

الاتجاه الحديث لأساس الإلزام في العقود

دراسة تحليلية حول ارتقاء الأساس القانوني للإلتزام

دكتور

علاء عيد محمد طه

أستاذ القانون المدني المساعد

كليات الشرق العربي للدراسات العليا

الجزء الأول - العدد الأول

السنة السابعة والخمسون - يناير ٢٠١٥

- ١٩٣ -

مقدمة عامة

إن البحث في أساس القوة المُلزِمة للعقد بحث قديم متجدد فمنذ زمن بعيد بحث الفقه عن أساس الإلزام في العقود، وقد هيمن مبدأ سلطان الإرادة على العقود في بداية الأمر واعتُبر مصدرًا لقوة الالتزامات الناشئة عنها، وظلت هذه الصفة الإلزامية مقترنة بالعقد وأثرًا مباشرًا له؛ ولم يكن للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد فحسب بل في الآثار التي تترتب عنه أيضًا، وفي جميع الروابط القانونية الأخرى حتى وإن كانت غير تعاقدية.^(١) ويفترض ذلك أن الإرادة لها جانبين من الأهمية في هذا المجال فمن جانب أول، يتم ترجمة الإرادة عند تكوين العقد إلى حرية التعاقد أو الامتناع عنه، ثم تحديد مضمون العقد وفقا لإرادة المتعاقدين، ومن جانب ثان، فإن الإرادة هي التي تجعل للعقد وجوداً قانونياً، وبمعنى آخر هي الأساس التقليدي للقوة المُلزِمة للعقد.^(٢)

إن مثل هذا التفسير الإرادي للعقد، وإن كان قابلاً للنقاش – كما سنرى فيما بعد- يعني أن العقد ملزم لأطرافه في الحدود والمضمون الذي أرادوه، ويجب القول فيما نحن بصده بأن المتعاقد لا يمكنه كقاعدة عامة التخلص من التزاماته بإرادته المنفردة؛ فإرادة الارتباط هذه لا تعني إمكانية التخلص من العقد، كما أن عدم جواز نقض العقد هو من جوهر العقد، وهو تطبيق لمبدأ احترام العهد الذي قطعه على نفسه.^(٣)

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة ٢٠٠٤، ص ٧٠.

(٢) MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL- MUNCK Ph., Droit civil, Les obligations Defrénois, Paris, France, 2e éd., 2005, p. 357

(٣) د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول: مصادر الإلتزام، ١٩٩١، ص ٣٩٨ وما بعدها؛ د. محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الإلتزام، رقم ٢٠٣، ص ٢٧٢ وما بعدها؛ د. جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للإلتزام (الجزء الأول)، مصادر الإلتزام، ٢٠٠٣، ٢٠٠٤، ص ١٢٦، هامش رقم ١؛ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البية، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، الجزء الأول: المصادر الإرادية، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٤، ص ٤٩١ وما بعدها؛ د. محمود عبد المعطي خيال، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ٢٠٠٣، ٢٠٠٢، رقم ٢١٣، ص ٢٦٨؛ د. محمود حسام لطف، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٠٢.

وإذا كان الجانبان السابقان قد هيمنا على فكرة العقد في كثير من تشريعات القرن الثامن عشر والتاسع عشر، إلا أنه نتيجةً للفلسفة الفردية والحرية الاقتصادية قد حدث بنهاية ذلك القرن وبداية القرن العشرين ثورة من جانب القانون على التشريع في هذا المجال؛ فحرية التعامل التي ساد في ظلها مبدأ سلطان الإرادة دون مجافاة لروح العدالة والمساواة أصبحت شبه منعدمة، كما أن الحرية في مجال العقود لم يعد لها وجود في الواقع العملي بشكل كبير سوى في جانب واحد وهو الطرف الأقوى اقتصادياً أو تقنياً.

فالتطور الحالي إذن بدأ يفرض مفهوماً آخر، يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف بأن يحترم مصالح الطرف الآخر إذ لا يمكن أبداً - تطبيقاً للتصور التقليدي لأساس الإلزام في العقود - قبول فكرة أن القوة المُلزمة للعقد تعطي الحق للمتعاقد القوي أن يستغل المتعاقد الضعيف. وفي هذا السياق يرى جانب من الفقه أن " أخطر ما في الحرية التعاقدية المستمدة من مذهب الإرادة أن كان خطأها وجمودها وضيق أفقها سبباً في عزل القانون المدني عن واقع الحياة وتطوراتها التي استجبت بفعل الانقلاب الصناعي، والذي غير من طبيعة الرأسمالية وحولها إلى رأسمالية احتكارية مكنت المنتجين من التحكم في المستهلكين والعمال واستغلالهم في ميدان التعاقد نتيجة ضعف الآخرين إزاء الأولين واختلال المساواة الفعلية بينهم، ووقف الفقه التقليدي موقفاً سلبياً مؤيداً للمظالم والمساوي التي نشأت عن قيام هذه الظاهرة، ولم ينظر إليها كظاهرة عقدية تتمثل فيما يؤدي إليه من اختلال القيمة العادلة في التعاقدية.^(١)

وقد فسر جانب في الفقه^(٢) ذلك التوسع في استخدام فكرة النظام العام في مجال العقود بانخفاض مستوى الأخلاق التعاقدية الذي تجسد في زيادة الإجرام المعنوي حيث يكون العقد غالباً الأداة المستخدمة فيه، فكان حرياً بالمشرع أن يلجأ إلى جزاءات صارمة لتحقيق السرعة

(١) في السياق نفسه يرى جانب من الفقه أن " أخطر ما في الحرية التعاقدية المستمدة من مذهب الإرادة أن كان خطأها وجمودها وضيق أفقها سبباً في عزل القانون المدني عن واقع الحياة وتطوراتها التي استجبت بفعل الانقلاب الصناعي، والذي غير من طبيعة الرأسمالية وحولها إلى رأسمالية احتكارية مكنت المنتجين من التحكم في المستهلكين والعمال واستغلالهم في ميدان التعاقد نتيجة ضعف الآخرين إزاء الأولين واختلال المساواة الفعلية بينهم، فقد وقف الفقه التقليدي موقفاً سلبياً مؤيداً للمظالم والمساوي التي نشأت عن قيام هذه الظاهرة، ولم ينظر إليها كظاهرة عقدية تتمثل في يؤدي إليه من اختلال القيمة العادلة في التعاقد " للمزيد من التفصيل راجع د. عبد الرحمن عياد: أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٧١، ص ٥ وما بعدها.

(٢) د. محمد عيد الغريب: النظام العام في العقود العقود المدنية، ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، بدون دار نشر، ٢٠٠٥، ص ٤٢٧.

والثقة في الأعمال ومقتضيات العلاقة القانونية الحديثة ، فضلاً عن دور الدولة في الحياة الاقتصادية الحديثة الذي عجل بتقليص دور المذهب الفردي وهذا الأخير هو الأساس التقليدي للإلزام في العلاقات التعاقدية. وعطفاً على هذا المنحى، وفي ظل المعطيات السابقة يتضح قصور التصورات السابقة عن إعطاء تفسير منطقي للقوة الملزمة للعقود التي تتم وفقاً لقواعد قانونية أمره.⁽¹⁾

ونظراً لأن تأسيس القوة الملزمة للعقد استناداً إلى الإرادة الفردية للمتعاقدين كان محلاً لاعتراض جانب كبير من الفقه سواء من حيث الدقة التاريخية أو النظرية، إضافة إلى تراجع وانحسار دور الفكر الفردي الذي انبثق عنه مبدأ سلطان الإرادة لصالح الفكر الاجتماعي. والتدخلات التشريعية المتلاحقة والهادفة إلى تحديد المضمون الإلزامي لكثير من العقود، وذبوع عقود الإذعان، وتشريعات حماية المستهلك، وتنامي دور القضاء في تحديد مضمون الكثير من العقود وسلطته في تعديلها فقد أدى كل ذلك إلى تراجع هذا التفسير للقوة الملزمة للعقد. و من ثم فقد استلزم الأمر من جانب الفقه البحث في أساس آخر للقوة الملزمة للعقد. وقد قيل في تفسير هذا المبدأ نظريات متعددة لعل أبرزها ما اتجه إليه بعض الفقه الحديث اللاتيني وكذا الأنجلو سكسوني من مفهوم جديد لمبدأ القوة الملزمة للعقد مفاده أن العقد عمل منطقي يرتكز على التوقعات المعقولة أو المشروعة للدائن ولا يتمتع بالقوة الإلزامية إلا لكونه مفيداً ونافعاً، وأنه ليس ملزماً إلا لأنه عادل يقوم على الاحتفاظ بالتناسب أو التوازن أو بإعادة التوازن الموجود بين الذمم المالية لضرورات العدالة التعاقدية. و أمام عدم إعطاء هذه النظرية تفسيرات لأمر عدة كان لزاماً علينا أن نبحث عن توجه فقهي آخر ضمن هذه الدراسة.⁽²⁾

(1) Jacques Ghestin, Le contrat au début du xxie siècle, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 44 ets; Eric SAVAUX : la théorie général di contrat, mythe ou réalité L.G.D.J. 1997. P.32.

وأنظر أيضا الزميل الدكتور 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، ٢٠٠٥، ص ٣٣ وما بعدها.

(2) للمزيد راجع : محمد حسن قاسم : الفسخ بالإرادة المنفردة، آلية لتحقيق العدل في مجال الجزاء المدني، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الدولي الخامس لكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، مصر، المجلد الأول، ٢٠١٢- بعنوان العدالة بين الواقع والمأمول. ص ٣٧٨. و من الفقه الفرنسي راجع :

Jacques Ghestin: L'utile et le juste dans les contrats, D.1982. Cristina CORGAS-BERNARD: La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée en droit français, in Droit des contrats:

مشكلة الدراسة :

تتمثل مشكلة هذه الدراسة في أنه لم يعد يُنظر لحرية الإرادة على أن يترك المشرع للطرف القوي اقتصادياً أو تقنياً الهيمنة على العملية التعاقدية.⁽¹⁾ بل على العكس كانت الرغبة المتمثلة في تجنب أن يصبح القانون التعاقدى هو قانون الطرف الأقوى بمثابة الهاجس الذي جعل القانون أكثر واقعية وإنسانية من خلال سن المشرع لقوانين تتجه نحو تعويض عدم التوازن في المزايا الاقتصادية أو التقنية بإنشاء عدم توازن في المزايا القانونية. وهو ما يجعلنا نتساءل حول الأساس القانوني الذي تستمد منه العقود في مثل هذه الحالات إلزاميتها. بل إن التطورات الحديثة على نظرية العقد والتي جرت تحت تأثير فكرة النظام العام كانت السبب الرئيس في الجدل المثار من الفقه القانوني حالياً حول هذا الأساس الذي تستمد منه العقود إلزاميتها طالما أن الإرادة الحرة لم تعد هي الأساس الوحيد لذلك الأمر.

أهداف الدراسة :

تتلخص أهداف هذه الدراسة في الوصول لأساس حديث يفسر سبب الإلزام في العلاقات التعاقدية في الوقت الحالي باستعراض وتحليل الانتقادات الموجهة للنظريات التي قيل بها في هذا الشأن، وتقييد الحرية التعاقدية، كما أن أحد أهم أهداف هذه الدراسة يكمن في بيان مساهمة المشرع للمعطيات الواقعية بتعويض عدم التوازن في القوى الاقتصادية والتقنية بإنشاء عدم توازن في المزايا القانونية للمتعاقدين من أجل تحقيق العدالة ووقاية المتعاقد الذي يقع في مركز ضعيف. وسعيًا لتحقيق هذه الأهداف في هذه المحاولة الفقهية النظرية فإننا سنقوم بالتعرض لآخر ما توصلت إليه الدراسات في هذا الشأن، وإيراد الأسباب التي دفعتنا لخوض غمار هذه التجربة البحثية ثم نردف ذلك بمحاولة بيان الأسس الحديثة للقوة الملزمة للعقود.

France, Belgique, n° 2, Contrats et patrimoine, éd. Larcier, 2006.p.216
 (1) أرجع جانب من الفقه أن ذلك يعود إلى عدد من الأسباب أهمها اتساع نطاق التعاقد بالشروط الموحدة المعدة مسبقاً من قبل أحد المتعاقدين، وهي ما يطلق عليها بالشروط الأحادية التحرير. ومن وجهة نظر هذا الجانب فإن هذه الشروط لا تستمد قوتها الملزمة من ذاتها لأنها لا تمثل إلا إرادة واضعها وإنما تستلزم انصراف إرادة المتعاقد الآخر إلى اعتمادها والالتزام بمضمونها. وهو ما كان ملحوظاً من خلال تطور صيغ العقود والمحاولات المستمرة لتقوية النزعة الاستهلاكية لدى الأفراد وحثهم على التعاقد دون مناقشة أو مفاوضة، مما كان له الأثر الفاعل في إحداث هذا الأثر. للمزيد راجع :

Jacques Ghestin, Traité de Droit Civil, La formation du contrat, 3ème édition, LGDJ, 1996. P.36.

أهمية الدراسة :

من الملاحظ أن التطورات الحديثة في الحياة العملية والقانونية سواء على المستوى الاقتصادي والاجتماعي أو على مستوى العلاقات القانونية والعقدية الواسعة أبرزت تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام نمو ورقي التضامن والعدالة الاجتماعية وعدم قدرة المبادئ الكلاسيكية المنظمة للعلاقات العقدية على مواكبة هذه التطورات والمواقف التي أنتجها الواقع. فكانت النتيجة أن تطور قانون العقود المقارن وأبرز أفكاراً ومبادئ جديدة جاءت لتسبغ انطلاقة عصرية للمفهوم العقدي. وهذا لا يعني استبعاد دور الإرادة بل تبقى تؤدي دورها الأساسي لأن القانون المعاصر ضمن لها مكانتها.

كما أن أهمية هذه المحاولة تكمن في كون الخطاب التشريعي لأطراف العملية التعاقدية القائم على فكرة المساواة التقليدية لم يعد يتلاءم مع الواقع المعاصر، لذلك نجد أن الدولة تسعى باستمرار إلى مسايرة المعطيات الواقعية بإصدار قوانين أمرة في بعض المجالات التعاقدية تحاول من خلالها تحقيق المساواة الفعلية و التوازن العقدي. ومن ذلك يتضح مدى أهمية هذه الدراسة في تفسير التزايد المستمر للتدخلات التشريعية والقضائية في العقود، أضف لذلك ما ظهر مؤخراً بشأن اتساع دور الإرادة الفردية في تعديل وإنهاء العلاقات العقدية.⁽¹⁾

منهج الدراسة :

إن الاعتماد على المنهج التحليلي في هذه الدراسة يعد أمراً ضرورياً حيث أننا أمام واحدة من الدراسات التي تتطلب الوقوف على نصوص التشريعات وتحليل الأبعاد الكاملة للمشكلة قيد الدراسة، للوصول إلى الهدف من هذه الدراسة.

خطة الدراسة :

سنجيب على إشكالية هذه الدراسة من خلال التقسيم الذي وجدنا في إتباعه أنه يشرح أحكام القوة الملزمة للعقد في البيئة التقليدية. فقد ارتأينا أن نعرض لذلك من خلال بحثين، يرتبط الأول ببيان الأساس التقليدي للإلزام في العقود ثم نتناول في المبحث الثاني تقدير هذا الأساس في ظل متغيرات تعذر استجابة النظرية العامة للعقد معها.

(1) د.عابد فايد عبد الفتاح : تعديل العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٤ وما بعدها ومن الفقه الفرنسي أنظر :

Laurance Fin-l'équilibre contractuel, pref C.Thibierge, LGDJ 2002.

وإذا كان من الممكن تصور وجود أساس آخر للإلزام في العقود فقد خصصنا الفصل الثاني لهذه الغاية لنعرض من خلاله لبعض المبررات القانونية النازمة للتوازن بين طرفي العقد. وما إذا كانت التشريعات على اختلاف انتماءاتها في سعيها لتوفير وتحديد بعض الضوابط والقيود لتحقيق الاستقرار والتوازن العقدي قد أثرت على نظرة الفقه للقوة الملزمة للعقود أم لا. بيد أن الوقوف على هذا لا يكفي من غير استكمال بعض وجهة النظر الفقهية والأحكام القضائية تجاه الإشكالات العالقة حول هذا الموضوع والتدابير المتبعة بشأن التوفيق بين أمرين متعارضين وهما احترام مبدأ سلطان الإرادة من جهة وحق المشرع في التدخل في المجال التعاقدية من جهة أخرى.

ومن جانبنا نرى أن هذه الهيكلية قادرة على الإجابة عن إشكالية هذه الدراسة التي سنعرض من خلالها إلى الطرح الفقهي المتعلق بأساس الإلزام في العقود.

