مدى تراجع دور الإرادة في المجال التعاقدي

The extent of the decline in the role of the will in the contractual field

أمال بن بريح[1]

[1]جامعة " علي لونيسي" البليدة 2، benbrihamel@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2020/07/12 تاريخ قبول المقال: 2020/10/12 تاريخ نشر المقال :أكتوبر2020

ملخص

نظرا لاعتبارات قانونية فرضتها المصالح الخاصة، تطور مفهوم العقد، حيث لم يعد هناك موقف ثابت و متعارف عليه، و ذلك راجع لمرونة الفكرة ذاتها.

فالتصرفات القانونية عموما ، و نظرية العقد خصوصا تتأثر بما يحيط بها من ظروف و عوامل، و القانون ـ كما هو معلوم ـ يعتبر ظاهرة اجتماعية في حد ذاته ، و كنتيجة لهذا التطور بدأ التغير يطرأ على العقد و مفهومه.

كما أن تدخل المشرع في مجال العلاقات التعاقدية الخاصة، كان له شأن في التأثير على تطور نصوص القانون المدني، لا سيما النزعة التقليدية التي تميزه، وهو ما انعكس على المبادئ التي قام عليها سلطان الإرادة و حرية التعاقد.

الكلمات المفتاحية:الإرادة ـ التعاقد ـ نظرية العقد ـ نظرية الالتزام ـ دور الإرادة

Summary:

Due to legal considerations imposed by private interests, the concept of the contract has evolved. Legal actions in general, and contract theory in particular, are influenced by the circumstances and factors surrounding them, and the law - as is known - is a social phenomenon in itself, and as a result of this development began to change the contract and its concept.

The intervention of the legislator in the field of private contractual relations has had a significant impact on the development of the provisions of the Civil Code, especially the traditional tendency that distinguishes it, which is reflected in the principles upon which the authority of will and freedom of contract is founded.

Key words : Will - contract - the theory of contract - commitment theory - the role of will.

المؤلف المرسل: أمال بن بريح ، الميل: benbrihamel@gmail.com

مقدمة :

غالى المناهضون لمبدأ سلطان الإرادة مغالاة المؤيدين له ، فأنكروا وجود أي دور للإرادة ، وقالوا بأن الالتزامات الناشئة عن العقد تستند إلى اعتبارات اجتماعية بحتة ، فالعقد ليس سوى نظام هدفه تحقيق الاستقرار الاجتماعي ، والملكيـة ـ مظهر الحرية ـ ذاتها هي اليوم وظيفة اجتماعية .

إلا أن التطور الحاصل في فلسفة الفكر القانوني لم يقبل بهذا ، والواجب هو الوقوف موقفا فيه من الاعتدال مابين الرأيين السابقين ، فلا يؤخذ بالنقد الموجه للمبدأ على إطلاقه ، ومن ثم التخلي عنه نهائيا ، وبالمقابل لا يمكن الأخذ بالمبدأ كليا ، وإهدار المقومات الأخرى .

فلا بد من إيقاف الإرادة عند حدودها المعقولة، فلسلطان الإرادة مجال ولكن بحدود معينة، ويبدو هذا التوافق من خلال تراجع المفهوم الجامد و الكلاسيكي للعقد، و ازدهار و نهوض جديد لدور الإرادة في المجال التعاقدي في نفس الوقت.

لقد أدى تشدد كل من مناصري مبدأ سلطان الإرادة ومعارضيه إلى إبراز محاسنه وعيوبه، غير أن هذه الانتقادات التي قوبل بها مبدأ سلطان الإرادة ، والعيوب التي تعتريه لم تكن لتقرضه من أساسه، مما ترتب عنه انتعاشه وعودته من جديد ، وإن كان في صورة ملطفة ، بعيدا عن كل مبالغة وإطلاق .

بهذا الطرح صار التوجه الحديث ينحو في بعض المجالات ـ لا سيما قانون الأعمال ـ نحو تكريس الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية ، والذي يتناسب وحاجات الأفراد الاقتصادية والاجتماعية ، وبالنظر في الشريعة العامة وبعض النصوص الخاصة نتلمس بعض المظاهر والتطبيقات لإعادة بعث دور الإرادة في المجال التعاقدي ، من خلال صدور قوانين جديدة ، أو تعديلات مست قوانين أخرى .

وعليه فيما يتمثل راهن وأفاق دور الإرادة في المجال التعاقدي؟.

الإجابة على هذه الإشكالية ستكون من خلال المحورين التاليين:

المحور الأول: قصور الإرادة و تراجع قوتها الملزمة

المحور الثاني: توجيه الإرادة دون استبعادها

المحور الأول: قصور الإرادة و تراجع قوتها الملزمة

ينتج العقد أثارا قانونية لأنه نتاج إلقاء إرادتين ، وإن كان يجب ألا يتجاهل مظهره الذاتي كونه معدا لتلبية حاجيات المعبرين عنه، فإنه لابد كذلك من مراعاة المؤاخذات التي وجهت إليه ، و التي أبانت عن وجوه عديدة من القصور تعتريه.

