

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

The dialectic of the technical formulation of contractual justice

خليفة مريم

صديق بونعامة *

جامعة طاهري محمد بشار

جامعة طاهري محمد بشار

Khelifi.meriem@univ-bechar.dz

Bounaama.seddik@univ-bechar.dz

تاريخ إرسال المقال: 2022/07/18 تاريخ قبول المقال: 2022/08/16 تاريخ نشر المقال: 2022/09/15

الملخص:

إن أهم جدلية كانت سائدة في الفقه القانوني، ولم تخدم نيرانها إلى غاية اليوم في مجال العقود، هي التي كان موضوعها منصب حول طبيعة العلاقة التدرجية بين العدالة، والعقد، والتي تفسر بمبدأ السببية والحتمية، أين كان وما زال رحاب التنظير متراوح بين تيارين، أحدهما له اعتقاد يتمثل في اعتبار العقد كضرورة واقعية، مرتبطة بتحقيق منفعة اقتصادية، وكوسيلة قانونية، تحقق بواسطته العدالة، والتيار الآخر يعتبر هذه العدالة كضرورة قانونية تضمن للعقد صحته وديمومته، من خلال كونه مؤسسة اجتماعية، لا يقتصر أثره على طرفيه، بل يتعداه للمجتمع، بل إن قوامته القانونية لا قيام لها بدون العدالة، والتي هي عبارة عن ثياب أخلاقي، قماشه النص القانوني، يتم نسجه و خياطته بإبرة القضاء.

الكلمات المفتاحية: العدالة ؛ الإرادة ؛ القانون ؛ التدخل ؛ القاضي

Abstract:

The most important argument that prevailed in legal jurisprudence, and its fire has not been extinguished until today in the field of contracts, is the one whose topic was focused on the nature of the gradual relationship between justice and contract, which is explained by the principle of causation and determinism, where was and is still the scope of theorizing between two currents, one of them He has a belief represented in considering the contract as a realistic necessity, linked to the achievement of economic benefit, and as a legal means by which justice is achieved. Its legal stature does not exist without justice, which is a moral garment, the cloth of which is the legal text, woven and sewn with the needle of justice.

Keywords: justice; Will ; Law; Intervention ; the judge

المقدمة:

إن أهم جدلية كانت سائدة في الفقه القانوني، ولم تخدم نيرانها إلى غاية اليوم في مجال العقود، هي التي كان موضوعها منصب حول طبيعة العلاقة التدرجية بين العدالة، والعقد، والتي تفسر بمبدأ السببية والحتمية¹، أين كان وما زال رحاب التنظير متراوح بين تيارين، أحدهما له اعتقاد يتمثل في اعتبار العقد كضرورة واقعية، مرتبطة بتحقيق منفعة اقتصادية، وكوسيلة قانونية، تحقق بواسطته العدالة، والتيار الآخر يعتبر هذه العدالة كضرورة قانونية تضمن للعقد صحته وديمومته، من خلال

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

كونه مؤسسة اجتماعية، لا يقتصر أثره على طرفيه، بل يتعداه للمجتمع، بل إن قوامته القانونية لا قيام لها بدون العدالة، والتي هي عبارة عن ثياب أخلاقي، قماشه النص القانوني، يتم نسجه و خياطته بإبرة القضاء.

فبقدر ما كان لهذه الجدلية من بعد نظري، كان لها في الجانب الآخر بصمة وظيفية أثرت في حياة العقد، فكان هناك من سلم بالكفاية الذاتية للعقد في حماية نفسه، لأنه هو العدالة ذاتها²، واعتبره كبيت قانوني مغلق الأبواب، ولا يقبل أي استضافة خارجية، وهو الأمر الذي انعكس سلبا على مقوماته الرئيسية، فاعتلت صحته، واضطربت توقعات أطرافه، وفقد وظيفته، وفي خضم هذه المتغيرات المترتبة عن هذا الاعتقاد، بزغ اعتقاد فقهي مناقض للأول، يرى في العقد بأنه قاصر، وناقص الأهلية في تولي حماية نفسه، فجعل من العدالة كمطلب قانوني، واقتصادي في نفس الوقت، إذ بدون هذه الأداة يفقد هذا العقد لمناعته القانونية التي تحصن جسمه، من الفيروسات سواء كانت تلك الناتجة عن اختلال وظيفي داخلي لعناصره، أو كانت ناجمة عن الاستقبالات الخارجية غير المرغوبة إلى منطقته، وهددت صيرورته القانونية، وجردته من وظيفته الحيوية كمؤشر اقتصادي³، إذ أصبحت العدالة وفق هذا التوجه، هي عمادة قوامه العقد، التي يكرسها الدور القضائي الذي لم تقتصر فيه وظيفة القاضي، في تشخيص مواطن الاختلال، والكشف عن طبيعته، كمسعف ومعالج، بل أصبح يؤدي دور الطبيب الجراح في مجاله، وبفضله استعاد العقد لياقته التعاقدية⁴.

وفي خضم هذه الجدلية، تتجلى أهمية دراسة موضوع الصياغة الفنية للعدالة التعاقدية في العقد، التي تتراوح بين مقتضى ذاتية المصدر، وبين قانونيته، هو تبيان أسس الصياغة الفنية للعدالة التعاقدية لكل رأي، لأجل استجلاء طبيعة العلاقة التدرجية بين أهم المبادئ المقررة في قانون العقود، كالحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد، التي تشكل عناصر مكونة له لا تقبل التجزئة، إلى جانب عنصر العدالة التعاقدية، تلك العلاقة التي تتراوح بين التراتبية المطلقة، والنسبية، والموازنة بينها وبين العناصر الأخرى.

لذلك كانت الصياغة الاستفهامية في هذه المسودة البحثية تتمثل في:

ما هي طبيعة العلاقة التدرجية بين العدالة المقررة عقدا، والعدالة المقررة قانونا؟.

ومقتضى تحديد جوانب التساؤل الرئيسي أن يتضمن جزئيات استفهامية تتمثل في:

هل طبيعة هذه العلاقة، هي علاقة مفاضلة ؟ أم هي علاقة موازنة ؟.

ومن منطلق الضرورة البحثية، كانت القراءة استقرائية منطلقة من جزئيات تم تضمينها في نصوص قانونية، وفقهية، تطلبت طبيعة هذه القراءة الاعتماد على البرهنة العقلية، التي تنطلق من محطة تطبيقات المبدأ التي تتضمنها من النصوص الفقهية والقانونية، لأجل الوصول إلى محطة المبدأ ذاته وهي العدالة التعاقدية كمتغير يضبط مسار البحث، تتخللها محطة وسطى تم الاستعانة فيها بمنهج الدراسة النقدية لكل قراءة، وذلك لأجل الوصول إلى إجابة علمية دقيقة موضحة للإشكالية البحثية وعناصرها المكونة له.

و لصياغة إجابة تقريرية للسؤال المطروح تطلب أن تكون الصياغة الفنية لعناصر الدراسة وفق بناء فكري مترابط شكلا، ومضمونا بتبني الخطة البحثية على الوجه الآتي بيانه:

المبحث الأول: قانون الإرادة هو أساس العدالة العقدية

المبحث الثاني: العدالة العقدية مصدرها القانون الوضعي

وصولا إلى تذييل الدراسة البحثية بمجموعة من النتائج المستخلصة من استنتاجات الدراسة

المبحث الأول: قانون الإرادة هو أساس العدالة العقدية

وإن كان مفهوم العدالة بوجه عام تمثل تلك الصورة التي تجسد مبدأ المساواة بين الأفراد في الحقوق والالتزامات أمام القانون⁵، فإن عدالة العقد لها قراءة نسبية تجد مجالها في التعاملات العقدية، التي تتراوح في ثنائها غاية ذات مدلول اقتصادي، مرتبطة بالمنفعة المراد تحقيقها، ومقترنة مع غاية أخرى ذات مدلول قيمي وموضوعي وتتمثل في قاعدة التناسب⁶، يعبر عنه بمصطلح التوازن الذي يعني المساواة والتكافؤ بين أطراف العقد، والتعادل والتناسب بين الأداء الواجب تنفيذه، والحق المراد استحقاقه⁷، هذه الغاية وإن كانت نسبية، نابعة من توقع كل طرف من أطراف العقد، الذي يطلق عليه بمصطلح توقعية التعاقد⁸، وإن كانت هذه الأخيرة من صميم الحرية التعاقدية، إلا أنها لا تكفي ما لم تكون متوافقة وغرض المشرع⁹، لكون قوامة العقد¹⁰ لا تتحقق إلا إذا كان توقع المتعاقدين مشروع¹¹.

وعليه فإن الإجماع الفقهي، والقانوني متفق ومستقر حول فكرة في اعتبار العدالة كمبدأ عام، أشبه بالقماش الذي يصنع منه ثياب العقد، وبفضلها تتحقق الموازنة بين غاية: الطلب، والمطلوب¹².

ولكن القراءة القانونية لمسألة الملائمة بين الطلب والمطلوب في العقد، وفق التوجه الفردي تتراوح بين فرضيتين وهما: فرضية سمو قانون الإرادة والحرية التعاقدية (المفاضلة المطلقة) على عدالة القانون

(المطلب الأول) ثم نتطرق إلى فرضية (المفاضلة النسبية)، بين قانون الإرادة والقانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: هيمنة قانون الإرادة على العقد

ولما كانت الإرادة قانون قائم بذاته في النظام القانوني كونها وسيلة من وسائل الصياغة العقدية، كونها الأم الولود للعقد، بما لها من جدارة واقعية في إدراك النافع والضار، ومالها من جدارة قانونية في التعبير عن إرادتها بكل حرية بالتعاقد وعدم التعاقد وفي اختيار مضمون العقد واختيار الشخص المتعاقد¹³، عن طريق عنصر الرضا الذي يعد وسيلة من الوسائل التي تنقل الإرادة من توصيف الواقعة المادية المجردة من أي أثر إلى واقعة قانونية ذات تدليل خاص وأثر خاص، تسمى بالإرادة التعاقدية وهي إرادة خاصة لها تخصيص محدد¹⁴، ومن نتائج ذلك فإن التوصيف القانوني للعقد، وتفسيره، وتحديد مضمونه ونطاقه لن يخرج عن نطاق التقدير الإرادي، لكونها قانون العقد (اولا)، ثم أنه لا يمكن توظيف القانون باستعمال التقنية القضائية المتمثل دورها في التدخل الذي لا يكون إلا بوجه استثنائي وفقا لمحددات نصية لا يجوز توظيفها خارج نطاق خدمة المتعاقدين (ثانيا).