الفصل الأول

أحكام القوة الملزمة للعقد في البيئة التقليدية

لقد ساد مبدأ سلطان الإرادة في القوانين في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، وتشيع له فريق بلغ حد التطرف في الانتصار لهذا المبدأ، حتى أنه جعل الإرادة أساس كل أنواع الالتزامات والنظم القانونية وسرعان ما غزا مبدأ سلطان الإرادة القوانين في أوروبا التي اتسمت بإعلاء المذهب الفردي في هذا الوقت، وتم تنويع هذا المبدأ بتسجيله في مجموعة نابليون باعتباره من أهم الأسس التي تقوم عليها هذه المجموعة، ومنها انتقل إلى قانوننا المدني القديم الذي وضع في مستهل الربع الأخير من القرن قبل الماضي، وواصل زحفه حتى صار أحد ملامح القانون المدني الحالي بالنص عليه في المادة ١٤٧/١ بقولها "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون."^(١)

لكن ما لبث أن تغير الوضع وتراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام تغير العوامل الاقتصادية والاجتماعية والفلسفية التي كانت سبباً رئيسياً في مهاجمة هذا المبدأ. كما أظهر التطبيق العملي أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يؤدي إلى قيام الطرف الأكثر قدرة في العقد بفرض شروطه

(١) د.فاطمة محمد الرزاز : استقرار علاقات العمل في ظل قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨.

بما يحجف بالطرف الأقل قوة وبالتالي يؤدي إلى عدم التوازن وعدم استقرار العلاقات التعاقدية.^(١)

وفي ضوء ما تقدم يمكن تقسيم هذا الفصل إلى مطلبين على النحو التالي :

المبحث الأول : أساس الإلتزام العقدي في البيئة التقليدية.

المبحث الثاني : تقدير الأساس التقليدي للإلتزام العقدي.

المبحث الأول

أساس الإلتزام العقدي في البيئة التقليدية

لا أحد يماري في أن مبدأ سلطان الإرادة يُعد أصلاً من الأصول القانونية التي تُبنى عليها التشريعات في الوقت الحاضر.^(٢) لكن قديماً كان الأمر مختلفاً فلم يكن القانون الروماني يعترف بأن التراضي يكفي كمبدأ عام لإنشاء الروابط العقدية وترتيب آثارها. وقد كانت العقود تستمد وجودها وقوتها من شكليات و أوضاع معينة حيث يلتزم المدين في مواجهة الدائن بعد استكمال شكليات ومراسيم محددة حتى لو كان سبب التزامه غير موجود أو غير مشروع أو مخالف للأداب ومن ثم ينشأ الحق أو الإلتزام من أوضاع شكلية معينة وليس من اتفاق الطرفين.^(٣)

(١) د.حمدي عبد الرحمن : نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٨١ وما بعدها.

(٢) د.مصطفى سيد أحمد صقر : مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق جامعة المنصورة - مصر، العدد ٢٥، ١٩٩٩، ص ٨٢.

(٣) تجدر الإشارة إلى أن هذه الظاهرة ترجع إلى النشأة الدينية للقانون الروماني ذلك أن الصيغ والطقوس الشكلية التي سادت القانون القديم كانت تستمد قوتها وقت إبرام التصرف القانوني والطقوس التي يؤديونها تهدف إلى إظهار إرادة الآلهة. ومع ظهور إرادة الآلهة. ومع الزمن - وبالتحديد منذ صدور قانون الألواح الاثني عشر - انفصل القانون عن الدين، ومع ذلك بقيت هذه الصيغ والطقوس، واستمرت هي مصدر الحقوق والواجبات في المجتمع ولكن قوتها الإلزامية أصبحت ترجع إلى إرادة المشرع، فهو الذي خلع عليها صفة الإلزام. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ الدكتور شفيق شحاتة أن " الصورة الأولى للإلتزام هي صورة الإلتزام الذي يرتكز على أساس قبلي أي جماعي. والجزء يكون في الأصل ذا صبغة دينية أو سرية. ويبدو أن هذا الأصل التاريخي لفكرة الشكلية التي نزعَتْ إليها مختلف التشريعات البدائية؛ فقد كان اتباع مراسم وأشكال معينة عند الارتباط هو الذي

ولم تتغير هذه الحقيقة بعد أن تم تجميع القواعد العرفية القديمة في قانون الألواح الاثني عشر في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد، إذ بقيت التصرفات القانونية محاطة بإجراءات شكلية وصيغ رسمية متعددة وأي خطأ -حتى لو كان غير مقصود- في إتمام هذه الإجراءات يستتبع بالضرورة بطلان التصرف. فلم يكن هناك مجال للبحث عما إذا كانت هذه التصرفات مبنية أو غير مبنية على سبب غير صحيح أو غير مشروع طالما أن الشكل الذي يتطلبه القانون لإتمام هذه التصرفات قد روعي من قبل الطرفين بدقة وعناية. فالشكلية الصادقة هي المسألة الوحيدة التي يبحث فيها القاضي للحكم بصحة وآثار التصرف القانوني.^(١)

لكن ما لبث المجتمع الروماني أن تطور وتعقدت سبل حياته وتم الاعتراف برضائية العقود، ومثلما هو الحال في جميع الشرائع أنه بقدر ما يتقدم المجتمع صوب المدنية والحضارة تتحرر العقود والتصرفات القانونية فيه من قيود الشكلية الرسمية، كان هذا هو حال القانون الروماني بعد زيادة النشاط التجاري إذ أخذت العقود تتحرر تدريجياً من قيود الشكلية لما تتطلبه التجارة من سرعة و مرونة في إجراء التصرف. ومنذ ذلك الحين بدأ التطور نحو الرضائية وتطلب ذلك جهداً كبيراً من الفقهاء والبريتور الذين عملوا على التخلص من جمود الصيغ الشكلية وكانت ثمرة جهدهم - بعد قرون طويلة - هي ظهور المبدأ القاضي بأنه في جميع الحالات التي لا يتطلب فيها القانون شكلاً معيناً لإتمام التصرف القانوني يكون المتعاقدان أحراراً في اختيار الطريقة التي يعبران بها عن إرادتهما. و عندئذ تطور العقد تطوراً كاملاً، وقد أسفر هذا التطور عن ظهور ما يسمى بالعقود البريتورية والاتفاقات الرضائية التي تتعقد بمجرد التراضي دونما حاجة إلى استعمال ألفاظ أو عبارات خاصة.^(٢)

تجدر الإشارة إليه أنه تم الكشف عن إرادة الإنسان في القرون الوسطى، وأدخلت هذه الإرادة الحقيقية في نطاق القانون؛ بحيث أصبحت هي جوهر التصرف القانوني. فالناظر في فلسفة القرنين الثامن عشر والتاسع عشر يجد أنها كانت تقدر إرادة الفرد وتقرر لها السيادة الكاملة، واعتنق فقهاء القانون فكرة أن إرادة الإنسان هي التي تلزمه، وهي أيضاً التي تحدد

يجعل للارتباط قيمة؛ لأنها كانت عبارة عن مراسم دينية يعتبر اتباعها ارتباطاً نحو الآلهة؛ بحيث يكون الإخلال بها أمراً مستهجنًا يستوجب اللعنات أو العقوبة. للمزيد راجع د.صوفي أبو طالب الوجيز في القانون الروماني. دار النهضة العربية- القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٣٠٠.

(١) د.صوفي حسن أبو طالب : أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني. دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٦٤، ص ١٧ وما بعدها.

(٢) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٤٢.

مدى هذا الإلزام، وأن القانون ينبغي ألا يتدخل في حرية الإرادة في الإلزام، لا من حيث اتجاهها إلى إنشاء الإلزام ولا من حيث تحديد الآثار التي تترتب على هذا الإلزام. وأصبحت الإرادة المشتركة ذات قوة وثبات نهائيين، فلا يمكن تعديلها أو نقضها. وهذه الإرادة المشتركة ساكنة لا تضطرب، وجامدة لا يمكن تعديلها، وهي التي تحكم كل شيء مقدما بحيث أن جميع الاحتمالات وجميع نتائج التصرف القانوني تدخل تحت سلطانها. فليس من مجال مطلقاً لأن يحدث فيها أي تعديل إذ هي تمثل الحق والعدل في صورتها الكاملة النهائية.^(١)

ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد كان للعوامل الاقتصادية والسياسية^(٢) دور كبير في تقوية الإرادة مما أدى إلى قيام مبدأ سلطان الإرادة مستنداً إلى نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية متشعبة كلها بروح الفردية. ومن ثم أصبحت الإرادة منذ ذلك الحين ركيزة أساسية تستند إليها النظريات القانونية. ففي المجال التعاقدية اعتبرت الإرادة مصدر الإلزام والمرجع الأعلى لترتيب الآثار العقدية.^(٣)

ومنذ ذلك الحين هيمن مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات العقدية، واعتبر مصدرراً لقوة الإلزامات الناشئة عنها، وظلت صفة الإلزامية مقترنة بهذه العلاقات العقدية، وأثراً مباشراً لها. فالإرادة لم تكن السلطان الأكبر في تكوين العقد فحسب بل في الآثار التي تترتب عنه، وفي جميع الروابط القانونية الأخرى حتى وإن كانت غير تعاقدية.^(٤) لذلك يرى جانب في الفقه^(٥) أن فكرة الإلزامات العقدية نابعة أساساً من التصور الإرادي للعقد الذي يفرض وجوب احترام وتنفيذ ما اتفق عليه بمحض تلك الإرادات الحرة، دون حاجة لأي إجراء أو شكل يفرضه

(١) د.محمد محسوب : العدالة و أثرها في الشرائع القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق جامعة المنوفية - مصر، مج ١٣، العدد ٢٥، ٢٠٠٤، ص ١٢٥ وما بعدها.

(٢) تمثلت الاعتبارات الاقتصادية في ازدياد النشاط التجاري و تقوية حركة التعامل مما تطلب إزاحة كل معوقات التبادل التجاري من شكليات وأوضاع. فخلال القرن الرابع عشر كانت المحاكم التجارية الإيطالية تقضي وفقاً لموجبات العدالة باحترام الإلزام التعاقدية ولو لم يأت في شكل معين. أما العوامل السياسية فتتضح بشكل كبير من خلال بسط الدولة لسلطتها تدريجياً وتدخلها المتصاعد في الروابط القانونية بين الأفراد وضمان تنفيذ العقود المبرمة ولو لم يتم إفرانها في شكل معين. للمزيد راجع : د.صوفي أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(٣) المادة ١١٣٤ مدني فرنسي، المادة ١/١٤٧ مدني مصري.

(٤) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٧٠.

(٥) د.محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٢٦.

القانون. وهذا عكس ما كان سائداً في القانون الروماني، حيث كانت الإرادة لا تنتج أثرها إلا بعد إفراغها في شكل معين وإلا بطل التصرف القانوني. وبذلك أصبح التصرف القانوني مجالاً خصباً للإرادة تسود فيه وتنظم - دون معقب - مصالح أفراد الذين تحددهم هي، ولا يستطيع أحد أن ينضم إلى تلك المنظومة ما لم تسمح بذلك الإرادة نفسها.^(١) والواقع أن ازدهار الفردية بما قامت عليه من سلطان وحرية ظهر بشكل كبير في مجال الحق العيني؛ إذ اعتبر القانون هذا الحق سلطة مطلقة سواء في حمايته أو في موضوعه، وتمثل ذلك في حرية صاحب الحق الكاملة في التصرف فيه. فإذا كان ذلك هو مجال تطور المذهب الفردي فإن الإلتزام كان هو النطاق الذي تأكد فيه - علاوة على الفردية - الطابع الشخصي للعلاقات القانونية. فحق الدائن لم يكن يصيب إلا شخص المدين. ولقد انتقل هذا الطابع إلى التصرف القانوني وساده في تكوينه وفي حياته وفي انقضائه.

جدير بالذكر أن هذا المبدأ استند في نشأته على عدد من المبررات الفلسفية والأخلاقية الاقتصادية فمن الناحية الفلسفية يمكن القول بأن تأمين حرية كل فرد يقتضي ألا يلتزم إلا بإرادته الحرة ومن ثم تظهر إرادة الإنسان كقوة حرة لإنشاء أو إنهاء الحقوق والالتزامات. ومن جهة ثانية يستند هذا المبدأ إلى مبررات أخلاقية لعل أهمها أن العقد بما أنه ثمرة التراضي بين الطرفين فإنه ينسجم مع مصالح المتعاقدين ويستحيل أن يرتضي الشخص أمراً يتعارض مع مصالحه. ومن جهة أخيرة فإن هذا المبدأ يستند إلى مبررات اقتصادية نشأت جميعها من الفكر الاقتصادي الليبرالي الذي يرى أن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر أحسن وسيلة لتحقيق النمو الاقتصادي الشامل. كما أن الحرية التعاقدية الناتجة عنه تخدم المصلحة العامة لأنها تشجع المبادرة الفردية والمنافسة وتؤمن أعلى مستوى للإنتاج باعتبار هذه العوامل أساسيات الاقتصاد الحر.^(٢)

ووفقاً لهذا التوجه فإن العقد ليس إلا ثمرة الاتفاق بين الأفراد الذين يتمتع كل واحد منهم بحرية ومساواة مطلقتين؛ لأنه لا يمكن إجبار الفرد على أن تنزع منه بعض امتيازاته إلا لو قبل هو ذلك، وحينئذ تصيح الإرادة المشتركة هي مصدر القوة الملزمة للعقد. وفسر ذلك جانب

(١) من الطبيعي أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة الحقيقية، فإذا ما وجدت بين أصحاب المصلحة، تولد الأثر. وعلى المجتمع أن يحترمه، وأن يحميه. وفي نطاق التصرف القانوني، نحن لانحتاج إلا لهذه الإرادة الحقيقية. فكل مظهر مادي ليس له غرض سوى إظهار هذه الظاهرة النفسية كي يعلم بها من أريد أن تحكمهم هي - فحسب. للمزيد راجع د. وليد سليمان قلادة: التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٥٥، ص ٣ وما بعدها.

(٢) د. عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول تكوين العقد، المغرب، بدون دار نشر، ٢٠٠٦، ص ١٠٦.

من الفقه^(١) بقوله أن "الإلتزام العقدي يرتكز في الفقه الحاضر - سواء في نشأته أو في مضمونه- على الإرادة بمعنى أن إرادة المتعاقد التي ساهمت في إبرام العقد هي أساس تولد الإلتزام في حقه، كما هي مناط تحديد مداه. ويرتد هذا النظر إلى ما يقول به مذهب سلطان الإرادة الفردية من أن كل شخص يتمتع بحق طبيعي ومطلق في الحرية ومن ثم لا يجوز تقييد هذه الحرية بأي قيد إلا إذا كان نابعاً من رضاء الشخص نفسه، فالإرادة هي التي تضع القانون الذي تخضع له، وهي التي تخلق الإلتزام في ذمتها بمقتضى نفس سلطانها ومشيتها".

لذلك يمكننا القول أن الإرادة كانت كل شيء، فعن طريق الإرادة يسود الشخص على ذمته. وبالتالي لا يمكن لأي تغيير أن يحدث فيها من زيادة أو نقصان إلا بموافقة تلك الإرادة. ومن هنا أتت ضرورة الإرادتين في الإلتزام الذي يربط بين شخصين. ومن الثابت أيضاً وفقاً للتوجه التقليدي أن الإرادة التي تكون العقد نهائية، وهي تعبر عن العدالة، ولا يمكن تعديل الإرادة المشتركة التي صنعها الطرفان كما أنها شيء ثابت نهائي، ولا يمكن كأصل عام الرجوع فيها بناءً على طلب واحد من الطرفين فحسب.

خلاصة القول أنه في أعتاب رحلة طويلة ساهمت فيها المعتقدات الدينية التي تمخض عنها الفكر الكنسي والمبادئ الاقتصادية والفكرية التي أفرزتها فلسفة القرنين السادس عشر والسابع عشر الميلادي، وبصفة خاصة فلسفة القانون الطبيعي استقر مبدأ الرضائية في صورته النهائية لكي يتخذ منه قانون نابليون سنة ١٨٠٤ أصلاً يقيم عليه أحكامه ومبادئه الخاصة بالعقود والإلتزامات ويقدمه بعد ذلك في ثوب فقهي وقانوني إلى معظم التشريعات التي سارت على هديه وأخذت عنه ومن بينها التشريع المدني المصري.^(٢)

وبناءً على ما سبق يمكن القول بأن صياغة القانون الروماني وأخلاق القانون الكنسي، وفلسفة القرن الثامن عشر فسرت لنا سبب الإلزام في العلاقات التعاقدية؛ فالعقد لا يستمد قوته الملزمة من القانون وإنما من إرادة طرفيه. ويقتصر دور القانون على الاعتراف بالأثر الملزم

(١) د. عبد الرحمن عياد : أساس الإلتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مرجع سابق، ص ٨.
(٢) من الملاحظ أن التطور في ذلك العصر وصل إلى حد التمييز بين فكرة القانون والدين، وتجرد القانون تدريجياً من سيطرة العقائد الدينية، وزالت فكرة النظام الإلهي المقدس الذي يحكم علاقات الأفراد وحل محلها في مبدأ آخر يناهض بتقديس حريات الأفراد وهو مذهب سلطان الإرادة. ذلك المبدأ الذي مر بمراحل تاريخية متعاقبة زادت من أهميته متعاقبة زادت من أهميته تدريجياً؛ حيث بدأ دور الإرادة يقوى في أوروبا في مجال تكوين العقود منذ نهاية القرن الثاني عشر وذلك نتيجة لاعتبارات عدة لعل أبرزها تأثير التعاليم الدينية وقانون الكنيسة والتي تقضي بضرورة احترام آثار الروابط العقدية ولو لم تفرغ في شكل أو قالب معين. للمزيد راجع د. صوفي حسن أبو طالب : أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني. مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٧ وما بعدها، وأنظر د. مصطفى سيد صقر : مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٤٤.