فمقتضيات التأقلم و فن التعايش توجب تطويع الإرادة مع المعطيات و الأوضاع الجديدة للحياة، لأن توافق النظم وخصوصا العقود مع الظروف يعد اليوم أكثر من ضرورة.

و فيما يلي و من خلال هذا المحور سيتم تبيان ذلك من خلال التطرق لجدية الانتقادات الموجهة لمبدأ الإرادة ، من جهة ، ولصعوبة تجاوز هذا المبدأ من جهة أخرى.

أولا: جدية الانتقادات الموجهة لمبدأ الإرادة:

تعرض مبدأ الإرادة إلى انتقادات شديدة ، فلم يعد من الصحيح القول أن القوة الملزمة للعقد تنشأ من الإرادة وحدها ، كما تقلص دور الإرادة إلى الحدود التي بدا فيها دورا متواضعا.

فبالنسبة إلى المصدر التاريخي، فالمبدأ يستمد أفكاره من بعض الكتاب و الفلاسفة، و ليس من أفكار رجال القانون ، وفيما يتعلق بمبادئ الفردية و المذهب الحر ، فهي كذلك منتقدة من جانب كثير من الفقهاء ، الذين أدركوا البعد الاجتماعي للإنسان ، و رفضوا فكرة العقد الاجتماعي[1].

إن الالتزامات الناشئة عن العقد لا تترتب على إرادة العاقدين وحدهما بل هناك اعتبارات ترجع إلى ضرورة توافر الثبات والاستقرار، والثقة في التعامل، والعقد نظام اجتماعي الهدف منه هو التحقيق التضامن الاجتماعي، وليس الخضوع ولسلطان الإرادة.

فأخذت بذلك الإرادة بالتراجع أمام ازدياد تدخل المشرع والقاضي في تنظيم أغلبية العقود، فلم يبقى التعاقد مقتصرا على طرفيه، بل صـار عملية قانونية تشترك في تكويـنها مجموعة اتفاقات، وليـس اتفاقا واحدا [2].

إن القول بأن الإنسان حر بطبعه لا يجد له أساس منطقي ، فهو يعيش في مجتمع يتفاعل معه ويرتب التزامات ، ولا يمكن بحال من الأحوال أن تعلو إرادة الفرد على إرادة الجماعة ، وأساس هذه المذاهب هو مراعاة مصالح الجماعة قبل كل شيْ ، فإذا تعارضت هذه المصلحة مع مصلحة الفرد قدمت عليها .

كما أن الإفراط في الاعتداد بفكرة العقد حدث بطريقة تنطوي على إساءة كبيرة لنظرية العقد الاجتماعي، و الذي يعني في حقيقته العقد العقلي العادل، وليس العقد الإرادي، و أن مصدر العقد الاجتماعي هو القانون الطبيعي و ليس الإنسان[3].

ما أدى إلى انتقاد الحرية القانونية التي تمثل أداة الحرية الاقتصادية ، ولم يعد كل ما هو عقدي فهو بالضرورة عادل ، لأن هذا القول يقوم على مبدأ المساواة المطلقة بين المتعاقدين .

كما أضحت غاية القانون الجماعة و ليس الفرد، الأمر الذي أدى إلى اهتزاز مبدأ سلطان الإرادة، وتراجعه لصالح أفكار جديدة تقيم القانون على أساس العدالة و التضامن الاجتماعي.

فأصبح التضامن الاجتماعي أساس القانون، والملكية ذاتها ـ والتي كانت تمثل الصورة الواضحة والبارزة للحرية ـ لم تعد مطلقة بل صارت وظيفة اجتماعية، تتقيد باعتبارات التضامن الاجتماعي، فلا يستطيع الفرد تجاوز الحدود التي رسمها القانون.

الأمر نفسه بالنسبة لمسائل الزواج و الميراث، و عليه يجب قصر الإرادة على دائرة القانون الخاص مع استبعاد الحقوق العينية، والتي يستقل المشرع بتنظيمها، وكذا روابط القانون العام حيث لا أثر للإرادة فيها، إذ تقوم قواعده على اعتبارات تتعلق بالصالح العام. أما القول بأن المجرم ارتضى توقيع

العقوبة عليه، فهو غير سليم و غير منطقي، لأن العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل أبدا لإرادة المجرم فيها.

بالرجوع إلى مسألة المساواة ـ التي تعتبر من المسائل الفاصلة في هذا المجال ـ يمكن القول أن الطرفين في الواقع غير متساويين لا في الذكاء ولا القوة الاقتصادية ، ولا حتى في المراكز الاجتماعية ، فالطرف الأكثر فطنة وقوة يفرض إرادته وشروطه على الطرف الأخر ، وهو ما يبدو بجلاء في عقود الإذعان ، وبصفة عامة جميع العقود التي تتصف بالتبعية الاقتصادية .

حيث كانت هذه العقود هي الوسيلة التي يستطيع بها أصحاب المصانع استخدام العمال في تشغيل مصانعهم بأقل الأجور، وأشد الشروط.

