّص من العقود غير المحددة المدة ولكن بشرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق أي وجود سبب جدي ومقبول لإنهاء الرابطة العقدية ، وكذلك ضرورة إعلام الطرف المتعاقد معه مسبقا بنية إنهاء هذه الرابطة العقدية [2]. هذا بالنسبة للعقود غير المحددة المدة ، أما نظيرتها المحددة المدة فإن " خاصية أو حق الإنهاء بالإرادة المنفردة هو استثنائي"[3].

يُستفاد مما سبق أن للإرادة دور لا يستهان به في إنشاء وتنفيذ العلاقات التعاقدية من جهة، ووضع حد للقوة الإلزامية العقدية سواء بإنهائها أو تعديلها من جهة أخرى.

[1] أنظر، نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص.285، راجع كذلك فيما يأتي من خلال المبحث الموالي المخصص للتدخل التشريعي لمراجعة وتنظيم العقد، ص. 59 وما بعدها.

[2] BRAHINSKY C–R., op. cit., p. 55 et 56.

[3] BRAHINSKY C–R., op. cit., p. 56:" La faculté de résiliation unilatérale est exceptionnelle ".

المبحث الثاني

التدخل التشريعي في العقود

إن اتساع مجال العلاقات التعاقدية وتطور القواعد القانونية ، أوردا الكثير من القيود على مبدإ سلطان الإرادة، إذ ما فتئ هذا الأخير يتقهقر أمام التدخل المتزايد للسلطة العامة والمشرع في المجال التعاقدي في وقتنا المعاصر ، وذلك بدافع تلبية احتياجات الأفراد اللامتناهية والمحافظة على التوازنات والمصالح الاجتماعية [1] ، بالإضافة إلى أسباب فنية وتقنية ولاعتبارات حمائية لجماعة المستهلكين كونها طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية.

هذا التوجه أثّر بشكل كبير ومباشر على حرية الأفراد في التعاقد فلم يعد بإمكانهم التعاقد مع الشخص الذي يفضلونه ولا بالشروط التي يتراضون بشأنها وبذلك أصبح العقد منظّما Réglementée ، بل تجاوز الأمر ذلك ، فلم يقتصر التدخل التشريعي على مرحلة تكوين العقد ولكن امتد أيضا إلى مرحلة تنفيذه، ففي العديد من الحالات يفرض المشرع على المتعاقدين أثناء التنفيذ تعديلا أو أكثر لاتفاقهم [2] .

إن تدخل المشرع بإدراجه لقواعد وأحكام على العلاقات التعاقدية ما هو إلا حدا من الحدود التي يرسمها القانون للإرادة بهدف الموازنة بينها وبين العدالة والصالح العام[3].

ولقد ارتأينا معالجة التدخل التشريعي الكثيف في العلاقات التعاقدية في المطلبين المواليين.

المطلب الأول

[1] أنظر، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص . 44.

[2] أنظر ، عابد فايد عبد الفتاح فايد ، المرجع السابق، ص .30.

[3] أنظر، بن شعبان حنفية ، المرجع السابق ، ص . 16.

إجازة القانون لتنظيم وتعديل العقود

باستقراء المادة 1134من القانون المدني الفرنسي والمادة 147 من القانون المدني المصري والمادة 106من القانون المدني الجزائري يُفهم أن إجازة نقض أو تعديل العلاقة العقدية باتفاق أطرافها ، جاء كاستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. أما خارج هذا الاستثناء فلا يمكن الاعتداد به [1]. علاوة على ذلك فإنه لا يجوز مبدئيا للمشرع أن يتدخل لتعديل العقد الجاري تنفيذه، احتراما لمبدإ قوته الملزمة وكذا بدافع استقرار المعاملات [2].

غير أن تفاعل وتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي لا يتوقعها الأطراف ولم تؤخذ في الحسبان قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازنات العقدية، الأمر الذي يجعل المشرع يتدخل بصفة تلقائية في العلاقة العقدية مُستبعدا ومُزيحا بذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين . وعليه فإن القانون المدني الجزائري والمقارن في ذات المواد المذكورة أعلاه أجاز أيضا للمشرع بأن يتدخل في العقود لتحقيق العدالة العقدية وحماية الطرف الضعيف فيها . ويتمثل تدخل التشريع في العلاقات التعاقدية في إقراره مراجعة وتعديل وتنظيم بعض العقود والتي نتناول نماذج عنها في الفرع الأول، وفرض بعض الإجراءات القانونية للحد من مبدإ الحرية والرضائية في بعض العقود أيضا، والذي نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تطبيقات عن تعديل وتنظيم بعض العقود

رغم توجه التشريع المعاصر نحو الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية ومنح الأطراف هامش الحرية اللازمة لإبرام اتفاقهم، غير أنه من حين لآخر يتدخل المشرع لتعديل بعض العقود وإعادة تنظيمها كلما رأى أن هناك خلل في توازن الالتزامات العقدية. وإن اعتُبر ذلك مساسا

[1] BENABENT A., Droit civil, Les obligations, Montchrestien, Paris, France, 08e éd. 1997, p.193 .
[2] FALLON B-H., et SIMON A–M., Droit civil, éd Dalloz , Paris, France, 04e éd. 1997, p.219.

مباشرا بقداسة العقد فإنه يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في مختلف العقود كالعامل في عقد العمل[1]، والموازنة بين المصالح والحقوق والواجبات وضمان العدالة الاجتماعية.

نستعرض فيما يلي نماذج عن بعض العقود التي تعتبر مجالا خصبا لتدخل المشرع تعديلا وتنظيما.

أولا: عقد العمل

عمد المشرع الجزائري إلى حماية فئة العمال بموجب قواعد آمرة ، تضمّنها القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[2] بإدراجه لمجموعة حقوق كالحق في المرتب والحماية وممارسة الحريات العامة، ومجموعة إلتزامات أثناء العمل أو خارجه [3].

تجب الإشارة على أن هذا القانون لم يتطرق بالتفصيل إلى كل حقوق والتزامات العامل، حيث أنه ترك الأمر إلى الإتفاقيات الجماعية والقوانين الأساسية وعقود العمل وذلك إقرارا وسعيا منه لإضفاء الطابع التعاقدي على علاقات العمل[4] .

الجدير بالذكر أن هدف المشرع من وراء تدخله في العلاقة العقدية للعمل هو حماية فئة العمال ، خاصة وأن طبيعة عقود العمل غالبا ما تتضمن شروطا تعسفية فيعمد إلى استبعادها وإدراج شروط بديلة لها ، أو الإنقاص أو الزيادة في الإلتزامات [5].

---

[1] CARBONNIER J., Droit civil, Les obligations, P.U.F., Paris, France, T. 04, 21e éd. 1998, p.141.

[2] قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج . ر، ع .17، المؤرخة في25 أفريل 1990، والمعدل والمتمم بالنصوص القانونية التالية :
- القانون رقم91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر1991.
- المرسوم التشريعي رقم 94-03 المؤرخ 11أفريل 1994.
- الأمر رقم 96-21 المؤرخ في 09 جويلية 1996.
- الأمر رقم 97-02 المؤرخ في11 جانفي 1997.
- الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11جانفي 1997.

[3] أنظر ، محمد الصغير بعلي، تشريع العمل في الجزائر، المدخل العام، النصوص القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ط. 2000، ص.17 وما بعدها.

[4] أنظر ، محمد الصغير بعلي، المرجع السابق ، ص. 15.

[5] أنظر، خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002، ص.13.

وبذلك تبرز عملية تعديل وتنظيم العقد كلّما اقتضت ضرورة الموازنة بين مصالح المتعاقدين، وفقا لنص المادة 62 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل [1].

يلاحظ أن هذا التنظيم من شأنه أن ينال من حرية المتعاقدين ، فقد اعتبَر بعض الفقه هذه العلاقة مركزا قانونيا منظما وليست علاقة عقدية [2].

إضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري لجأ إلى إنقاص مدة العمل في عقد العمل ، من (44) ساعة إلى (40) ساعة في الأسبوع بموجب المادة 02 من الأمر رقم 97- 03 المحدد للمدة القانونية للعمل[3] ، حرصا منه على حماية صحة وسلامة العامل الجسدية والمعنوية ومتطلباته الاجتماعية باعتباره طرفا ضعيفا في هذا العقد.

وعليه فإن تدخل المشرع الجزائري في العلاقة العقدية للعمل في العديد من المرات بهدف تعديل وتنظيم بعض الحقوق والواجبات ، إنما يندرج في إطار سعيه إلى الإبقاء على المركز التعاقدي للعامل واستمرار العلاقة العقدية وفق ما تتطلبه الضرورة.

ثانيا: عقد الإيجار

نظم التشريع الجزائري التصرفات القانونية الواردة على مختلف الإيجارات وفقا للقواعد العامة وبعض المراسيم التشريعية ، حيث نص القانون على حق البقاء في الأمكنة على العلاقات العقدية الإيجارية ذات الاستعمال السكني بموجب الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني[4] ، لاسيما المادة 509 منه ، وكان يهدف آنذاك إلى حماية المستأجر الشاغل للسكن باعتباره

[1] نصت المادة 62 من القانون المذكور على أنه؛ "يعدل عقد العمل إذا كان القانون أو التنظيم أو الإتفاقيات الجماعية تملي قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل".

[2] أنظر ،فيلالي علي، المرجع السابق ، ص .225.

[3] الأمر رقم 97- 03 المؤرخ في 11 جانفي 1997، المحدد للمدة القانونية للعمل، ج . ر،ع. 03، المؤرخ في 12 جانفي 1997، ص. 07.

[4] الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم، ج . ر،ع. 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

طرفا ضعيفا ، ولاعتبارات إنسانية واقتصادية واجتماعية [1] ، تمثلت خصوصا في حماية الأسرة والتخفيف من حدة أزمة السكن في ظل النمو الديمغرافي [2] .

غير أنه لما تغيرت السياسة التشريعية للبلاد نحو تشجيع الاستثمار في النشاط العقاري وتماشيا مع مقتضيات التحولات الاقتصادية بالانتقال إلى اقتصاد السوق ، تراجع المشرع عن تدخله في عقد الإيجار تاركا الحرية والمبادرة للمتعاقدين في إدراج ما يتناسب ومصالحهم في هذه العلاقة العقدية . ذلك أن حماية المشرع في مرحلة معينة لشاغل الأمكنة كان عائقا كبيرا بالنسبة للمؤجرين مما أدى بهم إلى العزوف عن الإيجار، وبالتالي التقليص من حجم النشاطات العقارية، وهو ما تفطّن له المشرع الجزائري[3] ، فبعدما كان لا يجوز مناقشة حق البقاء في عقد الإيجار ، تدخل المشرع بموجب المرسوم التشريعي رقم 93- 03 [4] ألغى ضمنيا ما يعرف بالتمديد القانوني لعقد الإيجار ، بنصه في المادة 20 منه على أنّه : " لا تطبق المواد 471 و472 و509 وكذلك المواد من 514 إلى 537 من الأمر 75- 58 ...و المتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الإستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي ... " ، كما نص في المادة 22 من المرسوم التشريعي نفسه على أنه : " إذا انقضى أجل عقد إيجار مبرم قانونيا يتعين على المستأجر أن يغادر الأمكنة " .

وقد أعاد المشرع النظر في الإيجار بتنظيم العلاقة العقدية الرابطة بين المؤجر والمستأجر بموجب القانون رقم 07-05[5] فأقر لهما حقوقا وفرض عليهما التزامات وألغى صراحة الحق في البقاء بموجب المادة 08 منه التي نصت على: " تلغى المواد 470 و471 و472 و473

---

[1] Benslimane née Hadj Mokhtar Leïla, op.cit., p. 123.

[2] أنظر ، خديجة فاضل، المرجع السابق، ص .17 .

[3] خديجة فاضل، المرجع السابق ، ص. 17.

[4] مرسوم تشريعي رقم 93- 03 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر،ع. 14، المؤرخ في 03 مارس 1993، ص ص. 04 – 09.

[5] القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-85 المتضمن القانون المدني ، ج . ر ، ع . 31 ، المؤرخة في 13 ماي 2007 ، ص ص. 03 – 06.

و474 و475 و504 ومن 508 إلى 537 من الأمر 75-85 ... وتلغى كذلك المادة 20 والفقرتان 2 و3 من المادة 21 والمادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93-03... " .

والهدف من ذلك هو الموازنة بين حقوق وواجبات أطراف هذه العلاقة العقدية والغير، وتكييف أحكام عقد الإيجار مع مقتضيات الاقتصاد الوطني وتوفير أكبر قدر من الضمانات في المعاملات بين الأفراد.

أما بالنسبة للإيجارات ذات الاستعمال التجاري ، فقد سمح المشرع بتمديد عقود الإيجار من أجل تكريس حق التمسك بالتجديد بموجب المادة 172 وما بعدها من الأمر رقم 75-59 [1] ، وكان يهدف آنذاك إلى استقرار المعاملات التجارية ودعمها وحماية حق التجديد. وتفاديا لتعسف المؤجر فإن المشرع قيّد رفض التجديد بالتعويض الاستحقاقي بما يناسب القيمة الإيجارية في غياب تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 177 من القانون التجاري الجزائري السالف الذكر.

يُستفاد مما سبق أن تمديد العقود عبارة عن تقنية [2] استخدمها المشرع الجزائري لتعديل وتنظيم العقد واستقراره ، ولحماية الطرف الضعيف فيه.

مع ملاحظة أن المشرع ألغى هذا التمديد في الإيجارات ذات الاستعمال السكني وأبقى عليه في الإيجارات ذات الاستعمال التجاري لضرورة وطبيعة العمل التجاري. إلا أن المشرع تراجع عن ذلك وفسح المجال لإرادة المتعاقدين بإعطائهم هامش الحرية لتحقيق مصالحهم وكذا زيادة حجم نشاطات التجارة والاستثمار في ظل اقتصاد السوق وما يتطلبه من ضمانات واستقرار في المعاملات التجارية من خلال الإيجارات ذات الاستعمال التجاري، فألغى حق البقاء في هذه الأمكنة أيضا وأصبح التنبيه بالإخلاء والتعويض الاستحقاقي مرتبطان بإرادة

[1] الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر،ع .101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، ص. 19.
[2] أنظر ، خديجة فاضل ، المرجع السابق ، ص .19 .

المؤجر والمستأجر ، فنصت المادة 187 مكرر في فقرتها الثانية من القانون رقم 05-02 [1]، على أنه : "... يُلزَم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون ، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك" .

بمعنى أن المشرع يتدخل في العقود كلما تغيرت الظروف الملازمة لاستمرار هذه العقود هادفا إلى تحقيق وفرض العدالة العقدية بين المؤجر والمستأجر[2]، وفرض النظام العام الاجتماعي بقواعد ملزمة حماية للمتعاقد الضعيف[3] ، وإعادة ترتيب الالتزامات بين أطراف هذه لعلاقة العقدية بقواعد تكمل إرادة الأطراف التي تبقى هي الأصل في العلاقات التعاقدية بين الأفراد دون تعسف وإذعان .

ثالثا: الوضع في عقود أخرى

يخول القانون في عدة عقود أثناء تنفيذها ويسمح لأحد أطرافها بنقضها أو تعديلها ومراجعة الشروط المتفق عليها، وذلك بإقرار حلول استثنائية [4] وتلبية حاجات الأفراد المتجددة [5].

فنجد أن بعض هذه العقود[6] خصها المشرع بقواعد خاصة تنظمها وتبين إطارها العام تسهيلا ومساعدة للمتعاقدين على إبرام علاقتهما العقدية عكس القوانين التي تحمي الطرف الضعيف.

---

[1] القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري ، ج . ر ، ع . 11 ، المؤرخة في 09 فبراير 2005 ، ص. 09.

[2] Benslimane née Hadj Mokhtar Leïla, op.cit., p . 120.

[3] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق،ص . 228.

[4] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق ، ص. 228.

[5] أنظر ، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص. 267، 268.

[6] هذه العقود يسميها الفقه الفرنسي بالعقود الخاصة Les contrats spéciaux والتي ترادفها العقود المسماة Les contrats nommés ، راجع ، نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص. 268، وفيلالي علي، المرجع السابق، ص. 226.

ففي عقد **الوكالة** الذي يقوم أساسا على علاقة الثقة فيها بين المتعاقدين ، فإنه يمكن لأحد المتعاقدين إنهاءه أو تعديل شروطه بالإرادة المنفردة بموجب المادة 587 من القانون المدني الجزائري إذا فقد الموكل الثقة لدى وكيله أو تبين له أن تنفيذها يتعارض مع مصالحه.

كما أنه في عقد **المقاولة** يمكن لرب العمل إيقاف تنفيذ الأشغال في أي وقت يختاره وفقا لنص المادة 566 من ق.م.ج [1] .