أولا: الإرادة هي قانون العقد

مما لا شك فيه أن القراءة التاريخية لنظرية العقد، ونظامه القانوني نجد أن الأرضية التي تم تأسيسها في قانون العقود، هو قانون الإرادة، الذي يستند إلى قاعدة أن " من قال عقدا قال عدلا " ¹⁵، أين تمت بنوة العقد على أساسها، واستقرت عليه التشريعات المعاصرة، بأن جعلت كل تعاقد حر فهو عادل¹⁶، لأنه مرتبط بإرادة لها قدرة ذاتية في التحرك نحو إنشاء ارتباط قانوني، لديه مضمون محدد، كون قانونية كل إرادة تقاس بمعيار الجدية في التعبير عنها بالوجه الذي قرره القانون وانعقاد ارتباطها بالمعقود عليه المحدد بحسب طبيعته¹⁷، هذا التجلي للوظيفة التفاعلية للإرادة، رسخ طبعا قانونيا معصوم من النكران، وجعلها سيدة قصر العقود والمعاملات، بفضلها تمتع كل تصرف تعاقد بقوته القانونية، والتنفيذية¹⁸، وبه تعادلت الأداءات، ولذلك كانت مجمل الاجتهادات الفقهية والقانونية منحصرا اعتقادها بأن لا مفترض يحل محل الإرادة، كونها من ألحقت بالعقد وصف العدالة، فأين ما وجد العقد وجد العدل، ومنه تولى العقد وظيفته بتحقيق العدالة عن طريق الإرادة، وكان هذا العقد ملكية خاصة¹⁹، غير متاحة للكافة، ومن نتيجة ذلك أن تقرر تحديد نطاق العقد من حيث أثره الشخصي والموضوعي نابع من مبدأ سلطان الإرادة، ولا يجوز أن يستقل العقد عن أطرافه، ولا يجوز للعقد أن يرتب أثارا في ذمة الخلف العام، أو الخلف الخاص، إذا كانت إرادة أطرافه لا تسمح

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

بذلك²⁰، ولا يجوز للقانون المساس بالملكية الخاصة للمتعاقدين، مهما كان طبيعة التدخل، كون العقد حالة قانونية، تلزم الغير باحترامه²¹. ومقتضى العدالة التعاقدية وفقا لقانون الإرادة، أن أي تدخل في منطقة العقد هو إخلال بالعدالة التعاقدية، كون العقد يمثل العدالة ذاتها، إذ كيف للغير أن يقرر عدالة غير التي قررتها الإرادة التعاقدية، لولا افتراض تلك العدالة في العقد، لما اتجهت الإرادة إلى إلزام نفسها.

وفقا لهذا التصور المجرد لمبدأ سلطان الإرادة، أن أي تدخل في جسم العقد، هو مساس بالوظيفة الطبيعية للإرادة²²، وأسمى وظائف هذه الأخيرة هو تحقيق العدالة التعاقدية، بالكيفية التي ارتضت بها وانعقدت عليها، إذ لا سلطان يسمو فوق سلطانها، وما كون العقد إلا مظهرا من مظاهر السمو²³.

وصفوة القول بشأن قانون الإرادة تتمثل في : إن قامت الإرادة وصحت، قام وصح العقد، وإن قام وصح هذا الأخير، قامت وتحققت العدالة، والعكس صحيح، هذا التجلي الواضح في العلاقة بين الإرادة كمصدر، والعقد كتصرف، والعدالة كغاية، يبين وجود علاقة تكاملية بين المصدر، والوسيلة، والغاية²⁴، بفضلها يكون للعقد مقام القانون باكتسابه للقوة الملزمة التي تستمد من الإرادة الحرة والصحيحة²⁵، وبفضل هذه الأخيرة يكون للعقد القوامة القانونية²⁶، فعنوان هذه الأخيرة نابع من المشروعية التي استعارها العقد كتصرف، من مشروعية المصدر، إذ لولا سلامة الإرادة لما تحققت مشروعية العقد ولما ارتقى لمرتبة القانون، فالعقود غير الصحيحة هي عقود لا يستسيغها القانون²⁷ بل هي وقائع مجرد من أي أثر، وبموجب العقد تساوت واتحدت غاية الإرادة مع غاية القانون، كأداة لتحقيق غاية مشتركة تتمثل في تحقيق المنفعة والتناسب بين الحق والالتزام، فإن لم تتحقق المنفعة كحق، ومصلحة شخصية وفق الإرادة المشتركة، بوجه من التناسب لما انعقدت الإرادة ووجدت، وإذ لولا توقع الإرادة للحصول على منفعة متناسبة مقابل ما التزمت به لما تعاقدت²⁸، إذ يعد التعاقد وسيلة لتحقيق التوقع المشروع للإرادة، إذ لا تتحقق الرغبة المشروعة المشتركة، إلا بواسطة وسيلة وأداتيه تساهم في تذليل التعارض بين المصالح عن طريق التعاون بين الإرادات²⁹.

ومن نتيجة ذلك أن القضاء لا يجوز له المساس بما ارتضت به إرادة الأطراف، مهما كانت طبيعة تدخله، كون ما قررته تلك الإرادة هي حالة قانونية تقوم مقام القانون وتلزم الكافة³⁰.

وكما أنه يجب التنويه إلى أنه وما دامت الإرادة واقع قانوني، فإن الفقه التقليدي إتجه إلى توظيف الصياغة القانونية كوسيلة وأداة لتأمين واقع الإرادة في العقد³¹، وهو الذي نتناوله :

ثانيا: توظيف الصياغة القانونية لخدمة قانون العقد

مؤدى الفكرة هي أن تكون الصياغة التشريعية للقانون العقد ذات نتاج واقع وحقيقة هي الإرادة التعاقدية (1)، ثم أنه استوجب تسخير التقنية القضائية كوسيلة لحماية وتعزيز سلطان الإرادة (2)

1- الصياغة التشريعية لقانون العقد نتاج قانون الإرادة

ومقتضى الاستقلالية التي تحظى بها الإرادة التعاقدية في النظام القانوني كواقع قانوني قائم بذاته لعلاقة هذه الاستقلالية بالحقوق الطبيعية للإنسان، يكون كل فرد حر في تصرفاته، ومنه يستوجب على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار أثناء التدخل في العقد عن طريق القاضي، جعل هذا الأخير خادما للعقد، ولا يمكن أن يشكل القانون الموضوعي عقبة في تنامي العقود³²، وتعدد أنماطها وتركيباتها، فبقدر ما تتكاثر العقود وتتنوع يجب على القوانين أن تسير هذا التطور، من خلال السعي إلى تأمين هذه الصنعة الفردية، وتنميتها تنمية قانونية، هذا التصاعد والدينامكية العقدية لهو تعبير على تحفيز المشرع على بعث الذكائية والتفاعل الإيجابي مع هذه الأنماط المتجددة³³، مما يمكن اعتبار الإرادة مبعث خلاق لتطور القواعد القانونية المنظمة للعقد، والقول بأن الإرادة واقع قانوني، وأن الصياغة التشريعية ماهي تدليل على هذا الواقع القانوني، بما يوليه من أهمية لهذا الواقع في مضمون أحكامه.

ولكن وإن كان هذا التصور الإرادي من حيث المبدأ مقبول بما فيه من محاسن قانونية، إلا أنه لا يمكن التسليم بقديسيته، على وجه الإطلاق، نظرا للمتغيرات التي طرأت على ميدان التعاملات الاقتصادية، جعلتها لا تستطيع حتى حماية نفسها في بعض الحالات³⁴، الأمر الذي استدعي إلى إضفاء بعض المرونة في الرؤية التي لم تكون إنكارا وهذرا لدور الإرادة، مما استوجب أن يحتل التدخل مركز الاستثناء من الأصل، ولم يرقى التدخل وفق هذا الرأي إلى مقام المبدأ، وإن كان هذا التدخل واقع وحقيقة قانونية متوجس من خيفته، إلا أنه تم السماح به استثناء ليس لكون الإرادة فقدت فعاليتها، وإنما لكونها بحاجة إلى تجميل يحسن مظهرها الخارجي مع بقاء جوهرها، لذلك فمعظم تدخلات المشرع عن طريق القضاء ما هو إلا تعبير عن قراءة تعزيزيه، وتكميلية لدورها³⁵ بالخصوص كون معظم القواعد القانونية المقررة في ميدان العقود تحكمها قاعدة "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، أي أنها ذات طابع مكمل وليس آمر³⁶.

ولما كان لهذه لإرادة من قوة قانونية ذاتية لكونها قانون قائم بذاته، إلى حيث اعتبارها عمادة العدالة التعاقدية، ولأهميتها اعتنى الفقه القانوني والتشريع بقانونها، وأحاطها بمجموعة من الشروط القانونية التي تضمن لها الفعالية في إنتاج أثارها في مختلف مراحلها³⁷، بدءا من مرحلة التعاقد بتقرير شروط

تتعلق بانعقادها، وصحتها³⁸، فإن مجمل تدخلات المشرع في تحديد الشروط المتعلقة بها، لا تعدو سوى احتراماً لها، وذلك لأجل ضمان حريته.

ونتيجة لذلك اقتصر دور القاضي في مجال العقود، في وظيفة الكشف والتقرير، بدل الإنشاء، كسلطته في التدخل³⁹ لأجل تقرير جزاء البطلان المطلق، لسبب انعدام حرية التعاقد كمسلمة لتحقيق عدالة العقد، أو لأجل توقيع أثر قابلية العقد للإبطال، لوقوع الإرادة تحت وطأة الغلط، أو التدليس، أو الإكراه أو الاستغلال⁴⁰، أو لسبب أن كانت الإرادة مجردة الانعقاد من مضمون العقد⁴¹.

كما أن التدخل لأجل تقرير البطلان النسبي، مرهون بإرادة الاختصاص، لكون الحق في طلب الإبطال من الحقوق المرتبطة بأحد أطراف العلاقة التعاقدية⁴²، كما تتجلى مظاهر التعزيز والحماية والتقرير لأثار البطلان، أن قيد المشرع قضاة الموضوع مراعاة مبدأ الملائمة بين الإبقاء على العقد أو نقضه⁴³ كما هو الحال في دعوى الاستغلال، كما أن المشرع أولى الحماية لإرادة ناقص الأهلية، من خلال اقتصار أثر البطلان على القاصر برد ما عاد عليه من منفعة فقط⁴⁴، فضلاً عن حرمان المتعاقد من استرداد ما قدمه بمناسبة تنفيذ العقد الباطل، إذا كان له يد في تسببه لبطلان العقد، وهذا إن دل على شيء وإنما يدل على أن القانون لا يقتصر دوره في الاعتراف بوجود الإرادة، بقدر ما ينصب اهتمامه على ما تستلزم من صحة في الرغبة ومشروعية الباعث⁴⁵ لكي تتال جدارة احترام.

لذلك فإن التدخل القانوني عن طريق القضاء في مختلف مراحل الحياة التعاقدية، ما هو إلا أداة توجيهية تتعلق بمستلزمات الإرادة لكي تتال جدارة احترام، وإن كان القانون منح لها جدارة اعتراف. لكن العبرة تكمن بمدى فعاليتها⁴⁶ لإنتاج عقد جدير بأن يحمي مصالحها.

وما تجدر الإشارة إليه إن مبعث كل تحرك تعاقدى مرده التوقع المشروع المتعاقدين التي أولاهها في العقد، الذي يعد نتاج تلك الثقة المتولدة في شعور المتعاقدين، إذ لولاها لما كان هناك إرادة جادة متجهة إلى ارتباط قانوني، ومن نتيجة ذلك أن يتم توظيف تقنية التدخل في العقد لحماية الرغبة المشروعة للمتعاقدين، باعتباره أداة تأمين وهو الذي نتناوله :

2- توظيف التقنية القضائية كأداة لتعزيز حماية الإرادة:

وإن كانت الإرادة واقع قانوني، فإن التدخل كذلك يمثل وسيلة حلول إرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين، لكنه لا يمكن اعتبار هذا التدخل تعبير عن وجود مفاضلة لمنطقة القانون على منطقة العقد لكون التدخل له علاقة إرتباطية بمدى ضمان عدم المساس بالإرادة كواقع كائن.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

ولذلك فإن نشوء التدخل لا يتقرر الا لموجبات قررها القانون، ولا يمكن أن ينعقد اختصاص القضاء التدخل في العقد ، ما لم تكون هناك حالة شك مست الإرادة التعاقدية ذاتها، قبل أن تمس المضمون الالتزامي، لذلك فإن إرادة القضاء في التدخل في منطقة العقد مرهونة بنشوء وانعقاد إرادة الاختصاص⁴⁷ التي هي ملك لأطراف العقد، وهذه الأخيرة لا تتعقد ما لم يكون هناك اختلال في توازن توقع احد الإرادات، لذلك القضاء لا يتولى مهمة التدخل في جسم العقد، إلا لمقتضى الضرورة العلاجية التي تملئها الإرادة التي لها صلاحية استضافة القضاء لمعالجته، فهي الأدرى بما يؤلمها، ومنه فان كل تدخل قضائي في منطقة العقد، سواء بالتعديل، أو التكميل، أو الانتقاص، أو التحويل، مرده تلك الرغبة في الاختصاص الناشئة عن واقعة الاختلال في إحدى الأعضاء الحيوية في جسم العقد (الإرادة التعاقدية)، هذه الأخيرة هي مصدر مضمون الالتزام⁴⁸، ونطاقه، فإذا عجزت عن ضبط مضمونه، استجبت بمصل القضاء، لتسترد لياقتها التعاقدية، وبالنتيجة تعيد للعقد قوامته القانونية والتنفيذية.