والمقولة الشهيرة "من قال عقدا فقد قال عدلا" أصبح الواقع يكذبها كل يوم ، لأن التفاوات الاقتصادي والاجتماعي أخذ في التزايد بين المتعاقدين ، فالحاجة والضرورة الملحة تدفع الطرف الضعيف إلى قبول ما يمليه عليه الطرف الأخر الأكثر قوة منه .

إن المركز الأصلي بين المتعاقدين يقوم في غالب الأحوال على التفاوت وعدم المساواة ، وذلك يؤدي حتما إلى علاقة غير متوازنة ، ومن ثم تصبح الحرية العقدية مجرد أداة لأن الاعتياد بالمساواة الحقيقية و ليس المجردة[4].

وعليه فإن ستار الإرادة الحرة للطرفين وفكرة المساواة بين الأفراد، و التي يرتكز عليها مبدأ سلطان الإرادة أصبحت وهمية تماما.

فكيف لعامل أو مستهلك أو أي متعاقد بسيط الوقوف أمام متعاقد قوى، وهل يستطيع أن يمتنع عن التعاقد إذا وجد بنود العقد غير متكافئة ، وهكذا فإنه إذا أقام القانون المدني نظرية العقد على الحرية والمساواة بين الأفراد ، فإن هذه المساواة نظرية بحته ، لأنها في الشروط القانونية وليست فعلية في القوة بين الطرفين ، فهي مجرد خدعة للمتعاقد الضعيف.

لأجل ذلك يشجع على إيجاد آليات وحلول قانونية تكفل حماية هذه الفئات الضعيفة وإعادة التوازن لعلاقاتها بما يحقق مصالحها (محاولة تحقيق مساواة حقيقية)، لاسيما في صورة استحداث التجمعات بين أصحاب هذه الفئات، وهو الأمر الذي بدأ يظهر في الآونة الأخيرة.

ثانيا: صعوبة تجاوز الإرادة

إن القول بأن: " المتعاقد هو أفضل من يدافع عن حقوقه ومصالحه الخاصة" قول غير صحيح ، لأن الإنسان لا يكون بعيد النظر دائما ، ولا يمكنه في معظم الأحوال أن يتوقع كثيرا من الأمور ، وإذا كان واضعوا القانون المدني قد تصوروا أن نظام أهلية ـ مثلا ـ كاف لحماية فئات كثيرة ، فهذه الآلية لا تكفي دائما لحماية الفرد من الالتزامات التي يبرمها متسرعا ، والتي تتم بلا روية وتبصر .

كما لا تؤدي الإرادة الحرة للطرفين إلى قيام علاقات اجتماعية أكثر نفعا، ذلك أن الأفراد يتجهون طبعا نحو الأنشطة الأكثر ربحا ، والتي قد لا تكون بالضرورة أكثر نفعا .

إن نظام عدم الأهلية يكفي لاستبعاد القصر والمجانين والسفهاء، ومن يعانون من ضعف أو خلل عقلي ، من الحرية العقدية، نظرا لعدم تمتعهم بالإدراك والتميز .

حيث كان سلطان الإرادة عائقا يحول دون الأخذ بالمسؤولية المادية ، وهذه مذاهب تطورت ، وأخذت الشرائع الحديثة ، وفي الأخذ بها لمدى معين إرضاء للعدالة ، ومطاوعة لأسباب الاستقرار ، وسير في طريق التقدم[5].

فتوجيه الاقتصاد قد بدأ في وقتنا الحالي كضرورة حتمية لا يمكن الاستغناء عنها ، وتناسب الحرية العقدية الاقتصاد الحر في الوقت الذي يكون فيه للدولة دور سياسي فقط وليس اقتصادي ،أما المفهوم الحديث لدور الدولة فهو توجيه الاقتصاد في نطاق واسع ، وهو ما لا يتأتى إلا على حساب الحرية العقدية ، فقد صار الحديث اليوم عن مفاهيم لم تكن إلى زمن قريب مقبولة في الحياة التعاقدية ، فالانسحاب التدريجي للدولة من الحقل الاقتصادي ، أوجب التفكير في وضع ميكانيزمات وقواعد جديدة لضبط النشاط الاقتصادي .

كما أن إشراف الدولة على تنظيم التجارة الخارجية وسهرها على ترقية وضمان بعض الحقوق، يوحي بأن الدولة لم تتخلى كلية عن الميدان الاقتصادي ، بل تراقب العديد من النشاطات الاقتصادية، فدورها تحول من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة منظمة فقط، عن طريق تحديدها لقواعد اللعبة، لتترك المجال مفتوحا لقواعد المنافسة.

هذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال ما نصت عليه المادة 43 من القانون رقم 16_01 (6) بالقول:(حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، و تشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق ،ويحمي القانون حقوق المستهلكين .

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة).

إن هذا التوجه تحميه الدولة في المقام الأول، ويتمخض عن القوانين التي توجه النشاط الاقتصادي بدلا من تركه يسير حسب رغبة كل فرد.