وكذا الشأن بالنسبة لعقد **العارية** حيث أقرت المادتين 546و 547 من القانون المدني الجزائري إجازة إنهاء المعير للعلاقة العقدية في أي وقت أراد.

مما تقدم تبين لنا أن تدخل المشرع في مجال العلاقات التعاقدية ليس محدودا ، إذ أنه يتدخل كلما دعت مصلحة المتعاقدين إلى ذلك ، وبالإضافة إلى تدخله المباشر بقواعد آمرة فقد أجاز للمتعاقدين استثناءا إنهاء وتعديل علاقاتهم التعاقدية تلبية لمصالحهم ، وبذلك ساير المشرع الجزائري التشريع المقارن بتوجهه نحو تنظيم وتعديل العقود، ناهيك عن حدّه لمبدإ الحرية والرضائية في بعض العقود أيضا تخفيفا من حدّة مبدإ القوة الملزمة للعقد .

الفرع الثاني

تطبيقات عن الحد من مبدإ الرضائية في بعض العقود

يقضي مبدأ الرضائية أن العقود تنشأ بمجرد تطابق إرادتي المتعاقدين[2] ، مهما كانت طريقة التعبير عن هذا التراضي الذي سيطر على قانون العقود الحديث وصار قاعدة تسود أغلب العلاقات التعاقدية ، نتيجة لاعتبارات حضارية، إذ قال في هذا الصدد الفقيه الفرنسي لويزل Loysel: " تُربط الثيران من قرونها والرجال بأقوالها "[3].

---

[1] Benslimane née Hadj Mokhtar Leïla, op.cit., p. 122.

[2] حيث نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه : "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" .

[3] JEULAND E. , L'énigme de lien de droit , RTD civ ., jui-sep. 2003, p .455 : " On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles " . 230 . وأشار إليه ، فيلالي علي ، المرجع السابق ، ص

بمعنى أن التعاقد يتم بالرضاء فقط وليس بالشكل، ولاعتبارات اقتصادية [1] ، أي طبيعة المعاملات التجارية وما تتطلبه من بساطة وسرعة وتخفيف تكاليف عقودها تتطلب الرضاء فقط ، ولاعتبارات اجتماعية [2] ، مفادها أن الإجراءات الشكلية قد ترتب التزاما على عاتق المتعاقد لم يقصده ، ناهيك عن جهله لهذه الإجراءات الشكلية المعقدة.

غير أن مبدأ الرضائية ترد عليه بعض الاستثناءات في الوقت المعاصر ، حيث أن طبيعة بعض العقود لا تخل بالتراضي إلا أنها تستلزم إفراغه في شكل معين[3]. حماية لإرادة المتعاقدين وسلامة رضاءهم وضمان الائتمان وإعلام الغير بالتصرفات القانونية وجعلها متوازنة وعادلة. وفي هذا الشأن قال الفقيه الألماني إهرينج Ihreing : "الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة "[4].

بمعنى أنّ هذه العقود تقوم على الأركان المعهودة من تراضي ومحل وسبب لكن المشرع أحاطها بإجراءات شكلية مثل الكتابة والشهر، وفي هذا الصدد يرى البعض : " أن العقد الشكلي له أربعة أركان وهي التراضي والمحل والسبب والشكلية [5].

هذا التدخل التشريعي بفرض الشكلية على الكثير من العقود بكتابتها أو تسجيلها أو شهرها قُرّر حتى يتم فيه حفظ مصالح المتعاقدين ومصالح الغير ، الأمر الذي أدى إلى تراجع مبدإ سلطان الإرادة ومبدإ الرضائية في العقود [6] .

وعليه نتناول فيمايلي نماذج عن بعض العقود التي تتطلب هذه الإجراءات الشكلية حتى تكتمل وتحدث آثارها.

---

[1] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق ، ص. 230.

[2] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق ، ص. 230 .

[3] أنظر ، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.45.

[4] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق ، ص. 230 .

[5] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق، ص . 233 .

[6] أنظر ، جمال النكاس ، "حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي"، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت، السنة.13،ع.02، جويلية 1989، ص.97.

أولا : الشكل الرسمي في عقد بيع العقار

يعتبر عقد البيع الوارد على العقار من التصرفات القانونية التي تستلزم الشكلية ، أي أن القانون يفرض إفراغها في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ، حيث تنص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري [1] على أنه : " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية ... في شكل رسمي ، ... ".

بمعنى أن هذا النوع من العقود لا تكف فيه الرضائية بل يجب أن تُحرّر في شكل معين وإلا كانت منعدمة الوجود.

تجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائري شهد تناقض عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا بشأن تكييف الشكل الرسمي [2] ، فالبعض منها لم تُعر الشكلية أي أهمية واعتبرت أن تخلفها في العقد لا يخل بصحة العقد كقرار المحكمة العليا المؤرخ في 30 مارس 1983 ، والبعض الآخر من القرارات جعلت الغرض من الشكلية هو الإثبات فقط كقرار المحكمة العليا المؤرخ في 30 أفريل 1989 ، وأخرى جعلت غرضها هو نقل الملكية كقرار المحكمة العليا المؤرخ في 21 أكتوبر 1990.

إلا أن هناك عدة قرارات صدرت عن المحكمة العليا أقرت بأن الشكلية الرسمية هي ركن من أركان العقد وأن تخلفها يبطله بطلانا مطلقا منها القرار الصادر في 07 جويلية 1982[3] ، والقرار المؤرخ في 18 ديسمبر 1982 [4]. وفي قرار آخر مؤرخ في 18 فيفري 1997[5] ، يتعلق

[1] القانون رقم 88- 14 المؤرخ في 03 ماي 1988، ج.ر، ع. 18 ، المؤرخة في 04 ماي 1988 المتضمن القانون المدني، ص ص. 749 – 751 ، المعدل والمتمم للأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني.

[2] أنظر ، فيلالي علي، " الشكلية في العقود" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، ج. 35 ، ع. 03 ، سنة 1997، ص. 721 وما بعدها.

[3] قرار المحكمة العليا، غ.م ، ملف رقم 25699 ، ن. ق، ع .خاص، سنة 1982، ص. 171.

[4] قرار المحكمة العليا، غ.م، منشور في الاجتهاد القضائي، سنة 1987، ص. 47.

[5] قرار المحكمة العليا، غ . م ، المؤرخ في 18 فيفري 1997، ملف رقم 136156، م . ق ، ع.01 ، سنة 1997، ص . 10 وما بعدها.

هذا الأخير بنزاع حول صحة عقد بيع محل تجاري ، أبطلت المحكمة العليا العقد بنقضها قرار قضاة الموضوع نظرا لمخالفته القانون وأكدت أن الشكلية الرسمية في هذا العقد تفرضها المادتان 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري [1] والمادة 79 من القانون التجاري الجزائري [2] والتي تنص على أنه : " كل بيع اختياري أم وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا... ".

وقد توصل قضاة المحكمة العليا إلى أنه : " حيث أن قضاءهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و324 مكرر 1 من القانون المدني... حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد" [3] . وفي تعليقه على هذا القرار مؤيدا له في نفس الوقت يرى أحد الشراح : " أنه قرار مبدئي Arrêt de principe من شأنه أن يضع حدا لتناقض الاجتهاد القضائي حول تكييف الشكل الرسمي " [4] .

وعليه يلاحظ من خلال ما سبق أن هناك توجه للحد من مبدإ الرضائية في بعض العقود ذات الطبيعة الخاصة على مستوى القانون والفقه والقضاء في الجزائر، وذلك خدمة للمصلحة العامة ولمصالح المتعاقدين تحقيقا للعدالة.

ثانيا: الكتابة في عقد التأمين

فرض المشرع الجزائري الكتابة كاستثناء عن مبدإ الرضائية في عدة عقود أخرى، منها عقد التأمين، حيث اشترط أن يكون مكتوبا إذ نصت المادة 07 من الأمر 95 – 07 المتعلق بالتأمينات[5] على أنه : " يُحرّر عقد التأمين كتابيا ، وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا،

[1] راجع نص المادة فيما سبق ص. 68.

[2] أمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن بالقانون التجاري ، ج . ر،ع . 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975 .

[3] قرار المحكمة العليا، غ.م ، المرجع السابق ، ص. 68 ، الهامش رقم 05.

[4] أنظر ، فيلالي علي ، " الشكلية في العقود"، المرجع السابق، (المجلة الجزائرية... ع. 03 ، سنة 1997) ، ص ص. 724، 725.

[5] الأمر رقم 95- 07 ، المرجع السابق ، ص. 04.

زيادة على توقيع الطرفين المكتتبين ، على البيانات التالية : اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما ،... " .

ومنه يتبين أن التشريع الجزائري لم يحدد طبيعة الشكلية في عقد التأمين إذا كانت الكتابة رسمية أم عرفية ، ولا من حيث الوسيلة والصياغة واللغة، إلا أنه جرى العمل بموجب نماذج مطبوعة ومعدة مسبقا يفرغ فيها العقد [1] بكل شروطه من أجل الإثبات لا الانعقاد . كما أن عقد التأمين يعتبره الفقه من العقود النموذجية التي لا يمكن للمتعاقد فيها أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تروق له، فالصياغة الجاهزة هي قيد على حرية ورضائية المتعاقدين [2] .

أما في فرنسا فإنه لا توجد نصوص تشريعية تنظم كل العقود النموذجية ، ولكن توجد بعض الهيئات والجهات[3] التي تراقب وتنظم وتوجه هذه العقود . ففي نطاق عقود التأمين الفرنسية نجد أن الإدارة تملك سلطة واسعة في رقابة عقود التأمين النموذجية ووضع ضوابط لها ، وذلك بتبني نماذج عقود التأمين الصادرة عنها ، وضرورة تجنب وضع صياغة مبهمة أو غامضة أو تعسفية لبنود عقد التأمين [4] .

أما في مصر فقد وضع المشرع تنظيما محدودا للشروط المطبوعة في نطاق عقد التأمين بموجب القانون المدني المصري ، حيث نصت المادة 750 الفقرة الثالثة منه على أنه : " يقع باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:... كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط".

[1] أنظر ، جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ،الجزائر، ط. 2000، ص. 60 وما بعدها.

[2] أنظر ، أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط. 2005، ص. 18.

[3] منها : الجمعية الفرنسية للمعايير l'association française de normalisation (L'A.F.Nor) ولجنة الرقابة على الشروط التعسفية La commission des clauses abusives.

[4] أنظر ، أيمن سعد سليم، المرجع السابق ، ص. 23.

وسبب وضع هذا النص هو اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان يتم عادة وضع المؤمن لشروط نموذجية يفرضها على المؤمن له ، وما على هذا الأخير إلا الحق في قبولها أو رفضها كاملة وذلك دون مناقشة[1].

ثالثا: الوضع في عقود أخرى

لم يكتف التشريع الوطني والمقارن بالحد من الرضائية في عقد التأمين بل تعداه إلى عدة عقود أخرى .أما بالنسبة لعقد **الشركة** فقد أوجب المشرّع الجزائري الكتابة وفقا لنص المادة 418 من ق.م. ونصّ أيضا على أنه: "...كما يجب ، تحت طائلة البطلان ، إثبات العقود المؤسِّسة أو المعدِّلة للشركة بعقد رسمي..."[2]. وكذلك الأمر بالنسبة لعقد **الرهن**، إذ ألزم المشرع الجزائري إنشاءه وفق الشكلية الرسمية ، حيث نصت المادة 883 من القانون المدني على أنه : " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي... ". ناهيك عن عقود في مجالات أخرى ومتعددة كالتي تتعلق **بالموطن المختار** للشخص الذي يجب إثباته بالكتابة وفقا للمادة 39 من ق.م.ج ، وكذا الشأن بالنسبة **للشركات التجارية** ، فقد ألزم المشرع الجزائري كتابة عقودها بنصّ المادة 545 من القانون التجاري ، وكذلك **عقد الزواج** بنصّ المواد 18، 21، 22 من قانون الأسرة ، **وعقد الكفالة** بنص المادتين 116، 117 من قانون الأسرة ، وكذلك **الوصية** بالمادة 191 من قانون الأسرة ، **والوقف** بنصّ المادة 217 من قانون الأسرة الجزائري ، إلى غير ذلك من التصرفات القانونية الّتي أوجب التشريع كتابتها وفق مواد متفرقة من فروع القانون الخاص.

المطلب الثاني

[1] أنظر ، أيمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص. 25.

[2] المادة 324 مكرر1 الفقرة الأخيرة من القانون رقم 88- 14 ، المرجع السابق ، ص. 78.

اتساع مجال العلاقات التعاقدية وتطور التشريع

لقد اتسع مجال العلاقات التعاقدية للأفراد والجماعات في المجتمع المعاصر ولم يبق محصورا في بعض العلاقات التقليدية. ويعود ذلك إلى التوسع المذهل لحاجات الأفراد اللامتناهية ، ودخولهم في علاقات قانونية متجددة تلبية لتلك الرغبات والاحتياجات بعقود مختلفة .

كما أن سيطرة المنافسة الحرة على النشاطات الاقتصادية في السوق إنتاجا وتوزيعا واستهلاكا، ووفرة السلع والخدمات عمّقت الفجوة بين المتعاملين والمتدخلين في العلاقة الاستهلاكية . فلم تصبح القواعد القانونية العامة كافية لتنظيم علاقاتهم التعاقدية ، فظهرت فكرة حماية المستهلك التي اتسعت وانتقلت من مواجهة سوء نية الحرفي إلى مواجهة تعسفه[1]. الأمر الذي أدى إلى تطور طبيعة العلاقات التعاقدية في حد ذاتها وبالتالي ضرورة تدخل التشريع استثنائيا في هذه العلاقات القانونية ذات الطابع الإرادي بقواعد تشريعية وتنظيمية حماية للأطراف الضعيفة فيها.

وعليه نتطرق في الفرع الأول إلى عدم توازن العلاقة العقدية وتبرير الحماية القانونية الضرورية للطرف الضعيف فيها، وفي الفرع الثاني نستعرض تطبيقات عن بعض المبادئ والقواعد القانونية المقررة لحماية المستهلك.

الفرع الأول

حاجة الطرف الضعيف لحماية قانونية خاصة

نظرا لاختلال ميزان القوى في العلاقة العقدية حيث أن المستهلك كطرف ضعيف فيها لا يمكنه أن يقف وقفة الند للند مع المحترف كطرف قوي يسيطر بقدراته وتقنياته على مجريات العقد[2]. إضافة إلى ذلك فإن القوة الاقتصادية التي يمتاز بها المحترف ، واحتكاره المنتوج والخدمة

[1] أنظر ، عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك،- دراسة في القانون المدني والمقارن-، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط. 2002، ص. 08.

[2] أنظر ، جمال النكاس، المرجع السابق، ص. 97.

وتحكمه في كل مراحل إبرام العلاقة العقدية، جعلت العقد نموذجيا يتصف بالإذعان[1]. إذ أن الحرفي يملي شروطه على المستهلك الذي يكون غالبا ضحية ضعف مركزه بسبب رغبته في تلبية حاجته الملحة وفقدانه لرأس المال والاختصاص والخبرة[2].

وعليه كان من الضروري التدخل لحماية هذا الطرف الضعيف ووضع حد لهيمنة الحرفي . ورغم هذا التدخل التشريعي وفق القواعد العامة لحماية العلاقة العقدية بدءا من مرحلة تكوينها إلى تنفيذها من الاختلال في التوازن كتلك القواعد المتعلقة بعيوب الإرادة وضمان العيوب الخفية وسلطة القاضي التقديرية في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية، إلا أن هذه القواعد التقليدية[3] لم تعد كافية لحماية المستهلك مما تطلب تدخل المشرع بإضافة قواعد قانونية جديدة خاصة ، لعلّها تحد من اختلال الالتزامات التعاقدية وتخفف من حدة مبدإ القوة الملزمة للعقد، وهو ما أصبحت تتجه إليه تشريعات الدول المعاصرة.

الفرع الثاني

تطبيقات عن قواعد حماية المستهلك

تعتبر القواعد القانونية المقررة لحماية فئة المستهلكين في وقتنا المعاصر ، من بين القواعد التي تعبّر حقيقة عن التدخل التشريعي الكثيف في عقود الاستهلاك. هذه القواعد تفرض بعض الالتزامات على عاتق المهنيين المحترفين– سواء كانوا منتجين أو موزعين– والتي من بينها الالتزام بإعلام المستهلك وإعطاءه صورة واضحة عن العقد المقبل على إبرامه وكذلك محل التعاقد منتوجا أو خدمة ، ناهيك عن بعض الالتزامات التي أضافها القضاء [4] ، إضافة إلى بعض الحقوق المقررة لصالح المستهلك كحقه في العدول عن العقد قبل أو بعد بدء التنفيذ ، وكذا إمكانية

[1] أنظر ، بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، الجزائر ، السنة الجامعية 2002-2003 ، ص. 212.