كما أرادہ طرفاہ. وہی أيضاً حرۃ فی ترتیب الآثار الی تترتب علی التعاقد.^(١) ولا یقید ہذہ الحریۃ سوى قید النظام العام وحسن الآداب. ولعل ذلك سيكون نقطة مهمة في دراستنا هذه نستطيع من خلالها تفسير كيف ساير القانون الواقع الحديث.

(١) للمزيد راجع : د.نزیه محمد الصادق المهدی : النظریۃ العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ٢٠٠٣، بدون دار نشر، ص ٢٥ وما بعدها؛ د.علي حسن نجیدہ : النظریۃ العامة للإلتزام، الکتب الأول، مصادر الإلتزام، ٢٠٠١، بدون دار نشر، ص ٢٥ وما بعدها؛ د.ودیع فرج : الاتجاهات الحديثۃ فی العقد والمسئولیۃ الخطئیۃ، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثانی والثالث، السنۃ الخامسۃ عشرۃ، ص ١١١ وما بعدها؛ د.فتحي عبد الرحيم عبد الله : العناصر المكونۃ للعقد كمصدر من مصادر الإلتزام، في القانونین المصري والانجلیزی المقارن، مجموعۃ البحوث القانونیۃ والاقتصادیۃ، المنصورۃ، ٢٤ وما بعدها.

المبحث الثاني

تقدير الأساس التقليدي للإلتزام العقدي

لقد مر أساس الإلزام في العقود بمرحلة هيمنت فيها الإرادة على العقد، وأُعتبرت وحدها مصدر القوة الملزمة^(١). إذ كان المبدأ هو حرية التعاقد، وأن العقد لا يستمد قوته من القانون وإنما من إرادة طرفيه. ويقتصر دور القانون على ضمان تنفيذ الإلتزام العقدي عن طريق فرض الجزاء المناسب عند الإخلال بذلك للإلتزام، والاعتراف بالعقد كما أراده الأطراف^(٢).

لكن يُلاحظ بشكل واضح أن السيادة التي أُعطيت للإرادة في وقت سابق لم تعد تتواكب مع المتغيرات الحالية، فحينما تتغير الظروف فإن مركز كل طرف بالنظر إلى مركز الطرف الآخر سيتغير، ويصبح تنفيذ العقد تنفيذاً دقيقاً غير متفق مع ما كان يتوقعه الطرفان عن التعاقد، كأننا نواجه مشكلة الغبن وعدم التعادل في الإلتزامات ولكن في نطاق آخر. لكن الأمر هنا لا يتعلق بعدم التعادل بين الإلتزامات عند تبادل الإرادات وإنما هو عدم تعادل لاحق لوجود التصرف، ومنذ ذلك الوقت بدأ فقهاء القانون المدني وبخاصة الفرنسي^(٣) يتساءلون حول مدى اللجوء للقضاء لإعادة التوازن العقدي باعتبار أن هذا أمر تدعو إليه قواعد الأخلاق؟

وقد قوبل هذا التساؤل بالرفض من الأساس من جانب الفقه الفرنسي^(٤) الذي يرى أن هذا التساؤل لا يمكن طرحه لأنه من خلال تفسيره المادة ١١٣٤ التي تسجل مبدأ القوة الملزمة للعقد، سنجد أنها ذات تطبيق عام مطلق وتخضع لها كل العقود مهما تغيرت الظروف. فالعقد من وجهة نظرهم قانون في صميمه ثابت وجامد يترجم العدالة وسجلها بشكل حاسم ونهائي، بل ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك بأن العقد وهو قانون يبدو في إحدى نواحيه أقوى من القانون، لأن هذا الأخير نفسه لا يستطيع أن يمسه.

و بالنظر إلى المغالاة الكبيرة فيما ذهب إليه أنصار الاتجاه السابق ظهر اتجاه آخر هاجم أصحابه النظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة نتيجة للتغيرات والتطورات الاقتصادية والاجتماعية. وضحى القول بأن العلاقة العقدية أصبحت متوازنة طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ما

(١) د.سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ٩٤.

(٢) Mireille Bacache-Gibeili : La relativité des conventions et les groupes de contrats. Paris, 1996. P.92.

(٣) PLANIOL, RIPERT et HAMEL : traité de droit civil français, 1965. T.VI. P.56 et S.

(٤) CARBONNIER (J.) : droit civil, T. 4, les obligations, 22° éd., puf, 2000, no21..

دامت تترتب هذه العلاقة برضا طرفيها أمراً لا يتفق في الوقت الحاضر وتراجع هذا المبدأ مما استدعى تدخل المشرع لتنظيم العقود تنظيمياً يستهدف تحقيق العدالة الاجتماعية⁽¹⁾ وأستند أصحاب الطرح السابق إلى عدة نقاط فمن ناحية أولى فإن القول بأن حرية الأفراد مطلقة هو قول مردود عليه ولا يستند إلى أساس علمي سليم، لأن الإنسان اجتماعي بطبعه، وبالتالي لا بد من وجود روابط قانونية والتزامات تقيد الحرية الفردية لضمان العيش داخل المجتمع، كما أن الإرادة لا تستطيع أن تنظم الالتزامات العقدية إلا في الحدود التي يسمح بها القانون التي تستمد قيمتها منه. فلا يمكن للفرد أن يبرم ما شاء من التزامات عقدية إلا في الحدود التي يتفق فيها مضمون هذه الالتزامات مع المصلحة العامة. وهو ما يتضح بجلاء من خلال عدم تمكن المتعاقدين من مناقشة شروط التعاقد بحرية وإرادة متساوية لعدم تواجدهم في مراكز اجتماعية واقتصادية متوازنة. وبالتالي يتمكن الطرف القوي اقتصادياً أو تقنياً من فرض شروطه على الطرف الضعيف هذا من جهة ثانية.

ومن جهة ثالثة، فإن الواقع أفرز مساوئ وتبعات إطلاق حرية الإرادة على المستوى الاقتصادي ولعل أهمها حدوث حالة من الفوضى فيما يتعلق بتوزيع الثروات والإنتاج. فالأفراد إذا لم يتم ضبط حرية إرادتهم فإنهم سوف يتجهون فقط نحو تحقيق الربح السريع على حساب العمل على الاستثمار في القطاعات النافعة من الوجهة الاجتماعية. لذلك فقد تزايدت في الآونة الأخيرة ظاهرة قيام الدولة بتوجيه الاقتصاد بهدف تحقيق الصالح العام وعدم ترك ذلك لإرادة المتعاقدين باعتبار أن ذلك هدف استراتيجي. ومن هنا ظهرت فكرة العقود الموجهة التي يقوم فيها المشرع بتوجيه الإرادة التعاقدية حتى لا يحدث تسلط اقتصادي يؤثر على توازن العلاقة التعاقدية.

ووفقاً لذلك يمكن القول بأن جعل الإرادة مصدر لكل الحقوق فيه إغراق في نواحٍ، وهو في نواحٍ أخرى. فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين، لا تستند إلى محض هذه الإرادات، وإنما تركز على اعتبارات اجتماعية ترجع إلى الاستقرار الواجب في التعامل والنظام الذي يجب أن يسود المجتمع. فليست الإرادة إذن هي أساس القوة الملزمة للعقد وإنما أساسها اعتبارات تتصل بالصالح العام على نحو ما سوف نناقش في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

وفسر جانب من الفقه ما سبق بقولهم أن شبه العقد لا يقوم على الإرادة و أولى من ذلك الجريمة وشبه الجريمة، حيث يرتب القانون الالتزام على نقيض ما تهدف إليه إرادة من صدر منه الفعل غير المشروع فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله، بل أراد النقيض من ذلك، فيلزمه

(1) Jacques Ghestin, Traité de Droit Civil, La formation du contrat, 3ème édition, LGDJ, 1996. P.36.

القانون رغماً عن إرادته.^(١) وقد فسر أصحاب هذا الرأي ذلك بحدوث عدة متغيرات اعتبرها نتائج الحد من مبدأ سلطان الإرادة ولعل أهمها تطور المصادر غير الإرادية للالتزام، وتزايد القوانين الأمرة بشكل سريع^(٢)، بالإضافة إلى أن غالبية العلاقات التعاقدية المهمة في الوقت الحالي لا تقوم ولا ترتب أي أثر إلا إذا أتت في شكل معين^(٣).

من الملاحظ أن العوامل السابقة أفرزت جدلاً فقهيًا كبيراً بخصوص مدى تراجع النظرية التقليدية للعقد، وبالتالي ظهور أحكام تعاقدية جديدة تسير تطورات العصر الحالي ولهذا اختلفت الآراء والتفسيرات الخاصة بذلك الأمر.^(٤) ولقد سبقت الإشارة إلى أنه إذا كانت جميع التشريعات تسلم في دائرة العقد بمبدأ سلطان الإرادة فإن ذلك لا ينفي أن تطور القانون استتبع بالضرورة إيراد العديد من القيود على كثير من نواحي هذا المبدأ وبخاصة حينما اقتضى الأمر تدخل الدولة لكفالة احتياجات الأفراد الضرورية والمحافظة على التوازن بين المراكز المختلفة. وبما أن التصرفات القانونية هي المجال الطبيعي للإرادة، وهي التي يتجلى فيها سلطان الإرادة على أوسع ما يكون له أن يظهر فإن سلطان الإرادة في هذا المجال ليس مطلقاً، بل ترد عليه العديد من القيود الشكلية والموضوعية، فعلى مستوى الشكل يستلزم القانون شكلاً معيناً للرضاء لإبرام بعض التصرفات القانونية وهو ما يعرفه فقهاء القانون بالشكلية المتطلبه لانقضاء أو نفاذ التصرفات هذا من ناحية.

(١) في الوقت الحاضر لم يعد العقد يسود كل مصادر الالتزام كما يقضي بذلك مبدأ سلطان الإرادة. فإلى جانبه أصبحت الحقوق والالتزامات المترتبة دون اتفاق تحتل مكانة مهمة. فمثلاً على صعيد القانون الفرنسي نص المشرع على مجموعة من الالتزامات مستمدة من القانون مباشرة "كما هو شأن الالتزامات المترتبة عن علاقات الجوار أو عن القرابة والالتزامات الضريبية". للمزيد أنظر :

Boris Starck, Henri Roland and Laurent Boyer, op.cit, p.8 et 9

(٢) لم يقتصر الأمر في هذا المقام على قيام المشرع بإصدار قوانين مكملة للإرادة فقط، بل أصبح يستأثر بتتظيم بعض العقود كما هو الحال في عقد العمل وعقد التأمين والتي لا يستطيع الأطراف مخالفة شروطها القانونية بل لقد أصبحت بعض العقود مفروضة على المتعاقدين فرضاً لا يمكنهم مخالفتها، كما هو الحال في حالات التأمين الإجباري إضافة إلى أن الشخص لا يمكنه اختيار المتعاقد معه أحياناً كما هو الحال في الشفعة.

(٣) من الثابت أن مجرد توافق الإرادتين يعد كافياً لإنشاء الالتزام العقدي. لكن هذا المبدأ أصبح محدود النطاق لوجود استثناءات كثيرة فأغلبية العلاقات التعاقدية المهمة كالبيوع العقارية لا تقوم اليوم ولا ترتب أي أثر إلا إذا أتت في شكل معين كالكتابة والتقييد بأحكام القوانين المنظمة لذلك مثل تطلب إجراءات وشكليات معينة لإثبات العقود أو لضمان نفاذ آثارها.

(٤) Mireille Bacache-Gibeili : La relativité des conventions et les groupes de contrats. Paris, 1996. P.92.

و من ناحية ثانية هناك نوع ثانٍ من القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة لكنها تلحق هذا المبدأ في شقه الثاني الخاص بسيادة الإرادة في ترتيب الآثار التي تتولد عن التصرف أي أنها تتجه إلى موضوع التصرف لا إلى شكله. فالناظر في القاعدة العامة الواردة في المادة ١٤٧ مدني مصري أو المادة ١١٣٤ مدني فرنسي يستفيد منهما أن الإرادة موفورة السلطان في ترتيب الآثار التي تريدها. إلا أن القانون يحد من سلطانها في كثير من الأحيان تحقيقاً للصالح العام. وترتد معظم هذه القيود إلى فكرة النظام العام وحسن الآداب. فلا يسوغ للتصرفات القانونية أن تستهدف ترتيب آثار تتعارض مع مصالح أساسية من مصالح الدولة سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو غير ذلك.

ونلاحظ في هذا الصدد خاصة فيما يتعلق بالقيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في شقه الموضوعي أن معظم القوانين الحديثة أوردت قيوداً على هذا المبدأ مراعاة للعدالة، ذلك الهدف الأسمى لأي تشريع باباحة تدخل القضاء ليعدل من شروط العقد في بعض الحالات.

و تعقيباً على تراجع مبدأ سلطان الإرادة أورد الفقيه جستان على لسان الفقيه "Kelsen"، أنه "ليس في وسع مبدأ سلطان الإرادة أن يشكل تفسيراً كافياً للقوة الإلزامية للعقد، الذي لا يفسر بدوره لماذا لا يجب وفقاً لهذا الأساس أن تتغلب الإرادة الحاضرة أو الحالية على الإرادة الماضية؟ أو بمعنى آخر لماذا يجب أن تتغلب الإرادة التي انقضت - "الإرادة الميتة" على حد تعبيره - على الإرادة الحاضرة "الإرادة الحية" لمن يرفض تنفيذ العقد.^(١)

من كل ما تقدم يتضح أن القيود تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة وتزداد يوماً تلو الآخر وإن لم تصل بعد إلى حد إهدار ذلك المبدأ قناعة بأن تقيد من إطلاقه مما يوحي بأننا نسير بخطى سريعة نحو ظهور ما يسمى بالعقود المفروضة أو الموجهة (Contrats dirigés) أي العقد الذي يحدد القانون أهم شروطه ولا يكون للأشخاص إلا أن يرتضوه. كما ظهرت فكرة ما يسمى بالعقود المفروضة أو الجبرية (Contrats imposes ou forces) كعقود التنمية أو العقود الجماعية، التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ومقتضيات النظام العام.^(٢)

(١) Jacques Ghestin, Traité de Droit Civil, La formation du contrat, 3ème édition, LGDJ, 1996. P.35.

(٢) د.بلحاج العربي : مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والاجتهادات القضائية العربية والفرنسية، دراسة مقارنة، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤، ص ٢٢٤.

الفصل الثاني

مبررات تراجع أساس القوة الملزمة للعقود

فى ظل التراجع الذى أصاب مبدأ سلطان الإرادة وانحسار دوره ساد المذهب الاجتماعى بأبعاده الفلسفية المبنية على الجانب الاجتماعى والاقتصادى للعقد وليس على إرادة المتعاقدين فحسب. وظهرت مجموعة عوامل أجبرت المشرع على التدخل فى العقود وإخضاع إرادة المتعاقدين لفكرة النظام العام. فقد عمد إلى تنظيم قواعد إبرام بعض العقود بل وإنهائها بصورة أمره تؤثر سلباً على إرادة المتعاقدين. وقد كان القصد من ذلك هو حماية التعاقد. ففى عقد العمل على سبيل المثال تدخل المشرع ونظم عقد العمل حتى لا يتمكن صاحب العمل من فرض شروط مجحفة بحق العامل الذى لن يكون أمامه إلا أن يقبلها، وبذلك حاول المشرع أن يصل إلى تحقيق التوازن فى علاقتهما منذ بداية التعاقد وحتى انتهائه.

ولأجل تحقيق ذلك التوازن والاستقرار العقدى عند إبرام العقد وضع المشرع مجموعة من القيود على إرادة المتعاقد، سواءً من حيث تحديد شكل العقد أو من حيث حرّيته فى أن يتعاقد أو لا يتعاقد. كما جعل هذه القيود أمره يترتب على مخالفتها البطلان حتى ولو باتفاق المتعاقدين. إن هذا التدخل الذى وجد مبرراته الموضوعية فى تجسيد مصالح الطرف الضعيف فى العلاقة العقدية جعل الفقه يتساءل عن أثر تدخل المشرع على تغيير نظرة الفقه لأساس

الالتزام العقدي؟ وقد سُمي هذا التدخل المتزايد للدولة في العقود ازدهار فكرة النظام العام في المجالات الاقتصادية والاجتماعية بالأزمة التي أصابت العقد⁽¹⁾.
ومن أجل الإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مطلبين نستعرض في الأول صور تدخل المشرع في العلاقات التعاقدية ثم نبحث في الثاني أثر هذا التدخل من خلال العرض لارتقاء الأساس القانوني.
المبحث الأول : تدخل المشرع في المجال التعاقدي.
المبحث الثاني : تراجع نظرة الشراح تجاه القوة الملزمة للعقود.