فالاقتصاد الموجة و ن كان يتم على حساب سلطان الإرادة ،إلا أنه لا يهدف إلى استبعاد الإرادة كعنصر في العقود ، ولكن إلى توجيهها بطريقة سليمة ، بحيث لا تؤدي إلى الظلم والتعسف ، لأجل الإرادة يكمن في ارتباطها مع الغير ، والقانون هو الذي يعرف لماذا ترتبط وهو الذي يحدد مداها.

فيشبهون الدور الذي تقوم به الإرادة في تكوين العقد ، بالدور الذي تقوم به قطعة النقود عندما يلقى بها في الآلة الأتوماتيكية للحصول على البضاعة التي يريدها من ألقى بقطعة النقود.

هذا الأمر أدى إلى نقد الاعتراف بالدور المطلق للإرادة ، فالعقود لا يكون لها قيمة إلا إذا وظفت في الخدمة الجماعة ، والحرية من هذا المنظور هي "حرية ذات وظيفة .

وليس صحيحا كذلك أن كل التزام تعاقدي هو التزام مشروع وعادل ، وليس هناك مساواة مطلقة بين الأفراد لأن الحـــرية التعاقدية كثيرا ما تــؤدي إلى مظالم كثيرة ، إذا غالبا ما تجـــعل الضعفاء تحت تسلط الأقوياء.

مثال ذلك عقود بيع المنتجات المعدة للتغذية بسعر مبالغ فيه في فترة أزمة ، فإن ذلك يؤدي إلى ارتفاع الأسعار ، ومن ثم عاملا الاضطراب والفوضى[7].

فالمتغيرات الاقتصادية والصناعية وما صاحبها من تطورات عملية وتكنولوجية تسود واقعنا الراهن، أدى إلى اختلال التوازن ما بين أطراف العقد ، من حيث المعرفة التي يطلع بها كل طرف بهذه الوسائل الحديثة ، التي غيرت مفهموم مبدأ سلطان الإرادة من الناحية الواقعية[8].

كما أن هناك مانعين يمنعان الإرادة أن تكون مصدر الالتزام الوحيد، الأول مانع نفسي ، فلا يتصور أن تبقى إرادة الشخص مقيدة في المستقبل استنادا لالتزام وقع بالأمس ، فكيف يستقيم من منطلق الإرادة أن يتقييد الفرد بالتزام بالأمس ، ولا يستطيع اليوم وهو صاحب الإرادة ذاتها أن يقوم بأمر آخر ، وعليه فلا بد من وجود شيء غير الإرادة ، كعامل ثقة الذي يتولد عند المتعاقد الأخر .

كما هناك مانع آخر اجتماعي ينطلق من كون الفرد هو فرد في جماعة مع التسليم بحقوقه الشخصية، لذلك عليه أن يلتزم بالتزامات معينة.

المحور الثاني: توجيه الإرادة دون استبعادها

لا يقصد بفكرة الموضوعية واعتبارات العدالة الإهمال الكلي لدور الإرادة في العمل القانوني ، أو تجاهل الحرية الفردية ، فلممارسة الحق ذاته وتجسيده لا بد من إرادة تعلن عنه، وتحدد أثاره في الحدود المرسومة له .

فالتصور والتحليل الجديد للإرادة التعاقدية من شأنه أن يوفر للمتعاقدين بيئة مناسبة تسمح لهم باستعمال حريتهم ، وإعمال مسؤوليتهم في الوقت ذاته ، وبشكل أفضل .

هذا ما سيتم تبيينه من خلال تجلي تأثير الإرادة على عناصر التصرف ، ثم محاولة التوصل لفكرة أن الإرادة حرية و في نفس الوقت مسؤولية .

أولا : تجلي تأثير الإرادة على عناصر التصرف

إن دور الإرادة في ترجمة العمل القانوني يضيق ويتسع بالمدى الذي تضيق فيه النصوص الآمرة أو تتسع، فالعمل القانوني دون الإرادة الفردية يبقى مفــهوما مجردا، أما بالإرادة فيصبح وضـــعا محسوسا ومنتجا.

كما أن الحق الوضعي هو أساس العمل الإرادي ، والإرادة (الذاتية) هي أساس ترجمة العمل القانوني كحق وضعي ، وهي أساس إنتاج آثاره ، وتأسيسا على ذلك فالعقد كالتقاء بين إرادتين لا يعدو

مجرد وسيلة أو أداة يمنحها القانون أثار قانونية ، بالقدر الذي تحقق فيه التوافق بين التطلعات الفردية والاعتبارات العليا ، المتمثلة في تحقيق العدالة[9].

فالمشكلة الأساسية في هذا الإطار تظهر في التساؤل عن الإمكانية المتاحة أمام الإرادات الفردية عندما يصعب عليها أن تتناول الأوصاف مباشرة .