[2] أنظر ، عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق ، ص. 07.

[3] أنظر ، عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق ، ص. 12.

[4] كالالتزام بالسلامة وبالنصيحة وهي من مستلزمات العقد ، أي الحرص على سلامة وإعلام ونصح وتنبيه المستهلك بصفته ذو مركز اجتماعي ضعيف لا يدفع عنه المخاطر، راجع في ذلك ، عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق ، ص. 129.

الرجوع على المنتج بموجب دعوى فردية أو جماعية . كلها حقوق والتزامات تم إقرارها من قبل المشرع من أجل تحقيق العدالة العقدية ووضع حد لعدم توازن العلاقة العقدية ذات الطابع الاستهلاكي والتخفيف من حدة سلطان الإرادة الذي طغى عليها.

إن قواعد حماية المستهلك حديثة النشأة ، إذ نودي بها في الولايات المتحدة الأمريكية بمناسبة انعقاد مؤتمر 15 مارس 1962 ، وتكرّست من خلال قرارات المجلس الأوروبي المسمّاة بالبرنامج الأول في 14 أفريل 1975 والبرنامج الثاني في 19 ماي 1981، وباعتمادها أصدرت أغلب الدول الأوروبية تشريعات خاصة بحماية المستهلك [1] .

ففي فرنسا نجد أن القانون الصادر في 16 جويلية 1971 في المادة 45 منه يلزم المقاول بإعطاء المتعاقد معه المعلومات الكافية حول مشروع بناء منزل ، بتقديم وصف تفصيلي دقيق ومخطط للبناء وقيمته النقدية وكيفية دفعها ومدة تنفيذ الأشغال ، كذلك القانون رقم 78- 23 المؤرخ في 10 جانفي 1978[2] ، الذي يلزم البائع في عقد البيع بالتقسيط بإعطاء المشتري الصورة الوافية عن الالتزامات والحقوق في هذا العقد[3] .

وقد توسّع المشرع الفرنسي أكثر في إقراره لحماية المستهلك باعتماده خيار الرجوع عن العقد قبل بدء تنفيذه ، وذلك في عقود استهلاكية كثيرة، أهمها عقود التأمين وبعض العقود ذات الطابع المالي التي تتم عن طريق اتصال شركة التأمين أو مستثمري الأموال وموزعي وبائعي السلع بالمستهلكين في منازلهم، من خلال القانون رقم 72- 06 الصادر في 03 جانفي

[1] أنظر ، علي بولحية بن بو خميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط. 2000، ص. 14.

[2] القانون رقم 78- 23 ، المؤرخ في 10 جانفي 1978 ، المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية ، المعدل والمتمم بقوانين عديدة منها قانون 05 جانفي 1988، وقانون الاستهلاك لسنة 1993، وقانون 01 فيفري 1995، وقانون 28 جانفي 2005 ، راجع في ذلك ، بودالي محمد، المرجع السابق ، (ط. 01 ، سنة 2007) ، ص. 24 وما بعدها.

[3] أنظر ، جمال النكاس ، المرجع السابق ، ص ص . 98 ، 99 .

1972 والقانون رقم 72- 1127 المؤرخ في 23 ديسمبر 1972 على التوالي ، اللذان يسمحان بالعدول عن العقد [1] .

يفهم من ذلك أن المشرع الفرنسي منح حماية قانونية واسعة للمستهلك مراعاة لإبرامه بعض العقود في عجالة ودون تأني، رغم تعارض حق العدول مع مبدإ القوة الملزمة للعقد.

لم تكتف بعض التشريعات المقارنة بإقرار حق العدول عن العقد قبل تنفيذه ، بل نجد أن التشريع الانجليزي بموجب قانوني 1965 و1974 كرّس هذا الحق للمستهلك في أي مرحلة من المراحل اللاحقة لبدء تنفيذ العقد، ومهما كانت المدة التي انقضت ويتصدر هذا النوع من العقود عقد البيع بالتقسيط [2] .

أما المشرع الجزائري إضافة لإقراره لأحكام عامة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية فقد واكب التطور التشريعي المقارن بالنسبة لقواعد حماية المستهلك وأقر قواعد خاصة ، من خلال القانون رقم 89- 02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك[3] ، وقد تضمن هذا القانون حقوق المستهلكين التي هي التزامات بالنسبة للمحترفين وأقر بعض الإجراءات الإدارية الوقائية وأحكام جزائية ردعية ضمانا لهذه الحماية. وتلته العديد من النصوص التنظيمية ، تهدف كلها إلى دفع المخاطر التي يمكن أن تمس صحة وأمن المستهلك وتضر بمصالحه المادية.

علاوة على ذلك فقد أقر المشرع الجزائري نظاما لمكافحة الشروط التعسفية من خلال إصداره للقانون رقم 04- 02 المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية [4] ، هادفا من وراء ذلك إلى تنظيم العلاقات التعاقدية الاستهلاكية وحماية الطرف الضعيف فيها. ومن أجل

[1] أشار إليهما ، جمال النكاس ، المرجع السابق ، ص. 105 .

[2] أنظر ، جمال النكاس ، المرجع السابق ، ص 107.

[3] القانون رقم 89- 02 المؤرخ في 07 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر، ع.06 ، المؤرخة في 08 فبراير 1989 ، ص. 151.

[4] القانون رقم 04- 02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج . ر ، ع .41 المؤرخة في27 جوان 2004 ، ص ص. 04 – 10.

فعالية وتطبيق هذه الأحكام صدر مرسوم[1] ينظم العلاقات التعاقدية بين العون الاقتصادي والمستهلك بتحديده للعناصر الأساسية ذات الصلة بحقوقهما والتزاماتهما وتحديده للشروط التعسفية وإنشائه للجنة الشروط التعسفية التي تأخذ طابعا استشاريا[2].

وبذلك يتضح بأن تدخل التشريع واستمرار فرضه لترسانة من القواعد الخاصة لتنظيم العلاقة العقدية الاستهلاكية أثّر بشكل مباشر وواضح على نظرية العقد وأنقص من فعالية وإطلاق مبدإ القوة الملزمة للعقد ، بالرغم من أن الإذعان والتعسف لازالا يسيطران عمليا على مجريات العلاقات التعاقدية الاستهلاكية ، كما هو الشأن بالنسبة للقرض الاستهلاكي الذي يلجأ إليه الأفراد بدافع تلبية حاجيات استهلاكية جديدة في ظل محدودية القدرة الشرائية. ففي هذا العقد يملي المقرِض شروطه على المقترض ويُضمن فيه شروطا تعسفية تخدم مصالحه ما دام أن المقترض لا يملك سوى التسليم بها وقبولها أو رفضها دون أية مناقشة .

[1] أنظر ، المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، ج . ر ، ع . 56 ، المؤرخة في 11 سبتمبر 2006 ، ص ص. 16 - 19.

[2] راجع ، المواد من 02 إلى 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المذكور أعلاه ، ص ص . 17-19.

المبحث الثالث

التدخل القضائي في العقود

بعد أن تناولنا بالدراسة القيود التشريعية التي ترد على مبدإ القوة الملزمة للعقد ، وتأكد التدخل الكثيف للمشرع ضد مبادئ نظرية سلطان الإرادة[1]، يثور التساؤل حول إمكانية تدخل القاضي للحد من إطلاق هذا المبدإ ، ذلك ما سنتعرّض له في هذا المبحث.

الأصل أن إرادة الأطراف هي التي تحدد مستقبل الروابط القانونية التعاقدية التي تجمعهم ولا يمكن للقاضي أن يغير من شروط وبنود الرابطة العقدية ، فهو يبحث عن المقاصد الحقيقية للمتعاقدين في حالة الغموض ، ولا يمكن له بأي حال من الأحوال أن يغير إرادة الأطراف بحكم أو بقرار قضائي.

غير أن مبدأ الاحترام المطلق للقوة الإلزامية للعقد أصبح يتقهقر في وقتنا الحاضر، إذ لاحظنا تدخل المشرع نفسه في بعض العقود بغرض التنظيم أو التعديل في البنود المجحفة خدمة للعدالة العقدية ولأن السلم والعدل يفرضان التعديل [2] .

كذلك الأمر بالنسبة للقاضي أصبح بإمكانه التدخل بحثا عن تحقيق التوازن في الروابط العقدية ، فقد خوّلت أغلب التشريعات للقاضي التدخل صراحة في العقود بسبب تغير الظروف التي أبرمت في ظلها وعدم توقع حدوثها، إلى جانب حالات أخرى تستدعي المراجعة والتعديل وهو ما سوف نستعرضه في المطلبين التاليين.

[1] راجع ص ص. 59 – 75 من المذكرة.

[2] Benslimane née Hadj Mokhtar Leïla, op.cit., p.125.

المطلب الأول

حالة التعديل لعدم التوقع وتغيّر الظروف

عند إبرام العقد يتخذ المتعاقدان الاحتياطات اللازمة لتنفيذه وفق ما اتُّفق عليه، إلا أنه يستحيل عليهما حصر وتوقع كل الأحداث والظروف المستقبلية. غير أنّ الظروف السابقة على إتمام العقد قد تتغير جذريا أو جزئيا خاصة في العقود المستمرة أو غير المحددة المدة.

فإذا كان المبدأ يقضي أن العقد شريعة المتعاقدين فإن المشرع راعى الظروف التي قد تطرأ بعد إبرام العقد فتؤدي إلى عدم التوازن في العلاقة العقدية، لذلك أقر نظرية الظروف الطارئة وأجاز بموجبها تعديل العقد، وعليه نتناول هذه النظرية في الفقه الإسلامي أوّلا ، ثمّ في الفقه والقانون المقارن ثانيا ، ثمّ في القانون الجزائري ثالثا ، وذلك في الفروع الموالية.

الفرع الأول

نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي.

لم يستنبط الفقه الإسلامي نظرية عامة للالتزامات وكذا الشأن بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة . كما في الفقه الغربي ردا على المغالاة في القوة الملزمة للعقد التي تمتع بها في ظل سيادة المذهب الفردي[1]. فنجد أن الفقه الإسلامي يغلّب اعتبارات العدالة على القوة الملزمة للعقد ، إذ كان يعمد إلى حلول حسب الواقع العملي وبدافع العدل والإنصاف[2] ، وقد سميت هذه التطبيقات التي عمد إليها بنظرية الضرورة.

تقوم نظرية الضرورة Théorie de la nécessité على أسس ومبادئ منتقاة من الشريعة الإسلامية تؤكد الموازنة في المعاملات والعلاقات.

[1] أنظر ، مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص . 314.

[2] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 100.

وفي هذا الشأن قال الله تعالى:{ **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ ...**} [1]، فالعدل هو تطبيق القاعدة القانونية التي أمر بها الشرع والإحسان هو تطبيق القاعدة الخلقية المقترنة بها والمندوب إليها للتخفيف من حدة العدل[2].

كما أن القواعد الكلية في دفع الضرر والمشقة تبين حقيقة وأساس هذه النظرية ، إذ يرى الفقيه والفيلسوف الإمام الغزالي أن مقصود الشّرع هو أن يحفظ للناس " دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة مصلحة واقعة في رتبة الضرورات وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة "[3].

ومنه تفرعت قواعد أساسية لهذه النظرية كقاعدة " **لا ضرر ولا ضرار** "[4]. وقاعدة "**المشقة تجلب التيسير**" وقاعدة " **الأمر إذا ضاق اتسع** " وقاعدة " **درء المفاسد أولى من جلب المنافع** " وقاعدة " **الضرورات تبيح المحظورات** " [5] .

وتتجلّى مظاهر هذه النظرية بكل قواعدها من خلال سلوكات وعلاقات الأفراد والجماعات ، فالدخول في علاقات قانونية تعاقدية من شأنه إلحاق ضرر عند تنفيذها. إنّ هذا الضرر لم يتم توقعه عند التعاقد والسبيل إلى إزالته هو التعديل الذي يتفق مع التعديل المقرر في نظرية الظروف المتغيرة في القانون الدولي العام ونظرية الحوادث الطارئة في القضاء الإداري الفرنسي حسب الفقه الفرنسي الذي يرى بأن: "نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة ، عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة ، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة ، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من

[1] سورة النحل، الآية. 90.

[2] أنظر ، عبد السلام الترمانيني ، نظرية الظروف الطارئة،- دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية-، دار الفكر، بيروت ، لبنان ، ط . 1971 ، ص. 39.

[3] أنظر ، عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 40.

[4] حديث نبوي شريف ، أشار إليه ، عبد السلام الترمانيني ، المرجع السابق ، ص. 87.

[5] أنظر ، منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص. 281.

المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب وفي القضاء الدستوري– الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة "[1].

إذا كان الأصل أن العقد في الشريعة الإسلامية شريعة المتعاقدين كما تقدم في بحثنا هذا [2] ، فإنه بموجبها أيضا يمكن إعادة النظر في العقود، فقد عرف الفقه الإسلامي عدة تطبيقات عن نظرية الضرورة أكّدت تعديل العقود ودفع الضرر اللاحق بالطرف المتضرر، منها **نظرية العذر**[3] Théorie de l'excuse التي انفرد بها المذهب الحنفي، إذ أقرت فسخ عقد الإيجار إذا تغيرت الظروف أثناء تنفيذه عن الظروف التي تم إنشاؤه فيها وسبّب ضررا لأحد المتعاقدين.

ومنها أيضا **نظرية الجوائح** [4] Théorie des calamités التي اتفقا بشأنها المذهبان المالكي والحنبلي على إجازة إنقاص ثمن الثمار المبيعة قبل جنيها إذا أصابتها آفة قلّلت من كميتها أو ثمنها ، أي عدم تحميل المتعاقد ضررا ناشئا عن حادث ليس مسؤولا عنه وخارجا عن حسابه وقت التعاقد.

إضافة إلى مسألة **الوفاء بالنقود** [5] La monnaie de paiement ومفادها أنه يجب أن يتم الوفاء بالنقود المتفق عليها في عمليات البيع أو القرض إذا تغيرت قيمتها بالزيادة أو بالنقصان أو إذا فقدت أو كسدت.

تجب الإشارة إلى أن فقهاء المذاهب الإسلامية اختلفوا حول تفسير وتكييف هذه المسائل والنظريات المتفرعة عن نظرية الضرورة . إلا أنه ما يهمنا ونحن بصدد البحث عن حدود القوة الملزمة للعقد، أن أغلب الفقه الإسلامي سلّم بالظرف الطارئ بشكل واسع وفق نظرية الضرورة في بعض العقود ، كما أن الضرر اللاحق بأحد المتعاقدين هو معيار تعديل العقد . أي

---

[1] قول الفقيه الفرنسي **لامبير** ، مأخوذ عن ، عبد السلام الترمانيني ، المرجع السابق ، ص . 35.

[2] راجع ، ص ص. 25 ، 26 ، من هذه المذكرة.

[3] أنظر ،عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 47.

[4] أنظر ، عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق ، ص. 60.

[5] أنظر ، عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص. 72.

أن فكرة العدالة والتوازن العقدي هي قوام النظرية وهي وجه الشبه بينها وبين نظرية الظروف الطارئة في القانون الحديث[1].

وعليه ، من خلال تعرضنا لنظرية الضرورة في الفقه الإسلامي نستنتج أن القوة الملزمة للعقد ليست مطلقة شأنها في ذلك شأن القانون الوضعي[2].

الفرع الثاني

نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقانون المقارن

تقوم نظرية الظروف الطارئة Théorie de l'imprévision على مسألة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد في مرحلة تنفيذه بسبب حوادث استثنائية عامة غير متوقعة، بحيث يصبح التزام المدين مرهقا سيُلحق به خسارة فادحة غير مألوفة إذا تم تنفيذه رغم عدم استحالة ذلك التنفيذ[3] . لذلك كان من العدل والعدالة أن يتدخل القاضي لتعديل العقد الذي تغيرت بصفة مفاجئة ظروف تنفيذه عن الظروف التي كانت سائدة أثناء تكوينه.

أولا : نظرية الظروف الطارئة في الفقه القانوني

لقد أسهب الفقه في تعرضه لهذه النظرية ، إذ ميّز الأستاذ السنهوري بين الحادث الطّارئ والقوة القاهرة وشبّه نظرية الظروف الطارئة بنظريتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد بقوله : "لو أنّ هذا الحادث الطّارئ قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام ، ... فهي مثل نظيرتيها تصلح اختلال التوازن: هاتان تصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تكوين العقد، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد، على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى

[1] أنظر ، عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص.87.

[2] أنظر ، وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص. 597.

[3] أنظر ، منذر الفضل، المرجع السابق، ص.280 .

حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين ، ... وفي النظرتين الأخريين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوي من المتعاقدين للضعيف منهما ، ..." [1] .