المبحث الأول

تدخل المشرع في المجال التعاقدي

لقد سيطرت الدولة في الآونة الأخيرة على النظام الاقتصادي بمقتضى قواعد قانونية أمره من خلال الهيمنة على توزيع الثروات وتنظيم الإنتاج، وتحديد أسعار السلع والأجور، وإيجار المساكن، والأراضي الزراعية وكذا توجيه تداول المنتجات.. الخ، وقد أدى ذلك إلى اتساع دائرة النظام العام الاقتصادي بدرجة كبيرة؛ فلم يعد كافياً أن يتعاقد الناس وفق ما تمليه الإرادة، وإنما أضحي من المتعين في بعض الحالات أن يتعاقدوا وفق شروط موضوعية محددة سلفاً⁽²⁾ من أجل تجنب الاختلال في التوازن في العقود.

لذا فقد عمل المشرع على التدخل بصفة مسبقة ووقائية في محتوى بعض هذه العقود، إما بالقيام بفرض بعض شروط العقد وتحديد محتواه أو قيامه بمنع واستبعاد بعض هذه الشروط. وبهذا التدخل التشريعي المسبق أصبح ظهور خطر اختلال كبير في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف أمراً محدوداً إلى حد كبير. وهذه القيود المعلومة للجميع ممن يعملون في الحقل القانوني أو غيره توجي - كما سبق الإشارة - بأننا نسير بخطى سريعة نحو ظهور ما يسمى بالعقود المفروضة كعقود التنمية أو العقود الجماعية، التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ومقتضيات النظام العام، أو الموجهة أي العقود التي يحدد القانون أهم

(1) Jacques Ghestin, la formation du contrat, op.cit, p.188.

(2) Cf. Morel. le contrat impose, Etudes, G.Ripert, T 2, p.116 et s.

مشار إليه لدى د. بلحاج العربي : مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والاجتهادات القضائية العربية والفرنسية، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٢٤.

شروطها. وفي هذه النوعية من العقود، لا يلعب الرضا دوراً حاسماً في مناقشة شروط العقد؛ لأن الطرفين يطبقان نظاماً رسمياً مفروضاً عليهما من جانب الدولة التي تتدخل في العلاقات القانونية حماية للطرف الضعيف، وإبطالاً للشروط التعسفية في بعض العقود.

وقد نتج عن هذا التدخل في تنظيم العقود ما سُمي بأزمة العقد بسبب التدخل في تنظيم الروابط العقدية تنظيمياً أمراً لا يترك للعاقدين إلا مجالاً وحيزاً محدوداً، ومحاولة توجيه العلاقة التعاقدية لخدمة الصالح العام، من خلال قيام السلطة التشريعية بإصدار قوانين أمرة لا يستطيع الأطراف مخالفة شروطها القانونية وليس فقط مكملة لإرادتهم لدرجة أن المشرع أصبح يستأثر بتنظيم بعض العقود (مثل عقد العمل، وعقد التأمين). بل أصبحت بعض العقود مفروضة على المتعاقدين، كما أصبح التعاقد وفق شروط معينة في فرضيات كثيرة أمراً واجباً وملزماً للمتعاقدين^(١)، ولم يعد اختيار المتعاقد معه أمراً جائزاً أحياناً بالنظر لوجود عدة حقوق قانونية

(١) تُعد القواعد القانونية المقررة لحماية المستهلك في وقتنا الحالي من بين القواعد التي تعبر حقيقة عن التدخل التشريعي الكثيف من قبل المشرع. وتفرض هذه القواعد بعض الالتزامات على عاتق المهنيين المحترفين - سواء كانوا منتجين أو موزعين ومن بينها الالتزام بإعلام المستهلك وإعطائه صورة واضحة عن العقد المقبل على إبرامه وكذلك محل التعاقد منتجاً أو خدمة، ناهيك عن بعض الالتزامات التي أضافها القضاء، إضافة إلى بعض الحقوق المقررة لصالح المستهلك كحقه في العدول عن العقد قبل أو بعد بدء التنفيذ، وكذا إمكانية الرجوع على المنتج بموجب دعوى فردية أو جماعية و كلها حقوق والتزامات تم إقرارها من قبل المشرع من أجل تحقيق العدالة التعاقدية ووضع حد لعدم توازن العلاقة التعاقدية ذات الطابع الاستهلاكي والتخفيف من حدة سلطان الإرادة الذي طغى عليها.

تجدر الإشارة إلى أنه صدر في مصر القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ الخاص بحماية المستهلك، ومن أبرز القوانين في فرنسا القانون رقم ٧٨ - ٢٣، المؤرخ في ١٠ يناير ١٩٧٨، المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية، المعدل والمتمم بقوانين عديدة منها - القانون رقم ٧٨ قانون ٠٥ يناير ١٩٨٨، وقانون الاستهلاك لسنة ١٩٩٣، وقانون ٠١ أبريل ١٩٩٥، وقانون ٢٨ يناير ٢٠٠٥.

وعلى الصعيد الأوروبي صدر الإعلان الأوروبي لحماية المستهلك وذلك في عام ١٩٧٣ والذي تضمن مجموعة من المبادئ الرئيسية لحماية المستهلك. للمزيد حول هذه المبادئ يرجى زيارة الرابط التالي: <http://www.jurisques.com/jfc23.htm> آخر زيارة للموقع في ٢٠١٤/٥/١٠م.

وعلى الصعيد الدولي صدرت مجموعة مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لحماية المستهلك بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٩/٣٤٨. انظر :

Sale, consumer protection under a liberalized trade system in selected countries of the Eswa region, UN, NEW YORK, 2000.P1.

للشفعة والأفضلية تمكن بعض الأشخاص من الحلول محل المتعاقد المختار بشروط معينة^(١)، الأمر الذي معه تكون إرادة المتعاقد غير حرة ويضحي البحث عن أساس جديد للقوة الإلزامية للعقد أمراً لا مفر منه.

ونتيجة حتمية لما سبق نجد أن هذا الاتجاه أثر بشكل كبير ومباشر على حرية الأفراد في التعاقد فلم يعد بإمكان الأفراد التعاقد مع الشخص الذي يفضلونه ولا بالشروط التي يتراضون بشأنها وبذلك أصبح العقد في حالات كثيرة منظماً Réglementée إلى حد كبير، بل تجاوز الأمر ذلك فلم يقتصر التدخل التشريعي على مرحلة تكوين العقد ولكن امتد أيضاً إلى مرحلة تنفيذه، ففي العديد من الحالات يفرض المشرع على المتعاقدين أثناء التنفيذ تعديلاً أو أكثر لاتفاقهم.^(٢)

ونتيجة لما تقدم فقد توسع بطبيعة الحال مفهوم النظام العام فلم تعد تقف هذه الفكرة عند حد المحافظة على المصالح الخاصة^(٣) كما هو الحال في الماضي، بل أصبح يشمل أيضاً القواعد السياسية الاقتصادية والاجتماعية المعتمدة من طرف الدولة خدمة للمصالح العام والتي لا يجوز للمتعاقدين مخالفتها في تعاقدهم. ونظراً للازدياد المضطرب في عدد القوانين ذات الصلة بفكرة النظام العام بمفهومها الواسع والذي لم يعد يقف عند حدود الحفاظ على المصالح الخاصة أي الحريات الفردية والحقوق المالية^(٤) كما هو الشأن في الماضي بل أصبح يشمل إلى جانب ذلك

(١) Boris Starck, Henri Roland and Laurent Boyer, Droit civil, Les Obligations, tome 2 : le contrat .5^{ème} éd. Ed litec.(28) paris.1995. p.8 et 9.

(٢) د.عابد فايد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٣) Jacques Ghestin, la formation du contrat, op.cit., p.107 et s.

(٤) تُعد بعض روابط المعاملات المالية محققة لمصلحة عامة وبالتالي تعتبر من النظام العام ومن ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في الدولة، فهي تارة تقسح المجال للنشاط الفردي وطوراً آخر تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف. ومن الأحكام المتعلقة أو التي تكفل حماية الغير حسن النية. و يمكن القول بأن طائفة كبيرة لا يستهان بها من قواعد المعاملات المالية تتعلق بالنظام العام وهي تكون كذلك كلما مست مصلحة أساسية للمجتمع. ومثال لذلك القواعد التي تنظم شهر التصرفات العقارية، والقواعد التي تعين حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية.

للمزيد حول فكرة النظام العام راجع :

A.Jeamnaud, Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente, Droit soc. 1999 , février, n°17. Le régime de l'ordre public en droit du travail, Etude offertes a J. Ghestin , LGDJ, Montchrestien, 2001, p.

أيضاً قواعد السياسة الاقتصادية والاجتماعية المعتمدة من طرف الدولة خدمة للصالح العام والتي لا يجوز للمتعاقدین الاتفاق على مخالفتها، وكذلك القوانين والتنظيمات القانونية المتعلقة بحماية الأطراف الضعيفة في العلاقات التعاقدية.^(١)

وقد كونت هذه القواعد الخاصة التي تنسم بالصفة الأمرة ما يسمى بالنظام العام التوجيهي، وهو عبارة عن مجموعة من القواعد تم وضعها لحماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع بمختلف جوانبها الاقتصادية والثقافية والسياسية والاجتماعية، كونها المعبرة عن هوية المجتمع التي تحرص الدولة على المحافظة عليها وتمنع أي انتهاك أو تعديل فيها سواء سلباً أو إيجاباً حيث يتعلق ذلك بالسياسة الاجتماعية والاقتصادية للدولة.

ولعل تنظيم الأمر بصورة أمرّة على هذا النحو دفع جانب من الفقه الفرنسي^(٢) إلى الحديث عن موت مؤسسة العقد "la mort du contrat" وذلك بسبب حلول توزيع الثروات بحسب الحاجة محل تداولها وفقاً لقانون العرض والطلب واحتياجات السوق.

363. L. Roze Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Droit. soc. 1977, p. 331, Jacques Ghestin, la formation du contrat, op.cit., p.107 et s.

(١) يقول Christian Larroumet في هذا الشأن:

(D'autres atteintes ont été portées à la liberté contractuelle pour des raisons qui n'ont rien à voir avec le protectionnisme social. Il s'agit de l'instauration d'un ordre public économique que l'on qualifié quelquefois de direction, en ce que l'Etat, maître d'une politique économique, entend que les volontés des contractants ne portent point atteinte à cette politique par des stipulations contractuelle qui lui seraient contraires et que en paralyseraient ou réduiraient les effets. Le dirigisme contractuel correspond ainsi à l'économie dirigée. Bien mieux, le dirigisme économique suppose le dirigisme contractuel, en raison de ce que c'est par le contrat que sont réalisés les échanges économiques. Les manifestations de ce dirigisme économique sont nombreuses et variées, aussi bien en ce que concerne les contrats conclus entre particuliers que les contrats conclus entre producteurs et distributeurs de produits, entre fabricants et investisseurs, entre producteurs ou consommateurs et distributeurs de crédit.)"

(٢) Christian Larroumet : Droit civil, Tome 3, les obligations, le contrat, 1^{re} partie, 2007., p.34 et s.

ولعل ذلك يوصلنا لنتيجة أخرى مفادها أن تدخل المشرع بإدراجه لقواعد وأحكام في العلاقات العقدية ما هو إلا حد من الحدود التي يرسمها القانون للإرادة بهدف الموازنة بينها وبين العدالة والصالح العام من خلال إحداث حالة من التوازن بين حرية مطلقة للتعاقد وشكلية مفرطة له وذلك كله دون المساس الجدي بمبدأ رضائية العقود. وفيما يلي استعراض لأبرز صور تدخل الدولة في العلاقات التعاقدية على النحو التالي :

أولاً : تحديد مضمون العقد بموجب قواعد تشريعية أمرة :

من المعلوم بصفة عامة أن إبرام العقود يركز بصفة رئيسة على إرادة طرفي العقد. فالإرادة إذن هي الأساس الذي بموجبه يتم تحديد مضمون العقد وأثاره ، كما أن النظام القانوني لنظرية العقد المنصوص عليه في القانون المدني ليس إلا نظاماً مكماً أو متمماً، بمعنى أنه لا يتدخل إلا في حالة سكوت الأطراف أو من أجل انعدام خبرتهم أو عدم تمكنهم من التعبير عن إرادتهم بطريقة واضحة^(١) ومع ذلك يُلاحظ أن هذا المبدأ ليس مطلقاً إذ ورد عليه العديد من القيود من خلال مجموعه من القواعد الأمرة. و بمفهوم المخالفة للأطراف في العلاقة التعاقدية خارج دائرة النظام العام يحق لهم تحديد مضمون اتفاقهم بإرادتهم الحرة. وقد اتسعت هذه الدائرة مؤخراً من أجل تلافي اختلال التوازن في عدد من العقود، وذلك مثلاً من خلال فرض شكلية قانونية أمرة بالتحديد المسبق لمحتوى العقد التي أظهرت التجربة والواقع العملي خطورته لعدم توازنه.

ومن الملاحظ أن التدخل التشريعي في العقود لإعادة توازنها قد يكون جزئياً أو كلياً، فمن ناحية أولى يكون التدخل جزئياً عندما يكتفي المشرع بفرض بعض الشروط في العقود المحررة بصفة فردية من قبل المحترفين. ومثال لذلك عقد التأمين، فالمؤمن له في عقد التأمين ليست لديه الخبرة الفنية والقانونية ولا القوة الاقتصادية التي تخوله إمكانية التفاوض بشأن مقتضيات التعاقد الذي يتم تحرير شروطه العامة من جانب المؤمن، وبالتالي يجد المؤمن له نفسه في أغلب الأحيان في حالة من الضعف لا تسمح إلا برفض أو قبول التعاقد. وقد تنبه المشرع لهذه الحالة فقام بالتدخل في هذا النوع من العقود من أجل الحد من تلك الحرية التعاقدية المفرطة التي تسمح بمثل هذه الممارسات وتفتح الباب على مصراعيه للتعسف واستغلال الطرف الضعيف، وذلك بنصه على مجموعة من القواعد الأمرة التي لا يمكن لأي شرط تعاقدى أن يخالفها.

وبإمعان النظر في تدخل المشرع في الحالة السابقة نجد أنه يهدف من تدخله هذا إلى حماية مضمون الحرية التعاقدية ذاتها، وذلك من خلال العمل على ملاءمة العقد مع الحاجات

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصادر الالتزام، مرجع سابق الإشارة إليه، رقم ٦٨، ص ١١٥.

الواقعية والملموسة للأطراف. ففي المثال السابق نجد أن عقد التأمين من العقود التي تنفرد شركات التأمين بإعدادها مسبقاً، بينما ينحصر دور المؤمن لهم على قبول التعاقد بالتوقيع على نماذج العقود المعروضة عليهم، والتي غالباً لا يقوم المؤمن لهم بقراءتها بتمعن إما لتصورهم عدم إمكانية مناقشة شروطها، أو لأن هذه الشروط كثيرة ومطبوعة بشكل معقد يصعب على الشخص العادي متابعتها وفهمها. لذا تدخل المشرع لحماية المؤمن له من خلال تحديده لمجموعة من البيانات التي يجب إدراجها في هذا العقد واشترطه تحرير بعضها بحروف واضحة نظراً لخطورتها، وهو بتدخله هذا لا يخرج عن استلزام الأخلاق⁽¹⁾ الذي يجب أن يوجه العلاقات بين الأفراد في المجتمع حتى يحقق مبدأ العدالة والإنصاف الذي يسعى القانون إلى بلوغه الأمر الذي يقتضي بطبيعة الحال أن تكون الشروط الواردة في العقد مطابقة لما تفرضه الأمانة والعدالة في التعامل.⁽²⁾

ومن ناحية ثانية فإن التحديد قد يكون كلياً لمحتوى العقد، وذلك نظراً لما تتسم به بعض العقود من تعقيد واختلال في التوازن وترجيح كفة الطرف القوي الذي لا يتوانى في استغلال جهل أو ضعف الطرف الآخر، الأمر الذي دفع الكثير من التشريعات إلى تحديد محتوى هذه العقود كما هو حاصل في التشريع الفرنسي الذي قام بالفعل بحماية المتعاقد في عقد القرض الاستهلاكي من خلال تحديد محتوى العقد تحديداً كلياً كأداة فعالة لضمان هذا التوازن العقدي.⁽³⁾ والأمر هنا لا يتوقف عند حد تبصير إرادة المقترض، بل يتعدى في هذه الحدود ذلك بتحديد محتوى العقد تحديداً دقيقاً وإعطاء البيانات الإلزامية دوراً حاسماً ومهماً في حماية المتعاقد الضعيف؛ إذ أنه من خلال الكتابة والبيانات الإلزامية أصبح كل بحث عن إرادة الأطراف ثانوياً؛ ذلك أن الالتزام - وجوده ومحتواه وآثاره - أصبح خاضعاً لما هو مكتوب، أي لشكل البيانات بل وأحياناً لمكانها في المحرر.

(1) Y.Lambert Faivre, Droit des Assurance , 9 éd, Dalloz 1995. n 117.

وأنظر أيضاً : د.نبيل إبراهيم سعد : ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، دراسة للقواعد الموضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٧ وما بعدها.