كما أنه يجب الحديث عن التدخل بذاته كرخصة⁴⁹ من حيث مصدره، إذ أنه قبل أن يتقرر للقاضي سلطة على منطقة العقد سواء أثناء مرحلة تكوينه أو أثناء تنفيذه، والذي لا يكون إلا لمقتضيات حددها القانون، كالتى تمس إرادة أحد المتعاقدين أثناء التعاقد، أو أثناء مرحلة تنفيذه، فتولدت رغبة لدى إرادة أحد المتعاقدين في التنازل عن الحصانة القانونية التي منحها إرادتهما للعقد، ولذلك فإن معظم تدخلات القضاء أثناء هذه المرحلة، هو تلبية لمعطيات تتعلق بمستلزمات الإرادة في تحقيق عدالة العقد، أين منح القانون للقاضي سلطة على العقد كعملية تكميل العقد مثلا، ولا يعد ذلك انتقاصا لسلطانها بل هو عربون تقدير لها⁵⁰، وإن خير دليل على ذلك هو أن عمليات التكميل للعقد لا تتم إلا بوسائل من بينها العدالة، بالإضافة إلى كون التكميل غير وارد إلا في المسائل التفصيلية، التي تخضع لضابط ما قرره الإرادة المشتركة للمتعاقدين⁵¹، مما يجعل التدخل هو تدبير احتياطي يهدف لترشيد العقد، في الحالات تحتاج فيها الإرادة إلى تكميل. لأجل تعزيز جدارتها القانونية، ثم أن وسيلة التعديل للالتزامات التعاقدية نجدها مرتبطة بورود عوامل خارجية استثنائية طارئة عامة⁵²، والتي أحدثت اختلالا في التوازنات الاقتصادية للعقد، والتي تعبر عن وجود اختلال في توقع الإرادة كمصدر للعقد، إذ أن غاية القاضي في تعديله للالتزام لسبب الظروف الطارئة، وإن كان منصبا على مضمون العقد، فان هذا الأخير عنصر من عناصر الإرادة.

وإن كان البعض يعتبره بمثابة إلغاء لدور للإرادة⁵³، فانه والذي نراه وبخلاف أن التدخل القضائي لا يمكن أن يكون نقيض توقع احد المتعاقدين، وإنما كان سعيه لأجل علاج⁵⁴ توقعها المختل في تحديد مضمون العقد، لأن الأثر الذي تحدثه الظروف الطارئة، وإن كان يمس بتوازن العقد، فهو يمس

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

توقعات المتعاقدين بالدرجة الأولى، فمبتغى القضاء في كل تدخل هو حماية هذه التوقعية التي هي من مستلزمات الإرادة التي يستوجب أن تكون حرة⁵⁵، المرتبطة بقاعدة أن لا تعاقّد نقيض المصلحة المبتغاة ولا تعاقّد بغير ما تريده الإرادة وتختاره، إذ لولا وجود إخلال في توقع أحد الإرادات، لما طرح النزاع حول توازن العقد.

إن واقعة التنازع المتعلقة بمضمون العقد والمترجمة بطلب التعديل، منشؤها حالة عدم التوازن في توقع الإرادة قبل أن يكون في مضمون العقد الذي استعار توصيف عدم التوازن الذي مس الإرادة كمصدر للعقد⁵⁶، قبل أن يمس عدم التوازن الالتزام كأثر للعقد، مما يجعل عمل القاضي أثناء قيامه بتقدير الظرف الطارئ، وقيامه بتعديل الالتزام إلى الحد المعقول، لاسيما أثناء تقديره للإرهاق الذي يصيب الذمة المالية للمتعاقد المدين كعنصر من عناصر متعلقة بالشخصية القانونية من جهة⁵⁷، كما يجب عليه أثناء عملية التعديل أن يختار الحل الأنسب لإعمال وسيلة "الملائمة" بين "مصلحة الطرفين"، الذي يرتبط بإرادة الطرفين، أي مراعاة إرادة الدائن والمدين، وبين "مبدأ استقرار العقد"، ليحقق الانصاف، لذلك فمن قال "ملائمة قال إنصافاً"، إذ لا يمكن تصور استمرار عقد نقيض مصلحة أحد المتعاقدين بسبب عمل القاضي الذي يهدم العقد، إذ يترتب عن حكمه امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ العقد عيناً، وبالخصوص إن كان يتوقف تنفيذه على شخص المدين، وإجباره على تنفيذه يعدّ مساساً بإرادة الشخص المتعاقد، والمساس بهذه الأخيرة يعدّ مساساً بالحرية الشخصية للمدين⁵⁸، أو يصبح الالتزام مرهقاً بالنسبة للدائن⁵⁹، مما يفرض على القاضي أثناء تدخله لتعديل العقد، ضمان السلامة العقدية لجسم العقد وتفادي انهياره.

وخلاصة القول في هذه الجزئية المتعلقة بتأصيل العدالة التعاقدية وفق التوجه الفردي، الذي رسخ عقيدة التقديس لمنطقة العقد، بقراءة قانونية جعلت من العقد رهينة في يد رجال الاقتصاد والمال والمعرفة لممارسة فاشيتهم الاقتصادية التي هيمنت على ما هو قانوني وعادل، عوض أن يكون العقد وسيلة لمقاومة تلك التحديات بواسطة ثياب العدالة التعاقدية، الذي أصبح متهرباً لعدم جودة إبرة الإرادة التي صاغته بوجه غير ملائم، نتيجة هذا النسيج الفكري المنغلق، دخل العقد في عزلة واقعية وقانونية، جعلته لا يستوعب ثقافة التعايش مع كل ضيف خارجي، وكان من نتيجة ذلك، أن أتجه الفقه القانوني إلى الانطلاق في سفره البحث عن ورشة بديلة، تجيد صياغة ثياب العدالة، بوجه يحقق للعقد القوام، والملائمة وفي خضمها كان الجدل محتتماً بين الفقهاء، منهم من كان له رأي بأن تكون الرحلة بدون اصطحاب ماضي العقد لكونه عبئاً غير مجدي، ومنهم من كان له عقيدة العرفان لما هو

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

ماضي ممزوجة بثقافة الاعتراف لكل ما هو مستجد، وبين ذلك وهذا كانت صياغة ثياب العدالة بقراءة جديدة تتمثل في:

المطلب الثاني: العدالة التعاقدية بين جدلية الثابت والمتغير⁶⁰

على نقيض ما تبناه الفقه اللاتيني، كانت بصمة الفقه الجرمانى لها وقع كبير، في بعث قراءة اجتماعية واقتصادية⁶¹، وواقعية لنظرية العقد⁶²، التي عرفت مدلولاً قانونياً مختلفاً في المفهوم، بعد أن كان العقد بيتاً قانونياً موصد الأبواب، والنوافذ، تحول إلى مؤسسة وكيان قانوني مستقل عن الأشخاص المكونين له⁶³، ظهرت قراءة قانونية للعقد التي أصبحت ذات بعد واقعي، وهذا نتيجة الانقراض التي خلفها البعد التصوري والتجريدي، الذي كان أحد أسباب فقدان العقد لمناخه القانونية، لاسيما تعثره في تحقيق الحماية الذاتية لنفسه، نتيجة تلك المعصومية الوهمية المحاطة بجدرانه، فبزغ في مجال الاجتهادات الفقهية المتراكمة توجهها احدث القطيعة مع ذلك الماضي القانوني للعقد، فكانت أسس هذه القطيعة معززة ببنوة تسمى: بعدم فعالية قانون الإرادة في تقرير العدالة التعاقدية كقراءة تتعلق بالانقلاب على الثابت(أولاً)، ثم تطورت القراءة البحثية إلى مرحلة تكريس الواقعية عن طريق التجديد في قانون العقد، بوجه يكرس التعايش والتعاون الذي يحقق التناسب بين مقتضى الإرادة الذي يمثل المصلحة الفردية، ومقتضى القانون، الذي يمثل مصلحة المجتمع⁶⁴(ثانياً).

أولاً: مصائب دعاة ذاتية العدالة هي فوائد دعاة قانونية العدالة -تبديد الثابت

من منطلق القراءة القانونية المنصبة حول تقييم قانون العقد، وما نتج عنها من متغيرات، منها ما أثرت على مفهوم العقد ذاته، نتيجة هيمنة الأيديولوجية الفردية على قانونه، والتي أثرت على فعاليته الوظيفية نتيجة الانغلاق على نفسه، مما افقده الواقعية التي تضمن له التفاعلية والقابلية للتطور، وتحقيق الفعالية والاقتصادية والاجتماعية⁶⁵، بالخصوص أمام التطور الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي، الذي فرض واقع الهيمنة والفاشية الاقتصادية على حساب معطى العدالة، بدل أن تكون وظيفة العقد هو تحقيق أسمى مراتب العدالة، ومجابهة هذه الهيمنة، أصبح ضحية لتلك الفاشية، التي استعملته كوسيلة من وسائل تكريس الظلم الاجتماعي⁶⁶ وتكريس الإكراه الاقتصادي⁶⁷، ونتيجة لذلك دخل العقد في أزمة قانونية⁶⁸، في ظلها بزغ فضول فقهي اعتمد على قراءة تتسم بالنكران لما هو متعلق بسلطان الإرادة المطلق، نتيجة قصورها القانوني، والفعلي، لمجابهة تحديات ذلك الواقع، وإن كانت تتمتع بالحرية، وتفترض فيها المساواة إلا أن واقعية التعامل، جعلت منها أحد الأسباب التي أفرزت واقع القوة التعاقدية للمتعاقد⁶⁹، نتيجة الإفراط في حصر مبادئ الحرية والمساواة في بعدها التصوري⁷⁰،

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

مما جعل محور البحث القانوني منصب على تساؤل: هل حقيقة أن العقد بحاجة إلى تجديد؟ مما أقتضى الأمر إلى:

ثانيا: البحث عن وسائل الملائمة بين ماضي العقد وحاضره الاقتصادي

لذلك كان من الفقه القانوني سوى الاتجاه إلى حث النظم القانونية إلى تبني سياسة الضبط والمراقبة على منطقة العقد، لاسيما التفكير بمدى إمكانية الرجوع عن بعض المبادئ التقليدية التي تحكم البيئة العقدية كمبدأ من قال عقدا قال عدلا، إلى حيث القول أن العقود تحتاج إلى تجديد في مناعته القانونية، أين حل الطابع التنظيمي محل الطابع الإرادي، وساهم في التأثير على مفهوم العقد كنتاج إرادي تعاقدية، إلى وصف تنظيم العلاقة⁷¹، نظرا لطغيان خاصية "الأعملة" في ميدان الأعمال نتيجة الحرية الاقتصادية بدلا من مصطلح العدالة الذي يعتبر عاملا هامشيا لدى رجال الاقتصاد والمال⁷²، وترجمة هذا القول تتمثل في: تطور منظومة الاقتصاد تطلب الأمر استبعاد كل تصور قانوني تقليدي، أو تحيينه وتنقيحه بقراءة ازدواجية تجمع بين الماضي التشريعي، والحاضر الاقتصادي⁷³، وهذا برسم خريطة طريق تشريعية، تنظر إلى العدالة التعاقدية بواقعية أكثر، تتمثل في ضرورة الاستغناء عن المثالية، وبالمقابل إمكانية اللجوء إلى تصحيح كل تصرف تعاقدية لأجل تحقيق الإنصاف⁷⁴.