ويضيف في هذا الصدد أحد الشراح : " إن القوة القاهرة هي كذلك حادث استثنائي غير متوقع إلاّ أنها ليست عامة ، فهي تتمثل في حادث فردي خاص بالمدين دون غيره ، فشرط عمومية الحدث الطارئ هو وسيلة لتضييق مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة،..." [2].

ومن شروط إعمال هذه النظرية – أي نظرية الظروف الطارئة – أن يكون العقد متراخيا وأن تكون الحوادث استثنائية عامة وليس في الوسع توقعها وأن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا [3] .

والحقيقة أن هذه النظرية تعتبر من أهم الاستثناءات والقيود الواردة على مبدإ القوة الملزمة للعقد، إذ خوّلت أغلب التشريعات المقارنة للقاضي التدخل لإعادة التوازن للعقد.

ثانيا: نظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن

بعد التعرض لمفهوم نظرية الظروف الطارئة وسرد شروط إعمالها ، نلي ذلك ببحث مدى العمل بهذه النظرية في القانون الوضعي فنبدأ بالقانون الفرنسي ثم المصري فالجزائري.

I)- في القانون الفرنسي :

إذا كانت أغلب الدول تعرف أو تتبع نظام تعديل العقود بسبب عدم التوقع إما بصفة صريحة وواضحة في قانونها كما هو الشأن في بولونيا وإيطاليا والشيلي وهولندا ومصر والجزائر ، أو من خلال قضائها كما هو الحال في سويسرا وألمانيا وإنجلترا ، إلا أن الوضع ليس كذلك في فرنسا[4]. لقد ازدهرت نظرية الحوادث الطارئة في القانون العام بدءا بالقانون الدولي العام كشرط ضمني مفروض في المعاهدات الدولية ، ثم انتقلت إلى القانون الإداري بمناسبة قضية شركة الغاز

[1] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (ط . 2004) ، ص ص. 515 ،516 .

[2] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق ، (ط. 2001) ، ص. 302.

[3] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط. 2004) ، ص ص. 524 - 527.

[4] أنظر ، عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ص. 13 - 34.

في مدينة بوردو بتاريخ 30 مارس 1916 أين تبناها مجلس الدولة الفرنسي بحجة المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام[1] .

أما في القانون الخاص وفي فرنسا خصوصا ، فإنها جد محصورة إذ يعمل بها في مراجعة عقد الإيجار وتخفيض أسعار بيع المحلات التجارية وفسخ بعض الصفقات، وتعديل المرتبات مدى الحياة [2] . وعلى هذا الأساس نجد أن : " القانون المدني الفرنسي لا يقبل ولا يجيز بأن يكون هناك تعديل ومراجعة قضائية للعقد بسبب عدم التوقع ، غير أن لهذا المبدإ بدائل عديدة" [3].

بالرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم يجيز التعديل القضائي للعقود بسبب الحادث الطارئ صراحة ، إلا أنه نلاحظ وجود نقاش فقهي كبير في وقتنا المعاصر حول هذه المسألة.

فالاتجاه التقليدي لازال مرتبطا باحترام إرادة الأطراف في ظل سيطرة قانون العقود الكلاسيكي الفرنسي، إذ أنه : " يرفض سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب عدم الاستقرار الاقتصادي المفاجئ ، ويعتقد بأن المشرع وحده يمكنه القيام بذلك حسب الحالات " [4].

أما الاتجاه الأكثر حداثة ، فإنه يتجنب الدوران ويتناول المسألة مباشرة ، ويقر بأن القوة الملزمة للعقد لا تنطوي على الثبات والاستقرار ، ويبرز الليونة بشكل واضح ، وهذا لا يعني بأن للقاضي سلطة تكييف العقد بصفة انفرادية ومتسلطة . ويضع هذا الاتجاه ثلاث فرضيات كسبب لتعديل العقد أثناء التنفيذ استنادا إلى تغير الظروف على النحو التالي : " إما توقع الأطراف عند التعاقد لقضية التعديل ، أو أن التعديل مفروضا قانونا أو إجازة التعديل من طرف

[1] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، (ط. 2004) ، ص.521 .

[2] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق ، (ط. 2001) ، ص. 298.

[3] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit .,p.366 : "Le droit civil français n'admet pas qu'il puisse y avoir révision judiciaire du contrat pour imprévision, mais cette position de principe comporte de nombreuses alternatives".

[4] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit .,p.368 :"L'analyse aboutit, comme dans la théorie classique, à refuser au juge le pouvoir de réviser le contrat pour cause d'instabilité économique imprévue et à estimer que seul le législateur peut le faire, au coup par coup". .

القاضي بطريقة غير مباشرة بعد غياب كل تنظيم اتفاقي أو قانوني خاص بالقضية محل النزاع "[1].

ووفقا لتحليل فقهي شائع اليوم ، مؤسس على المادة 1134 الفقرة الثالثة من ق،م،ف، يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد ، ويقتصر فيه دور القاضي على التأكد من خرق هذا الالتزام [2].

II)- في القانون المصري :

رغم تحفظ المشرع المصري وتأثره بنظيره الفرنسي بشأن نظرية الظروف الطارئة وعدم الاعتراف بها في القانون والقضاء المدنيين ، إلا أنه بعد إنشاء القضاء الإداري ومع بداية ظهور القانون المدني الجديد[3] ، وعلى غرار العمل بها وانتعاشها في القانون الخاص وظهورها في التقنيات الحديثة لأغلب الدول ، استدرك المشرع المصري الأمر وأقرّها في قانونه المدني الجديد[4] ، إذ نصت المادة 147 الفقرة الثانية على أنه : "...ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" [5].

---

[1] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit .,p.368 : "… soit parce que les parties avaient prévu dans leur contrat cette révision , soit parce que la loi l'impose , soit parce que le juge l'admet indirectement malgré l'absence de toute disposition conventionnelle ou légale sur ce point ".

[2] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit .,p.368 .

[3] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المر جع السابق ، (ط. 2004) ، ص. 522.

[4] والذي صار نافذا في مصر بتاريخ 15 أكتوبر 1949 ، وقد أشار إلى ذلك ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط. 2004) ، ص. 24.

[5] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المر جع السابق ، (ط. 2004) ، ص. 514.

وبذلك اعترف التشريع المصري بالظرف الطارئ كقيد على القوة الملزمة للعقد وخول للقاضي تعديل العقد ورد الالتزامات إلى حالتها الطبيعية حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وأصبح للقاضي مكنة قانونية يستطيع بموجبها أن يتدخل في العقود.

الفرع الثالث

نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري

على غرار التشريعات المعاصرة ساير المشرع الجزائري التدخل القضائي في العقود بسبب الظرف الطارئ ، وذلك بإقراره إجازة تعديل الالتزامات التعاقدية من طرف القاضي، إذ نص في المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني على أنه : "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1] .

وحسنا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بأخذه بنظرية الظروف الطارئة، إذ ليس من العدل أن ينفذ المدين التزامه وفق ما اتفق عليه مع الدائن مع وجود ظروف طرأت بعد إنشاء العقد جعلت تنفيذه مرهقا بالنسبة إليه [2] .

غير أن القاضي بموجب هذه النظرية لا يعني أنه يرفع الإرهاق كله عن كاهل المدين ويلقي به على عاتق الدائن فهذا ليس من العدل أيضا ، بل ينبغي أن يتوخى الدقة في توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين وأن يجري موازنة بينهما[3].

---

[1] القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية ، المرجع السابق ، ص .27.

[2] أنظر ، خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدإ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1987،ص. 81.

[3] أنظر ، بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، –دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ،جامعة الجزائر ، سنة 1983، ص. 138.

كما أن المشرع الجزائري جعل أحكام هذه النظرية من النظام العام [1] ، وذلك بعدم إجازته الاتفاق على مخالفتها بنصه في آخر المادة على : "... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

كما أجاز المشرع الجزائري للقاضي تعديل عقد المقاولة بسبب الظرف الطارئ المتمثل في انهيار التوازن الاقتصادي للعقد بين المقاول ورب العمل بموجب نص المادة 561 الفقرة الثالثة والأخيرة من القانون المدني كتطبيق للحد من مبدإ القوة الملزمة للعقد ، والتي نصت على أنه: " ... غير أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

وبهذا يكون إقرار التدخل القضائي في إطار عقود القانون الخاص والاعتراف بالظرف الطارئ فيها يتماشى مع العدالة التعاقدية وحماية الطرف الضعيف والحد من الدور المفرط لسلطان الإرادة في العلاقات التعاقدية . والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري أغفل أمرا مهما وهو يعترف بالتدخل القضائي في العقود . إذ نص على نظرية الظروف الطارئة في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني المتعلقة بتنفيذ العقد وفق المشتملات والمستلزمات بحسن نية. إذ كان عليه أن ينص عليها مباشرة كفقرة ثانية للمادة 106 المتعلقة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تمثل القلب النابض للقوة الملزمة للعقد ، لتكون استثناء على هذا المبدإ. فرغم تنبيه العديد من رجال القانون لهذه المسألة رغم التعديلات التي طرأت على نص القانون المدني ، إلا أن المشرع الجزائري لم يستدرك هذا الأمر. وفي المقابل نص المشرع المصري على نظرية الظروف الطارئة كاستثناء عن مبدإ القوة الملزمة للعقد المكرّس في الفقرة الثانية من المادة 147 من ق. م. م[2]، وهو المنطق القانوني السليم.

[1] أنظر ، خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 86.

[2] راجع في ذلك ، بودالي محمد ، المرجع السابق ، (أطروحة دكتوراه) ، ص. 238، الهامش رقم 93 .

المطلب الثاني

حالات أخرى للتدخل القضائي

لا ينحصر تدخل القاضي في تعديله للعلاقات التعاقدية بسبب الظرف الطارئ فحسب، بل يتعداه إلى عدة حالات أخرى تستدعي تعديل شروط العقد حتى تتلاءم مع مصلحة طرفيه وتتناسب الالتزامات فيما بينها، إذ يمكن للقاضي أن يتدخل ليعدّل أو يستبعد الشروط التعسفية، أو يخفض الشرط الجزائي ويرفع الغبن عن المدين ويفسر الشك لصالحه ويمنحه مهلة وفاء ويقيد استعمال الحق ، وهو ما سيشكل موضوعا للفروع التالية.

الفرع الأول

حالتا استبعاد الشروط التعسفية وتخفيض الشرط الجزائي

يملك القاضي سلطة تعديل الالتزامات العقدية إذا توفرت الأسباب التي تجعل هذا التعديل ضروريا لتحقيق العدالة ، وإن اعتبر هذا التدخل خرقا للقوة الملزمة التي يمنع المساس بها فإن القاضي يعدل العقد استثناءا لإرساء التوازن العقدي ، ومن بين الحالات الشائعة التي يجوز فيها للقاضي إجراء مثل هذا التعديل حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان وحالة الشرط الجزائي.

أولا: تعديل أو استبعاد الشروط التعسفية [1] في عقد الإذعان [2]

خروجا عن إرادة المتعاقدين وحماية للطرف الضعيف في عقد الإذعان يمكن للقاضي الجزائري أن يعدّل الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها وفقا لنص المادة 110 من

[1] "الشروط التعسفية هي تلك الشروط التي يفرضها المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية على المتعاقد الضعيف من الناحية نفسها، ولا يستطيع هذا الأخير إلا أن يقبلها نظرا لضعف مركزه الاقتصادي، بحيث لو لم يكن في هذا المركز الضعيف لما قبلها" ، أنظر ، أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص. 63.

[2] الإذعان معناه الاضطرار في القبول، الخضوع والطاعة، التسليم بشروط مقررة دون مناقشة، راجع ، بودالي محمد. المرجع السابق (أطروحة دكتوراه)، ص ص، 212، 241، وكذلك ، أشرف جابر سيد، الاستبعاد الاتفاقي من الضمان في عقد التأمين،- دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي-، دار النهضة العربية، ط. 2006، ص. 80 والذي جاء فيه بأن الإذعان هو : " التفوق الاقتصادي لأحد المتعاقدين، الذي يتمتع بوضع يخوله فرض شروط العقد على المتعاقد الآخر، وذلك عن طريق فرض شروط من جانب واحد، تحقق مصلحة الطرف الأكثر نفوذا".

ق. م.ج [1] والتي جعل أحكامها من النظام العام [2] ، وقد حرص المشرع الجزائري على معالجة عقد الإذعان بحكم خاص [3] حماية للطرف الضعيف الذي هو المتعاقد المذعن من تعسف واحتكار الأقوياء كما هو الشأن في عقد التأمين[4]. فبمقتضى هذا النص يجوز للقاضي أن يعدل الشرط ويزيل ما فيه من تعسف ، بل له أن يعفي الطرف المذعن منه إعفاءا تاما [5] .

كما يتدخل القاضي المصري لتعديل الشروط التعسفية المتضمنة في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها طبقا لنص المادة 149 من ق. م . م. [6] .

أما في فرنسا فإن الفقه يرى أنّ سبب إدراج الشروط التعسفية في عقود الإذعان يرجع إلى تحرير مشروع العقد بالإرادة المنفردة، وأنّ هذه العقود النموذجية التي اعتبرها بعض الفقه مصدرا للإذعان هي في الحقيقة مصدرا خطيرا للتعسف ، أي أن المتعاقد لا يدرك آثارها الحقيقية بصورة جدية [7] . ورغم النقاش الفقهي الواسع حول عقد الإذعان في فرنسا إلا أن المشرع الفرنسي لم يأت بنصوص خاصة لحماية الطرف الضعيف المذعن . لذلك يلجأ القضاء في تطبيقاته إلى إعمال القواعد العامة وتفسير العقود[8] لحماية الطرف الضعيف المذعن واستبعاد الشروط التعسفية، إضافة إلى اعتماد المشرع الفرنسي الأسلوب الإداري أو التنظيمي المتمثل في

[1] التي نصت على أنه :" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

[2] أنظر ، خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق ، ص. 89.

[3] أنظر ، حميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996، ص. 40.

[4] أنظر ، جديدي معراج، المرجع السابق، ص. 38.

[5] أنظر ، محفوظ لعشب ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ،ط.1990،ص. 155.

[6] التي نصت على أنه : "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

[7] أنظر ، محفوظ لعشب ، المرجع السابق، (ط. 1990) ، ص. 162.

[8] أنظر ، محفوظ لعشب ، المرجع السابق، (ط. 1990) ، ص. 165.

مراسيم الحكومة وقانون الاستهلاك لسنة 1995 [1] وتوصيات اللجنة الإدارية للشروط التعسفية [2].

وهكذا فإن سلطة القضاء غير مقيدة بحد معين في ما تقتضيه العدالة [3] إزالة للشروط التعسفية أو التخفيف منها خروجا عن الالتزام بالنظرة التقليدية لمبدإ الحرية التعاقدية.

وعليه فإذا تعسّف الطرف القوي أو تضمّن العقد لبنود مجحفة ضد مصلحة الطرف الضعيف تدخل القضاء لموازنة ومساواة كفتي ميزان مصالح الأطراف.

ثانيا : تخفيض الشرط الجزائي[4] في العقود عامة

الأصل أن التعويض من اختصاص القاضي فهو الذي يقدّره ، إلا أنه قد يتفق بشأنه المتعاقدان ضمن شروط العقد الأصلي أو قد يدرج في اتفاق لاحق[5].

كما خوّل التّشريع الجزائري والمقارن للقضاء الحد من الشروط التعسفية في عقد الإذعان، وكذا سلطة التخفيض من الشرط الجزائي في العقود عامة. حيث أجازت المادة 184 من ق.م.ج [6] والمادة 224 ق.م.م والمادة 1152من ق.م.ف ، لقاضي الموضوع أن يخفض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن، وذلك إذا كان المدين قد نفّذ بعض التعهدات التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر، كما يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه.

---

[1] الذي يعد تتويجا لسلسلة تعديلات وردت على قانون رقم 78- 23 المؤرخ في 10 جانفي 1978المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية وقد سبقت الإشارة إلى هذه التعديلات في بحثنا ، ص . 74.

[2] أنظر ، بودالي محمد ، المرجع السابق (أطروحة دكتوراه)، ص. 225.

[3] أنظر ، بودالي محمد، المرجع السابق ، ص. 244.

[4] الشرط الجزائي هو شرط يرد في العقد، إذ بموجبه يقدر المتعاقدان مسبقا وجزافيا تعويضا مستحقا في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه، ويسمى التعويض الاتفاقي ويرد في نص العقد أو في اتفاق لاحق، راجع في ذلك ، بودالي محمد، المرجع السابق، (ط. 01 ، سنة 2007) ، ص. 83.

[5] أنظر ، إبراهيم سيد أحمد، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، –دراسة مقارنة فقها وقضاءا–، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، مصر، ط. 2003، ص. 53.