(٢) تؤكد Y. Lambert Faivre على ضرورة التوفيق في هذا الإطار بين العدالة التعاقدية والاستقرار القانوني. للمزيد أنظر :

Y. Lambert Faivre, Droit des Assurance , op.cit., n.117

(3) Sophie Gjidara, L'endettement et le droit privé, préf . Alain Ghozi, LGDJ 1999, n 238, p.192

وفي ذلك يرى جانب من الفقه المصري^(١) أن معظم التشريعات المنظمة للانتماء الاستهلاكي قامت بتحديد سعر الفائدة والمدة القصوى للقرض وشروط دفع المقدم والأقساط، بل والأوضاع الواجب اتباعها في تحرير العقد وما إلى ذلك. ولذلك نجد أن مضمون رضا المقترض قد تعرض- في مثل هذه الظروف- لتحديات مهمة، بل إن التشريعات الحديثة لم تكتف بذلك بل ذهبت إلى حد تنظيم شكل التعبير عن الإرادة وكيفية هذا التعبير. وبذلك أصبحت حماية المتعاقد المستهلك في هذا المجال لها هدف محدد وهو إعادة التوازن في العلاقات القانونية بين الأطراف. أي أن المشرع أخذ في الاعتبار عدم المساواة من الناحية الاقتصادية بين المقرض والمقترض وعمل على تصحيحها بطريقة مباشرة. وقد كانت وسيلة المشرع في ذلك هي تعويض عدم التوازن في القوى الاقتصادية بإنشاء عدم توازن في المزايا القانونية.

ويمكن أن نستخلص من الموقف المتقدم للمشرع الفرنسي أن افتراض احترام الأطراف للنموذج المفروض قانوناً جعل العقد بمنأى عن كل نزاع وحقق الاستقرار العقدي المطلوب؛ لأن تحديد مضمون العقد بهذا الشكل ساعد على معرفة حقيقة التصرف القانوني بدون صعوبة ما دام أنه يؤدي إلى التعبير عن محتوى العقد بشكل دقيق بضبط التعبير عن الإرادة المتعاقدة من خلال ما تمنحه من موازنة بين الإقدام على التصرف واستكمال شكلياته أو رفضه بالكلية.

ثانياً: حماية المتعاقد الضعيف من خلال استبعاد الشروط التعسفية:

إذا كانت الصورة السابقة التي تناولناها تركز على قيام المشرع بعمل تحديد مسبق لمضمون العقد، فإن التدخل في هذه الصورة يكون بأسلوب المنع عن طريق قيام المشرع باستبعاد الشروط التعسفية التي يكون بإمكان الطرف القوي فرضها على الطرف الضعيف في العقد.

وقد برزت مشكلة غلو المتعاقدين المحترفين في إدراج مثل هذه الشروط في المجال التعاقدى مع مطلع النصف الثاني من القرن التاسع عشر بسبب التفوق الاقتصادي أو التقني الذي سمح باختلال التوازن العقدي نتيجة تفوق أحد الأطراف بحكم قوته التقنية أو الاقتصادية وضعف الطرف الآخر خاصة إذا واكب هذا التفوق احتكاراً للسلعة أو الخدمة الضروريتين للعموم.^(٢) وهذا ما جعلها مجالاً خصباً لتزايد الشروط التعسفية.^(١) ومما توصل إليه الفقه

(١) دنيل إبراهيم سعد : ملامح حماية المستهلك في مجال الانتماء في القانون الفرنسي، دراسة للقواعد الموضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٧ وما بعدها.

(٢) د.حسن عبد الباسط جمعي : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٠٧

الفرنسي في هذا الشأن أن عقود الاستهلاك تعتبر المجال الخصب لتنامي الشروط التعسفية انطلاقاً من أن المهني هو الذي يبادر بوضعها في قالب نموذجي بحيث يكتفي المتعاقد الآخر بقبول شروط العقد جملة أو رفضها كلية إلا أن الرفض من الناحية الواقعية لا يتحقق إلا بضرر بالنسبة للمستهلك، خاصة وأن محل العقد يعتبر ضرورياً بالنسبة له سواءً تعلق الأمر بالخدمات أو السلع.^(١)

الحاصل هنا إذن أن مفهوم العقد المتمثل في أنه اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين أصبح متجاوزاً ذلك المفهوم لأن كثير من العقود الآن يغلب عليها الطابع الانفرادي؛ حيث تتولى المؤسسات الاحتكارية أو المهني بصفة عامة إعدادها بطريقة أحادية قصد طرحها كإيجاب بات متضمناً لشروط التعاقد مما جعل هذه العقود تدخل ضمن قائمة عقود الإذعان. وعليه فإن النظرية العامة للعقد المبنية على احترام المساواة القانونية دون الاقتصادية والتقنية أصبحت متجاوزة لأنه لا يمكن الجزم بأن كل الشروط المقبولة من طرف المتعاقد تعتبر عادلة، وهذا ضدّاً على مبدأ سلطان الإرادة الذي لا يعترف بالشروط التعسفي. انطلاقاً من أن كل إرادة غير معيبة بعيب من عيوب الرضا تعتبر صحيحة دون النظر إلى انعدام التكافؤ الاقتصادي أو التقني؛ لأن اختلال التوازن العقدي في هذه الحالة لا يمس الإرادة. ومما هو جدير بالذكر أن القضاء الفرنسي أبدع في استخدام مبادئ العدالة في سد النقص الذي قد يشوب المقتضيات الاتفاقية أو القانونية المنظمة للعقود. وبالاستناد لهذا الأساس بادر القضاء الفرنسي إلى توسيع الآثار المترتبة على بعض العقود لتشمل الكثير من الالتزامات، فعلى سبيل المثال عمل القضاء الفرنسي ولفترة طويلة على تطوير الالتزامات العقدية المتعلقة بالإعلام وإسداء النصح^(٢) لتشمل كثيراً من العقود و المعاملات مثل التزام الوكيل العقاري بإخبار وإسداء النصح لموكله بخصوص قيمة العقار الذي ينوي بيعه عندما يقترح ثمناً منخفضاً^(٣)، والتزام المهندس المعماري بإخبار رب العمل بالصعوبات الإدارية التي تعترض إنجاز الأشغال المبرمجة^(٤)، والتزام بائع الأجهزة المحترف بإسداء المشورة وإعلام المشتري الجاهل لاسيما بخصوص مساوئ نوع الأجهزة التي اختارها، وكذا الاحتياطات الواجب

(١) Jean Calais-Auloy : Droit de la consommation - Précis – Dalloz 3 éd 1993, p.134.

(٢) Calais : Droit de la consommation ,op.cit, p.134 et s.

(٣) Les Obligation Contractuelle de Renseignement et De Conseil.

(٤) Cass.Civ, 1^{er} 30 octobre 1985 Bull,civ,1, n° 277,p.248.

(٥) Cass.Civ, 3^e, 9 décembre 1992, Bull. Civ III, n° 318, p.248.

اتخاذها عند استعمالها.⁽¹⁾ ومن الالتزامات أيضا التي توسع فيها القضاء الفرنسي وطورها في العديد من المجالات الالتزام بالمراقبة⁽²⁾، ومثال له مسؤولية صاحب الفندق عن مراقبة أمتعة النزيل الموضوعة في محل خاص تابع للغرفة التي قام بتأجيرها هذا الأخير.⁽³⁾، والتزام البنك بالمراقبة الواردة بعقد تأجير خزانة حديدية للعميل⁽⁴⁾، وكذلك التزام منظم الرحلات بواجب المراقبة الذي يفرض عليه الانتباه لتصرفات الأطفال تجنباً لأي ضرر قد يلحق بهم.⁽⁵⁾

ومن الواضح أنه على الرغم من عدم وجود نصوص خاصة تقرر الالتزامات العقدية السالفة؛ إلا أنه بات من الواضح أنها التزامات تفرضها الأحكام العامة في تنفيذ العقود بحسن نية وتعتبر من مستلزمات بعض العقود. ولم تقف الأمور بالنسبة للاجتهاد القضائي الفرنسي عند هذا الحد فقد استحدثت التزامات عقدية أخرى فرضتها موجبات العدالة والإنصاف في عقود معينة لعل أبرزها الالتزام بعدم المنافسة⁽⁶⁾؛ فقد قررت محكمة النقض الفرنسية إلزام الوكيل المرتبط بعقد وكالة ذات نفع مشترك بعدم منافسة موكله؛ لأنه في هذا النوع من الوكالة إذا كان يجوز للوكيل قبول تمثيل موكل آخر- ما لم يتفق على خلافه- فإن ذلك مشروط بالألا يكون منتج الموكل الأخير منافساً لمنتج الموكل الأول باستثناء فرضية موافقة الثاني.⁽⁷⁾ وفي قضاء آخر لذات المحكمة قررت إلزام الوكيل المحترف بواجب التثبيت من الصفة الحقيقية للموكل الذي وكله للقيام بتصرف قانوني معين.⁽⁸⁾

وانطلاقاً من ضرورة توفير الحماية للمتعاقد من هذه الشروط، ومسايرة للاجتهاد القضائي فقد عمل المشرع الفرنسي على إقرار مجموع هذه الالتزامات بمقتضى نصوص خاصة ومتفرقة نذكر منها على سبيل المثال قوانين الاستهلاك الصادرة بقانوني ١٠ يناير ١٩٧٨ و ١٣ يوليو ١٩٧٩ اللذين يؤمنان حق إخبار وحماية مشتري العقار أو المنقول، ثم تلي ذلك الحماية التي تأسست بتبني القانون التوجيهي للبلدان الأوروبية المشتركة الصادر بتاريخ ١٥

(1) Cass.Civ, 1^{er} 27 février 1985, Bull. Civ,I, n° 82,p.75; Cass.Com, 11 Juliet 1988, Bull. Civ, IV, n° 250,p.172; Cass.Civ, 1^{er}, 4 Avril 1991, Bull. Civ, I, n° 131, p.87; Cass.Civ, 1^{er} 13 October 1987 Bull,Civ,1, n° 262,p.190.

(2) Obligations de Surveillance.

(3) Cass.Civ, 1^{er} 13 octobre 1987 Bull,Civ,1, n° 262,p.190.

(4) Cass.Civ, 1^{er} 29 mars 1989 Bull,Civ,I, n° 142,p. 94

(5) Cass.Com, 1^{er} 15 janvier 1985 Bull,Civ,IV, n° 23,p. 18; Cass.Civ, 1^{er} 15 novembre 1988 Bull,Civ,1, n° 318, p. 216; Cass.Civ, 1^{er} 10 février 1993 Bull,Civ,1, n° 66,p. 43.

(6) obligation de non-concurrence.

(7) Cass.Com, 16 mars 1993 Bull,Civ,IV, n° 109,p. 75.

(8) Cass.Civ, 1^{er},13 octobre,1992, Bull.Civ, I, n° 250,p. 165.

يوليو ١٩٨٥ المتعلق بالمسؤولية عن استعمال مواد معينة. كما أكد قانون الاستهلاك الصادر بتاريخ ٢٦ يوليو ١٩٩٣ على التزام البائع المحترف بإعلام المشتري المستهلك بشأن خصوصيات البضائع المباعة.^(١)

وفيما يتعلق بمعالجة الشروط التعسفية الواردة في العقود فقد اختلفت هذه المعالجة تبعاً للطريقة والأسلوب المتبع في تحديد هذه الشروط، إذ اتبع المشرع الفرنسي طريقة إصدار لائحة تشمل هذه الشروط، وعليه وضعت فرنسا لائحة على سبيل الاستثناس وردت ضمن المادة ١٣٢-١ من تقنين الاستهلاك الفرنسي، وهي عبارة عن مجموعة من الشروط التي يمكن للمدعي عليه مواجهتها وإثبات أنها غير تعسفية حسب الظروف. وفي ذات السياق قصر التوجيه الأوروبي الصادر في ٥ إبريل ١٩٩٣ المجال على العقود التي لم تكن محل مفاوضات كما هو الأمر بالنسبة لعقود الإذعان المنظمة بقواعد القانون الخاص.^(٢) ويمكن أن نستنتج من اتباع المشرع الفرنسي لأسلوب اللائحة أنه بهذا التوجه يهمل من دور القضاء ويحد من سلطته التقديرية، وقد جاء أيضاً بالمادة ١٣٢-١ أن مجلس الدولة هو الجهة المختصة بإصدار قرارات باعتبار أن شروطاً معينة تعد شروطاً تعسفية. فمسألة الفصل إذن فيما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا موكولة إلى مجلس الدولة الفرنسي. ولكن بعد أخذ رأي اللجنة المنصوص عليها في المادة ٥٣٤-١ من تقنين الاستهلاك. وإذا قرر بأن شرطاً ما تعسفي فإنه يعد باطلاً ولا ينفذ ويستمر في تنفيذ العقد بدونه إن أمكن ذلك.

ومما تجب الإشارة إليه هنا أن اللجنة المنصوص عليها في المادة ٥٣٤-١ من تقنين الاستهلاك هي لجنة الشروط التعسفية CCA (Commission des clauses abusives) وهي لجنة إدارية تابعة للوزير المسؤول عن شؤون الاستهلاك، تكون مهمتها رفع توصيات غير ملزمة. لكن خبرة هذه اللجنة في مجال الشروط التعسفية يجعل أعمالها وتوصياتها تؤخذ بعين الاعتبار من السلطات المختصة.^(٣)

أما المشرع المصري فعلى الرغم من خلو قانون حماية المستهلك المصري من نصوص صريحة تنظم حماية المستهلك من الشروط التعسفية إلا أن القانون أشار إلى هذه الحماية عن طريق حظر كل ما من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك وهو حكم بلا شك يحقق نفس النتيجة؛ حيث أن الشروط التعسفية ترتب الإخلال بحقوق المستهلك مما يستوجب حظرها وجاء النص

(١) Muriel Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, L.G.D.J, Paris, 1992, P.38.

(٢) François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette : droit civil, le obligations, Dalloz, Paris, 8^eéd, 2002.p.326 et s.

(٣) للمعلومات حول هذه اللجنة وطريقة عملها وأنشطتها يرجى زيارة موقعها الإلكتروني التالي :

على ذلك في صدر المادة الثانية من نفس القانون. لذا فقد اتبع المشرع المصري الأسلوب القضائي أو التقديرى والذي يُقصد به منح السلطة القضائية سلطة تقديرية من أجل تكييف كل شرط تعاقدي على حدة. وبيان إذا ما كان هذا الشرط تعسفياً من عدمه مع ترتيب الآثار القانونية اللازمة تبعاً لذلك.

ف نجد تطبيقاً لما تقدم ما تضمنته المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري والتي تنص على (إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً الاتفاق على خلاف ذلك). فالمادة هنا صريحة فيما ذهبت إليه من منح القاضي هذه السلطة التقديرية. ويُستفاد من هذا الأسلوب التقديرى الذي اتبعه التشريع المصري أن المشرع يترك قدراً كبيراً من الحرية من أجل مراقبة شروط العقد والتأويل الخلاق عند غموضها بما يضمن حماية فعالة للطرف الضعيف، وهذا من شأنه أن يخول القاضي حق التدخل في المجال التعاقدى مما قد يزيد من تقييد الحرية التعاقدية.^(١) ويؤكد هذا الرأي على أن القاضي ما يزال رغم الالتجاء إلى قواعد العدالة يعمل في حدود وظيفته.

وبالنظر للمادة ١/١٥١ نجد أنها تنص على أنه (يفسر الشك في مصلحة المدين)، وهذا هو الأصل ولكنه -على سبيل الاستثناء وفقاً للفقرة الثانية من نفس المادة- لا يجوز للقاضي تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان بشكل يضر مصلحة الطرف المذعن. وفي ذلك يرى جانب من الفقه العربى^(٢) أن القاضي عندما يعمل في حالة سكوت النص إنما يشرع في معالجة الأمر مزوداً بسلطات المشرع، فيكون عليه حينئذ أن يصوغ القاعدة

(١) للمزيد : د. عمر محمد عبد الباقي : الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٠٢ وما بعدها؛ د. حسن عبد الباسط جمعي : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١١٠ وما بعدها؛ د. قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٧١؛ د. سعيد سعد عبد السلام : التوازن العقدى في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٥٠؛ د. عاطف عبد الحميد حسن : حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٩٦.

(٢) د. إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م ص ٦١١. من الأمثلة على ذلك ما نلاحظه من استئثار مجلس الدولة الفرنسى بسلطة مقاربة لسلطة المشرع في مواجهة بعض الأمور التي تُستجد ولا تجد نصاً يحكمها، أو حالة ما إذا كان النص قاصراً عن معالجتها بالكيفية التي تتفق والطبيعة الخاصة لعقود الإدارة وعلاقتها الأخرى الأمر الذي سرعان ما أظهر اتجاهاً قوياً في الفقه الفرنسى وشايحه القضاء واعترف به جزئياً المشرع الفرنسى نفسه، و تلخص هذا الاتجاه في محاولة توسيع دائرة الغبن بحيث لا تشمل اختلال التوازن المادي المصاحب لنشأة العقد فحسب وإنما أيضاً اختلال التوازن المادي اللاحق على نشأة العقد. وفقاً لهذا الرأي في الفقه القانونى فإن قيام القاضي بمراجعة شروط العقد سواءً

القانونية التي سوف تطبق على النزاع المعروض عليه. والفارق بين عمل القاضي وعمل المشرع في هذه الناحية - على حد قولهم - أن الحكم الذي يصدره القاضي لا يرتب آثاره إلا بالنسبة للعلاقة القائمة بين طرفي النزاع، بينما يرتب القانون الذي يصدره المشرع آثاره بالنسبة للكافة.