و نتيجة هذا القصور اغتتم دعاة الاجتماعية العقدية مواطنها التي أصابت أعضاء جسم العقد، وذلك بالبحث عن مكن الاختلال التي أصابه، لاسيما قصوره وعجزه في تحقيق الحماية الذاتية لنفسه، نتيجة الظروف الاقتصادية والعلمية والاجتماعية، التي سببت باهتراء ثياب العدالة التعاقدية المنسوج بقماش الإرادة فلم يستطيع التأقلم مع التقلب المناخي في مجال العقود.

وكانت أهم تجليات الانقلاب الفكري⁷⁵ على محدودية سلطان الإرادة، في تحقيق العدالة التعاقدية، بتجاوز الصياغة الاصطلاحية للعقد كنتاج فردي محض، محدود الوظيفة، إلى صياغة وظيفية تضفي عليه سمة المؤسسة الاجتماعية، والاقتصادية⁷⁶، أين تم فرض رؤية مناقضة لكل صياغة إرادية ذاتية للعقد بصياغة تنسم بالواقعية الاقتصادية على حساب القراءة القانونية التجريدية⁷⁷ لمجموعة من المفاهيم: كحرية التعاقد والمساواة، ومصدر القوة الملزمة للعقد، والأثر النسبي للعقد، والمركز القانوني للغير⁷⁸، فلم تعد للعقد تلك القدسية الموهومة، بل كان من نتيجة ذلك أن سادت عقيدة التثديد بالثابت وفقا لتصور آخر منافس له وفقا نظرة تفسيرية وضعية مترجمة على أن للعقد مصدر وحيد وهو القانون الذي يقر التعاون بين المتعاقدين لتحقيق مقاصد العقد.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

ولقد كان من دعاة قانونية العقد كل من الفقيه (ديجي وكلسن)، لذلك كان تصور الفقيه ديجي منصب على إعدام دور الإرادة في إنشاء الحقوق، بالحكم أن التطابق الإرادي في العقد مرتبط بغاية تتمثل في تطبيق أحكام قانونية معينة⁷⁹، ولكن هذه النظرية لم يكتب لها الديمومة، نتيجة مخالفتها لواقع العقد الذي لا يمكن أن يتجرد من إرادة عاقيه، لوجود علاقة إرتباطية بين الرغبة للتعاقد كمبرر لوجود العقد كوسيلة، لتحقيق غاية، تتمثل في تحقيق المصلحة والمنفعة، بوجه من المساواة في المراكز، وتناسب في الاداءات، هذه الغاية ذاتها هي التي فرضت ضرورة البحث عن وسائل وتقنيات من شأنها أن تضيي طابع المرونة والتفاعل الايجابي للعقد مع متغير الاقتصاد والعلم، الذي عرف ديناميكية غير متناهية أثرت على مؤسسة العقد من عدة جوانب، سواء من حيث أطرافه، أو مضمونه، أو آثاره، مما جعل محور التساؤل منصبا حول: هل بالإمكان الاستغناء عن الماضي القانوني للعقد كليا؟ أم أنه يستوجب إدماج وإيواء قانون الإرادة، و سلطان القانون في العقد كبيت قانوني يدخل في تركيبته عناصر وحدة الأضداد (الإرادة والقانون) وصراعها وبنفي النفي بينهما، و التي تساهم في تحقيق تطور العقد؟

ولكن حكم الإعدام الذي بدد دور الإرادة وفقا تصور ديجي الاجتماعي المحض، فيه من المغالاة التي أفرزت واقعا قانونيا عقيما، لا يمكن بمقتضى اعتقاده أن يقوم العقد بدون مقومات ثابتة لا يمكن نكرانها كالحرية التعاقدية مثلا، المترجمة بالواقع الاقتصادي الحالي: كحرية المنافسة، وحرية التجارة، كتقنيات تساهم في تحقيق تنمية المساهمة الفردية في زيادة العرض، والإنتاج، وكمسلمة اقتصادية واجب الاعتراف بها⁸⁰.

ووفقا لهذه الواقعية المستجدة فرضت الحاجة لتنظيم هذه الحرية بوجه يضمن لها واقعية⁸¹، برقابة توجيهية تراعي خصوصية بعض العقود التي أصبح يغلب عليها طابع الإذعان، الناجم عن واقع الاحتكار الفعلي، والقانوني، والفني للحاجة، مما كرس وضع عدم المساواة الفعلية في المراكز المعرفية والاقتصادية، وعلى أنقاض هذه المثالية، ظهر تيار الردة والسخط والنكران للإرث الإرادي، ولكن لم تسلم هذه الشريعة التنديدية كذلك من النقد نظرا لتجاهلها لواقع العقد.

وعلى أنقاض جدلية الأضداد (الإرادة والقانون)، استوجب أن يضيف للعقد قراءة جديدة تجمع هذه المتناقضات في بيت قانوني واحد يحمل في تركيبته جدلية العناصر التي لا يمكن استبعاد احدهما والإبقاء على الأخرى، إلا أن هذا الصراع ساهم في تطور العقد وتغييره في عدة جوانب، كما كان لهذه الحركة التجديدية أن جمعت ووفقت بين عناصر (النفي بالنفي) في العقد، بصياغة تركيبية وظيفية تخلصت من شوائب وعيوب الاعتقاد السابق مع القيام نسج حلة قانونية جديدة للعقد، وبفضل هذه

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

الصياغة الجديدة، تم السماح بإبرام علاقة زوجية بين ماضي العقد، وحاضره الاقتصادي، تحت سقف (العقد)، والذي أثمر عنها ميلاد توأمة قانونية بين مصدره وغايته⁸² ذلك هو التوجه الجديد لقراءة العدالة التعاقدية.

المبحث الثاني: القراءة التركيبية لمفهوم العدالة التعاقدية - تعايش بين مصدر العقد وغايته

أول ما نتج على أنقاض الانتكاس الذي خلفه سلطان الإرادة أن كان أصبحت القراءة للعقد جديدة ذات بعد ذاتي وموضوعي (المطلب الأول)، ثم أنه كان من نتائج ذلك ظهور أبعاد للقراءة التركيبية بين المبدأ والتقنية المحقق للموائمة بين الثابت والمتغير (المطلب الثاني)

المطلب الأول: أسس القراءة الجديدة للعقد ولعدالته

إن أهم ما قدمته القراءة الجديدة للعقد أن كرست التعايش بين الإرادة كأساس للعقد، وبين وظيفة هذا الأخير (أولاً)، ثم أنه من نتائج ذلك أن أصبحت القراءة ذات بعد غائي للعقد (ثانياً).

أولاً: تعايش بين الإرادة كأساس للعقد وبين غايته:

ووفقاً للقراءة التركيبية للعدالة التعاقدية⁸³، التي يعود الفضل في صياغتها الفقيه غيستان، الذي جمع بين مادية (نفعية) العقد وقيميته (عدالته)، تحت شعار " ما هو نافع فهو عادل" ⁸⁴، أين جسد التوأمة القانونية بين مقتضى الإرادة، بما لها من سلطان في تقرير المركز العقدي، كوسيلة لتحقيق غاية منشودة في العقد، والمتمثلة في العدالة التعاقدية. وتجليات هذه الأخيرة في منح العقد القوة الملزمة، النابعة من مبدأ الاستقلالية الذاتية لكل متعاقد المجسدة في حرية التعاقدية، والتي تخضع لتحكيم مؤسسة القانون الذي يفترض في كل تعاقد صحيح بأنه ملزم وعادل، وإن كان لهذه الإرادة اختلاف في تحديد معايير النفع والعدل التجأت إلى آلة القضاء التي تتحرك عربتها للولوج لمنطقة العقد، لاستجلاء مكامن الاختلال وتولييه مهمة التصحيح، بوجه يضمن للعقد قوامته، من خلال السعي لإقامة التوازن بين مقتضى الإرادة ومقتضى العدالة، وما يقتضيه العقد من استقرار قانوني بعدم انهياره. وبفضل هذه الآلية الموائمة بين نفعية العقد وعدالته، ساهم في ضمان استقرار العقود، ومن نتيجة ذلك أن تم توظيف التقنية القضائية في كل تدخل في منطقة العقد، بأن يكون في حكمهم من الحرص الشديد على إحقاق الموازنة، لا المفاضلة بين ما يقتضيه حق المجتمع في تحقيق الاستقرار القانوني للمراكز العقدية من جهة، وبين ما تقتضيه التوقعية المشروعة لكل متعاقد، بما يضمن لهم الاطمئنان في الركون إلى العقد، ولذلك فإن التطور الحاصل في قانون العقود لا يكرس مفاضلة مبدأ التدخل أو التوجيه القانوني على مبدأ الحرية التعاقدية، وإنما يكرس الموازنة بينه وبينها⁸⁵.

ومن نتائج هذه الوثبة القانونية في قراءة أساس العدالة العقدية ، بتبني قراءة ذات بعد غائي للعقد وهو الذي نتناوله :

ثانيا: التدليل الغائي لمفهوم العقد

ووفقا لهذا التصور الغائي للعقد يمكن القول بأنه: صك موقع من قبل إرادة المتعاقدين، غير قابل للصرف اجتماعيا، إلا إذا كان التوقيع الرضائي وارد على مضمون يعتد به المجتمع، ويستسيغه، لازدواجية أثره في التوفيق بين المصلحة الشخصية والاجتماعية⁸⁶، ومقتضى ذلك يجب أن يكون التبادل الإرادي مطوعا لخدمة المصلحة العامة⁸⁷، وإن كانت مصالح الأطراف المتعاقدة متنافرة ومتعارضة، لكن لا مانع من تدليل هذا التصارع بالسعي إلى قولبة هذا التبادل ضمن قالب اجتماعي تحت مسمى "العقد"، الذي يعد وسيلة من وسائل تحقيق التضامن الاجتماعي⁸⁸، كما أنه وسيلة من وسائل تحقيق العدالة، وبهذا الصدد يرى الأستاذ علي فيلاي بأنه: ((إن تعارض مصالح المتعاقدين هو الذي كان وراء قول بعض الفقهاء، أن العقد هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة))⁸⁹.

لذلك فكان من نتائج هذه القراءة أن أصبح للعقد قراءة تجديدية من حيث المفاهيم مواكبة للتطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، كما أصبح تداخلت عدم قوانين في تنظيم العقد، إذ إلى جانب القواعد العامة، دخلت التشريعات الخاصة كعنصر منافس، مما يطرح إشكالية تضارب المرجعيات في التأسيس لنظام الحماية للعقد، ولم يبق ثياب العقد بطلته التقليدية من حيث الأحكام، التي أصبحت متنامية تبعا لتعدد الأنماط العقدية، كما تنوعت القوانين وتفرعت إلى حيث تنوع وتخصص كل قانون بعقود معينة⁹⁰.