[6] والتي نصت على أنه : "... ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه...".

يستفاد من ذلك أنه يجوز للقاضي أن يتدخل في الاتفاقات التي يبرمها الأطراف وفي ذلك حد لمبدإ القوة الملزمة للعقد إلا أنه في صالح المتعاقدين وبخاصة المتعاقد الضعيف.

الفرع الثاني

حالتا رفع الغبن الاستغلالي وتفسير الشك

من بين الحالات التي يجوز للقاضي فيها أن يتدخل في الرابطة العقدية والنظر في مدى توازنها، نجد حالة الغبن الاستغلالي وحالة تفسير الشك.

أولا: رفع الغبن الاستغلالي

يتولى القاضي رفع الغبن والاستغلال عن المتعاقد الذي تعرّض لغبن بعدم توازن التزاماته مع التزامات نظيره واستغلال لحالته النفسية ، إما بإنقاص التزامات الطرف المغبون والمستغل أو بإبطال العقد، وهي مكنة قانونية تجيز للقضاء التدخل في الروابط العقدية للحد من إرادة المتعاقدين . فقد نص المشرع الجزائري على هذه الإجازة في المادة 90 من ق. م ، والتي نصت على أنه : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيّنا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد..." [1] .

أي أن القاضي يراعي الظروف المادية والشخصية للمتعاقد الذي تعرّض للغبن واستُغلّ بسبب نقص خبرته أو طيشه أو عوزه[2] . وقد فُسِّر الغبن في الفقه الإسلامي على أنه زيادة

[1] عُدّلت هذه المادة بموجب القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، المتضمن القانون المدني ، ج .ر ، ع . 44 المؤرخة في 26 جوان 2005 ، ص. 22 ، المعدل والمتمم للأمر 75-58 ، وتقابلها المادة 129 من ق.م.م.

[2] أنظر ، بودالي محمد، المرجع السابق، (ط. 01 ، سنة 2007) ، ص. 62.

السلعة على قيمتها زيادة واضحة أو نقصها نقصا واضحا فمتى كانت الزيادة أو النقص ظاهرين كان ذلك غبنا فاحشا [1] وبذلك يتضح العنصر المادي للغبن .

إذن التّفاوت الفاحش والاختلال الفادح بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه والضّعف الإنساني في المتعاقد الآخر[2] ، وبعد تأكد القاضي من العنصر المادي والنفسي في الغبن يقرر الجزاء المناسب بتعديل العقد أو إبطاله وفي ذلك خروج عن سلطان إرادة المتعاقدين حماية للمتعاقد المغبون.

ثانيا: تفسير الشك لصالح المدين

لما يتولى القاضي استقصاء الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وبعد تعذّر الوصول إليها مع غموض عبارات العقد بتضمّنها أكثر من معنى فإنه يتقيّد في هذه الحالة بما رسمه له القانون من حدود، إذ نص المشرع الجزائري في المادة 112 من القانون المدني على أنه : " يؤول الشك في مصلحة المدين . غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا. بمصلحة الطرف المذعن " [3] . فالأصل أن الشك وغموض عبارات العقد تفسّر لصالح الطّرف الضّعيف الذي هو المدين ، طبقا للقاعدة العامة المذكورة آنفا إلا أنه في عقد الإذعان فإنه يفسر لصالح الطرف المذعن سواء كان مدينا أو دائنا ، والمؤمن له في عقد التأمين هو الطرف الجدير بالحماية القانونية [4].

تعود هذه القاعدة القانونية في أصولها إلى قاعدة براءة الذمة وإلى اعتبارات عملية توجب رعاية المدين لأنه الأضعف اقتصاديا في العلاقة العقدية [5] ومن العدل أن يحظى بالحماية رغم ما يبدو من تعارض ذلك مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

---

[1] أنظر ، رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي،- دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط. 2004، ص. 100.

[2] أنظر ، حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص ص . 24، 25.

[3] تقابلها المادة 151 من ق.م.م.

[4] أنظر ، جديدي معراج ، المرجع السابق ، ص. 38.

[5] أنظر ، أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 1998، ص ص . 236، 237 .

الفرع الثالث

حالتا منح المدين أجلا للوفاء وتقييد استعمال الحق

من بين الاستثناءات الواردة على مبدإ سلطان الإرادة في قانون العقود نجد حالتي منح المدين أجلا للوفاء بدينه. فالأصل أنه ينفّذ التزامه وفق ما اتفق عليه أو ما أقّره القانون، إلا أن حالته الاقتصادية وظروفه الاستثنائية قد تحول دون ذلك. كما أن الحق لم يترك مطلقا في استعماله خشية الإخلال بالتوازنات المطلوبة في العلاقات القانونية والتعاقدية بين الأشخاص في المجتمع.

أولا: منح المدين أجل للوفاء

يمنح القاضي أجلا قضائيا Delai de grâce للمدين بدين حال الأداء متى استدعت حالته ذلك فيؤجل القاضي الوفاء لأسباب خاصة بالمدين تتعلق أساسا بظروف اقتصادية واستثنائية سيئة[1]. ويسمى هذا الأجل القضائي بنظرة ومهلة الميسرة وهي مقررة في أغلب القوانين وقد سبقت إلى ذلك الشريعة الإسلامية بقول الله تعالى : { وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ } [2] .

ويقرر القاضي هذه المهلة لصالح المدين بصفة جوازية حسب سلطته التقديرية إذ نصت المادة 281 من ق.م.ج على أنه : " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين... غير أنه يجوز للقاضي نظرا لمركز المدين ، ومراعاة لحالته الاقتصادية أن يمنح آجالا ملائمة للظروف ..." [3]. فبمنح القاضي هذا الأجل للمدين يكون قد أخذ بيده لإسعافه إلى حين اتزان العلاقة العقدية وفي ذلك خرق آخر لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، غير أنه في صالح المدين كطرف ضعيف.

---

[1] أنظر ، عبد المنعم موسى، إبراهيم المرجع السابق، ص. 119.

[2] سورة البقرة، الآية. 280.

[3] تقابلها المادة 1244 من ق.م.ف، والمادة 346 من ق . م . م .

ثانيا: تقييد الحق بعدم التعسّف في استعماله

إن فكرة التعسّف في استعمال الحق ليست نظرية جديدة بل ذات أصول في الفقه الإسلامي إذ أقرتها الشريعة الإسلامية كنظرية عامة تنصرف إلى كافة الحقوق[1]. كما لها تطبيقات في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم إذ تأثّر بها الفقيه دوما DOMAT الذي نُقِل عنه : " أن المرء يعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا قصد به الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة مشروعة في استعماله، وأن من يتعسف في حق التقاضي يكون مسؤولا " [2].

أما في العصر الحديث فقد لَعِب الفقه والقضاء دورا بارزا في إحياء هذه النظرية، وفي بداية القرن العشرين برز الفقيهان سالي SALEILLES وجوسران JOSSERAND فدافعا عن هذه النظرية في كتاباتهما مما كان له الأثر على عدة قوانين بإقرارها أحكام ومبادئ النظرية خاصة في الدول الأوروبية [3].

وغني عن البيان أن صاحب الحق في ظل المذهب الفردي كان يتمتع بسلطة واسعة ومطلقة ، غير أنه في ظل المذهب الاجتماعي تم تقييد صاحب الحق إلى أبعد الحدود، ونتيجة لهذه المغالاة اتجه الفقه والقضاء والتشريع في الوقت المعاصر إلى الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق التي تقيم التوازن بين مصلحة الفرد ومصالح المجتمع [4].

وعلى غرار التشريعات المقارنة أقر التشريع الجزائري هذه النظرية، فبعدما كانت قاعدة عامة من خلال المادة 41 من القانون المدني، ألغاها بموجب القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني ، ونص عليها في مادة جديدة وهي المادة 124 مكرر[5]. وبذلك يكون قد أدرجها مباشرة بعد مادة المسؤولية التقصيرية العقدية وهو

---

[1] أنظر ، بلحاج العربي ، "مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر، ع. 04، سنة 1997، ص. 692.

[2] أشار إليه ، فاضلي إدريس، المرجع السابق ، ص. 203.

[3] أنظر ، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 205.

[4] أنظر ، إبراهيم سيد أحمد ، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء ا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط.02، سنة 2002 ،ص. 30.

[5] التي نصت على أنه : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

الموضع الأنسب لها كتطبيق للعمل المستحق للتعويض. ولقد استحسن البعض هذا التعديل لأنّ التشريع الجزائري كان في السابق ينصّ على نظرية التعسف في استعمال الحق بين أحكام الأهلية ، وهذا أمر غير سليم[1]. كما أن أساس هذه النظرية هو الخطأ وهذا أيضا لا يتعارض مع المسؤولية التقصيرية [2].

وعليه يمكن القول أنه ما دام الحق مصلحة ذات صلة بالفرد والمجتمع أصبح من الضروري حماية هذه القيمة الاجتماعية بفرض الرقابة القضائية على استعمالها، وهذا ما اتجه إليه التشريع بموجب نصوص تشريعية عديدة. كما يتجه القضاء في الوقت الراهن في أغلب تطبيقاته في مجال العلاقات التعاقدية إلى تقييد حق الملكية وحق التقاضي ، وحق الطعن وحق إنهاء الوكالة ويضبط عقود العمل ولإيجار والزواج والطلاق ...الخ ، والهدف من ذلك هو عدم التعسف في استعمال الحقوق حماية لاتزان هذه العلاقات التعاقدية والحد من أثر القوة الملزمة للعقد.

من خلال ما سبق التّعرض له في هذا المبحث تبين لنا أن التدخل القضائي في مجال العلاقات التعاقدية ظاهرة معاصرة ما فتئت تتكرس بهدف موازنة القاضي بين مصالح المتعاقدين وإعادة التوازن المفقود بفعل حدة سلطان الإرادة ، وبذلك لم يعد دور القاضي ينحصر في فضّ النّزاعات بل تعداه إلى تحقيق العدالة العقدية بضبط كفتي ميزان المتعاقدين وفق ما تقتضيه مصالحهما معا ومصالح الغير.

– إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

– إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"، وتقابلها المادة 05 من ق.م.م.

[1] أنظر ، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 202.

[2] أنظر ، بلحاج العربي، المرجع السابق ، (المجلة الجزائرية... ع.04 ، سنة 1997) ، ص. 689.

المبحث الرابع

مبررات الحد من القوة الإلزامية للعقد

تميّزت العلاقات التعاقدية في ظل سيادة المذهب الفردي بطغيان حرية الفرد وسلطان إرادته والتعسف والإذعان فاختل التوازن بهيمنة المتعاقد القوي على نظيره الضعيف ، الأمر الذي جعل التشريع والقضاء يتدخلان في صلب العلاقة التعاقدية للحد من مظاهر النّزعة الفردية والحرية المطلقة. إذ أن هذه التدخلات الكثيفة لم تأت لخرق مبدإ القوة الملزمة للعقد بصفة عشوائية وإنما أملتها عدة مبررات أهمها إعادة التوازن الاقتصادي للعقد[1].

وقد صاحب ذلك عدة عوامل ساعدت على التوفيق بين مغالاة الفردانية ومصالح المجتمع في ظل بروز المذهب الاجتماعي ونمو التضامن الاجتماعي ، وتطور قانون العقود وظهور نظريات بديلة في الفقه المعاصر كأساس لإرادة المتعاقدين مما تطلب تكييف العقد وفق المعطيات الحديثة والخروج عن النظرية التقليدية حسب ما تمليه الضرورة وما تقتضيه العدالة العقدية.

نستعرض ذلك من خلال مطلبين ، فالأوّل نتناول فيه تراجع سلطان الإرادة في ظل بروز المذهب الاجتماعي وظهور أزمة جديد للعقد وخضوع الإرادة للنظام العام وتدخل الدولة في العلاقة العقدية ، أمّا المطلب الثاني فإنّنا نتعرّض فيه لتطوّر الفقه والقانون المقارن وأثر ذلك على العقود للوصول إلى حتمية تجدّد القوّة الملزمة للعقد.

[1] أنظر ،فاضل خديجة، المرجع السابق، ص.14 .

المطلب الأول

تراجع سلطان الإرادة وسيادة المذهب الاجتماعي

لقد تنازع بشأن مبدإ القوة الملزمة للعقد مذهبان ، الفردي والاجتماعي ، فكما سبق التطرق للأساس الإرادي[1] الذي ظهر وازدهر منذ بداية القرنيين السابع عشر والثامن عشر[2] ، وما كرسه احتراما لحرية التعاقد وقداسة الرابطة العقدية . غير أنه مع مطلع القرن التاسع عشر اهتز مبدأ سلطان الإرادة بسب إفراطه في تمجيد الإرادة ، واستخفافه بالعقل والمنطق فظهر المذهب الاجتماعي الذي حمل في طياته فلسفة جديدة[3]. تسمح بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية حماية للطرف الضعيف في مواجهة الطرف الأقوى. لكن دون الإعلان عن نهاية مبدإ سلطان الإرادة وإنما الحد من الإعمال المطلق له وحمايته للفرد على حساب المجتمع ، وهو ما اعتبره أنصار المذهب الفردي أزمة لحقت بالعقد [4].

الفرع الأول

بوادر أزمة جديدة للعقد[5]

ظهرت معطيات وعوامل جديدة سمحت للسلطة العامة بالتّدخل في العقود وأخضعت إرادة المتعاقدين لفكرة النّظام العام. في ظل هذا التراجع الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة وتضاؤل دوره، ساد المذهب الاجتماعي بأبعاده الفلسفية المبنية على الجانب الاقتصادي والاجتماعي للعلاقة العقدية وليس على إرادة أطرافها فقط ، لذلك لاحت في الأفق أزمة عقدية ، وقد ساد الفقه الفرنسي نقاشا واسعا حول مبدإ القوة الملزمة للعقد إمّا بتأكيده أو رفضه.

---

[1] راجع ، ص. 21 من المذكرة.

[2] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (ط.2004) ، ص. 122.

[3] أنظر ، بلحاج العربي، المرجع السابق ، (ط. 03 ، سنة 2004) ، ص. 43.

[4] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق، (ط. 2001) ، ص.41 .

[5] سمّي التدخل المتزايد للدولة في العقود وازدهار النظام العام في المجال الاقتصادي والاجتماعي بالأزمة أو الانفجار أو التفكك أو الانحدار الذي أصاب العقد، راجع في ذلك ، جاك غيستان ، المرجع السابق ، ص. 188.

فالاتجاه الراديكالي يرتكز على الإقصاء الكلي للمبدإ بتجاهل وجوده وهو الشأن بالنسبة للفقيه روهات ROUHETTE بقوله : "...العقد ليس باتفاق إرادتين ، ...القوة الملزمة للعقد لم تؤسس عند محرري التقنين على احترام الإرادة ولكن على الضرورة الاجتماعية لاستقرار التعهدات التعاقدية ، ...وإعمالا بسنّة التطور الحاصل في العالم منذ 1804 فقد اندثرت الفردانية ، ولم تعد الإرادة ملزمة إلاّ لأنّها تحت سلطة القانون..." [1].

أما الاتجاه الثاني فكان أكثر اعتدالا بتأكيده بأنه : "...علينا الإبقاء على المبدإ ، مع ملاحظتنا بأن قوة الإرادة ليست مطلقة : إنها تصطدم بحقائق خارجة عنها ، وبضرورات التنظيم الاجتماعي ، وهذا ما يسميه فرانسوا جيني FRANÇOIS GENY حرية البحث العلمي..." [2].

وهناك اتجاه ثالث ينتقد أيضا الأساس الفرداني لقوة العقد بتأكيده على أن : "...احترام القوة الملزمة للعقد قد ينتج عنه اللاّعدل، القوة الملزمة يجب أن تكون محدودة بفكرة التضامن التعاقدي أو أيضا بالنظرية الاجتماعية للعقد. إنّ الرفض المعاصر لهذه النظرية هو مصدر الأزمة الجديدة للعقد [3]...تطبيق هذه النظرية يتطلب تدخلا قضائيا كثيفا ومركزا..." [4].

---

[1] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit .,p.357: " ... le contrat n'est pas un accord de volontés ; ... la force obligatoire du contrat n'aurait pas été fondée chez les rédacteurs du code sur respect de le volonté mais plutôt sur la nécessité sociale de la stabilité des engagements contractuels,... en s'attachant à l'évolution depuis 1804, le monde a changé , l'individualisme s'efface, la volonté n'oblige que parce qu'elle est sous la dépendance de la loi... ".

[2] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit .,p.358: " ... 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 nécessités de l'organisation sociale, ce que François Gény appelait la libre recherche scientifique... ".