وفي هذا الشأن يتفحص الأستاذ "تيري " تأثير الإرادة الفردية في عناصر التصرف ، ثم تأثيرها في بنيته ، ويركز ما جاء به بشكل أساسي على أن إرادة الأفراد بإمكانها أن تتناول بفاعلية العناصر الموضوعية للتصرف ، وهذه الظاهرة تكون أكثر تأكيدا بمقدار ما يكون المتعاقدان قد أساءا التعبير عن إرادتيهما ، أو لم يعبرا عنها أصلا .

في هذا الإطار يرى البعض أنبحث الفقه المعاصر في إشكالية "مستقبل العقد " ، لم يكن بغير دافع ولا بغير جدوى ، فالمسألة بدأت بأزمة عقدية لا يمكن معه وصف الصيغة المتعددة الأوجه للبنية الاجتماعية القائمة ، بسبب غزو واقتحام العقد للمتغيرات الاجتماعية و الاقتصادية للجماعات والأفراد، الأّمر الذي جدد معه بنيته الهيكلية على مختلف الأصعدة . ولعل البداية ستكون على مستوى تنامي وازدهار الحركة التعاقدية، الذي نوع معه آليات وتقنيات تنظيم العقود.

ما يزيد في تعميق فهم هذا الأساس ،هو مركز الإرادة التعاقدية بين ازدواجية داخلية ـ يتأثر بها وتخرجه من التأصيل التقليدي ـ إلى طبيعة مزدوجة الأرضية ، تتقاسمها كل من النظرة الشخصية (الذاتية) والموضوعية ،فلا الإرادة يمكن تجاهلها كسلطة منشئة في النظام القانوني الوضعي ،ولا الظروف والعناصر الخارجية يمكن استبعادها كوضعية جديدة للعقود المعاصرة .

فكان من اللزوم الاعتراف بنوعية دورهما و معا ،ولعل إحياء فكرة "المصلحة " ، و كيف أن العقد كأداة لتحقيق مصالح الأطراف فيه قاعدة من الموضوعية ، لولا أن منطلقه شخصي ، لأنه يتعلق بالأطراف ، كما أن اعتبارات و أركان عقد الإذعان تبدأ بتبرير موضوعي ، ولكن تنفيذه وإشكالاته تخضع لتقدير ذاتي . مثلما هو الشأن كذلك بالنسبة لآلية تفسير الشك لصالح المدين ، و كذلك مفهوم النظام العام الحمائي الذي وجد أساسه ، و أهدافه ، و أحكامه من التقدير الذاتي.

مع كل المبررات السابقة يمكن القول أن التراجع الذي مس نظرية العقد لا ينبغي أن يكون مبالغا فيه ، إذ أنه ليس تراجعا نهائيا ودائما ، فبعض القيود التي ترد على الحرية التعاقدية ، والتي فرضتها ظروف الأزمة التي لحقت بالإرادة يمكن إلغاؤها إذا تم احتواؤها والسيطرة عليها .

فالتشريع الخاص بإيجار المساكن في فرنسا فرضنه أزمة الإسكان التي سببتها الحرب العالمية الأخيرة ، و بعد فترة ظهر اتجاه آخر يؤيد العودة إلى الشريعة العامة المتحررة بعد أن تغيرت الأفكار السياسية السائدة ، وظهرت تنظيمات أحرى آمرة لإيجار المساكن[10] .

إضافة إلى ذلك فإن تراجع العقد لم يصل أبد إلى درجة اختفائه ،حتى في ظل التشريعات التي تنبأ واضعوها بنهاية العقد ، حيث عرفت هذه التشريعات فكرة العقد ،حتى ولو كان مفهموم هذه الفكرة بالنسبة

لها مختلفا عن غيرها من التشريعات الأخرى ، والواقع أن روح العصر الذي نعيش فيه لا تجعلنا نتوقع نهاية العقد ، ولا حتى المطالبة الدائمة بمزيد من القيود .

فالنظرة التي ترى أن العقد بدأ يضمحل ويوشك أن يختفي من دائرة القانون لا تحظى بالإجماع، فمن الشراح من يتفاءل ويقول أن العقد لم يضمحل بل تطور ، وكان تطوره استجابة لقانون سوسيولجي ، هو قانون تطويع النظم القانونية لظروف الحياة المتوازنة ، فالعقد أداة للتعاون الصادق ، ونتاج للثقة المتبادلة بين الطرفين .

أدى هذا الطرح إلى القول بأن الأزمة التي يوجد فيها العقد هي أزمة مبالغ فيها ، ذلك أن من أسبابها من كمه وفي كيفــه ، أما اتساعه في كمه فيتجـلى في ازدياد عدد العقود ، على ما كانت عليه من قبل ، ومـن حيث الكيف فيتمثل في اتساع مضمـونه الملزم ، حيث زادت التزامات لم تكن فيه من قبل. هنا لا يمكن تجـاوز الإرادة كمعيـار للعقد، و مؤشر على عنصر الثبـات فيه، فما يطبع ويميز العـقد هو طريقة إبرامه و آثاره، فدور الإرادة أساســي في ذلك ، بمعزل عن البــحث في مصدر القوة الملزمة له .