كما ترتب عن هذه القراءة طابع الجدة في تفسير بيئة العقد التي أصبحت تعبر عن بيئة تكافلية عقدية، يتجسد في ثناياها أصول التعاون، والتضامن، والنزاهة، والاستقامة بين المتعاقدين أثناء السعي إلى تحقيق مصالحهم التي تعد من مقتضيات حسن النية التعاقدية⁹¹، بوجه يحقق التناسب في تبادل التكاليف والأرباح الناتجة عنه، بعد أن كان يسوده حالة التنافر⁹²، لذلك أصبحت القاعدة القانونية المتحكمة والمتدخلة في منطقة العقد ذات ثوب أخلاقي للعقد⁹³، وفضل الإسهامات الفقهية التي سعت إلى فك أسر العقد من قيد الإرادة الفردية، التي حاصرته بجدران الوهمية الذاتية، وأفقدته المناعة التي تقيه من الانهيار.

والحصيلة بشأن ذلك هي: أن العقد الذي تحكمه الإرادة التعاقدية هو وهم قانوني، يستعمل كذريعة ووسيلة للحصول على مصالح غير مشروعة⁹⁴، استنادا للمشروعية الصورية، أن ما تم عقدا فهو عدلا.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

ومن منطلق هذه القراءة التهديدية لما هو منسوب للإرادة، أصبح للقانون مناخه الرحب في تقري رقابته الوقائية، والعلاجية⁹⁵، لجسم العقد، عن طريق تدخلاته في توجيه الإرادة وفقا لما تقرره الواقعية الاجتماعية، والاقتصادية، بمصل قانوني علاجي، عن طريق جراحة القضاء، كون القانون والقضاء. من أهم الوسائل التي تساعد على تنفيذ الوظيفة التعاونية والتبادلية بين أطراف العقد، ولا يعد ذلك إنكار لدور الإرادة في إنشاء العقد، وإنما نتيجة هذا التدخل أصبح العقد كوسيلة أداتيه لتحقيق غايات أكثر واقعية⁹⁶، وكما أصبح بفضل هذه القراءة الحديثة لم يعد كظاهرة حصرية مرتبطة بالقانون المدني، بل تحول إلى أداة تسيير حياة الأعمال⁹⁷، كما أنه لم يعد تطبيق العدالة كمفهوم مستقل بذاته ومجرد، بل كعنصر مرتبط بكل العناصر المكونة للعقد غير قابلة للتجزئة⁹⁸.

إذ أنه بفضل هذه الوثبة القانونية الحاصلة في المفاهيم القانونية المرتبطة بالعقد، لاسيما من حيث أطرافه⁹⁹، ومضمونه، وأثاره، أين أصبحت الرؤية الجديدة للعقد، متسمة بالطبيعة الوظيفية، التي كرسست المزاجية بين المقتضى الذاتي لأطرافه، وبين المقتضى القانوني، الذي يمثل إرادة المجتمع، الأمر الذي استدعى إلى مراجعة بعض المسلمات المتعلقة به لاسيما منها فرضية ما تم عقدا فهو عدلا، المنطلقة من مسلمة أن كل تعاقد حر فهو عادل، والذي انعكس على مضمون العقد، وجعل آياته معصومة من التحريف، بالانتقال من تساؤل عمودي تنازلي منطلق من : هل العقد عادلا لأنه نشأ عن إرادة حرة ؟ وهل العقد ملزم لأنه عادل؟ إلى تساؤل أعرق وهو : متى يجب؟ ومتى لا يجب أن يكون المتعاقد حرا؟ ومتى يجب أن يكون العقد ملزما ومتى لا يجب ؟ وهو الذي نجيب عليه في

المطلب الثاني: أبعاد القراءة التركيبية للعقد:

ومن نتائج هذه القراءة الغائية أن أصبحت المبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها العقد، كالحرية التعاقدية التي هي قانون ثابت من حيث الوجود ونسبية من حيث الكيفية (أولا)، والقوة الملزمة هي أساس قوامه العقد كمبدأ، ونسبي من حيث الوظيفة (ثانيا).

أولا: مسلمة (ثبات) مبدأ الحرية التعاقدية، (ونسبيته) في الكيفية¹⁰⁰:

من منطلق المسلمة التقليدية أن الأصل أن يتمتع كل متعاقد بكامل الحرية، لكون إرادته لا تقتصر بإرادة أخرى على مضمون يمثل نقيض مصلحتها، ومقتضى ذلك أنه لا يمكن إجبار الإرادة على الارتباط بمضمون لم تختاره، وعلى الارتباط بطرف لم ترتضيه، وعلى كيفية قانونية لم ترتضيها، لكن وإن كتب لهذه القاعدة من ثبات لا يمكن الاستغناء عنه، كشهادة عرفان للإرادة، لكنه لا يشكل شهادة اعتراف بسلطانها المطلق، وإن كان هذا المتغير ثابتا من حيث المفهوم كمبدأ، لكنه بالمقابل يعتبر

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

نسبياً من حيث الكيفية، لارتباطه بعدة معطيات تتعلق بغاية العقد ذاته كوسيلة اقتصادية واجتماعية، أين يستوجب في سبيل كل تعاقد أن تكرر الفعالية، والتنسيقية، أي بين ما ينتجه العقد من مقاصد اقتصادية للأطراف كوسيلة لتبادل المصالح، وبين اعتباره وسيلة من الوسائل الاقتصادية المنتجة للثروة، ونموذجاً من نماذج التماسك الاجتماعي لما يمثل من استقرار في أمنه، لذلك كانت لهذه الواقعية انعكاس ساهم في إضفاء السمة الوظيفية البراغمية في تفسير الحرية التعاقدية من حيث الكيفية، التي يتراوح مركزها بين الاعتراف النسبي¹⁰¹، الذي تطرحه واقعية الكثير من العقود، وبين النكران التام بسلطانها، الذي تطرحه مسألة المفاضلة والتراتبية بينها وبين مصالح أخرى¹⁰².

ولذلك وان كانت الحرية بمالها من مزايا واقعية وقانونية، إلا أن استعمالها في بعض الحالات بصورة مطلقة يطرح عدة إشكالات، تفقد العقد قوامته لانحراف غايته¹⁰³، وبين دفتي الاعتراف النسبي والنكران للحرية التعاقدية، يتجلى دور الإرادة التشريعية في التدخل في تنظيم العقد والحرية التعاقدية، سواء كان لهدف توجيه هذه الحرية بما يضمن فاعليتها وعدم انحرافها عن غايتها الطبيعية المتمثلة في تحقيق العدالة التعاقدية بتكريس مجموعة من المبادئ التي يجب يكون فيها التعاقد، كوجوب تكريس المساواة الفعلية بين أطراف العقد عوض المساواة التقليدية وتكريس مبدأ حسن النية¹⁰⁴ في حماية الإرادة من العيوب، كفرض بعض الالتزامات التي تفرض على الطرف القوي تقادياً لوضع الطرف الضعيف في وضعية تبعية تفضي إلى تعاقد غير متوازن ومجحف كفرض الالتزام بالإعلام قبل التعاقد¹⁰⁵، وحظر الإكراه الاقتصادي المرتبط بالحصول على فائدة فاحشة¹⁰⁶، واعتبار الشروط التعسفية في عقود الإذعان لاغية¹⁰⁷... هلمجر، كما تتجلى الإرادة التشريعية في تقرير الصفة الجبرية على بعض العقود¹⁰⁸، لمقتضيات تتعلق بالمصلحة الاقتصادية العامة، كعقد التأمين وعقد الإدماج على سبيل المثال، فضلاً عن تقرير المشرع لمجموعة من الإجراءات الترخيفية لأجل نفاذ العقود الفردية، التي تدخل في إطار السياسة الاقتصادية والاجتماعية المراعية لمصلحة المجتمع¹⁰⁹ وفرض الشكليات المتعددة سواء المقررة للانعقاد أو الإثبات، كلها لها دلالة وظيفية تعزز مفهوم أخلاقية العقود، و لها علاقة ارتباطية بالعدالة التعاقدية، كمتغير يساهم في تحديد الحرية المطلوبة لأجل تجسيد نفعية العقد وعدالته ببعديها الذاتي والاجتماعي.

وخلاصة الفكرة أن الأهمية لا تكمن بالاعتراف بالحرية التعاقدية كمبدأ فحسب، بل الأهم في ذلك هو البحث عن الكيفية التي تمارس بها و/أو فيها تلك الحرية التعاقدية¹¹⁰، لاعتبار هذه الأخيرة كتقنية من التقنيات التي تضمن للعقد المرونة في التجاوب مع كل مستجد¹¹¹، أين يتسع ويضيق مجالها، تبعاً

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

للظروف الاقتصادية والاجتماعية التي أبرم فيها العقد، وتبعاً لطبيعة كل ظرف تفسر العدالة التعاقدية وتبعاً لهذه الأخيرة يتسع أو يضيق مجال هذه الحرية.

مما يجعل فرضية التدخل وعدم التدخل في العقد وفي الحد من الحرية التعاقدية، لا يتعلق بالحرية التعاقدية كمبدأ (ثابت)، وإنما يتعلق بالكيفية كقاعدة¹¹² (متغير ناتج) التي تتم ممارستها، لأجل أن تصبوا إلى تحقيق عدالة عقدية¹¹³ يخضع تقديرها لمبدأ النسبية تبعاً لظروف العقد ومضمونه.

ومجمل القول هو أن: القراءة التجديدية للحرية التعاقدية وفقاً للتوجه الجديد لها صياغة ازدواجية تمزج بين العرفان لها كمبدأ قانوني قائم بذاته ومستقل، الممزوج بالاعتراف النسبي من حيث الكيفية لكون تركيبها الوظيفية لها علاقة إرتباطية مع العدالة التعاقدية، تتجلى في خاصية الملائمة، بين توجيهها أو تقييدها، وفق لمتغير العدالة التعاقدية (متغير مؤثر).

ثانياً- مبدأ القوة الملزمة للعقد من مرحلة المعصومية إلى التنمية القانونية:

وإن كان التصور التقليدي للقوة الملزمة للعقد، من حيث الأشخاص، بأن "العقد لا يترتب التزاماً في ذمة الغير، لكنه يجوز أن يكسبه حقاً" كما أن مقتضى تطبيقات هذه المسلمة القانونية التي جعلت العقد محدود الأطراف، ومحدود الأثر، ولا اعتداء لمركز الغير في قانون العقود، ولكن والعودة إلى بيئة العقد الحالية نجد أنها لم تبقى في عهد العتيق، وبهذا يقول الأستاذ زمام جمعة ((... فبدل الحديث عن أطراف العقد، أصبح الأمر يتعلق بأطراف العقد (...))¹¹⁴، مما جعل العقد شأنًا عاماً، يحمل في ثناياه علاقات ذات نتائج غنية¹¹⁵، وهذا ما ينعكس على مدلول العدالة التعاقدية، التي لم تعد شأنًا داخلياً يتعلق بأطراف التعاقد، بل تجاوز مداها إلى حيث الأخذ بعين الاعتبار لمصالح أخرى ينتجها العقد، أصبحت تمس بالكيان الاقتصادي، وبالنسيج الأخلاقي للمجتمع، مما أسهم في تبديد القاعدة الكلاسيكية التي تقضي بتراتب وسمو القاعدة الاتفاقية على القاعدة القانونية، التي كان دورها تكميلي وتجميلي لوجه الإرادة، بل أصبح دور القانون في التدخل ما أنتج ظاهرة عيمة العقد¹¹⁶، وجميعته، كوسيلة من الوسائل والتقنيات التنظيمية المقومة والموجهة لكل تعامل عقدي، يتمثل مضمونها في إعطاء دلالة وظيفية واسعة لقاعدة النظام العام القانوني وظهور ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي¹¹⁷ وبالتبعية التوسيع في مفهوم الأخلة العقدية، التي أضحت تعتمد على معيار النفعية المزدوجة، المكرسة للعدالة ببعديها التبادلي والتوزيعي.