[3] "الأزمة الجديدة للعقد "، كان موضوع لنشاطات ملتقى في : 14 ماي 2001 بجامعة ليل الفرنسية LILLE II تحت إشراف JAMIN CH.,et MAZEAUD D.، راجع في ذلك،

MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit., p.359, 14 الهامش رقم

[4] MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., op.cit .,p.359 :"...respecter la force obligatoire du contrat peut s'avérer injuste, la force obligatoire devrait être bornée par le solidarisme contractuel ou encore la théorie sociale du contrat, le rejet contemporain de cette théorie serait à l'origine d'une nouvelle crise du contrat... en pratique, cette théorie réclame un interventionnisme judiciaire accru... ".

بعد عرض هذه الاتجاهات يمكن القول بأن الغلو في تقديس حرية التعاقد لم يُجدِ نفعا بل أنتج ما سمي بأزمة العقد ، لذلك وجب علينا ترجيح الرأيين الآخرين لاعتدالهما في طرح المبررات التي تجعل من مبدإ القوة الملزمة للعقد محدودا وغير مطلق وذلك بمنح سلطة التدخل للمشرع والقاضي للموازنة بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية للرابطة العقدية .

الفرع الثاني

محدودية الإرادة وخضوعها للنّظام العام [1]

بظهور وازدهار المذهب الاجتماعي انتكس المذهب الفردي وتقيدت الحرية العقدية وفق ما تستلزمه مقتضيات النظام العام والآداب العامة [2] .

باستبعاد بعض المعاملات والسلوكات وتنظيم أخرى، حماية لمصالح الأفراد والجماعات داخل المجتمع وإقرارا للنظام والتعايش والسلم المدني[3]، إذ صارت تصرفات الأفراد تصطدم بضوابط وقواعد لا يمكن القفز عليها ، أي أن التقلبات الاقتصادية والاجتماعية التي لم تؤخذ في الحسبان أثناء التعاقد[4] ، أصبحت مبررات كافية للتدخل في العلاقات التعاقدية عن طريق التشريع أو القضاء للحد من الحرية العقدية المفرطة تحت ستار مصلحة المجتمع .

الأصل أنه في روابط القانون الخاص يتمتع الأفراد بحرية التصرف ، إذ نجد أن بعض العقود رغم ما تستلزمه من إرادة إلاّ أنها تبقى دائما في نطاق دائرة مرسومة المعالم والحدود، إذ

---

[1] النظام العام من المصطلحات التي استعصى على الفقه والتشريع إعطاءها مفاهيم وتعار يف مضبوطة ،كونه ذو مفهوم نسبي فضفاض وضبابي غير واضح المعالم، ويتغير بتغير الزمان والمكان وقيل بأن محاولة تعريفه هي " مغامرة على الرمال الزاحفة" و"مسلكا محاطا بالأشواك" و"يتغير مع طول أقدام القضاة"، وقالٍ القضاة الانجليز بشأنه : " إنك إذا حاولت تعريف النظام العام ، فإنما تركب حصانا جامحا لا تدري بأي أرض سيلقي بك"، وقد عرّفه عبد الحي الحجازي بأنه : " مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم" ، راجع في ذلك ، فيلالي علي، المرجع السابق ، (ط. 2001) ، ص ص. 209،208، الهوامش من01 إلى 06.

[2] الأداب العامة تمثل الجانب الخلقي للنظام العام،راجع في ذلك جاك غيستان، المرجع السابق، ص. 129 وما بعدها، وكذلك، فيلالي علي، المرجع السابق، (ط. 2001) ، ص. 208 وما بعدها.

[3] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق ، (ط. 2001) ، ص.211 .

[4] أنظر ، خديجة فاضل، المرجع السابق ، ص. 07.

أن القواعد المكملة تطغى على نظيراتها الآمرة . غير أن هذه الأخيرة أصبحت تأخذ نصيبا أوفر ، ويتجلى ذلك في عقود الإيجار ، التأمين ، العمل، الإذعان، الزواج وغيرها من العقود التي سبقت الإشارة إليها، ناهيك عن بعض الإجراءات والأشكال الجوهرية [1] كالشكلية والشهر وقواعد الاختصاص النوعي في التقاضي . فقد جعلتها التشريعات المعاصرة من النظام العام لا يمكن مخالفتها لأن غايتها موازنة الإرادة مع العدالة والصالح العام [2] والحفاظ على المراكز القانونية وحماية المصلحة الكلية للجماعة[3] وحماية الطرف الضعيف بمعنى أن النظام العام الذي يقيد حرية التعاقد له صورتين ، النظام العام الاقتصادي التوجيهي والنظام العام الاجتماعي الحمائي [4] .

لقد تقيدت حرية التعاقد باختيار الطرف المتعاقد معه وبتحديد التزامات المتعاقدين [5] ، وتطورت فكرة النظام العام في حد ذاتها بتضاعف نصوصها واتخاذها أشكالا جديدة، حيث يرى البعض أنّ "...النظام العام الكلاسيكي هو بالأساس سلبي ، لأنّ المشرع يمنع فيه بعض العقود أو بعض الشروط، أما النظام العام المعاصر فغالبا ما يكون إيجابيا لأنّ المشرع يفرض فيه سلطان ومضمون العقد"[6].

وعلى هذا الأساس أمكن القول أن النظام العام في التعاقد يشكل قيدا وتحديدا صريحا لسلطان الإرادة.

الفرع الثالث

تطور وظيفة الدولة

[1] أنظر ، محمد الصالح خراز ، " المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام" مجلة دراسات قانونية ، دار القبة للنشر والتوزيع ، الوادي ، الجزائر ، ع. 06 ، جانفي 2003 ،ص. 41 .

[2] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (ط. 2004) ، ص. 126.

[3] أنظر ، محمد الصالح خراز، المرجع السابق، ص. 36 .

[4] أنظر ، خديجة فاضل، المرجع السابق، ص. 09 وما بعدها.

[5] أنظر ، جاك غيستان، المرجع السابق، ص. 188 .

[6] FLOUR J., AUBERT J–L., et SAVEAUX E., op.cit., p.76 : "... L'ordre public classique était essentiellement négatif ; le législateur interdisait certains contrats au certaines clauses. L'ordre public d'aujourd'hui est souvent positif ; le législateur impose, d'autorité, le contenu du contrat ".

في ظل سيادة المذهب الاشتراكي الاجتماعي ساد اتجاه حديث لمبدإ القوة الملزمة للعقد، إذا طرأت تطورات اقتصادية واجتماعية وسياسية [1]، مما أثّر على وظيفة الدولة وأصبحت تنظم العلاقات التعاقدية وتتدخل في تسيير دواليب العملية الاقتصادية وتوجيه الحياة الاجتماعية، وهو ما يعبر عنه الفقه بعيممة وجميعة العقد Publication et socialisation du contrat[2] ، وبذلك أصبحت الروابط القانونية الإلزامية رهينة النشاطات الاقتصادية والاجتماعية، فكثافة هذه الأخيرة نتج عنه تطور القواعد القانونية وتعدد العلاقات البشرية وأفرز تداخلا مستمرا في العلاقات القانونية التعاقدية [3].

هذا التحول من الفردانية المطلقة إلى منطق النظرة الجماعية أثّر على أحكام العقود فلم تعد تعني أطرافها فقط ، بل أصبحت مرتبطة بمصالح عامة تمليها الضرورة الاجتماعية وتحميها الدولة ، وبعدما كانت تلبي حاجة فردية صارت وسيلة تلبي منفعة عامة [4] ، ومصلحة الفرد متضمنة في مصلحة الجماعة ، والفرد عنصر من الجماعة.

إن هذا التطور في وظيفة الدولة ليس معناه القضاء على مبدإ سلطان الإرادة بل تحول من مبدإ حرية الإرادة الفردية إلى مبدإ سلطان الإرادة الجماعية [5] الذي يقدم المصلحة العامة على الخاصة.

وفي هذا السياق يقول الفقيه جوسران Josserand : " إن العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد اتفاقا منعقدا في ظل الحرية التعاقدية ، ومنجزا بفعل الإرادة المتساوية الحرة ، وأصبح موجها سواء من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف والذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى " [6].

---

[1] أنظر ، فاضلي إدريس، المرجع السابق ، ص. 127 .

[2] أنظر ، فيلالي على، المرجع السابق، (ط. 2001) ، ص . 41.

[3] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص . 142 .

[4] أنظر ، فيلالي علي، المرجع السابق ، (ط. 2001) ، ص. 41.

[5] أنظر ، محفوظ لعشب ، المرجع السابق، (ط. 1990) ، ص. 174 .

[6] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص . 115 .

مما سبق يتبين أن تطور وظيفة الدولة في ظل المعطيات التي طرأت شكلت حدا ومبرّرا آخر لمبدإ القوة الملزمة للعقد.

المطلب الثاني

تطور الفقه والقانون المقارن للعقود

نتيجة للتطورات الحديثة في الحياة العملية والقانونية سواء على المستوى الاقتصادي والاجتماعي ، أو على مستوى العلاقات القانونية والتعاقدية الواسعة ، وبعد تراجع مبدإ سلطان الإرادة أمام نمو ورقي التضامن والعدالة الاجتماعية وعدم قدرة المبادئ الكلاسيكية المنظمة للعلاقات التعاقدية على مواكبة هذه التطورات والمواقف التي أنتجها الواقع، تطور قانون العقود المقارن وأفرز أفكارا ومبادئ جديدة جاءت لتجدّد وتكيّف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولتسبغ انطلاقة عصرية للمفهوم التعاقدي [1]. وهذا لا يعني استبعاد هذه القاعدة بل أن الإرادة تبقى تؤدي دورها الأساسي ، لأن القانون المعاصر يضمن لها مكانتها في نظام المبادلات [2].

كما أن الإشكالية تكمن في كون المفهوم التقليدي للمساواة لم يعد يتلاءم مع القانون المعاصر لذلك نجده يسعى باستمرار إلى تحقيق المساواة الفعلية بين الالتزامات[3].

ونظرا للانتقادات الموجهة لمبدإ القوة الملزمة للعقد وعدم تناسبه مع ظروف المجتمع المعاصر وجب تجديده وفق المعطيات الجديدة وعلى هذا الأساس اقترح الفقه الحديث بدائل تمثّلت في نظريتين الأولى لها أصول في النظام اللاتيني والثانية تعود للنظام الأنجلوأمريكي [4] نتعرض لها الفرعين المواليين.

الفرع الأول

نظرية النّفع والعدل في الفقه اللاتيني

[1] أنظر ، جاك غيستان، المرجع السابق ، ص. 188 .

[2] FLOUR J., AUBERT J–L., et SAVEAUX E., op.cit.,p.75.

[3] أنظر ، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 135.

[4] أنظر ، عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص.33 .

La théorie de l'utile et le juste

يرى الأستاذ جاك غيستان .GHESTIN J[1] أن الانتقادات التي لقيها مبدأ سلطان الإرادة وأدت إلى رفضه جعلت النفع والعدل مبادئ بديلة له ، أي أن العقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لكونه مفيدا وعادلا ويستطرد في طرح هذه النظرية بأن المنفعة نوعان إحداهما خاصة تعود على الشخص بعينه ، والأخرى عامة تعود على المجتمع كافة[2]، ولا يأخذ القانون الوضعي في الاعتبار إلاّ هذه الأخيرة. بمعنى أن القانون الوضعي لا يعطي للعقد قوته الملزمة إلا كونه يحقق المنفعة الاجتماعية. لذلك تتدخل النصوص الآمرة بفرض النظام العام وإخضاع العقد لمقتضياته كما هو الشأن في إلغاء الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك لأن ذلك يمثل إساءة المهني لاستخدام قوته الاقتصادية. وعليه أصبح ممكنا قبول مشروعية تبعية العقد للمصلحة العامة[3]، مع الاحتفاظ للإرادة الفردية بدور المبادرة لتحقيق منافع شخصية لأنها – أي الإرادة – هي قاعدة وميزة العقد ، ولكنّها ليست أساسه المطلق .

يخلص غيستان إلى 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 [4] التي تقوم على تقديس حرية الإنسان.

وفي هذا الصدد كتب الفقيه جونو GOUNOT قائلا : " يشعر الناس بالحاجة إلى إدراك المستقبل في عمل توقعي ، و... الحصول مقابل خدمات آنية على منافع مستقبلية ، أو مقابل منافع مستقبلية للخدمات الحالية " [5].

---

[1] وهو فقيه فرنسي اشتهر بتقديم نظرية عصرية للعقد المدني .

[2] أنظر ، جاك غيستان، المرجع السابق ، ص ص . 231 ،232 .

[3] أنظر، عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق ، ص.35 .

[4] أنظر، عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق ، ص.37 .

[5] أنظر ،جاك غيستان ، المرجع السابق ، ص. 252.

هذا عن المنفعة، أما عن العدل فإن العقد ليس ملزما إلا لكونه يحقق التوازن والعدالة التي تقتضي إعادة النظر في التوازن بين الالتزامات والتعهدات بواسطة العدالة التجميعية أو التصحيحية[1].

الفرع الثاني

نظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي

The theory of reasonable expectations

تعتبر هذه النظرية أكثر النظريات حداثة في إعطاء مفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد، وقد عبر الفقه الحديث عن اتجاه القانون الفرنسي نحو مبادئ هذه النظرية مع الاستعانة بمبدإ حسن النية[2].

تقوم هذه النظرية على فكرة موضوعية جديدة وهي الثقة والتوقع المعقول والمشروع للدائن في الالتزام[3]، أي أن العقد عمل منطقي بين الدائن والمدين تلتقي فيه العناصر الشخصية التي هي الإرادة والرضاء والعناصر الموضوعية التي هي قواعد التوازن والمنطق.

أي أن المنطق في تنفيذ العقد يتطلب التنفيذ بحسن النية وتلك هي المعقولية والمشروعية المطلوبة التي تقابل مشروعية السبب ومعقوليته أثناء مرحلة التكوين.

فعلى أساس هذا المعيار يتدخل القاضي غالبا أو المحكم أو لجان الشروط التعسفية ولجان حماية المستهلكين للنظر في توقعات المتعاقد ومدى معقوليتها ومنطقيتها من عدمه لتصحيح عدم التوازن بين الأداءات التعاقدية إذا كان هذا الاختلال يتعارض مع ما يقتضيه العقل والمنطق من تناسب وعدالة.

ففي نطاق القانون الخاص نجد أن العقود الاستهلاكية لم تعد تطبق عليها القواعد العامة المتعلقة بعقود البيع المؤسسة على الإرادة فقط، بل اكتسحتها قواعد خاصة تحدد حقوق

[1] أنظر، عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق ، ص. 37.

[2] أنظر، عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص.40 .

[3] أنظر، عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق ، ص. 40.

والتزامات الأطراف لحماية المستهلك ، والسبب في ذلك يعود إلى فكرة موضوعية جديدة وهي التوقع المشروع للمستهلك [1] ، وبالتالي فإن سلطان الإرادة أصبح محدودا أمام التدخل الكثيف للقانون الموضوعي[2].

الملاحظ من خلال هذا العرض الوجيز لمبادئ هاتين النظريتين أنه تمّ التركيز فيهما على القوانين الغربية خاصة منها القانون الفرنسي. وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني المصري كرّس ولو جزئيا نظرية النفع والعدل بإسباغ المرونة على مبدإ سلطان الإرادة ، وفي هذا السياق يقول الأستاذ السنهوري : " وقف التقنين الجديد من مبدإ سلطان الإرادة موقفا معتدلا ، فلا هو انتُقِصَ منه إلى حد جعله يفنى في سلطان المشرع وسلطان القاضي ، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تُحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وبتجديد أثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة " [3] ، وهو تقريبا ما ذهب إليه الفقه والقضاء والتشريع في الجزائر كما سبق التعرض لذلك ، إذ مافتئ يلطّف من حدّة سلطان الإرادة ويكيّف العلاقات القانونية التعاقدية وفق المصلحة العامة ومقتضيات العدالة وخصوصيات المجتمع تحقيقا للعدالة العقدية التي أصبحت ضرورة اجتماعية واقتصادية في عصر صارت تسوده العلاقات القانونية ذات الطابع التعاقدي بشكل واسع.

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

[2] أنظر ،جاك غيستان، المرجع السابق ، ص. 229.

[3] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، (ط.2004) ، ص. 70.

خاتمة

لقد تطرقنا في هذه الدراسة لأساس مبدإ القوة الملزمة للعقد وحدوده ، وحاولنا البحث في ماهية هذا المبدإ الذي يعتبر من المبادئ القانونية الشهيرة في الالتزامات وفي نظرية العقد تحديدا ، وركزنا على مدى ثباته وتكريسه في ظل تطور قانون العقود وتشعب العلاقات التعاقدية وتغير ظروف إبرامها وتنفيذها والقيود الواردة عليه .

ومن أهم النتائج التي أمكن لنا التوصل إليها وإقرارها إجابة عن الإشكالية المطروحة نلخصها إجمالا على النحو الموالي .