وفي هذا الصدد يمكن الاستشهاد ببعض التشريعات التي أخذت بهذا التوجه، و من ذلك القانون المدني العراقي، الذي ينص في المادة 176 منه على: (أن رضا المتعاقدين هو الصلب و الركن لكل عقد أو اتفاق على وجه أعم)

كما يتضح من توجه المشرع اللبناني في قانون الموجبات و العقود ، و المشرع الفرنسي في القانون المدني ، الترجيح لعنصر الثبات في العقود إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، كقاعدة عامة و مبدأ ، و رفضه لعامل التغيير كمؤثر في العقد ، مما يطرح التساؤل حول دور القضاء في ذلك[11].

مما سبق يمكن التوصل إلى أن التقلبات التي عرفتها الإرادة لا تعني تدهور العقد واضمحلال أهميته ، بل يعود السبب في هذا التمايز إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني، فالتشريع باعتباره قانونا موضوعيا يعلو على العقد بحسبانه مصدرا للحقوق الشخصية ، ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج .

لأجل ذلك سيبقى العقد ويستمر في جميع الأنظمة ، باعتباره مصدرا بالغ الأهمية للعلاقات الملزمة بين الأفراد ، رغم احتمالات التحول والتغير التي تطرأ عليه .

ثانيا : الإرادة حرية ومسؤولية

يأمل البعض في وضع حد للسباق المتواصل بلا نهاية بين الإفراط في التدخل والإسراف في الحرية ، عن طريق توسيع وتجديد النظرية العامة للعقد ، و التي أثريت بالفعل بمبادئ وقواعد جديدة وقدم هؤلاء تصورا وتحليلا جديدا للعقد ، من شأنه أن يوفر للمتعاقدين بئية مناسبة ،تسمح لهم باستعمال حريتهم ،وبالمقابل مسائلتهم عما يقع منهم ، و أبعد من ذلك يجب أن لا ينظر إلى العقد على أنه تعبير عن مصالح متعارضة بين الطرفين ، ولكن على أنه إتحاد بين المصالح .

فالواقع العملي اليوم يشهد نموا متزايدا لشروط التوافق الذاتي في العقد ، والتي تفسح المجال بدورها أمام الأطراف لإعادة التفاوض مرة أخرى حول مضمون اتفاقاتهم ،وتدعوهم إلى التعاون فيما بينهم عند الاقتضاء ،بمساعدة شخص آخر من الغير ، وذلك من أجل بقاء العقد واستمراره .

و هكذا يتجسد عند تنفيذ العقد هذا الالتزام التعاون والملزم للطرفين، والذي تعبر عنه شروط التوفيق والتسوية الودية المتكررة، بهدف صرف نظر المتعاقدين عن اللجوء إلى القضاء، وعليه فلا يسمح بتدخل طرف ثالث أجنبي عن العقد، حتى ولو كان القاضي نفسه.

لأن ذلك من شأنه أن يهدم الأمن القانوني للعقد ، الذي هو أداة لتنظيم العلاقات ، ويفقده جانبا كبيرا من فاعليته وكتب "كاربونية " في هذا الصدد : (العقد يظل من الناحية الاجتماعية ارتباطا عملا من أعمال النية ، وعمل من أعمال الثقة) [12].

مع هذا القدر من التفاؤل يمكن القول أنه لن يصبح العقد أداة للتعاون المتبادل على النحو السابق مرة واحدة ، إلا أن هناك تطورا مستمرا أدى إلى تغير النظرة التقليدية للعقد ، ويتفاءل البعض فمن الثقة إلى التعاون لم يعد هناك سوى خطوة .

فالمطلوب والمرغوب فيه هو ضرورة إيجاد نوع من التوازن بين التدخل أو التوجيه في العقود ،و بين الإفراط في الحرية ، فالمجتمع لا يمكنه الاستمرار دون قيم ومبادئ ، وهو ما يقع على عاتق الدولة تأمينه ، وذلك من خلال تحديد النواهي والمحظورات ،التي يجب مراعاتها ،وضرورة الالتزام بعدم إتيانها.

لذلك يجب أن يكون للإرادة دور في تكوين العقود،فإذا كان لا يحق لها أن تنشئ علاقات قانونية بلا معقب ولا رقابة ، فإنه يحق لها على الأقل أن تنشئ علاقات في حدود القانون ، فالتصرف القانوني هو ثمرة التعاون مابين القانون ـ الذي يلعب دورا مهما ورئيسيا ـ ، و الإرادة الفردية.

فيتوجب الأخذ مبدأ معتدل يضع الأمور في نصابها الصحيح، فيؤخذ بسلطان الإرادة في التصرفات القانونية ، مع السماح بتقييدها بقيود. لأن الإفراط والمبالغة في أي توجه أمر غير ممدوح ، وفي هذا يقول الفيلسوف البريطاني "براتر أندرسل ": (القليل من الحرية يؤدي إلى الفتور والركود ، والكثير منها يسبب الفوضى والإضراب) [13] .