مما تجدر الإشارة إليه بشأن هذه الصناعة القانونية الجديدة التي تعتمد على قراءة المبادئ بناء على مضامينها الموضوعية، وليس على مسمياتها المصطلحية¹¹⁸، أن ارتبط مفهوم القوة الملزمة للعقد، بقراءة تنصب على المزاجية بين معطى الإرادة التعاقدية بما لها من حرية، التي لا يمكن أن تنفصم

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

عن الشخصية القانونية للعقد، الذى لا ينعقد ميلاده بمستقل عن رغبة تلك الإرادة، وإن كانت هذه رغبة هذه الأخيرة مرتبطة بالكيفية التى تمارس فيها أو بها لتضمن إلزامية مضمون العقد وحصانته من كل تدخل فإنه يستوجب توجيه تلك الرغبة بوجه يضمن عدالة تبادلية بين أطراف العقد من جهة، وضمان هذه الأخيرة لا يمكن أن تعرف مستقرها ما لم تتناسب مع رغبة إرادة المجتمع عن طريق القانون، ذلك هو جوهر العدالة بمفهومها الذاتى والاجتماعى، التى تجسدها نفعية العقد وعدالته، فلم تعد نفعية العقد مرتبطة بالمصلحة الشخصية للمتعاقدين، بل تجاوزت إلى حيث اعتبار العقد وسيلة وأداة لتحقيق المنفعة الاجتماعية، فضلا عن تلك التناسبية المفترضة فى كل تبادل بين أطراف العقد¹¹⁹، إذ لم تعد هذه التناسبية بحلتها الذاتية المتمثلة فى جعل العقد وسيلة لتبادل المصالح، بل أصبح فرضها ممتد إلى حيث مراعاة مصلحة الغير¹²⁰ فى كل عقد باعتباره وسيلة من وسائل إنتاج الثروة¹²¹، ووفقا لهذا النسق المزدوج لكل ارتباط قانونى، أن تم تقرير التدخل القانونى فى منطقة العقد من حيث المفهوم (كقاعدة) أو كمبدأ يتعلق بمضمون الكيفية التى تحقق المواءمة بين نفعية العقد وعدالته، بعد أن كان استثناء من المبدأ، وكما أنه أصبح من حيث موضوعه بمثابة وسيلة، وتقنية (ضبط اقتصادية) تساعد على ضبط ومراقبة كل تعامل عقدي فى مختلف مراحله، للحيلولة دون المساس بالنظام العام الاقتصادى من جهة، فضلا عن ذلك اعتباره أداة (تقويم وتصحيح) لكل مضمون عقدي، لأجل تحقيق نفعية العقد وعدالته.

وصفوة القول بشأن نسبية مفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد، بالمفهوم الحديث أن جعل هذا المبدأ من المقومات الأساسية لضمان قوامه العقد واستقراره، لكن لم يكون هذا الاعتراف مرده هو عدالة العقد ذاته بقدر ما كان لهذا المبدأ من أهمية تساهم فى الحفاظ على المراكز القانونية واستقرارها، ولكن وإن تم تهديد هذا الاستقرار، لأسباب خارجية تمس مناعة العقد، فإن الضرورة تقضى بأن هذه القوة التى تمتع بها العقد لا تشكل حصنا منيعا من كل تهديد فحسب، بل هذه القوة ذاتها تحتاج إلى ضبط، وتقويم، وتصحيح.

ونتيجة لتفعيل التدخل كآلية ضرورية ترافق العقد كشخص قانونى مرافقة تتخذ صورة رقابة، وتنظيم وتوجيه، وتقويم له، بدءا من مرحلة المفاوضات، إلى مرحلة التكوين، والتنفيذ، أين منح للقضاء سلطة إنشاء التزامات على المتعاقدين، سواء أثنا مرحلة ما قبل التعاقد، أو مرحلة التكوين بفرض رقابة على

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

سلوك المتعاقدين، بوجه يضمن التوازن والمساواة بين أطراف العقد أثناء التعاقد، والتوازن في مرحلة التنفيذ، بفرض الالتزام بضمان السلامة، وفي تصحيح العقد في حالة اختلال التوازن¹²². لذلك فإن العلاقة الارتباطية بين العدالة التعاقدية وبين القوة الملزمة للعقد، هي التي تقرر مدى قوة العقد وضعفه، فكلما اتسع مفهومها والحاجة إليها، كلما اتسعت ضرورة الالتجاء إلى الوسائل القانونية التي تضمن تحقيقها، إذ كلما كان العقد بحاجة إلى العدالة، كلما اتسع دور القانون ومجاله، وكلما كان للقاضي سلطة التدخل في العقد، لكون العدالة قبل أن تكون غاية فهي جوهر العقد، وبه تتحقق سيادته.

خاتمة

وختاماً لهذه المسودة البحثية، وصلنا إلى نتائج تتمثل في:

وإن كان الفقه القانوني الحديث في اختلاف في التدليل الاصطلاحي لمفهوم العدالة التعاقدية عن الفقه القديم، لكنه كان له الدور الكبير في المساهمة في إحداث تغيير في عدة مفاهيم تخص العقد ذاته، بحلته القديمة الذي نتجت عنه عدة متغيرات إيجابية، كانت لها بصمة لا يمكن نكرانها كونها تشكل إرثاً قانونياً موفور التقدير، ولكن بمقابل هذا العرفان، توجب الاعتراف بمحدودية هذا الإرث، أمام المتغيرات المستجدة في الحياة الاجتماعية، والاقتصادية، والعلمية، التي أحدثت مشكلة قانونية تتعلق بمسألة المواءمة والكفاية لهذا الإرث التشريعي في مواجهة العقد لهذه التحديات، وكانت هذه المحطة التقديرية لما هو ماضي، بمثابة وقود لتشغيل محرك المركبة البحثية القانونية، لإيجاد قراءة منصفة وعادلة للعدالة التعاقدية نفسها، بصياغة تضمن للعقد قوامته ووظيفته الاجتماعية والاقتصادية.

وكما أن هذا التوجه الحديث ساهم في تجديد فلسفة العقد وعدالته، ونسجه بحلة جديدة من حيث مفهومه ووظيفته، فإن هذا التغير في المفاهيم ساهم في تكريس واقعية أكثر في بيئته، ولكن بالمقابل خلق جدلية تتعلق بالاستفسار عن مصير القواعد التقليدية، نظر للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية، التي أثرت كثيراً على الماضي التشريعي للعقد، مما يطرح تساؤل خاص ومحدد: هل حقيقة إن هذه القراءة الحديثة للعدالة التعاقدية تمثل بديلاً للقراءة القديمة؟ أم أن هذه الجدة استلزم توظيفها بقراءة تنافسية بين ماضي العقد وحاضره الاقتصادي؟.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

لذلك توصلنا إلى القول بأن العدالة التعاقدية يجدها المتعاقدان في العقد، ويجدها القاضي في القانون وإن كان العقد هو وسيلة لتحقيق هذه العدالة، فإن غاية القانون في كل توجيه أو تدخل هو تحقيق توأمة قانونية بين مصدر العقد وغايته.

كما تجدر الإشارة إلى أن القراءة القانونية الجديدة لقانون العقد، هي قراءة عادلة بذاتها، كونها لم يقتصر دورها في تأصيل المفاهيم التي يقوم عليها العقد، بقدر ما أصبحت تهتم بالعقد كمؤسسة قانونية وكمؤشر اقتصادي يحقق وظيفة نفعية لم تقتصر على الأطراف المنشئة له، بل تعدت إلى حيث اعتبار نفعية العقد ك شأن عام، فضلا عن تكريس هذه القراءة لمفهوم العدالة ببعديها التوزيعية والتبادلية، أين لم يقتصر دور العقد تحقيق تناسبية بين اداءات أطرافه، إلى حيث اعتبار تناسبية الأثر العقدي، منصرفا إلى كل من يعنيه شأن العقد.

الهوامش:

¹. وبمناسبة تفسير العلاقة التدريجية بين القانون والعقد بالقول ((نواجه هذه العلاقة بين القانون، والعقد من زاوية مبدأ السببية أو مبدأ السبب المنشئ، وطبقا لهذا المبدأ، فإن كل سبب منشئ يعتمد على سبب آخر أعلى منه فيوجد دائما تدرج الأسباب... فإن العقد يستمد قوته من التشريع، أو من مصادر القانون الوضعي بصفة عامة ولكن اعتماد العقد على القانون بهذا المعنى، لا يؤثر في طبيعته المنشئة للالتزام...)). سميّر تناغو، النظرية العامة للقانون منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص 234.

². تستمد فرضية العدالة العقدية من مبدأ الحرية المقررة للإرادة التي لا ترتبط إلا وفقا لما تريد أن تحققه من مصلحة مرتبطة بتوقعها المشروع، وإن ارتبطت هذه الإرادة بالتزام معين، فإنه يفترض في ذلك الارتباط العدل، لذلك اعتبر جانب من الفقه، أن من قال عقدا قال عدلا. لذلك اعتبر العقد أداة لتحقيق المنفعة والعدالة. انظر:

Ghestin (J)-Traite de droit civile -La formation du contrat, 3eme Ed-, L.G.D.J-Paris, 2000.p200.

³. محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني "الممكن و المستبعد" دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية، القانون المدني الفرنسي نموذجا للتحليل، والقانون الكويتي نموذجا للإسقاط، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 01، الكويت، مارس 2019، ص 119.

⁴. إبراهيم عنتر الحياي، اللياقة التعاقدية في التعاملات الإلكترونية مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، المجلد 04، العدد 02، لسنة 2019، ص 279 و 280.

⁵. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 02.

⁶. منصور حاتم، العدالة العقدية، مجلة جامعة بابل، للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 6، العراق، 2018، ص 2586.