ومن خلال استقراء بسيط لنص المادتين ١٤٧ مدني مصري، ١١٣٤ مدني فرنسي يتضح أن إجازة تعديل العقد بغير اتفاق طرفيه جاء كاستثناء على مبدأ سلطان الإرادة، أما خارج هذا الاستثناء فلا يمكن الاعتداد بذلك.^(١) ففي قانون الالتزامات المقارن برر جانب من الفقه^(٢) ذلك التدخل بأنه تدخل يتمثل في فرض بعض الإجراءات القانونية للحد من مبدأ الرضائية والحرية التعاقدية لتحقيق العدالة العقدية مع أن ذلك يعتبر مساساً مباشراً بقدسية هذه العلاقة إلا أنه يهدف في النهاية لتحقيق مصلحة عامة من خلال الموازنة بين المصالح والحقوق والواجبات وضمن العدل الاجتماعي.^(٣) وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كان بإمكان القضاء أن يسد هذا الفراغ التشريعي خاصة وأن دور القاضي يمتد إلى تفسير القاعدة القانونية وحماية النظام العام؟

وللإجابة على هذا التساؤل يمكننا القول بأن المشرع نص في المادة ١/١٤٧ على أن (العقد شريعة المتعاقدين...)، إلا أنه قيد ذلك بضرورة تنفيذه وفقاً لما يوجبه حسن النية. وهو ما يسمح للقاضي بأن يقوم بإبطال العديد من الشروط التعسفية متى ثبتت لديه سوء نية المتعاقد. وعلى الرغم من أن القاضي كقاعدة عامة لا يملك أي سلطة على مضمون العقد، ولا يملك قاعدة تسمح بإبعاد جميع الشروط التعسفية أياً ما كان محلها أو العقد الذي أدرجت به، إلا أن تدخله قد يكون ممكناً عندما يتبين أن أحد الأطراف اتجهت إرادته إلى استعمال عبارات خاصة لإخفاء الشروط الحقيقية للعقد، عندئذ يكون للقاضي سلطة التفسير وبالتالي تأويل الالتزام

بمناسبة الظروف الطارئة أو عقود الإذعان أو الغبن أو الاستغلال أو الشرط الجزائي أو غير ذلك من الحالات خصوصاً في ظل سيطرة مبدأ سلطان الإرادة على القوانين المدنية إنما هو أمر راجع إلى فكرة السبب. ومؤدى هذه الفكرة أن أي زيادة في التزامات أحد الطرفين سواء كانت ناتجة عن غبن أو شرط تعسفي في عقد الإذعان أو نتيجة لتغير الظروف التي لا يقابلها سبب هو ما يبرر تدخل القاضي لإتقاص وإزالة مظهر هذا الاختلال المتمثل في تلك الزيادة استناداً إلى أنه لا يقابلها سبب.

(١) BENABENT A., Droit civil, Les obligations, Montchrestien, Paris, France, 08e éd. 1997, p.193.

(٢) FALLON B-H., et SIMON A-M., Droit civil, éd Dalloz , Paris, France, 04e éd. 1997, p.219

(٣) CARBONNIER (J.) : Droit civil, Les obligations, P.U.F. Paris, France, T. 04, 22 éd. p.141.

بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم. ولا ينحصر دوره عند حد التفسير والتأويل بل قد يتعداه إلى سلطة التعديل والإلغاء متى شاب العقد عبارات التعسف.

وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة النقض المصرية في أحكام كثيرة منها أن " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني أنه متى توافرت الشروط التي تطلبها القانون فإن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الإلتزام الذي صار مرهقاً إلى الحد المعقول ، و هو حين يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين و يحملها للدائن وحده، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين و يصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، و يقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما باعتبار أن ذلك أقسط في مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين، لأن المشرع - و على ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون - أضفى على نظرية الحوادث الطارئة صيغة مادية و لم يأخذ فيها بمعيار ذاتي أو شخصي وإنما جعل معيارها موضوعياً^(١).

(١) الطعن رقم ٠٠٥٦ لسنة ٢٦ مكتب فني ١٢ صفحة رقم ٤٦٦ بتاريخ ١١-٠٥-١٩٦١، وانظر أيضاً ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٠٣٥٩ لسنة ٢٦ مكتب فني ١٣ صفحة رقم ٦٢٩ بتاريخ ١٠-٠٥-١٩٦٢، من أن تدخل القاضي في رد الإلتزام إلى الحد المعقول - طبقاً للمادة ١٤٧/٢ من القانون المدني - رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة و تقدير ذلك منوط بالاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها . و لما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على انتفاء ذلك الشرط من ظروف الصفقة و ملابتها و كان ما قرره في هذا الشأن سائغاً مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع و كافياً لحمل قضائه فإنه لا جدوى من تعييب الحكم فيما قرره من جواز النزول عن الحق في التمسك بالظروف الطارئة لأن ما أورده الحكم في هذا الصدد يستقيم الحكم بدونه.

وفي ذات السياق قضت بحكمها الصادر في الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٢٦ مكتب فني ١٤ صفحة رقم ٣٧ بتاريخ ٠٣-٠١-١٩٦٣ بأن تنص المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني على أنه (. . إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول . . . " و إذ يبين من هذا النص أن المشرع قد أطلق التعبير بالإلتزام التعاقدي دون أن يخصص نوعاً من الإلتزام التعاقدي بعينه و إنما أورد النص عاماً بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً

وعلى الرغم من تأكيد الأحكام القضائية في أحيان كثيرة على عدم المساس بمبدأ قوة العقد الملزمة، إلا أنه في الآونة الأخيرة تزايد تدخل القضاء في العلاقات التعاقدية بدافع العدل والإنصاف بين أطراف العقود؛ وذلك بسبب عدم التوقع والظروف الطارئة كمبرر لتعديل العقود والتي استقرت أيضاً في القوانين الحديثة. وهو أمرٌ أملتة أسباب عديدة منها رفع الغبن والاستغلال وتفسير الشك لصالح المدين وإقرار الأجل القضائي وتقييد الحق بعدم التعسف في استعماله، كل ذلك من أجل الحد من هذا المبدأ وجعله مرناً.^(١)

للمدين . وهذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدوري كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقيق حكمة التشريع في الحالتين و هي إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين إبرامه و تنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التي طرأت خلال هذه الفترة وذلك برفع العنت عن المدين تمكيناً من تنفيذ التزامه دون إرهاب كبير و هذا الإرهاب كما يحدث في الالتزامات التي تنفذ بصفة دورية أو مستمرة يحدث كذلك في الالتزامات المؤجلة التنفيذ على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخي تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصيره ، كما أن هذه النظرية لا تنطبق على " عقود الغرر " إذ أنها تعرض . بطبيعتها . العاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة.

وقضت أيضا بأن (تدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقاً للمادة ١٤٧/٢ من القانون المدني رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاب المهدد بخسارة فادحة و تقدير مدى الإرهاب الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، و مناط هذا الإرهاب الاعترافات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين، و إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر الإرهاب من ظروف الصفقة و ملايساتها و أن ما طرأ على انخفاض القيمة الإيجار للفدان بالإضافة إلى خفض المساحة التي تزرع قصباً و ما ترتب على ذلك من هبوط الربيع السنوي للأطيان المبيعة هو من قبيل الخسارة التي ترهق كاهل المشتريين إرهاباً يجاوز حد السلعة و كان ما أورده الحكم في هذا الشأن سائغاً و يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإن النعي عليه - بأن الخسارة التي لحقت بالمشتريين هي خسارة ضئيلة و مألوفة - يكون في غير محله . انظر أيضا الطعن رقم (الطعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ مكتب فني ٤١ صفحة رقم ٨٣٣ بتاريخ ٢٩-١١-١٩٩٠).

(١) د.سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، ٢٠٠٨؛ د.فؤاد محمود معوض : دور القاضي في تعديل العقد : دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤؛ عبد الرحمن عبد العزيز متولي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، ١٩٩٠؛ عبد المنعم فرج الصده، عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية قضائية، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن القاضي لا يملك أن يعدل العقد من تلقاء نفسه وإنما هو قد يملك تلك السلطة بناء على تصريح من المشرع. و سلطة القاضي في تعديل العقد لا تختلط بسلطته في تكملة العقد، فسلطة تعديل العقد تبدأ بعد اكتمال تكوين العقد لتعديل الشروط العقدية التي اتفق عليها، أما تكملة العقد فتفترض أن العقد لم يكتمل بعد ويحتاج لإضافة شروط إليه.^(١) وفي هذا الإطار نتفق مع ما اتجه إليه جانب من الفقه من أن تخويل القاضي سلطة تعديل العقد يستهدف إجراء مواءمة بين الشروط العقدية واعتبارات العدالة؛ لأن الخلل في التوازن العقدي قد يتوافر منذ لحظة إبرام العقد كما هو الحال في عقود الإذعان.

ثالثاً : الحاجة الملحة لإعمال العدالة واستقرار التعاملات العقدية :

لا يشغل النظام القانوني- أي نظام قانوني- أكثر من موضوع العدالة؛ فهي هدف كل نظام وأمل يرنو إلى تحقيقه بكل ما أوتي من وسائل. وهو يحاول أن يجعل النصوص القانونية ناطقة بالعدالة فإن لم يستطع ففي خارج النصوص يبحث عن العدالة.^(٢)

ويُفترض أن يكون العقد متوازناً من حيث الحقوق والالتزامات المترتبة على عاتق طرفيه، إلا أن الحياة العملية كشفت عكس هذا الافتراض في كثير من الأحيان؛ إذ لوحظ ومنذ ظهور نظرية العقد أن هناك عدة أسباب أدت إلى اختلال توازنه سواء في مرحلة تكوينه أو في مرحلة تنفيذه، ولقد بلغ هذا الاختلال ذروته مع ظهور الثورة الاقتصادية والصناعية؛ حيث تغير نمط التعاقد بانتقاله إلى مرحلة معقدة، وسارع في ظهور طائفتين في العلاقات التعاقدية الحديثة وهما طائفة الأقباء أصحاب المراكز المتفوقة سواء من الناحية الاقتصادية أو القانونية أو الفنية، وما إلى ذلك من أشكال التفوق، وطائفة الضعفاء الذين ليس لهم سوى التسليم بشروط وإرادة الطائفة الأولى. ومع وجود هذه المظاهر المخلة بالعدالة العقدية كان من الضروري أن تتدخل التشريعات لإعادة التوازن العقديّ سواء بموجب القواعد العامة المنثورة أحكامها في قواعد القانون المدني أو بموجب القواعد الخاصة المتضمنة في غيره من القوانين، والموجهة في مجملها إلى حماية الطرف الضعيف في الحدود التي رسمتها هذه القوانين.

(القاهرة)، مصر ١٩٤٦؛ محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٢؛ علاء عبد القادر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، ٢٠٠٨، ص ١٠٦.

(١) د.حسام الدين كامل الأهواني : النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠، ص ٤٢١.

(٢) عابد فايد عبد الفتاح : العدالة في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ص ١.

وانطلاقاً من ذلك نجد أن حرية تحديد مضمون العقد لا توصل دائماً إلى تحقيق العدل؛ ذلك أنه إذا كان جوهر الإنسان واحداً فإن قدراته متفاوتة متفاوتاً يجعل من حرية التعاقد أداة لتحقيق مصلحة البعض الآخر. من هنا فرضت هذه النظرية تدخل أحكام القانون لفرض التوازن بين طرفي العقد، ومن أجل إعمال هذا المبدأ نشأت تيارات توحى بتوسيع تدخل السلطة في تنظيم العقد على حساب الحرية الفردية. فالنظرية الاجتماعية تعكس الرغبة الملحة في إدخال الحس الاجتماعي في إطار القانون في وجه النزعة القانونية الفردية، وفي الأخذ بالاعتبار الوظيفة الاجتماعية ومبادئ الأخلاق وفكرة العدالة والاستقرار في التعامل والضمانة للحقوق.^(١)

و رأينا أنه قد قامت إلى جانب الدولة هيئات تعنى بمصالح مشتركة وتتمتع بسلطة وضع أنظمة لنشاطها ولأوضاع أفرادها وتنظيم علاقات هؤلاء مع الآخرين. وفي هذا الاتجاه ظهرت العقود الجماعية التي تعرض في جوانب منها بشكل أنظمة. ويمكن القول بأن النظرية الاجتماعية بعد أن عكست الرغبة في إدخال الحس الاجتماعي إلى إطار القانون بدأت تزداد انتشاراً على حساب النظرية الفردية، وكان رائدها في ذلك غاية توجبها المصلحة العامة والتضامن الاجتماعي.

ووفقاً لما تقدم يمكن القول أن الإرادة لها شأن في إنشاء الروابط القانونية، ولكن القانون يقيد هذه الإرادة، ويقرر ما يراه مناسباً لمصلحة الأفراد وللصحة العامة على حد سواء. ومن خلال مطالعتنا لموقف القانون الفرنسي^(٢) مما تقدم نجد أنه وقف موقفاً وسطاً فقد أخذ بالنظرية الاجتماعية، ولم يهمل في ذات الوقت النظرية الفردية، وما يهمننا في هذا المقام هو تأثير المشرع الفرنسي بالنظرية الاجتماعية فهو أجاز للأفراد الحق في ترتيب علاقاتهم التعاقدية كما يشاءون ولكن بشرط التقيد بأحكام القانون.

المبحث الثاني

تراجع نظرة الشراح تجاه القوة الملزمة للعقود

إن الطرح الفقهي التقليدي لأساس القوة الملزمة للعقد يتناقض مع قيام المشرع بالتدخل في العديد من العقود في الوقت الحالي. وهو الأمر الذي أحدث جدلاً فقهيّاً حول الأساس الذي يمكن أن تستمد منه العقود إلزاميتها ويتوافق في الوقت ذاته مع المتغيرات الحديثة على النظرية العتيقة للالتزام ويسمح بقراءة أكثر مرونة لهذا المبدأ.

(١) للمزيد حول مفهوم النظرية الاجتماعية ومبادئها انظر محمد رياض دغمان : إلزامية العقد، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، بدون تاريخ، ص ٤١ وما بعدها.

(٢) Alain Bénabent, Droit civil, les obligations, 5^{eme} edition, Montchrestien, 1995, p.17.

في البداية تركز الجدل حول معرفة مدى استمرار العمل بمبدأ سلطان الإرادة؟ بمعنى هل من المصلحة إهمال هذا المبدأ بمفهومه التقليدي والبحث عن تعريف جديد له يأخذ بعين الاعتبار التطور الحديث للعقود؟ إن الجواب على هذه التساؤل يقتضي تحديد دور كل من الإرادة (العنصر الشخصي) والعناصر الخارجية المكونة من القواعد القانونية الأمرة المنظمة للتعاقد (العنصر الموضوعي) في القانون المعاصر للعقود.^(١) وفي خصوص ذلك الأمر لاحظنا أن المواقف والتحليلات متعددة ومتباينة؛ فقد ذهب فريق من الفقه إلى أن الواقع الاجتماعي بمثابة المحيط الذي ينشأ فيه النشاط القانوني^(٢) لذلك لا يمكن الفصل بين القانون وبين الواقع الذي نشأ فيه؛ ففي مرحلة معينة ونظراً لانحسار النشاط العقدي^(٣) نتيجة عدم تطور النشاط الاقتصادي^(٤) وحركة الصناعة^(٥) كما هي عليه في الوقت الحالي هيمنت الإرادة على تفسير القوة الملزمة^(٦). لكن في مرحلة لاحقة بدأ يتقلص دور الإرادة كمصدر للإلتزام العقدي وفقاً لأصحاب هذا الرأي.^(٧)

وبسلم جانب من الفقه الفرنسي^(٨) بذات النتيجة السابقة بقوله أنه "على الرغم من أن المشرع يضمن احترام القوة الملزمة للعقود وأثارها النسبية ولا يخرقهما إلا في حالات استثنائية تقتضيها ضرورات التعامل إلا أننا نسلم بتأثير مرحلة التطور الاقتصادي والتي ساهمت في تراجع دور الإرادة. وبسلم جانب آخر في الفقه بالأمر بقوله أن الحالات التي يتدخل فيها المشرع في تنظيم عقد معين لا تعد في حد ذاتها انتقاصاً من دور الإرادة ومكانتها

(١) د. عبد الحق صافي : القانون المدني، الجزء الأول، العقد، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١١٢ وما بعدها.

(٢) د. عاطف فخري : مفهوم الغير في القانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٦، ص ١٦٩.

(٣) Mireille Bcache-Gibeili : La relativité des conventions et les groupes de contrats. Op cit. P.92.