حقيقة أن مبدأ القوة الملزمة للعقد هو نتيجة لسيادة سلطان الإرادة وانتعاش المذهب الفردي منذ ما يربو عن قرنين كاملين ، فقد تميزت العلاقات التعاقدية آنذاك بستاتيكية مستميتة، إذ لم يكن ممكنا المساس بقداستها تحت أي مبرر كان، فإذا أنشأت الإرادة الحرة عقدا وحددت مضمونه اكتسب الإلزامية وصار ثابتا ومستقرا وواجب التقديس والتنفيذ .

وتبين بأنه في عقود القانون الخاص كونها عقودا تخضع بالأساس لإرادة الأطراف وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ليس لأي من المتعاقدين أن يتحلل من التزاماته بإرادته المنفردة ، ولا يجوز نقض العقد وتعديله بالزيادة أو النقصان ، إلا برضاء الطرف الآخر أو وفقا لما ينص عليه القانون ، إذ ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة .

لذلك تكرّس هذا المبدأ في العلاقات التعاقدية وصار قاعدة لا يجوز نقضها ولا تعديلها سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير، فلم يكن بوسعهم الرجوع عما اتفقوا بشأنه ، ولم يُسمح للتشريع ولا للقضاء بالتدخل في هذه العلاقات التعاقدية والمساس بحرمتها، بل ألزمهم هذا المبدأ باحترام الروابط والعمل على مد يد المساعدة لتنفيذها حسب ما اشتملت عليه ، وما تستلزمه

أيضا وبحسن نية وبأمانة وإخلاص، وقد أنزل الفقهاء الرابطة العقدية منزلة القانون للدلالة على قوتها وقداستها ووجوب تنفيذها .

كما اتضح لنا أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يستند على جملة من الأسس والاعتبارات ، بدءا بإرادة أطراف العلاقة العقدية التي لها الدور الهام في إنشائها وتنفيذها والتي تستمد أصولها من حرية الإنسان الطبيعية والنظام الاقتصادي الرأسمالي وآثارها على نظام العقد ، إلى جانب القواعد الدينية والمبادئ الخلقية التي أكدت الوفاء بالعهود والعقود قبل القواعد الوضعية ، ناهيك عن الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية التي تستوجب الثقة والائتمان واستقرار معاملات الأفراد والجماعات ضمانا لتحقيق مصالحهم التي تنظمها العقود ، إضافة إلى القانون والقضاء اللذان كرّسا هذا المبدأ نظريا وعمليا من خلال النص عليه بقواعد آمرة في مختلف التشريعات المقارنة القديمة والحديثة وكذا الاجتهادات القضائية. وقد اعتُبرت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ، والمادة 147 من القانون المدني المصري ، والمادة 106 من القانون المدني الجزائري مرجعا أساسيا لمبدإ القوة الملزمة للعقد وتأكيدا لثباته واستقراره ، كما أقرت أغلب التشريعات جزاءات للإخلال به إما بالدفع بعدم التنفيذ أو طلب الفسخ أو طلب التنفيذ عن طريق التعويض ضمانا للوفاء بالالتزامات المترتبة عن الروابط العقدية وعدم المساس بحرمة هذا المبدإ .

غير أن المذهب الفردي ما فتئ أن انتكس في ظل التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي أحدثت تغييرات ملموسة في النظام القانوني للعلاقات التعاقدية ، التي اعتبرها بعض الفقه بمثابة الأزمة التي لحقت بالعقد بظهور المذهب الاجتماعي .

فبعدما كان هذا المبدأ جوهرا وروحا للروابط العقدية ومن المقدسات التي لا يمكن المساس بها ، ضُربت الحرية التعاقدية في العمق لاصطدامها بقيم وأفكار جديدة ، جاءت لكبح جماح الإعمال المطلق لهذا المبدإ ، ولإعادة التوازن المفقود للمراكز القانونية في العلاقات التعاقدية والالتزامات الناشئة عنها .

رغم أهمية هذا المبدأ وإقراره في العلاقات التعاقدية ، إلا أنه وجب أن يخضع لضوابط وتقييدات تُرسَم حدودها في دائرة تُحدد معالمها ، من أجل تحقيق منافع المتعاقدين والغير والتوفيق بين منافع الفرد والجماعة ، وحتى يقوم العقد بوظيفته الاجتماعية على أكمل وجه .

ومن ثم أمكن التدخل في العلاقة العقدية ومراجعة بنودها، فبعدما كان للإرادة السلطان الأكبر في إبرام العقود وفرض احترامها وتنفيذها ، أصبحت مقيدة بقيود قانونية وقضائية فرضها المنطق والواقع .

وهكذا فقد أجازت القوانين المدنية الوضعية نقض وتعديل العلاقات التعاقدية بالاتفاق أو بنص صريح ، وفي ذلك حد لمبدإ القوة الملزمة للعقد ، بغية إيجاد توازن بين حقوق وواجبات المتعاقدين ، وهناك عدة عقود أصبحت تخضع لتدخل المشرع بالتنظيم والتعديل حماية للأطراف الضعيفة فيها.

كما فرض المشرع بعض الإجراءات والشكليات في بعض العقود أيضا للحد من الرضائية وحماية مصالح المتعاقدين ومصالح الغير .

كما توصلنا إلى أنه رغم تأكيد الاجتهادات القضائية لهذا المبدإ وعدم المساس به ، إلا أن القضاء ذاته أصبح يتدخل في العلاقات التعاقدية بدافع العدل والإنصاف بين أطراف العقود ، وذلك بسبب عدم التوقع والظروف الطارئة التي أقرها الفقه الإسلامي كمبرّر لتعديل العقود. مع العلم أنّ هذه النظرية قد استقرت في القوانين الحديثة. كما أنّ تدخل القاضي أملته مبررات أخرى كالحدّ من التعسف الإذعان ورفع الغبن والاستغلال وتفسير الشك لصالح المدين وإقرار الأجل القضائي وتقييد الحق بعدم التعسف في استعماله ، كل ذلك من أجل الحد من هذا المبدإ وجعله مرنا .

والحقيقة أنّ هذه القيود والاستثناءات الواردة على هذا المبدإ تعود لمبررات عديدة ، أهمها إعادة التوازن الاقتصادي للعقد في ظل المذهب الاجتماعي وتراجع المذهب الفردي وخضوع سلطان الإرادة لفكرة النظام العام والتضامن الاجتماعي. وقد أدى تطور العلاقات القانونية

وتشعبها في ظل المنافسة ووفرة السلع والخدمات واتساع العلاقات التعاقدية الاستهلاكية ، إلى فرض تدخلات استثنائية للموازنة بين المصالح وحماية الأطراف الضعيفة في هذه العلاقات. كما تطور قانون العقود بظهور نظريات بديلة للإرادة أُسّست عليها العقود ، لذلك كان لزاما على القوة الملزمة للعقد أن تتجدد وتتصف بالديناميكية وتتكيف مع المعطيات الجديدة ومقتضيات العدالة العقدية .

خلصنا في نهاية هذه الدراسة إلى أن أهم عامل وأقوى سبب أدى إلى وضع حدود لمبدإ القوة الملزمة للعقد هو إطلاقه ، لأنه لا يمكن تصور أي أمر دون قيود .

إذ أن الحرية التعاقدية هي أساس الروابط العقدية وضروري أن تعطى لها المكانة اللائقة، ولكن يجب أن تُمارس في الدائرة المرسومة لها ، فهي ليست مطلقة إذ ترد عليها استثناءات وتدخلات تشريعية وقضائية .

فالمبدأ يتأرجح بين المذهبين الفردي والاجتماعي ولا يمكنه أن يفنى في أحدهما على حساب الآخر ، بالتوفيق بين الاتجاهين . فقد حمى القانون الفرد بتركه يتعاقد بحرية ولكن قيد حريته حماية لمصالحه ومصالح الغير .

فالعقد الصحيح المولد للالتزام ليس اتفاق إرادتين فحسب ، وإنما هو أيضا تحقيق التناسب بين التزامات المتعاقدين بالضرب على يد الطرف القوي والأخذ بيد الطرف الضعيف ، وبذلك حُق أن تُراقَب وتُراجَع العلاقات التعاقدية من قبل المشرع والقاضي قصد تحقيق العدالة العقدية .

وعليه فإن القوة الملزمة للعقد ليست مطلقة وثابتة بل هي نسبية ومحدودة .

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية :

I)– القرآن الكريم.

II)– الكتب :

1 – إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاءا ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،مصر ، ط.2 ، سنة 2002 .

2 – إبراهيم سيد أحمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي ، – دراسة مقارنة فقها وقضاءا – ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، مصر، ط. 2003 .

3 – أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، النظرية العامة للإلتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط . .2004

4 – أسامة الحموي ، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله ، – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون – ، مطبعة الزرعي ، دمشق ، سوريا ، ط. 1 ، سنة 1997 .

5 – أشرف جابر سيد ، الإستبعاد الإتفاقي من الضمان في عقد التأمين ، – دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي – ، دار النهضة العربية ، ط . 2006 .

6 – أيمن سعد سليم ، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط. 2005 .

7 – أنور سلطان ، الموجز في مصادر الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 1998 .

8 – بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ج .01 ، التصرف القانوني ، العقد والإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، ط. 3، سنة 2004 .

9 – بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، – دراسة مقارنة – ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ط . 1 ، 2007 .

10 – توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للإلتزام ، في مصادر الإلتزام مع مقارنة بين القوانين العربية ، الدار الجامعية ، مصر ، (بدون ذكر تاريخ النشر) .

11 – جاك غيستان Jacques GHESTIN ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة (منصور القاضي) ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ، ط .1 ، سنة 2000 .

12 – جديدي معراج ، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر ، ط . 2000 .

13 – جلال علي العدوي ، مصادر الإلتزام ، – دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني – ، الدار الجامعية ، مصر ، ط . 1994 .

14– جلال علي العدوي ، أصول الإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 1997 .

15 – حمدي باشا عمر ، القضاء المدني ، دار هومة ، الجزائر ، ط . .2004

16 – خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانو ن المدني الجزائري ، ج. 01 ، مصادر الإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط . 1994 .

17 – رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 2002 .

18 – رمضان علي السيد الشرنباصي ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، – دراسة مقارنة – ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 2004 .

19 – سمير عبد السيد تناغو ، ومنصور محمد حسين ، القانون والإلتزام ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، نظرية العقد ، أحكام الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 1997 .

20 – عابد فايد عبد الفتاح فايد ، تعديل العقد بالإرادة المنفردة ، محاولة نظرية في قانون الإلتزامات المقارن ، – دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة – ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ط . 2005 .

21 – عامر قاسم أحمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك، – دراسة في القانون المدني والمقارن – ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط. .2002

22 – عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 2002 .

23 – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، نظرية العقد ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان (بدون ذكر تاريخ النشر) .

24 – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط. 3 ، سنة 1998.

25 – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج . 01 ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، منشأة المعارف في الإسكندرية ، مصر ،ط . 2004 .

26 – عبد السلام الترمانيني ، نظرية الظروف الطارئة ، – دراسة تاريخية ومقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوروبية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية – ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ط . 1971.

27 – عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، لبنان ، ط . .2006

28 – علي بولحية بن بوخميس ، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، ط . .2000

29 – علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط . 1998 .

30 – عمر بن سعيد ، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، باتنة ، الجزائر ، ط. 2001 .

31 – فاضلي إدريس ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، العقد ، الإرادة المنفردة ، الفعل المستحق للتعويض ، الإثراء بلا سبب ، القانون ، قصر الكتاب ، (بدون ذكر مكان النشر)، ط . 2006 .

32 – فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد ، – دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، ط. 2004 .

33 – فتحي عبدالرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام (بدون ذكر دار ومكان النشر) ، ط . 3 ، سنة 2000– 2001 .

34 – فيلالي علي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر والتزويع ، الجزائر ، ط. 2001 .

35 – قدري عبد الفتاح الشهاوي ، آثار الإلتزام ، نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 2003 .

36 – محسوب محمد ، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني ، – دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث – ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ط . 2000.

37 – مصطفى محمد الجمال ، مصادر الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 1999 .

38 – محفوظ لعشب ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، ط . 1990 .

39 – محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط . 3 . سنة . 2006 .

40 – محمد الصغير بعلي ، تشريع العمل في الجزائر ، المدخل العام ، النصوص القانونية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر ، ط . .2000

41 – محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد والإرادة المنفردة ، ج . 01 ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ط . 2 ، سنة 2004 .

42 – منذر الفضل ، النظرية العامة للإلتزامات ، – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية – ، ج . 01 ، مصادر الإلتزام ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن ، ط . 1996 .

43 – نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، ج . 01 ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، ط . 2004 .

44 – وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، – دراسة مقارنة بالفقه الغربي – ، (بدون ذكر دار ومكان النشر) ، ط . 1998.

III)- المقالات :

1– بلحاج العربي ،" مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر ، ع. 04 ، سنة . .1997

2 – جمال النكاس ، " حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي"، مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، الكويت ، السنة .13،ع . 02 ، جويلية 1989 .

3 – فيلالي علي ، " الشكلية في العقود " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، ج. 35، ع. 03 ، سنة . 1997 .

4 – محمد الصالح خراز ، " المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام " ، مجلة دراسات قانونية ، دار القبة للنشر والتوزيع ، الوادي ، الجزائر ،ع. 06 ، جانفي 2003 .

IV) – رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير :

أ) – رسائل الدكتوراه :

1 – بودالي محمد ، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر ، – دراسة مقارنة – ، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، الجزائر ، السنة الجامعية 2002 – 2003 .

2 – حميد بن شنيتي ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، أطروحة دكتوراه ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة . 1996 .

ب) – مذكرات الماجستير:

1 – بولحية جميلة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، – دراسة مقارنة –، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة . 1983 .

2 – خديجة فاضل ، تعديل العقد أثناء التنفيذ ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2001 – 2002 .

3 – خليفاتي عبدالرحمان ، مدى إعتداد القانون الجزائري بمبدإ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة . 1987 .

V)– المحاضرات الجامعية :

1 – بن شعبان حنفية ، محاضرات في نظرية الإلتزام (غير منشورة) ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر . السنة الجامعية 2002 – 2003 .

VI) – مواقع على شبكة الأنترنيت :

1 – مصطفى تلمسان ، ماهية العقد وتقسيمانه ، مقال مؤرخ في 2007/01/19 ، ملحوظ ومقروء بتاريخ 2007/06/24 ،

http://www.quassimy-com/vb/archive/index.php/t-107007.html.

VII)– التشريعات والقرارات القضائية :

أ) – التشريعات :

1 – القانون المدني المصري.

2 – الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م المتضمن للقانون المدني الجزائري ، ج . ر ، ع . 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالقانون القانون رقم 88 – 14 المؤرخ في 03 ماي 1988 ، ج . ر ، ع . 18 ، المؤرخة في 04 ماي 1988 ، وبالقانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، ج . ر ، ع . 44 ، المؤرخة في 26 جوان 2005 ، وبالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج . ر ، ع . 31 ، المؤرخة في 13 ماي 2007 .

3 – الأمر رقم 75 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتعلق بالقانون التجاري ، ج. ر، ع. 101 ، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005، ج . ر ، ع . 11 ، المؤرخة في 09 فبراير 2005.

4 – القانون رقم 89 – 02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المحدد للقواعد العامة لحماية المستهلك ، ج . ر ، ع . 06 ، المؤرخة في 08 فبراير 1989 .

5 – القانون رقم 90 – 11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر،ع. 17 ، المؤرخة في 25 أفريل 1990 ، المعدل والمتمم .

6 – المرسوم التشريعي رقم 93 – 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 ، المتعلق بالنشاط العقاري ، ج . ر ، ع . 14 ، المؤرخة في 03 مارس 1993 .

7 – الأمر رقم 95 – 07 المؤرخ في25 جانفي 1995 م يتعلق بالتأمينات،ج.ر،ع. 13 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06 – 04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، ج.ر ، ع. 15 ، ص. 03 ، المؤرخة في 12 مارس 2006.

8 – الأمر رقم 97 – 03 المؤرخ في 11 جانفي 1997 المحدد للمدة القانونية للعمل ، ج . ر ، ع . 3 ، المؤرخة في 12 جانفي 1997 .

9 – القانون رقم 04 – 02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج . ر ، ع . 06 ، المؤرخة في 27 جوان 2004 .

10 – القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القانونية ، النص الكامل للقانون المدني وتعديلاته إلى غاية 20 جوان 2005 مدعم بالإجتهاد القضائي ، منشورات بيرتي ، دالي إبراهيم ، الجزائر ، ط . 2006 – 2007 .

11 – المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، ج . ر ، ع . 56 ، المؤرخة في 11 سبتمبر 2006 .