⁷. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014، 2015، ص 03.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

- ⁸. جاك غيستان، المطول في القانون المدني، الجزء الأول، تكوين العقد، منصور كلثوم المحرر، منصور القاضي المترجم ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2008، ص52 .
- أنظر كذلك زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص20.
- ⁹. منصور حاتم، مرجع سابق، ص 2587.
- ¹⁰. جاء في لسان العرب انه، القيم هو السيد، وسائس الأمر، وقيم المرأة هو زوجها، لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج إليه، وفي إطار القوامة العقدية يمكن القول أن العقد سيد نفسه ، هو الذي يمتلك الجدارة القانونية للارتقاء لمرتبة القانون ، فقوامة العقد يستمدّها من الاستقلالية الذاتية للمتعاقدين .انظر لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، كمال الدين، ابن منظور، دار صدر، بيروت، الطبعة الثالثة، الجزء 15، ص 502،503
- ¹¹. عبدالرحمان عياد، أساس الالتزام التعاقدية النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية 1972، ص 138.
- ¹² فالطلب في كل تعاقد هو الحصول على منفعة ، أما المطلوب فهو أن تكون المنفعة المراد تحقيقها في العقد أن تكون متناسبة وعادلة ، فكل نافع هو طلب كل متعاقد، ولكن تفعية العقد لا تتحقق إلا إذا كانت عادلة ،فالنافع والعادل هم أساس العقد .أنظر جاك غيستان، المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص270 .
- ¹³. اسماء تخونني شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، الطبعة الاولى، برتي للنشر، دالي براهيم، الجزائري، دون سنة النشر، ص29و30
- ¹⁴ .هي إرادة خاصة مرصودة لهدف محدد وهو إنشاء العقد وتكوينه، ومرصودة لخدمة العقد بما لهذا الأخير من قوة ملزمة واستقلالية عن الأشخاص المكونين له، هذه الاستقلالية التي أصبح يتمتع بها العقد تفرض على إرادة طرفيه عدم إمكانية التخلص من الوثاق العقدي إلا لموجبات حصرية سواء كان مصدرها الاشتراطات العقدية أو كان مصدرها القانون.
- ¹⁵. Carbonneir(J)-Droit civil, les Obligations, texte4, 1985,22,pp 46 et47
- ¹⁶ GOUNOT(E) ,Le principe de l'autonomie de la volente en droit prive ; contribution a l études critique de l individualisme.1912 ; p76
- ¹⁷. بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في القانون الفرنسي، دار مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القديس يوسف، الطبعة الأولى، 2009، ص55.
- ¹⁸. دور كايم، تقسيم العمل الاجتماعي، دون دار النشر الطبعة 07، باريس، 1960، ص189.
- ¹⁹. عثمان بلال، أطراف العقد بين مقتضى المصلحة الشخصية ومبدأ حسن النية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2018، ص، 06.
- ²⁰. شوقي بناسي، قانون العقود، دراسة في القانون المدني الجزائري والقانون الفرنسي(المعدل) والفقه الاسلامي، الجزء الأول، عموميات في العقد، بيت الافكار، دالي براهيم، الجزائر، 2022، ص166 .
- ²¹. الصادق عبد القادر، و خليل إيمان المركز القانوني للغير في العلاقات التعاقدية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي آفلو، المجلد الرابع، العدد الثاني، ديسمبر 2020، ص 26 و 27.
- ²². عثمان بلال، مرجع سابق، ص 12.
- ²³. زمام جمعة، مرجع سابق، ص 16.
- ²⁴. التناغم الوظيفي بين المصدر وهو الإرادة الحرة، وبين الوسيلة وهو العقد الذي تتعقد عليه الإرادة الحرة والصحيحة وفقا لرغبتها المتمثلة تحقيق غاية محددة لا تتناقض وتوقعها الملازم لحياة العقد، المتمثل في تحقيق منفعة عن طريق التبادل ولكن لا ينفذ هذا التبادل إلا إذا كان مشروعاً، ومشروعية المنفعة المتبادلة تجسد في التناسب بين الاداءات المتبادلة.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

- ²⁵. أسماء تخنوني، مرجع سابق، ص 33
- ²⁶. تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري في تعريفها للعقد بأنه ((اتفاق يلتزم به شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص...))، نجد أن مصدر القوة الملزمة للعقد، هو ذلك الاقتران الرضائي، أي تطابق إرادتين أو أكثر، وانعقدت على مضمون محدد، طبقا للمادة 59 من نفس القانون. انظر : أسماء تخنوني، مرجع سابق، ص 26 و 27 .
- ²⁷. جاك غيستان ، المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص 17.
- ²⁸. عثمان بلال، مرجع سابق، ص 5.
- ²⁹. زمام جمعة، مرجع سابق، ص 68.
- ³⁰. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013، ص 53.
- ³¹. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 17.
- ³². شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 286 و 287.
- ³³. شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 151.
- ³⁴. زمام جمعة، مرجع سابق، ص 35 وما يليها.
- ³⁵. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، كلية الحق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 15.
- ³⁶. علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 52 و 53.
- ³⁷. أسماء تخنوني، مرجع سابق، ص 28.
- ³⁸. وهو الأمر الذي تبناه المشرع المدني الفرنسي وفقا للتعديل الجديد للقانون الالتزامات والعقود، بموجب المرسوم رقم: 2016/13 أين قراءة جديدة في قانون 1804 بتكريس عدة قواعد جديدة كمبدأ حسن النية ومبدأ الحرية التعاقدية، والأمانة العقدية فجعل مبدأ حسن النية إلزاما بكافة مراحل التعاقد بدءا من مرحلة التفاوض عليه إلى تكوينه وتنفيذه ، ضمن أحكام المادة 1104 منه، فضلا عن اعتبار هذا المبدأ من الوسائل المؤكدة للعدالة التعاقدية أنظر: أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية، صياغة تشريعية ملحق خاص، الجزء الثاني، العدد 02، أبحاث المؤتمر السنوي السابع، القانون أداة للإصلاح والتطور، مايو 2017، ص 291 و 294 و 295.
- ³⁹. التدخل بذاته كمرکز قانوني ناتج عن سبب منشئ وهو تحقق شروط ممارسته بموجب القانون أو الاتفاق، فهو رخصة ، قبل أن يكون سلطة ، إذ أن هذه الأخيرة تستمد وجودها وتبريرها القانوني بقيام الرخصة ، فسلطة القاضي على العقد هي أثر من الآثار الأصلية الناتجة عن مبررات قيام الرخصة سواء كانت مبررات اتفاقية أو قانونية.
- ⁴⁰. وهو الأمر الذي قرره المشرع المدني الجزائري في المواد 81 إلى غاية المادة 90 منه، بشأن عيوب الرضا -الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44.
- ⁴¹. قرر المشرع المدني الجزائري عدة أحكام تتعلق بشروط الإرادة لكي يعتد بها قانونا، لاسيما انعقادها على محل وسبب حقيقي، وافترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي طبقا للمواد 98 و 199 من القانون المدني الجزائري، كما قرر انعقادها على مضمون العقد محدد تحديدا كافيا ونافيا للجهالة وفقا لطبيعته، سواء كان معينا بذاته، أو بنوعه، أو بمقداره، وكما أنها تتعقد الإرادة على محل أداء ممكن أثناء التعاقد أو مستقبلا إذا كان محله هو القيام بعمل ومحقق الوجود إذا كان محله هو إعطاء شيء أو نقل حق عيني، وهو المقرر في المواد 92 و 93 و 94 و 95 منه.
- ⁴². تنص المادة 99 من القانون المدني الجزائري بأنه: ((إذا جعل لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق))، انظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات،

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، طبعة جديدة مزينة ومنقحة، 2019، ص 248 و 249.

43 . منصور حسن حاتم، مرجع سابق، ص 2596.

44 . تنص المادة 103 الفقرة 02 على أنه ((...غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أ بطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ...)).

45 . وهو الأمر الذي قرره المشرع المدني الجزائري في أحكام المادة 97 منه على أنه ((إذا ألترزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب، كان العقد باطلا)).

46 . جاك غيستان، المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص 26 .

47 . عمر زوده، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، اينوسيكلوبيديا للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2015، ص 497 وما يليها.

48 . محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 75.

49 . عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 1-3 منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت 1998، ص 09.

-استعملنا مصطلح رخصة التدخل عوض سلطة التدخل، لكون الأولى مرتبطة بظروف خاصة حددها القانون، سواء كانت مرتبطة بإرادة أحد المتعاقدين الذي له الحق في التنازل عن الحصانة التي منحها القانون للعقد، فتتاح للقضاء رخصة التدخل، وليس سلطة التدخل، لا اعتبار أن طلب التدخل هو حق مرتبط بتحقيق مصلحة خاصة، أما التدخل ذاته فهو مكنة واقعية مرتبطة بتوافر شروط حددها القانون، إذ لا تتاح للقضاء رخصة التدخل ما لم تكون هناك مصلحة قانونية (حق طلب التدخل)، فبنشوء الرخصة وهي عبارة عن تفويض تشريعي ناتج عن تظلم أحد المتعاقدين من العقد، ينتج للقاضي سلطة على العقد، هذا الأخيرة هي نتاج الرخصة التي يعبر عنها بشرط المصلحة، فالقاضي يمارس سلطته على العقد بناء على الرخصة التشريعية. فالتدخل من حيث مصدره هو رخصة اما من حيث اثره فهو سلطة، لذلك فلا ينعقد للقضاء سلطة على العقد مالم تتوافر رخصة (مصلحة).

50 . توفيق حسن الصدة و جلال العدوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، 2002، ص 45

51 . إن عنوان كل تدخل قضائي سواء كان في عملية تكميل العقد في المادة 65 منه، أو في حالة انتقاص العقد بمفهوم المادة 104 من نفس القانون، أو تحويل العقد بحكم المادة 105 بالقول ((إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا ...إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام عقد آخر))، أوفي تفسير عبارات العقد الغامضة فإنه يجب مراعاة النية المشتركة للمتعاقدين بحكم المادة 111 من القانون المدني.

52 . تنص المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني الجزائري. بالقول على أنه: ((... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقد، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا يكون اتفاق على خلاف ذلك)).

53 . لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد ، دراسة في بعض العقود الخاصة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة بوبكر بلقايد ، تلمسان، 2016، 2015، ص 10 .

54 . شوقي بناسي، مرجع سابق ، ص 68.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

- ⁵⁵. جابر سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2017، 2018، ص 2.
- ⁵⁶. لذلك فإن التوازن مرتبط بمسألة القصد (l'intention). انظر: عرارة عسالي، مرجع سابق، ص 22 ومايليها.
- ⁵⁷. علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 265، 266.
- ⁵⁸. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 25.
- ⁵⁹. نفس المؤلف، ص 23، 24.
- ⁶⁰. يقول جيرار كورنو ((إن استمرارية النظرية العامة للعقد في القانون المدني ليست دليلا على هرم هذه النظرية من المفيد أن يكون لدينا بالإرث هذا الصرح التشريعي ولكن لا يشكل هذا شهادة تسمح بعدم المساس به، فالأوقات الحاضرة تفتح أفقا جديداً انظر: بيار كتالا، مرجع سابق، ص، 31.
- ⁶¹. شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 163 و 164.
- ⁶². شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 139.
- ⁶³. لخضر حليس، مرجع سابق، ص 223، 224.
- ⁶⁴. فاضل خديجة، عيمة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص 17.
- ⁶⁵. عثمان بلال، مرجع سابق، ص 07.
- ⁶⁶. زمام جمعة، العدالة العقدية، مرجع سابق، ص، 95 و 96.
- ⁶⁷. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقد، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008، ص، 42 و 43. انظر كذلك: زمام جمعة، مرجع سابق، ص، 135. انظر كذلك: لخضر حليس، مرجع سابق، ص، 08.
- ⁶⁸. زمام جمعة، العدالة العقدية، مرجع سابق، ص 56 و 57.
- ⁶⁹. أحمد بعجي، أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، لسنة 2020، ص 141 و 142.
- ⁷⁰. نفس المؤلف، ص، 141.
- ⁷¹. زمام جمعة، مرجع سابق، ص 46.
- ⁷². وفي هذا الصدد كان في مداخل الأستاذة إرزيل كهينة تحت عنوان ((تأقلم النظرية العامة للعقد مع خصوصية عقود الأعمال)) إشارة إلى مصطلح الاعملة في عقود الأعمال، بالقول أن مفهوم الأعمال طغى على مفهوم العقد، لمزيد من التوضيح: الاطلاع على موقع: [WebTV de l'universite de Bejaia](http://WebTV.de.l'universite.de.Bejaia) الملتنقى الوطني حول موضوع: أزمة نظرية العقد المنعقد بجامعة عبدا لرحمان ميرة، بجاية بتاريخ 2020/12/19، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/08/05، انظر كذلك: زمام جمعة، مرجع سابق: ص 78.
- ⁷³. لمزيد من التوضيح أنظر: محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني، الممكن والمستبعد، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 01، السنة السابعة، الكويت، مارس 2019، ص 124.
- ⁷⁴. زمام جمعة، العدالة العقدية، مرجع سابق، ص 74.
- ⁷⁵. علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 56.
- ⁷⁶. نفس المرجع، ص 56.
- ⁷⁷. احمد بعجي، مرجع سابق، ص 143.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

⁷⁸. المرسوم التنفيذي رقم 131 لسنة 2016 نجد أن مركز الغير في المادة 1199 منه يخضع لقاعدة ((العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين))، لكن المادة 1200 الفقرة الأولى جاءت باستثناءات على القاعدة منها ما يتعلق ب : التزام الغير احترام الحالة القانونية التي ينشئها العقد، وكما له الحق في التمسك بالحالة القانونية التي ينشئها العقد. وعدم سريان العقد على الغير وبطلان العقد الذي يخفي ثمنه حقيقيا.