(٤) B.L. Veniami : essai sur les données économiques dans L'obligation civil. L.G.D.J, 2002, P75.

(٥) Mireille Bcache-Gibeili.op cit. P.95.

(٦) Molfessis (N) : la force obligatoire et force exécution ; un droit a l'exécution en nature, R.D.C.2005.P.37.Voir aussi; L. Aynes : A propos de la force obligatoire du contrat. R.T.D. c.i.v 1997.p323.

(٧) د. مصطفى العوجي : القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٧، ص ١١١.

(8) Robert Wintgen : Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand.L.G.D.J.2004.P2

في الأعمال القانونية بل هي لحماية هذه الإرادة، ويتعين عدم تعميم ذلك على كافة الأعمال القانونية، بل يجب حصرها في الحالات التي نص عليها المشرع ليس أكثر، واعتبارها استثناءً على المبدأ العام والذي بمقتضاه تُعد الإرادة هي مصدر الالتزام العقدي^(١). وفي نفس السياق يرى بعض الفقه الفرنسي^(٢) إبقاء الأمر على ما هو عليه بقوله أن النظام العام رغم توسعه المعاصر لا يُشكل إلا استثناءً على حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقود المستمدين من سلطان الإرادة، بل يعتقد البعض أنه يتعذر تبرير مؤسسة العقد بمعزل عن الإرادة.

على عكس ذلك يذهب جانب في الفقه^(٣) إلى أن القانون يُعد المصدر الوحيد للقوة الملزمة الملزمة للعقد، ولا يمكن للإرادة أن تعتبر السبب المنشئ للأثر القانوني المترتب على التصرف؛ إذ يقتصر دورها على أعمال أحكام القانون أو على مجرد تحريك القاعدة القانونية التي ترتب آثار العلاقة العقدية. وقد طرح هذا الجانب تساؤلاً مؤداه كيف يمكن أن نفسر إبقاء المدين على الرابطة العقدية التي تربطه بالدائن وإلزامه بالتنفيذ العيني أو البدلي على الرغم من أنه يحاول الطعن في هذه الرابطة أي أن إرادته ترفض التنفيذ؟

للإجابة على ذلك يمكن القول بأن القوة الملزمة للعقود لا تثار إلا إذا رفض المتعاقد التنفيذ أو نفذ التزامه بشكل سيئ أو معيب أو متأخر. ويعود ذلك لسببين، الأول: أن المتعاقد يُنفذ العقد بإرادته وهذه القوة الملزمة تجد أساسها في الرابطة العقدية ذات المصدر الإرادي، والثاني هو أن القوة الملزمة للعقد ذات المصدر الإرادي تُفرض بواسطة المشرع والذي يعود تدخله إلى طبيعة الحياة القانونية التي تستوجب التنظيم وهي ميزة من ميزات المجتمع الذي يحترم القوانين.^(٤)

وفي ذات السياق يشير فقيه آخر من الفقه الفرنسي "Kelsen"^(٥) إلى أن أساس القوة الملزمة للعقد ليس إرادة طرفيه أو طرف فيه، وإنما نظام أعلى سمح بإنشاء القواعد بأسلوب تعاقدي، فما يقتضي تمييزه هو أسلوب إنشاء العقد وفيه تبرز الإرادة، والنظام التعاقدية الذي ينتج عنه وفيه تبرز فكرة النظام القانوني الأعلى الذي يفرض إلزاميته. فالاتفاق يُلزم في

(١) د. محمد حسين الحاجلي: مبدأ المفعول النسبي في إطار المجموعة العقدية، دراسة تحليلية في ضوء الاتجاهات الحديثة في الفقه والاجتهاد، بيروت، بدون دار نشر، ٢٠١١م، ص ٩٨.

(٢) للمزيد حول هذا الرأي راجع:

Jacques Ghestin, la formation du contrat, op.cit, p.164 et s.

(٣) Mireille Bacache-Gibeili, op cit. P.92.

(٤) د. عاطف فخري، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٥) مشار إليه لدى د. سامي منصور: عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، درا الفكر الفكر اللبناني، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ١١٥ وما بعدها.

الحدود التي يعتبرها النظام القانوني حالة واقعية تنشئ الحق أو بتعبير آخر في الحدود التي يسمح نظام أعلى كالقانون أو العرف للأفراد أن ينشئوا نظاماً من درجة أدنى. وبذلك فإن القانون هو الذي يعطي الأهمية للتصرف القانوني وأساس القوة الملزمة^(١). ومن ثم يمكن النظر إلى أن العقد في الوقت الحالي أصبح يُشكل منظومة متكاملة من المصالح المتوازنة وأداة يستخدمها المشرع لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية.

ومن خلال ما سبق نستطيع القول بأن العقد في الوقت الحاضر يشهد خضوعاً لأحكام خارجة عن إرادة الأطراف تستجيب للمصلحة العامة وتعلو فوق حرية المتعاقدين؛ ذلك أنه يتعين الإقرار بحق المشرع في تأمين انسجام العقود مع كل من الصالح العام والنظام العام والخير العام للجميع مع الأخذ في الاعتبار أن سلطان الإرادة لازال يُشكل القاعدة العامة، وأن كل نتائجه (حرية التعاقد، القوة الملزمة للعقود، وأثارها النسبية) تبقى محترمة ما لم يوجد استثناء صريح. ومن ثم يستمر سلطان الإرادة في لعب دور المبدأ العام الذي يُستمد منه كل نظام العقد وذلك على الرغم من القيود والاستثناءات الكثيرة التي أصبحت ترد عليه بموجب النظام العام الاقتصادي والاجتماعي بمفهومه المعاصر الذي توسع نطاقه كثيراً في الآونة الأخيرة. فالثابت لدينا أن المشرع لا يستهدف عرقلة وتعطيل أحكام نظرية الالتزام بل يسعى فقط إلى جعلها مطابقة لنظرتها وتوجهاتها من ناحية العدالة والاستقرار العقدي^(٢)، ويُلاحظ ذلك من خلال وجود عدد كبير من القواعد القانونية الأمرة التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة اقتصادية أو اجتماعية من خلال تنظيم كثير من العقود أو مراقبتها من جانب الدولة^(٣) أو منعها بإبطالها بطلاناً مطلقاً^(٤) أو فرضها فرضاً تقتضيه ظروف الحياة وتعقيدها وهو أمر أثر إلى حد كبير في الأسس التي ارتكز عليها التصور التقليدي للعقد وحدّ من الحرية التعاقدية^(٥).

(١) د. محمد حسين الحاج علي : مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٠١ وما بعدها.

(٢) Jacques Ghestin, la formation du contrat, op.cit, p.107 et s.

(٣) سبقت الإشارة إلى أن توسيع دائرة النظام العام الاقتصادي والاجتماعي أدى إلى تطور أوجه مراقبة الدولة للعقود المبرمة في الواقع. فعلاوة على المراقبة التقليدية التي تخول القاضي سلطة التأكد من احترام العلاقات التعاقدية للنظام العام والآداب، فإنه أحيانا تتدخل الدولة لمراقبة العقود مثل ضرورة القيام بإجراءات معينة لإتمام التعاقد أو توقف انتقال الملكية في بعض الأحوال على سداد رسوم معينة.

(٤) مثل إبطال أي عقد بطلاناً مطلقاً لمخالفته قواعد النظام العام أو الآداب العامة. ولعل القصد من ذلك التصدي لبعض أوجه المعاملات التجارية التي تُشكل خطراً على المستهلك وعلى الاقتصاد الوطني للدولة.

(٥) أصبحت مسألة قيام الدولة بفرض تعاقد معين على الأفراد يجب عليهم القيام به أمراً عادياً فرضته تعقيدات الحياة المعاصرة وضرورات تدخل الدولة في مختلف مجالاتها. ومن الأمثلة

وإجمالاً يمكن القول بأن توجه بعض الآراء السابقة لوحظ عليه التأثير بموقف المدرسة الاجتماعية الذي يتجه نحو إبراز دور القانون بإرساء نوع من التوازن بين قواعد توجيه التعاقد وبين ترك الأمور للمبادرة الخاصة؛ ذلك أنه لا يمكن للمجتمع أن يضمن استمراريته دون الحفاظ على قيم معينة وتأمين احترام مصالحه الحيوية التي لا يجب أن تستمر محكومة بقانون السوق. أو بعبارة أخرى يتعين ضمان التوفيق بين حرية المبادرة وبين تدخل الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية. وقد تبلور هذا الاتجاه في النظر للعقد كجمع متكامل لعناصر موضوعية وأخرى ذاتية أي تضافر الإرادة -باعتبارها سلطة المبادرة- من جانب وعوامل خارجية تُفرض فرضاً على المتعاقدين القواعد القانونية الأمرة للمؤسسات المكونة لهيكل المجتمع والاعتبارات الواقعية من جانب آخر. وبمفهوم آخر يعتبر أساس القوة الملزمة للعقد كامناً في مصدرين : الأول وضعي نابع من المبادئ العامة التي أرساها القانون، والثاني شخصي نابع من إرادة طرفي العقد. على أنه إذا تخلف المصدر الشخصي بقي المصدر الوضعي يلجأ إليه من يرغب في إنفاذ العقد جبراً لتخلف الطرف الآخر عن ذلك وهنا يتدخل القاضي. وقد تجلّى هذا التوجه من خلال تدخل المشرع في بعض العقود تدخلاً مباشراً للمحافظة على مصلحة الفريق الأضعف في العقد أو لمبررات أخرى سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ليستنتج من ذلك فيما بعد أنه لولا القانون لما كان للعقد القوة الملزمة. أي أن العقد لا يتصف بالإلزامية لأن الأطراف أرادت ذلك، وإنما لأن القانون هو الذي أعطاه هذه القوة الملزمة.⁽¹⁾

ومع إقرارنا بمسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم التعاقدات فإننا نتفق مع جانب من الفقه⁽²⁾ بأن هذا التدخل ما هو إلا تماشياً مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين بعيداً عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للأخر، ولا يعني ذلك تدهور العقد واضمحلال أهميته بل سيبقى أسلوباً ضرورياً للتبادل بين ذمتين . ويمكننا أن نعزو ما ينتج عن هذه القيود من تزايد سلطان القانون

على ذلك قواعد التأمين الإجباري في بعض الأحوال. وفي مثل هذه الحالة لا نكون أمام عقود تتأقش وتبرم بحرية، وإنما نكون أمام روابط عقدية مفروضة فرضاً تقتضيه ظروف الحياة وتعقيداتها المتتالية.

(¹) L. Aynes : A propos de la force obligatoire du contrat. R.T.D. c.i.v 2002. p37.B.L.Veniami : essai sur les données économiques dans L'obligation civil. L.G.D.J, P75.

(²) د.أكرم محمود حسين، د.محمد صديق عبد الله : أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مجال المفاوضات التعاقدية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثالث عشر، العدد التاسع والأربعون، السنة السادسة عشر، ص ٤٠٤ وما بعدها.

وضعف سلطان الإرادة إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني ؛
فالتشريع باعتباره قانوناً موضوعياً يعلو العقد بحسبانه مصدرراً للحقوق الشخصية، ولهذا فالعقد
يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج. فحقيقة فوصف العقد لن تكون إلا بالخضوع
لمقتضيات النظام العام، وخضوع الإرادة وقدرتها على خلق الإلزام لهذه المقتضيات؛ لأن
الواقع العملي والمنطقي يقضي أن تكون الغلبة في تكوين العقد للنظام العام لأجل ترتيب آثار
الإلزام نظراً لمساسها بحقوق الغير وتأثيرها على نظام المبادلات وتبادل الثروات المادية،
لذلك فقد ابتدأ ظهور العقد الموضوعي الذي هو ليس خلقاً جديداً من قبل الأفراد بل هو العقد
منذ القدم، ولكنه أخذ يخضع لمقتضيات النظام العام، كما أن دور الإرادة الذي أصبح مشكوكاً
فيه في كثير من العقود قد جعل جانباً من الفقه يقول بتسمية مبدأ موضوعية الإرادة بدلاً من
سلطان الإرادة، ويحافظ بذلك على الأساس الإرادي في إنشاء الإلزام مع إعطاء هذا الأساس
الإرادي مفهوماً نسبياً يخضعه للتنظيم الموضوعي للقانون. لذلك يمكن تعريف موضوعية
الإرادة التعاقدية بأنها إمكانية الإرادة في الدخول أو عدم الدخول في العملية التعاقدية وفي
تحديد مضمون العقد وفقاً للحدود التي يرسمها القانون بالاستناد إلى المصلحة العامة والنظام
العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة، وباستخدام معيار العدالة.^(١)

وبذلك تسعى القوة الملزمة للعقد باعتبارها آلية من آليات تنفيذ العقود لتحقيق التوازن بين
الأطراف وتحقيق العدالة التبادلية، ويمكن إرجاع ذلك إلى أن أساس القوة الملزمة للعقد هو
الإرادة والقانون معاً، فمن ناحية أولى فإن العقد من دون إرادة لا يمكن البتة اعتباره عقداً لأن
الإرادة هنا تحفظ عنصر الأمان العقدي بحيث أن انتقال الثروات لا يمكن أن يتم إلا بإرادة
الأطراف، هذا بالإضافة إلى أن قيام المشرع بالنص على الإرادة يعود بالدرجة الأولى إلى
أهميتها ودورها في إتمام التعاقد، وفي انتقال الثروات والمنافع بشكل رضائي وإرادي، أي أنه
يتعين ألا يتم استبعاد دور الإرادة في مجال التعاقد؛ لأن تكوين العقد إذ أصبح خاضعاً لشروط
موضوعية وعوامل خارجية فهو لا زال متوقفاً بالأساس على تطابق إرادات المتعاقدين الذي
بدونه يعدم التعاقد. أي أن الإرادة العقدية أصبحت تقع ضمن الحيز أو المركز المحدد والمنظم
مسبقاً بواسطة القانون. وهذا ما يفسر لنا أن العقود المنظمة مسبقاً وعقود الإذعان تبقى على
كل حال علاقات تعاقدية لأن إرادة أطرافها إذا كانت لا تلعب إلا دوراً محدوداً في تعيين نطاق
الالتزامات المتولدة عنها فهي ضرورية لنشأتها وتكوينها الأمر الذي يؤسس لاستقرار نظام
انتقال هذه الثروات، فالإرادة يبرز دورها الأهم في إنشاء الالتزامات ووضعها في إطارها
التعاقدية.

(١) د.أكرم حسين، د.محمد صديق : أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مجال المفاوضات
التعاقدية، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

ومن ناحية ثانية فإن المشرع في الوقت الحاضر يُخضع بعض العلاقات التعاقدية لقواعد أمرة تفرضها المصلحة العامة حماية للطرف الضعيف في بعض العقود. وهذا ما يفسر لنا عدم ترتيب الإرادة الحرة في بعض الأحيان للالتزامات العقدية؛ فالقانون الموضوعي هو الذي يُمكن الإرادة الفردية بشروط معينة من التحرك وإنتاج آثار قانونية. أي أن الحرية الفردية تابعة للمصلحة العامة التي يحميها القانون. فلم يعد العقد هدفاً في حد ذاته بل أصبح أداة لخدمة مرامي القانون الذي يعترف به ويضمن احترامه مادام يحقق عملية اجتماعية نافعة. لهذا أصبحت الأداة التعاقدية تنصهر في إطار القانون الموضوعي، فهي توجد أو تتكون طبقاً لقواعد محددة مسبقاً من طرف المشرع ولا ترتب إلا الآثار التي سمح بترتيبها القانون.

ويمكن القول بأن هذا التوجه والتفسير الحديث لأساس القوة الملزمة للعقود يساهم في تفسيرات كثيرة لأمر لم تجد لها تفسيراً في السابق، ولعل أهمها التوجهات الحديثة لاستخدام العقد في تحقيق العدالة الاجتماعية وهو ما عُرف بفكرة توجيه العقد؛ ففي الوقت الحالي يُنظر للعقد على أنه ظاهرة اجتماعية لا يعني فقط أطرافه بل يعني المجتمع ككل ومن ثم لا تكون الإرادة التعاقدية فيه حرة طليقة بل مقيدة بضرورة خدمة المصالح المجتمعية والصالح العام. ويُفهم من ذلك أن العلاقات التعاقدية لم تعد كياناً مستقلاً ومنغلقاً على محيطها الاجتماعي، وإنما أصبحت مقيدة بمبادئ عامة وضوابط قانونية تحكمها، كما أن هذه العلاقات التعاقدية لا تكون ملزمة إلا إذا كانت نافعة ومطابقة لمتطلبات العدالة التعاقدية ومن ثم تبدو المنفعة والعدالة كدعامتين رئيسيتين للنظرية العامة للعقد⁽¹⁾.