ب) – القرارات القضائية :

1– نقض مدني مصري، مؤرخ في 09 فبراير 1989، مجموعة المكتب الفني، س. .40

2 – نقض مدني مصري، مؤرخ في 28 جوان 1990، مجموعة المكتب الفني، س. 41 .

3 – نقض مدني مصري ، مؤرخ في 28 جويلية 1990 .

4 – نقض مدني مصري ، مؤرخ في 01 جويلية 2000 .

5 – قرار المجلس الأعلى، غ.م، المؤرخ في 26 ماي 1976، ن.ق، سنة 1978،ع. 01 .

6 – قرار المحكمة العليا ، غ . ج ، المؤرخ في 08 فبراير 1982 ، ملف رقم 26766 ، ن . ق سنة . 1982، ع . 04 .

7 – قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 07 جويلية 1982 ، ملف رقم 25699 ، ن . ق ، ع . خاص، سنة 1982 .

8 – قرار المحكمة العليا المؤرخ في 18 ديسمبر 1982 ، ن . ق ،سنة 1985، ع . 04 .

9 – قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 18 ديسمبر 1982 ، منشور في الإجتهاد القضائي ، سنة 1987 .

10 – قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 07 فبراير 1983 ، قضية رقم 29500، م . ق ، سنة 1989 ، ع . 01 .

11 – قرار المجلس الأعلى غ.م. ، المؤرخ في 16 مارس 1983 م ، ملف رقم 30914 ، م. ق ، سنة 1989 ، ع . .02

12 – قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 03 أفريل 1985 ، ملف رقم 33528 ، م.ق ، سنة 1989 ، ع . 04 .

13 – قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 17 جوان 1987، قضية رقم 49174 ، م.ق ، سنة . 1990 ، ع . 03 .

14 – قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 13 جوان 1990 ، ملف رقم 61489 ، م.ق ، سنة1991 ، ع. 04 .

15 – قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 18 فبراير 1997 ، ملف رقم 136156، م . ق ، ع . 01 ، سنة 1997 .

16– قرار المحكمة العليا ، غ.م ، المؤرخ في 08 ديسمبر 1998، قضية رقم 182863 ، م . ق، سنة . 1998 ، ع . 02 .

17 – قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 12 جانفي 2000 ، قضية رقم 212782، م . ق ، سنة 2001 ، ع . 01 .

18 – قرار المحكمة العليا ، غ . م ، المؤرخ في 24 ماي 2000 ، قضية رقم 223852 ، م . ق ، سنة 2001 ، ع . 01 .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

I) – الكتب :

1- Alain BENABENT, Droit civil , Les obligations , Montchrestien , Paris , France , 08e éd . 1997 .

2- Alain GHOZI , La modification de l'obligation par la volonté des parties , étude de droit civil français , L.G.D.J , 1980 .

3- Brigitte Hess-FALLON , **Anne-Marie SIMON** , Droit civil , DALLOZ , paris , France , 08e éd . 2005 .

4- Corinne Renault-BRAHINSKY , L'essentiel du droit des contrats , Gualino éditeur , Paris , France , 2000 .

5- François TERRE , Philippe SIMILER et Yves LEQUETTE, Droit civil , Les obligations , DALLOZ , Paris , France , 09e éd .

6- Gerard LEGIER , Droit civil , Les obligations , DALLOZ , paris , France , 17e éd . 2001.

7- Henri CAPITANT , **François TERRE** et **Yves LEQUETTE** , les grands arrêts de la jurisprudence civile , DALLOZ , paris , France .11e éd . 2000.

8- Jacques FLOUR , **Jean-Luc AUBERT** et **Eric SAVEAUX** , Droit civil , Les obligations , L'acte juridique , éd. ,D . Delta , Paris , France , 10e éd . 2002.

9- Jean CARBONNIER , Droit civil , Les obligations , P.U.F. , Paris , France , T . 04 . 21e éd. 1998 .

10- Philippe Mallaurie , **Laurent AYNES** et **Philippe STOFFEL – MANCK**, Droit civil , Les obligations , Defrénois , Paris , France , 02e éd. 2005.

II) – المقالات :

1- Emmanuel JEULAND , L'énigme du lien de droit , RTD civ. , jui - sep . 2003.

2- H . LECUYER , " La modification unilatérale du contrat " , L'unilatéralisme et le droit des obligations , sous la direction de CH . Jamin et D . MAZEAUD , Economica , 1999 .

3- Pascal ANCEL , " Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ", RTD civ , (4) . oct - déc . 1999.
4- R .DEMOUGE , " Des modifications aux contrats par volonté unilatérale ", RTD civ . , 1907 .

III) – رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير :

1- Benslimane née Hadj Mokhtar Leïla , de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit contractuel algérien , mémoire de magister en droit privé , institut de droit et des sciences administratives , université d'oran , 1983.

IV) – مواقع على شبكة الأرتنيت :

1- Site : http://www.plymendroit.freé.fr , Droit des contrats , la force obligatoire du contrat . htm , " sans auteur " page vue le : 28.01.2007 .
2- Site:http://www.avocat-consultant.com/news/display.cgi?serial=46, Droit des contrats , La force obligatoire du contrat … " sans auteur " , page vue le25/04/2007.

V) – التشريعيات والقرارات القضائية :

أ) – التشريعات :

1- Code civil français, DALLOUZ , paris , France , 103^{e} éd. 2004.

ب) – القرارات القضائية :

1- Cass .civ . , 06 mars 1876 .
2- Cass .civ . 31 jan 1887 .
3- Cass .civ ., 19 jan 1925 .
4- Cass . civ ., 08 dec 1956 .
5- Cass . civ ., 31 oct 1962 .
6- Cass .civ ., 3^{e} , 14 oct 1987, Bull . civ , 3^{e} , n° 169 .
7- Cass . soc ., 25 févr 1992, D . 1992 .
8- Cass .civ ., 3^{e} , 02 avr , 2003, Bull . civ , 3^{e} , n° 78 .

الفهرس

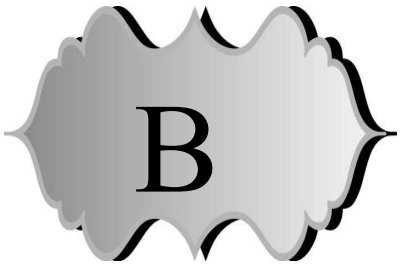
مقدمة..... - 1 -
الفصل الأول : مبدأ القوة الملزمة للعقد ..... - 5 -
المبحث الأول : الطبيعة القانونية للقوة الملزمة للعقد ..... - 7 -
المطلب الأول : ماهية القوة الملزمة للعقد ..... - 7 -
الفرع الأول : مفهوم مبدأ إلزامية العقد ..... - 8 -
الفرع الثاني : صفة الإلزامية وعلاقتها بالعقد ..... - 8 -
المطلب الثاني : تحديد نطاق القوة الملزمة للعقد ..... - 9 -
الفرع الأول : القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع ..... - 10 -
الفرع الثاني : القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص ..... - 10 -
المبحث الثاني : قاعدة العقد شريعة المتعاقدين..... - 12 -
المطلب الأول : قداسة الالتزام في العلاقة العقدية ..... - 13 -
الفرع الأول : قداسة الالتزام بالنسبة للمتعاقدين..... - 13 -
الفرع الثاني : قداسة الالتزام بالنسبة للقاضي والمشرع ..... - 14 -
المطلب الثاني : عنصر الإلزامية في تنفيذ العلاقة العقدية..... - 15 -
الفرع الأول : إلزامية تنفيذ مشتملات ومستلزمات العقد..... - 16 -
الفرع الثاني : إلزامية التنفيذ بحسن نية ..... - 16 -
أولا : مفهوم حسن النية..... - 17 -
ثانيا: مظاهر حسن النية..... - 18 -
I) – واجب الصدق . ..... - 18 -
II)– واجب التعاون ..... - 19 -
المبحث الثالث : أساس القوة الإلزامية للعقد..... - 21 -
المطلب الأول : الأساس الإرادي وسيادة المذهب الفردي..... - 21 -

الفرع الأول : سلطان الإرادة وحرية الإنسان الطبيعية ..... - 22 -
الفرع الثاني : سلطان الإرادة والليبرالية الاقتصادية ..... - 23 -
المطلب الثاني : الأساس الديني الأخلاقي والاقتصادي الاجتماعي ..... - 25 -
الفرع الأول : الأساس الديني والأخلاقي ..... - 25 -
الفرع الثاني : الأساس الاقتصادي والاجتماعي ..... - 27 -
المطلب الثالث : الأساس القانوني والقضائي ..... - 27 -
الفرع الأول : أساس القوة الملزمة للعقد في القانون القديم ..... - 28 -
أولا: في القانون الروماني ..... - 28 -
ثانيا: في القانون الكنسي ..... - 29 -
الفرع الثاني : أساس القوة الملزمة للعقد في القانون الحديث..... - 30 -
أولا: في القانون الفرنسي..... - 31 -
ثانيا:في القانون المصري. ..... - 32 -
ثالثا : في القانون الجزائري. ..... - 33 -
الفرع الثالث : في الاجتهاد القضائي ..... - 34 -
أولا: القضاء الفرنسي..... - 34 -
ثانيا: القضاء المصري ..... - 36 -
ثالثا: القضاء الجزائري..... - 37 -
المبحث الرابع : أثر القوة الإلزامية للعقد وجزاء الإخلال بها ..... - 39 -
المطلب الأول : أثر الالتزام في العلاقة العقدية ..... - 39 -
الفرع الأول : الانقضاء بالتنفيذ..... - 40 -
الفرع الثاني : الانفساخ لاستحالة التنفيذ..... - 40 -
المطلب الثاني : جزاء الإخلال بالالتزام في العلاقة العقدية ..... - 42 -
الفرع الأول : حل الرابطة العقدية بالفسخ ..... - 42 -
أولا: الفسخ القضائي..... - 43 -

ثانيا: الفسخ الاتفاقي..... - 44 -
الفرع الثاني : الدفع بعدم التنفيذ ..... - 45 -
الفرع الثالث : التنفيذ عن طريق التعويض ..... - 46 -
الفصل الثاني : تطبيقات عن حدود القوة الملزمة للعقد ..... - 50 -
المبحث الأول : دور الإرادة في إنهاء وتعديل العقود..... - 51 -
المطلب الأول : التمييز بين حالتي إنهاء وتعديل العقد..... - 51 -
الفرع الأول : معنى إنهاء العلاقة العقدية بالإرادة المنفردة ..... - 52 -
الفرع الثاني : المقصود بالتعديل الإنفرادي للعلاقة العقدية..... - 52 -
المطلب الثاني : إنهاء وتعديل العقد بالإرادة..... - 54 -
الفرع الأول : الإنهاء والتعديل باتفاق طرفي العقد..... - 55 -
الفرع الثاني : الإنهاء والتعديل بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين..... - 56 -
أولا: بموجب بند في العقد ..... - 56 -
ثانيا: برخصة من القانون ..... - 57 -
المبحث الثاني : التدخل التشريعي في العقود..... - 58 -
المطلب الأول : إجازة القانون لتنظيم وتعديل العقود..... - 58 -
الفرع الأول : تطبيقات عن تعديل وتنظيم بعض العقود ..... - 59 -
أولا: عقد العمل..... - 60 -
ثانيا: عقد الإيجار ..... - 61 -
ثالثا: الوضع في عقود أخرى ..... - 64 -
الفرع الثاني : تطبيقات عن الحد من مبدإ الرضائية في بعض العقود ..... - 65 -
أولا : الشكل الرسمي في عقد بيع العقار..... - 67 -
ثانيا: الكتابة في عقد التأمين..... - 68 -
ثالثا: الوضع في عقود أخرى ..... - 70 -
المطلب الثاني : اتساع مجال العلاقات التعاقدية وتطور التشريع ..... - 70 -

الفرع الأول : حاجة الطرف الضعيف لحماية قانونية خاصة ..... - 71 -
الفرع الثاني : تطبيقات عن قواعد حماية المستهلك..... - 72 -
المبحث الثالث : التدخل القضائي في العقود ..... - 76 -
المطلب الأول : حالة التعديل لعدم التوقع وتغيّر الظروف ..... - 77 -
الفرع الأول : نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي..... - 77 -
الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقانون المقارن..... - 80 -
أولا : نظرية الظروف الطارئة في الفقه القانوني ..... - 80 -
ثانيا: نظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن..... - 81 -
I)- في القانون الفرنسي..... - 81 -
II)- في القانون المصري..... - 83 -
الفرع الثالث : نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري..... - 84 -
المطلب الثاني : حالات أخرى للتدخل القضائي..... - 86 -
الفرع الأول : حالتا استبعاد الشروط التعسفية وتخفيض الشرط الجزائي ..... - 86 -
أولا: تعديل أواستبعاد الشروط التعسفية في عقد الإذعان ..... - 86 -
ثانيا : تخفيض الشرط الجزائي في العقود عامة..... - 88 -
الفرع الثاني : حالتا رفع الغبن الاستغلالي وتفسير الشك..... - 89 -
أولا: رفع الغبن الاستغلالي..... - 89 -
ثانيا: تفسير الشك لصالح المدين..... - 90 -
الفرع الثالث : حالتا منح المدين أجلا للوفاء وتقييد استعمال الحق..... - 91 -
أولا: منح المدين أجل للوفاء ..... - 91 -
ثانيا: تقييد الحق بعدم التعسّف في استعماله..... - 92 -
المبحث الرابع : مبررات الحد من القوة الإلزامية للعقد..... - 94 -
المطلب الأول : تراجع سلطان الإرادة وسيادة المذهب الاجتماعي ..... - 95 -
الفرع الأول : بوادر أزمة جديدة للعقد..... - 95 -

الفرع الثاني : محدودية الإرادة وخضوعها للنّظام العام..... - 97 -
الفرع الثالث : تطور وظيفة الدولة ..... - 98 -
المطلب الثاني : تطور الفقه والقانون المقارن للعقود..... - 100 -
الفرع الأول : نظرية النّفع والعدل في الفقه اللاتيني..... - 100 -
الفرع الثاني : نظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي ..... - 102 -
خاتمة ..... - 104 -
قائمة المراجع ..... - 108 -
الفهرس..... - 119 -



ملخص البحث:

تناولت هذه الدراسة القوة الملزمة للعقد كأحد المبادئ الأساسية لسلطان الإرادة في نظرية الالتزامات، فإذا نشأ العقد صحيحا وتحددت التزامات أطرافه، صار شريعة لهم ووجب احترامه وتنفيذه بأمانة وإخلاص.

غير أن هذا المبدأ أصبح محدودا اليوم لا يؤخذ على إطلاقه، ففي ظل تنامي حاجات الفرد واتساع علاقاته القانونية المختلة التوازن مع تغير الظروف ومرور الزمن، مما يستدعي ضرورة تدخل المشرع والقاضي لإعادة التوازن الاقتصادي المفقود وتحقيق العدالة العقدية. لذلك تم التسليم بوجود قيود على هذا المبدإ ولزم عليه أن يتكيف مع مستجدات الفقه وقانون العقود المقارن.

الكلمات المفتاحية:

العقد، القوة الملزمة، سلطان الإرادة ، تدخل المشرع، تدخل القاضي، تحقيق العدالة العقدية، حماية الطرف الضعيف .

Summary :

The subject of this study is the binding force of the contract as one of the basic principles in theory commitments. Contract legally formed becomes law and must be respected honestly and faithfully executed.

However, this principle is no longer absolute today. Individuals growing needs, changing circumstances and the passage of time, urged legislator intervention and judges to reduce parties obligations and commitments in the contract. Such intervention is necessary to achieve justice according to changing circumstances. It also acknowledges many of restrictions on this principle, will should take wish into consideration new conditions and contemporary contract law jurisprudence.

Keywords:

Contract, The binding force, Intervention of legislator, Intervention of judge, Achieve the justice Nodal, Protection the weaker party.

Résumé:

La présente étude a pour objet la force obligatoire du contrat en tant qu'un des principes de l'autonomie de la volonté en théorie des obligations. Légalement formé le contrat devient la loi des parties . Et doit être respecté et mis en application honnêtement et loyalement.

Cependant, ce principe n'est plus absolu aujourd'hui .En effet la croissance des besoins des individus et l'élargissement de ces relations juridiques déséquilibrées, avec le changement des circonstances et le passage du temps, rendant nécessaire l'intervention du législateur, du juge pour le rééquilibrage économique manquant et réaliser la justice contractuelle. Et il a été reconnu des restrictions selon ce principe, et il a dû s'adapter à de nouvelles conditions de jurisprudence, de la loi du contrat contemporain.

Mots-clés :

Le contrat, La force obligatoire, L'autonomie de la volonté, Intervention du législateur, Intervention du juge, Réalisation de la justice contractuelle, Protection de la partie faible .