فلا مناص من الوقوف من مبدأ سلطان الإرادة موقف الاعتدال ، فلا ينتقص منه إلى الحد الذي يجعل منه يفنى في سلطان المشرع والقاضي ، ولا تركه يطغى لدرجة الاستبداد ، في إنشاء التصرفات ، دون مراعاة مصالح الجماعة ومقتضيات العدالة .

وللمعطيات السابقة لم يبقى تدخل الدولة في العملية الاستهلاكية مقتصرا على مجرد توفير السلع والخدمات في الأسواق ، بل توسع مع أتساع حجم طبقة المستهلكين ، وتعاظم حاجاتهم إليه ، وذلك بتحقيق مصالح أخرى تتعلق بشؤون العملية الاستهلاكية .

لذلك يجب والحال هكذا أن يكون للحرية هدف اجتماعي ، ترتبط به وتستمد حيويتها وإنسانيتها ، وأن لا تكون مجرد أداة للوصول إلى امتيازات ، واحتكار فئة على حساب الأكثرية وما استحدث القانون

لمثل هذه الأوضاع في نصوص متفرقة من القانون ، إلا للتخفيف من حدة النزعة الفردية التي تميز التقنينات اللاتينية[14] .

هذا ما يسمى بالتدخل الإيجابي للمشرع ، والذي يتحقق بإيجاد قواعد قانونية تضمن شفافية العمليات في السوق ، وإصباغ عنصر الأمر على هذه القواعد ، لتوجيه السوق وضبطه ، فتوضع الالتزامات على عاتق المنتج المحترف ، بهدف وضع البيانات والمعلومات التي يحتاجها المستهلك ، لكي يتمكن من الاختيار الأفضل .

كما أن هذا ما دعى ودفع بالمشرع إلى فرض القيود على الإرادة ، بل قد يكون هذا التدخل في بعض الأحيان أمرا لازما في ظل نظام حرية واقتصاد السوق ، إذ على الدولة أن تتدخل لرقابة الانحرافات التي قد تشوب المنافسة التي تتم بين الأفراد ، والواقع أن تدخل الدولة اليوم ليس بالأمر المذموم والمنتقد، فقد أظهرت الاضطرابات التي حدثت في الحياة الاقتصادية لمعظم البلدان ، الحاجة إلى تدخل أكبر من الدولة في الجانب الاقتصادي ، وبصفة خاصة في فترات الأزمات .

حيث أصبحت تشريعات حماية المستهلك جزءا مهما من المنظومة القانونية التي انتهجت نظام اقتصاد السوق ، و تدخل المشرع في توجيه الاقتصاد يبقى أمرا ضروريا، في إجراء الموازنة بين حقوق و التزامات أطراف العلاقة التعاقدية.

فيحمل المنتجين واجب وضع بيانات ضرورية على منتجاتهم ، تساعد المستهلك على إجراء المقارنة الحقيقية بين أسعار البضائع المتماثلة ، وذلك تطبيقا لقواعد قانونية تفرض عليهم هذا الالتزام. فيجب توافر أمور أساسية من بينها حماية المستهلك ، لأن ذلك من أهداف أية تنمية اقتصادية ، حيث لم يعد بالضرورة في نظام اقتصاد السوق عدم تدخل في الشؤون الاقتصادية بشكل مطلق وترك الأمر للمنافسة بين المعنيين[15] .

فالغاية المنشودة هي الوصول إلى نظرية متكاملة ، في ضوء المتغيرات السياسية والاقتصادية ، وحتى الاجتماعية ، وخصوصا بعدما دخلت الأنترنات بخدماتها المتعددة والمتنوعة مجال ممارسة الأعمال التجارية ، وفي إطار ما يسمى بالتجارة الإلكترونية ، والتي وفرت سوقا إلكترونيا افتراضيا واسعا، أدى إلى زيادة التعاقدات مما يبين أهمية تنظيم ومراجعة الكثير من الآثار الناجمة عن مبدأ سلطان الإرادة .

على الرغم من كل المعطيات السابقة ، وبنظرة تفاؤلية يمكن القول أن العقد فقد الكثير من تماسكه المنطقي وهذا أمر صحيح ، إلا أنه قد تغلب بقوة على مخاطر التفكك و الانهيار ، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل شهد ازدهارا كبيرا ، وبلغ أفاق جديدة كانت بعيدة المنال .

و يمكن الوصول في الأخير أن العقد في النهاية هو أداة للتعاون الصادق بين الطرفين ة، وهو ما يظهر أثره و لو جزئيا على واضعي القانون الفرنسي حيث تغيرت ولو قليلا الأبعاد الخاصة به سواء على مستوى مرحلة المفاوضات أو على مستوى تنفيذ العقد.

فقد استمر العقد في أداء الأدوار المنوطة به متغلبا على ما واجهه من صعاب [16]، بل أكثر من ذلك فقد شهد ازدهارا جديدا ، واقتحم مجالات عديدة لم تكن من قبل ، فالعقد معيار اجتماعي على الرغم من ارتضاء الأفراد له .