⁷⁹. زمام جمعة، مرجع سابق، ص 105.

⁸⁰. أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، مصر 2012، ص 113.

⁸¹. القيود الواردة على حرية التعاقد وعدم التعاقد، كتنقييد حرية المنافسة، وضبط السوق، وحرمان فرض الشروط التمييزية انظر المواد: 01، 06، 10، 11، 12، 13، 14. من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 36 المنشور بتاريخ 20 يوليو 2003. كما أن المشرع استوجب إجبارية التأمين بموجب الأمر 95-07 المؤرخ 25 يناير 1995 والمتعلق بقانون التأمينات المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 85 المنشورة بتاريخ 15 مارس 2006، والقانون رقم 04-01 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج ر العدد 41 المنشورة في 27 جوان 2004 — لاسيما المواد 04، 05، 06، 07، 10، 11، 13، 14، 15، 24، 26... هلمجر.

⁸². استعملنا مصطلح التوأمة بين مصدر العقد وغايته، بالقول أنه لا يمكن إنكار دور الإرادة في إنشاء العقد، لكن إلى جانب ضمان حريتها، استوجب توجيهها وحمايتها بوجه يحقق للعقد غايته، فإن كانت المصلحة، والمنفعة ضرورية، كطلب في العقد، فإن المطلوب هو تحقيق تلك المصلحة بوجه من التناسب، والتكافؤ، فالمنفعة، والعدالة وجهان لعملة واحدة وكم تلازمة لتحقيق قوامه العقد— أنظر : جاك غيستان، المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص 9 و 10.

⁸³. زمام جمعة، مرجع سابق، ص، 70.

⁸⁴. Ghestin(J)-Op.cit. .pp1-5.

⁸⁵. زمام جمعة، مرجع سابق، ص، 46.

⁸⁶. زمام جمعة، مرجع سابق، ص، 56.

⁸⁷. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، وفقا للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص، 266.

⁸⁸. جبار سماح، مرجع سابق، ص، 21.

⁸⁹. علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص، 46.

⁹⁰. شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 154 وما يليها.

⁹¹. فريدة لبنان، مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر 2008، 2009، ص 227.

⁹². علي فيلالي، ، الالتزامات، مرجع سابق، ص 55.

⁹³. زمام جمعة، مرجع سابق، ص، 09.

⁹⁴. نفس المؤلف، ص 80.

⁹⁵. نفس المؤلف ، ص 67.

⁹⁶. زمام جمعة، نفس المرجع، ص 42.

⁹⁷. نفس المؤلف، ص 46.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

⁹⁸ تفسير مبدأ قابلية تجزئة عناصر العقد والمتمثلة في: المتلازمة القانونية بين الحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد والعدالة التعاقدية مترجمة بالوجه الأتي: [لا يمكن أن تصور أن يكون هناك عقد بدون إرادة، ولا يمكن أن يكون هناك عقد ملزما، ما لم يكون عقدا نافعا، ولا يمكن أن يكون عقدا نافعا، إذا لم يكون عقدا عادلا، ولا يمكن أن يكون عقدا عادلا، ما لم يكون عقدا صحيحا].

⁹⁹ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 158.

¹⁰⁰ عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 70.

¹⁰¹ حدود ممارسة الحرية التعاقدية في إطار النظام القانوني العام، ببعديه التقليدي المتعارف عليه، والحديث الاقتصادي التوجيهي والاجتماعي، أنظر: علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 291 وما يليها.

¹⁰² نفس المؤلف، ص 58.

¹⁰³ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 293 و 294.

¹⁰⁴ يقول جيرارد كورنو ((ترافق الخطوات المتقدمة فيما يتعلق بالعدالة التعاقدية مع الامتداد الكبير لمبدأ حسن النية، ما يشكل ارتباطا تبادليا فاعلا، لقد تم اعتماد مبدأ حسن النية ليرعى تنفيذ العقدة (المادة 1134 فقرة 03)، أمتد حكمه ليطل حتى إنشاء العقد (المفاوضات، المحادثات، المادة 1104 فقرة 01) ... وتخيم الأفضلية المعطاة لحسن النية على مجمل النص...)) أنظر: بيار كتالا، مرجع سابق، ص 33. أنظر كذلك: محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 02، العدد التسلسلي 26، الكويت، يوليو 2019، ص 184. أنظر زمام جمعة، العدالة العقدية، مرجع سابق، ص 228.

¹⁰⁵ لخضر حليس، مرجع سابق ص 72.

¹⁰⁶ منصور حاتم محسن، مرجع سابق، ص 02 و 03.

¹⁰⁷ نفس المؤلف، ص 03. أنظر المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه ((إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)).

¹⁰⁸ عطوي حفيظة، أثر الظروف الاقتصادية على العقد المدني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، جامعة الجزائر 01، المجلد 05، العدد 01، سنة 2020، ص 620.

¹⁰⁹ فاضل خديجة، مرجع سابق، ص 12.

¹¹⁰ محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص 196.

¹¹¹ عبدالمنعم فرج الصدة، أصول القانون، الطبعة 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965، ص 70.

¹¹² زمام جمعة، مرجع سابق، ص 01.

¹¹³ نفس المؤلف، مرجع سابق، ص 08.

¹¹⁴ سبق الإشارة إليه سابقا.

¹¹⁵ بيار كتالا، مرجع سابق، ص 32.

¹¹⁶ فاضل خديجة، مرجع سابق، ص 17.

¹¹⁷ Lahlou -khiar (Gh), Reflections sur le droit des Obligations, Rev, Alger, 2013, N=01, p40.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

¹¹⁸ محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص 191 و 193. أنظر كذلك: علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد مرجع سابق ص 292 وما يليها.

¹¹⁹ زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء التخصص التشريعي)، مرجع سابق، ص 232، 233.

¹²⁰ لمزيد من التوضيح أنظر: محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص 203.

¹²¹ عثمان بلال، القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01، 2017 ص 430.

¹²² أنظر: عثمان بلال، القاضي طرف ثالث في العقد المدني، مرجع سابق، 431 وما يليها.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: النصوص القانونية

1- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد: 44.

2- الأمر 95-07 المؤرخ 25 يناير 1995 والمتعلق بقانون التأمينات المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 85 المنشورة بتاريخ 15 مارس 2006

3- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 36 المنشورة بتاريخ 20 يوليو 2003.

4- الأمر 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 41 المنشورة بتاريخ 27 يونيو 2004.

ثانياً: الكتب

1- لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، كمال الدين، ابن منظور، دار صدر، بيروت، الطبعة الثالثة، الجزء 15.

2- شوقي بناسي، قانون العقود، دراسة في القانون المدني الجزائري والقانون الفرنسي (المعدل) والفقهاء الاسلامي، الجزء الأول، عموميات في العقد، بيت الأفكار، دالي براهيم، الجزائر، 2022.

3- اسماء تخونوي شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، الطبعة الاولى، برتي للنشر، دالي براهيم، الجزائري، 2022.

4- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، طبعة جديدة مزودة ومنقحة، 2019.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

- 5- عمر زوده، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، اينوسيكلوبيديا للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2015.
 - 6- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013.
 - 7- أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر 2012.
 - 8- علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011 .
 - 9- بيار كتالا، مشروع تمهيدى لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في القانون الفرنسى، دار مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القديس يوسف، الطبعة الأولى، 2009.
 - 10- جاك غيستان، المطول في القانون المدني، الجزء الأول، تكوين العقد، منصور كلثوم المحرر، منصور القاضي المترجم، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
 - 11- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقد، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008.
 - 12- توفيق حسن الصدة وجمال العدوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
 - 13- عبدالمنعم فرج الصدة، أصول القانون، الطبعة 01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965.
 - 14- عبدالرزاق أحمد السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، الجزء 1-3 منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة، بيروت 1998.
 - 15- عبدالرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
 - 16- سمير تناعو، النظرية العامة للقانون منشأة المعارف الإسكندرية، 1986.
 - 17- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، وفقا للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982 .
 - 18- عبدالرحمان عياد، أساس الالتزام التعاقدى النظرية والتطبيقات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1972.
 - 19- دور كايم، تقسيم العمل الاجتماعى، دون دار النشر الطبعة 07، باريس، 1960.
- ثالثا: الرسائل والمذكرات
- 1- عثمانى بلال، أطراف العقد بين مقتضى المصلحة الشخصية ومبدأ حسن النية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

- 2- جابر سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، 2018 .
- 3- فاضل خديجة، عيممة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.
- 4- لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2016، 2015 .
- 5- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014، 2015.
- 6- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2013-2014.
- 7- علاق عبدالقادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، كلية الحق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

- رابعا: المقالات

- 1- أحمد بعجي، أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، لسنة 2020.
- 2- الصادق عبد القادر، و خليل إيمان، المركز القانوني للغير في العلاقات التعاقدية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي آفلو، المجلد الرابع، العدد الثاني، ديسمبر 2020.
- 3- عطوي حفيظة، أثر الظروف الاقتصادية على العقد المدني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، جامعة الجزائر 01، المجلد 05، العدد 01، سنة 2020.
- 4- محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني "الممكن والمستبعد" دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية، القانون المدني الفرنسي نموذجا للتحليل، والقانون الكويتي نموذجا للإسقاط، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 01، الكويت، مارس 2019.
- 5- إبراهيم عنتر الحياني، اللياقة التعاقدية في التعاملات الإلكترونية مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، المجلد 04، العدد 02، لسنة 2019.
- 6- محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 02، العدد التسلسلي 26، الكويت، يوليو 2019.
- 7- منصور حاتم، العدالة العقدية، مجلة جامعة بابل، للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 6، العراق، 2018.
- 8- عثمان بلال، القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01، 2017.



جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية

9-فريدة لبنان، مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر 2008، 2009.

خامسا: أشغال الملتقيات

1-أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية، صياغة تشريعية ملحق خاص، الجزء الثاني، العدد 02، أبحاث المؤتمر السنوي السابع، القانون أداة للإصلاح والتطور، مايو 2017.

سادسا: المراجع الأجنبية

- 1- Ghestin (J)-Traite de droit civile –La formation du contrat, 3eme Ed-, L.G.D.J-Paris, 2000.p200.

-Carbonneir(J)-Droit civil, les Obligations, texte4, 1985,22, et472

3-GOUNOT(E),Le principe de l'autonomie de la volante en droit prive ; contribution a l'études critique de l'individualisme.1912 .

4- Lahlou –khiar (Gh), Reflections sur le droit des Obligations, Rev, Alger, 2013, N=01

سابعا: المواقع الإلكترونية

1-الاطلاع على موقع: [WebTV de l'université de Bejaia](http://WebTV.de.l'université.de.Bejaia) الملتقى الوطني حول موضوع: أزمة نظرية العقد

المنعقد بجامعة عبدا لرحمان ميرة، بجاية بتاريخ 2020/12/19، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/08/05