وفي هذا الشأن يقرر جانب من الفقه الفرنسي⁽²⁾ أن الفكرة الأساسية فيما يتعلق بالعدالة التبادلية *la justice commutative* هي أن العقد في مفهومه يقوم بدور نقل المنافع الاقتصادية بين الأطراف وتبادلها، وهي ميزة وخاصة ينفرد بها العقد؛ ذلك أن كل التزام يقابله التزام مقابل⁽³⁾. فمبدأ العدالة التعاقدية يقتضي الاعتداد بالغبن وذلك استجابة للمستلزمات الأخلاقية لنشر العدالة بين الأداءات العقدية المتبادلة لكن يلاحظ هنا أنه من النادر وجود توازن تام بين الأداءات العقدية المتبادلة التي يصعب في الغالب تحديد قيمتها بطريقة موضوعية.

(1) د. عبد الحق صافي: القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزام، مرجع سابق الإشارة إليه، ص 117. ومن الفقه الفرنسي أنظر:

Jacques Ghestin, *La Formation Du Contrat*, op.cit, p.229.

(2) Robert Wintgen: *les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, op cit, p.39

(3) إن فكرة المقابل المرغوب والمقابل المفروض هي التي تُمثل هذه العدالة التبادلية بين أطراف العقد خاصة في العقود الملزمة للطرفين. للمزيد أنظر:

Jacques Ghestin, *les effets du contrat L.G.D.J.2éd,1995*, p.159 et s.

إن النظرة الاجتماعية للعلاقات التعاقدية توجب أن يطبع هذه العلاقات أكبر قدر من العدالة، فمسألة استفادة أحد المتعاقدين من قوته الاقتصادية أو سلطانه أو صفته المتفوقة لكي يفرض على غريمه التزامات مرهقة لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود عليه من العقد دون أن يستتبع ذلك إمكانية إبطال هذا العقد نظراً لعدم وجود عيب الرضا، وهو أمر منافٍ لمقتضيات العدالة ومن الواجب هنا إعادة التوازن بين هذه الالتزامات العقدية المتبادلة بين الطرفين⁽¹⁾. وبالعودة لفكرة توجيه العقد فإنه يمكن القول بأن العقد بعد أن كان يُشكل عملاً تستأثر به إرادة الأطراف أصبح موجهاً وخاضعاً لعوامل موضوعية متعددة يحدد أغلبها المشرع بعيداً عن إرادة المتعاقدين؛ فالعلاقات التعاقدية في الوقت الحاضر ترتب التزامات محددة بمقتضى قوانين وتنظيمات أمره لا يمكن للأطراف مخالفتها.

فعلى صعيد الواقع، واستثناءً على النظرية العامة للعقد فقد تنوعت الوسائل القانونية والفنية المتخصصة التي استخدمها المشرع للحيلولة دون استخدام العقود كأداة للحصول على حقوق غير مشروعة أو من أجل تحقيق أهدافه السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية. ومن بين هذه الطرق التي استخدمها المشرع والتي وصلت لحد تنظيم التعبير عن الإرادة و فكرة إخضاع بعض العلاقات التعاقدية لقواعد أمره تفرضها المصلحة العامة والمصالح المجتمعية، والتصدي للشروط التعسفية التي تتضمنها بعض العقود الإبطال المشروط لبعض العقود التي يختل معها التوازن الاقتصادي للالتزامات المتقابلة، وغيرها.

لكن في النهاية لا بد من الاعتراف بأن الأمر ما زال يتعلق بمجرد استثناءات تكاثرت وتنوعت دون أن تُجهز على القاعدة العامة وهي حرية التعاقد. ويجب الإشارة إلى أنه لا زالت القاعدة التقليدية للعقد تحكم كقاعدة عامة ميدان التعاقد، حيث تكون المرجع العام عند عدم وجود النص المخالف وفي ذلك يقول Christian Larroumet⁽²⁾ :

"En réalité, il ne paraît pas possible de justifier le contrat autrement que par La volonté. Ce n' est pas parceque le rôle de La volonté a été réduit par le développement du dirigisme contractuel que ce rôle a disparu,..... Le contrat est toujours fondé sur la volonté et il est impossible de considérer qu'un rapport entre un créancier et un débiteur

(1) François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, op.cit, p.243; Saad Moumami : Droit civil, Droit des obligation, Imprimerie Najah Al Jadida, Casablanca, 2000 p.98 et s.

(2) Christian Larroumet. Le Contrat, op cit. P.125.

résulte, d'un contrat s'il n'y a pas eu, même implicitement, un échange des volontés des sujets dans le rapport de droit".

أيضاً ظل المبدأ العام هو احترام كافة النتائج المترتبة على سلطان الإرادة مع تسجيل تقييد كبير لحرية التعاقد من ناحية سلطة اختيار المتعاقد للمتعاقد معه وحرية تحديد شروط العقد الذي اقتضته موجبات توجيه الاقتصاد وبالتالي العلاقات التعاقدية؛ وذلك من أجل المحافظة على مصالح أطراف العقد أو غيرهم.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة واحدة من أهم المشكلات القانونية القديمة المتجددة. فقد أظهرت هذه الدراسة الأساس الذي تستمد منه العقود إلزاميتها في ظل المتغيرات الحديثة. وقد تجددت هذه المشكلة على أثر تدخل المشرع في العديد من العقود لمواجهة عدم التوازن على المستويين التقني والاقتصادي بفرض حماية قانونية تشريعية من أجل الحفاظ على التوازن العقدي.

ولبيان هذا النظر فقد عرضنا في هذه الدراسة لأساس الالتزام العقدي وما طرأ عليه من تغييرات من خلال النظر للمبادئ الأساسية الحاكمة للتعاقد في نظرية الالتزام والمتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة -مبدأ الحرية التعاقدية- ومبدأ القوة الملزمة للعقد والتي لعبت دوراً مهماً في إرساء العدالة الاجتماعية بين الأطراف المتعاقدة بشكل عام وهي الهدف المنشود والضالة التي يبحث عنها الجميع.

وأشارت هذه الدراسة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة كان هو أساس القوة الملزمة للعقد، بل إن الإرادة هي من كانت تتحكم في تحديد مضمون العقد والالتزامات الملقاة على عاتق كل من طرفيه، ولأن إرادة كل إنسان لا تلتزم إلا إذا كانت هناك مصلحة له في ذلك فالالتزامات الناشئة عن هذه الإرادة أياً كانت ومهما كان أثرها لا يمكن إلا أن تكون عادلة وفقاً للظروف العادية.

وعلى الرغم من أن التراضي هو أساس التعاقد - وفقاً للتصور التقليدي- فالمبدأ العام أن كل متعاقد هو أفضل مدافع عن مصالحه. فيُفترض أن تطابق الإرادتين يمكن من تلبية احتياجات المتعاقدين طبقاً لما توجبه العدالة التعاقدية وهي قرينة بسيطة يتعين استبعادها إذا لم تنهض الإرادة بدورها هذا ومن ثم فحماية التراضي هو وسيلة لفرض هذه العدالة التعاقدية. ومن هنا لاحظنا أن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض بل يصطدم بتعديل الالتزامات غير المتكافئة ومن هنا بدأ المشرع يتدخل بفرض حماية قانونية تشريعية للطرف الضعيف خاصة في ظل الثورة المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة.

وقد لجأ المشرع سواء في مصر أو في فرنسا لفرض هذه الحماية بعد تصدع مبدأ المساواة العقدية مستخدماً في ذلك وسائل قانونية تشريعية متعددة مثلت في مجموعها نظاماً حائماً أنشأ بموجبه عدم توازن في المزايا القانونية رداً على عدم التوازن في المزايا الاقتصادية أو التقنية وقد أثر إلى حد كبير بالأسس التي يرتكز عليها التصور التقليدي للعقد

المستند إلى نظرية الإلزام ويقع باطلاً كل اتفاق على مخالفته أو استبعاده، بالإضافة إلى أن كل ما من شأنه تعطيل هذه الحماية القانونية يعد باطلاً بطلاناً مخالفاً للنظام العام.

ونظراً لأننا قصدنا من هذه الدراسة إيضاح بعض الحقائق حول الأسس التي تستمد منها العقود إلزاميتها في ضوء المعطيات الحديثة للتعاقد. فقد انتهينا إلى حقيقة مفادها أن القوة الملزمة للعقد يمكن تأسيسها من خلال النظر للعقد على أنه عمل منطقي و جمع متكامل لعناصر موضوعية وأخرى ذاتية، أي تضافر الإرادة باعتبارها سلطة المبادرة من جانب، وعوامل أخرى خارجية تُفرض على المتعاقدين من جانب آخر. ولعل الأخذ بهذا التفسير و السير في منطقه يستتبع الإقرار بحق المشرع في التدخل بالعديد من العقود الخاصة، من منطلق ضرورة توازن و استقرار العلاقات التعاقدية، باعتبار أن العقد أداة لتبادل الثروات الخدمات، ومن هنا فإن قوته الملزمة تنجبه لأن تتحد انطلاقاً من مصلحة طرفي العقد معاً وليس مصلحة طرف واحد فقط. و نستنتج من ذلك أن القوة الملزمة للعقد تكمن في المصلحة المتوقعة حصول الطرفين عليها والنتيجة التي تترتب على ذلك أن العقد لا يجب أن تبقى له مثل هذه القوة إلا بقدر احتفاظه بهذه المصلحة المتبادلة إعمالاً للمصلحة العامة والنظام العام.

وفي ختام هذه الدراسة يجدر بنا القول أن هذا الطرح الفقهي لأساس القوة الملزمة للعقد يعطي تفسيراً لأمر كانت لا تجد لها تفسيراً في السابق لعل أهمها تبرير الحالات التي أقرت فيها المحاكم للدائن بالتحلل من الرابطة التعاقدية بإرادته المنفردة، بالإضافة لتفسير تدخل المشرع في كثير من العقود إعمالاً للمصلحة العامة.

تم بحمد الله وتوفيقه،،،

قائمة المراجع

أولاً : باللغة العربية :

- د. إدريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

- د.أكرم محمود حسين، د.محمد صديق عبد الله : أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مجال المفاوضات التعاقدية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثالث عشر، العدد التاسع والأربعون، السنة السادسة عشر.
- د.بلحاج العربي : مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والاجتهادات القضائية العربية والفرنسية، دراسة مقارنة، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤.
- د.جلال محمد إبراهيم : النظرية العامة للالتزام (الجزء الأول)، مصادر الالتزام، بدون سنة نشر.
- د.حسام الدين كامل الأهواني : النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.
- د.حسن عبد الباسط جميعي : أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- د.حمدي عبد الرحمن : نظرية الحق، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة نشر.
- د.رياض دغمان : إلزامية العقد، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، بدون تاريخ.
- د.سامي منصور: عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٧.
- د.سحر البكباشي: دور القاضي في تكميل العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، ٢٠٠٨.
- د.سعيد سعد عبد السلام : التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- د.صوفي أبو طالب : الوجيز في القانون الروماني. دار النهضة العربية- القاهرة، بدون سنة نشر.
- د.صوفي حسن أبو طالب : أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني. دار النهضة العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٦٤.
- د.عابد فايد عبد الفتاح : العدالة في القانون المدني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، مجلة كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠١٤.

- د.عابد فايد عبد الفتاح : تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥.
- د.عاطف عبد الحميد حسن : حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- د.عاطف فخري : مفهوم الغير في القانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٦.
- د.عبد الحق صافي : القانون المدني، الجزء الأول : المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول تكوين العقد، المغرب، بدون دار نشر، ٢٠٠٦.
- د.عبد الرحمن عبد العزيز متولي: سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٠.
- د.عبد الرحمن عياد : أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٧١.
- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة ٢٠٠٤.
- د.عبد المنعم البدر اوي: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول: مصادر الالتزام، ١٩٩١.
- د.عبد المنعم فرج الصده: عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية قضائية، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول (القاهرة)، مصر ١٩٤٦.
- د.علاق عبد القادر: أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٨.
- د.علي حسن نجيد : النظرية العامة للالتزام، الكتب الأول، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، ٢٠٠٠.
- د.عمر محمد عبد الباقي : الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د.فاطمة محمد الرزاز : استقرار علاقات العمل في ظل قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- د.فتحى عبد الرحيم عبد الله : العناصر المكونة للعقد كمصدر من مصادر الالتزام، في القانونين المصري والانجليزي المقارن، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة المنصورة.

- د. فؤاد محمود معوض : دور القاضي في تعديل العقد : دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د. قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول: المصادر الإرادية، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٤.
- د. محمد حسن قاسم : الفسخ بالإرادة المنفردة، آلية لتحقيق العدل في مجال الجزاء المدني، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الدولي الخامس لكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، مصر، المجلد الأول، ٢٠١٢.
- بعنوان العدالة بين الواقع والمأمول.
- د. محمد حسين الحاج علي : مبدأ المفعول النسبي في إطار المجموعة العقدية، دراسة تحليلية في ضوء الاتجاهات الحديثة في الفقه والاجتهاد، بيروت، بدون دار نشر، ٢٠١١م.
- د. محمد علي الخطيب: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٢.
- د. محمد عيد الغريب : النظام العام في العقود العقود المدنية، ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي في مجال الانعقاد والتنفيذ، بدون دار نشر، ٢٠٠٥.
- د. محمد لبيب شنب: الوجيز في مصادر الالتزام، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- د. محمد محسوب : العدالة و أثرها في الشرائع القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق جامعة المنوفية - مصر، مج ١٣، العدد ٢٥، ٢٠٠٤.
- د. محمد محمود حسام لطف: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، ٢٠٠٢.
- د. محمود عبد المعطي خيال: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ٢٠٠٣/٢٠٠٢.
- د. مصطفى العوجي : القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٧.
- د. مصطفى سيد صقر : مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق جامعة المنصورة - مصر، العدد ٢٥، ١٩٩٩.

- د.نبيل إبراهيم سعد : ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، دراسة للقواعد الموضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د.نبيل إبراهيم سعد : ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، دراسة للقواعد الموضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د.نزيه محمد الصادق المهدي : النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ٢٠٠٣، بدون دار نشر.
- د.وديع فرج : الاتجاهات الحديثة في العقد والمسئولية الخطئية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخامسة عشرة.
- د.وليد سليمان قلاده : التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٥٥.

ثانيا : اللغة الانجليزية

- Alain Bénabent : Droit civil, les obligations, 5^{eme} edition, Montchrestien, 1995.
- **Aynes (L.) : A propos de la force obligatoire du contrat. R.T.D. c.i.v 2002.**
- Aynes (L.): A propos de la force obligatoire du contrat. R.T.D. c.i.v 1997.
- BENABENT(A.) : Droit civil, Les obligations, Montchrestien, Paris, France, 08e éd. 1997.
- Boris Starck: Henri Roland and Laurent Boyer, Droit civil, Les Obligations, tome 2 : le contrat . 5^{ème} éd. Ed litec.(28) paris.1995.
- CARBONNIER (J.): droit civil, T. 4, les obligations, 22e éd., puf, 2000.
- Christian Larroumet: Droit civil, Tome 3: les obligations le contrat, 2007.
- Cristina CORGAS-BERNARD: La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée en droit français, en Droit des contrats:France, Belgique, n° 2, Contrats et patrimoine, éd. Larcier, 2006.
- Eric SAVAUX : la théorie général di contrat, mythe ou réalité L.G.D.J. 1997.

-
- FALLON B-H; SIMON A-M : Droit civil, éd Dalloz , Paris, France, 04e éd. 1997.
 - François Terré ; Philippe simler et Yves Lequette : droit civil, le obligations, Dalloz, Paris, 8eéd, 2002.
 - Jacques Ghestin : L'utile et le juste dans les contrats, D.1982.
 - Jacques Ghestin : Le contrat au début du xxie siècle, Paris, L.G.D.J., 2001.
 - Jacques Ghestin : Traité de Droit Civil, La formation du contrat, 3ème édition, LGDJ, 1996.
 - Jacques Ghestin: les effets du contrat L.G.D.J.2éd,1995.
 - Jeammaud : Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente, Droit soc. 1999 , février, n°17. Le régime de l'ordre public en droit du travail, Etude offertes a J. Ghestin , LGDJ, Montchrestien, 2001.
 - Jean Calais-Auloy : Droit de la consommation - Précis – Dalloz 3 éd 1993.
 - Lambert Faivre (Y) : Droit des Assurance , 9 éd, Dalloz 1995.
 - Laurance : Fin-l'équilibre contractuel, pref C. Thiberge, L.G.D.J 2002.
 - MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL- MUNCK Ph. : Droit civil, Les obligations, Paris, France, 2e éd., 2005.
 - Mireille BACACHE-GIBEILI : La relativité des conventions et les groupes de contrats. Paris, 1996.

-
- Molfessis (N) : la force obligatoire et force exécution ; un droit a l'exécution en nature, R.D.C.2005.
 - Muriel Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, L.G.D.J, Paris, 1992.
 - PLANIOL, RIPERT et HAMEL : traité de droit civil français, 1965. T.VI.
 - Robert Wintgen : Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand.L.G.D.J.2004.
 - Rozes (L.) : Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Droit. soc. 1977.
 - Saad Moumami : Droit civil, Droit des obligation, Imprimerie Najah Al Jadida, Casablanca,2000.
 - Sophie Gjidara : L'endettement et le droit privé, préf . Alain Ghozi, LGDJ 1999.

Veniami (B.L): Essai sur les données économiques dans L'obligation civil. L.G.D.J, 2002