خاتمة:

مع كثرة الحديث في الوقت الراهن عن أزمة العقد ،أو التوجه نحو مفهوم جديد للعقد ، يمكن الحديث أيضا بالمقابل عن بقاء العقد و استمراره ، لما له من أهمية ومزايا لا نستطيع إنكارها ، فهو من الأدوات الضرورية ، التي لا غنى عنها وخاصة إذا تم تنظيمه بعناية ، تنظيما يحقق المقصود منه .

فالعقد يكاد يكون اليوم الأداة الوحيدة لتداول الثروات ، وأحد الآليات الرئيسية للنشاط الاقتصادي، ويؤكد الواقع العملي أن ما ينشئه العقد بمفرده من التزامات يفوق بكثير ما تنشئه مصادر الإلتزام الأخرى مجتمعة . ما أدى إلى بروز أفكار جديدة تتعلق بالنظام التعاقدي الجماعي ، والاتجاه نحو إضفاء الطابع أو السمة الاجتماعية على العقود.

فلقد تغير المفهوم التعاقدي القائم بصفة أساسية على توافق الإرادتين ، والتي تتمتع كل منهما بالحرية المطلقة والمتطرفة ، بل ضبط بشكل مستقل . حيث يمكن في الأخير ومن خلال هذه المداخلة استخلاص العديد من النتائج نكتفي بذكر أهمها و ذلك كما يلي:

ـ لم يعد يصلح و يتلاءم مع المنطق اليوم القول بأن " كل ما هو تعاقدي فهو عادل" ، و لم يعد الاعتداد بالمساواة المجردة في العقود ، حيث صارت هناك حاجة لحماية بعض الفئات ، لذا وجب التدخل لتحقيق مساواة فعلية ، وهو ما لا يتحقق إلا بتقييد إرادة الطرف القوي.

ـ لم تعد الإرادة مصدر للحقوق و الواجبات كما كانت من قبل ، بل صارت تتقيد من حيث تصورها بالقانون ، فهي ليست تلك التي يفهمها المخاطب بها، وعلى ذلك يعتبر التعبير الوسيلة المادية التي يتم الكشف بها عن الإرادة ، إلا أنه لم يعد مجرد ثوب ترتديه الإرادة، بل صار دليلا عليها ، يصعب قبول عكسه ، و على أساسه تترتب الآثار القانونية.

ـ كما تبين كذلك كيف أخذ الطابع العام أو الجماعي يتزايد في العقود ، حيث صار العقد إلى جانب كونه ذو طابع خاص ، صار ذو طابع جماعي ، و وصل المساس بالإرادة و دورها في المجال التعاقدي حدودا خطيرة و غير منتظرة ، وصلت حد الإلغاء و الاستغناء عنه، وهو ما ظهر في العقود الجبرية في صورة التأمين الإجباري.

قائمة المراجع:

ـ محمد صديق محمد عبد الله: موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر 2012(ص194).

ـ علي فيلالي : مقدمة في القانون، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر 2005(ص164).

ـ أيمن إبراهيم العشماوي : مفهوم العقد و تطوره ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، مصر ،2002(ص64).

ـ عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان، 1998(ص 93).

ـ سامي بديع منصور: عنصر الثبات و عامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت، لبنان ، 1987(ص 118).

ـ عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة ، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، مطبوعات جامعة الكويت، 1982 (ص 264).

ـ عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة للطباعة و النشر ، بيروت، 1974 (ص 50).

الهوامش:

1- عبد الحي حجازي : النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة ، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، مطبوعات جامعة الكويت، 1982،ص 264.

2- محمد صديق محمد عبد الله: موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر 2012، ص194.

3- عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة للطباعة و النشر ، بيروت، 1974 ، ص 50.

4- علي فيلا لي : مقدمة في القانون، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر 2005، ص164,

5-عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان، 1998 ص 147.

6- المؤرخ في 26جمادى الأولى عام 1437الموافق 03/06/ 2016 المتضمن تعديل دستور 1996.

7- أيمن إبراهيم العشماوي : مفهــوم العقد و تطوره ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، مصر،2002، ص64 .

8- محمد صديق محمد عبد الله:المرجع السابق، ص 196.

9- سامي بديع منصور: عنصر الثبات و عامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت ، لبنان ، 1987 ،ص 118.

10- على فيلالي : المرجع السابق ، ص156.

11- أكثر تفصيل حول تحليل هذه النصوص و مواقف التشريعات المذكورة ، أنظر : سامي بديع منصور : المرجع السابق ، ص 120.

12- أيمن إبراهيم العشماوي :المرجع السابق ، ص 168.

13- محمد صديق محمد عبد الله:المرجع السابق، ص71.

14- عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 93,

15- محمد صديق محمد عبد الله:المرجع السابق، ص205.

16- أيمن إبراهيم العشماوي :المرجع السابق ، ص 163.