

العنوان:	تغیر مفهوم العقد في القانون المدني الفرنسي : قراءة في نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي
المصدر:	دراسات
الناشر:	جامعة عمار ثليجي بالأغواط
المؤلف الرئيسي:	ابن قسمية، العربي
المجلد/العدد:	ع62
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2018
الشهر:	جانفي
الصفحات:	169 - 182
رقم MD:	868012
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	EduSearch, IslamicInfo, HumanIndex, AraBase
مواضيع:	فرنسا، القانون المدني
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/868012

تغير مفهوم العقد في القانون المدني الفرنسي (قراءة في نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي)

د. العربي بن قسمية

جامعة الأغواط

الملخص: يتناول موضوع " تغير مفهوم العقد في القانون المدني الفرنسي قراءة في نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي " دراسة مفهوم العقد وفقا لما تضمنه تعديل المادة 1101 وفق ما جاء به الأمر 2016-131، الذي غير مفهوم العقد من اتفاق إلى تطابق الإرادتين ووسع من أدواره فجعله نacula ومعدلا ومنها لالتزام بعد أن كان يقتصر على إنشاء الالتزام فقط .

الكلمات المفتاحية: العقد- مصادر الالتزام- القانون المدني

Abstract : The topic dealt with « the change of the concept of contract in the french law, lecture from the content of the article 1101 of the french civil code » moreover researching the concept of contract to the amendment of article 1101 as it is stated in the order 2016-131, which change the concept from convention to will agreement, in the other side the concept expended its roles and making it as an transporter and changer and obligation finisher, before it was only creating obligation.

مقدمة: يعتبر العقد أحد "مصادر الالتزام"، بل المصدر الأهم للالتزام والشريعة العامة للمصادر الإرادية للالتزام حتى غير الإرادية، وتأكيداً لهذه الأهمية خصصت العديد من القوانين المدنية للعقد وأحكامه كثيراً من النصوص بما يتناسب وتلك الأهمية، واستهلتها بتعريف للعقد، وإذا كان التعريف ليس مهمة تشريعية فإن التعريف الذي يضعه المشرع له دوره الهام في تحديد القواعد القانونية التي تحكم بعض المراكز وتطبق على كثير من الأنظمة، فتحديد مفهوم العقد يستتبع معرفة مجاله والموضوعات التي تنظمها أحكامه، كما تبين المدارس الفقهية التي توجه مسلك التشريع.

وفي هذا السياق جاء قانون نابليون (القانون المدني الفرنسي) ليعرف العقد بأنه "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص في مواجهة شخص أو عدة أشخاص بمنح أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل"، وقد كان هذا التعريف محل انتقاد منذ صياغته، كما كان مثار جدل في فمه حيث ميز الفقهاء بين الاتفاق والعقد، فأعتبروا الاتفاق جنساً والعقد نوعاً، أي أن الاتفاق وهو تطابق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله، أو على تعديله، أو على زواله، أوسع من العقد الذي يقتصر على إنشاء التزام، من العقد ويرى البعض الآخر بأن هذه التفرقة ليست ذات أهمية وأن لا فرق بين الاصطلاحين العقد والاتفاق وأن العقد اتفاق إرادتين على ترتيب أمر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وبهذا المفهوم الجديد جاء تعديل القانون المدني الفرنسي ليعيد تنظيم العقد في المواد 1101 من القانون المدني في التعديل الذي جاء به الأمر رقم 2016-131 الصادر بتاريخ 10/02/2016¹، وليعيد صياغة تعريف العقد وإعطائه مفهوماً جديداً، وقد تم تعديل مفهوم العقد من نواح عديدة، فمن حيث المصدر تم تعديل هيكلة القانون المدني فأصبح العقد أحد مصادر الالتزام، فتم تعديل عنوان الباب الثالث: "العقود أو الالتزامات الاتفاقية بوجه عام" *Le titre III « Des contrats ou des obligations »*، وضمن هذا العنوان تم إقرار *Des sources d'obligations*، ليصبح "مصادر الالتزام" *Des sources d'obligations conventionnelles en général*، التصرف القانوني كمصدر إرادي للالتزام ويترافق عنه العقد، وينسلخ عن الباب الثالث عنوان فرعى أول "العقد" *contrat* تم فيه تعريف العقد في المادة 1101 بأنه "توافق إرادة شخصين أو عدة أشخاص لإنشاء، تعديل، نقل أو إنهاء التزامات"

¹ بالجريدة الرسمية بتاريخ 11/02/2016 والذي دخل حيز التطبيق في 01/10/2016.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publiée au Journal officiel le 11 février 2016, (en vigueur le 1er octobre 2016)

« Art. 1101. – Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

فيتحلل هذا التعريف والتعريف السابق إلى عنصرين هما توافق الإرادتين والأثر القانوني، فالعقد يستلزم بالضرورة تلاقي إرادتين أو أكثر، وهنا يتداخل مفعوم العقد مع التصرف القانوني والاتفاق، كما يستلزم أن يتجه تلاقي إرادتين إلى إحداث أثر قانوني، وهذا الأثر القانوني هو الذي يعطي للإرادة معناها الحقيقي، وفي إطار الأثر القانوني أصبح للعقد مفهوم جديد أكثر اتساعاً بحيث يتضمن التصرفات غير المنشئة للالتزام، ومن هنا تطرح الإشكالية حول ما تضمنته المادة 1101 من العناصر المكونة لمفهوم العقد، سواء بما احتفظت به المادة أوما تغير فيها كما جاء به التعديل، فما مفهوم العقد وفق هذه العناصر؟

ولحل هذه الإشكالية نتناول بالدراسة ما جاء به نص المادة 1101 من تعديل لمفهوم العقد بناء على ما تضمنه من العناصر التي تحدد مفهوم العقد.

وبالقراءة الأولية لنص المادة 1101 فإن تعريف العقد يتحلل إلى عنصرين أساسيين أولهما أن العقد يرتكز على الإرادة فهو عمل إرادي (أولاً) وثانياًما أنه يهدف إلى ترتيب أثر قانوني (ثانياً). وسندرس على التوالي هذين العنصرين.

أولاً: العقد عمل إرادي:تعرف المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر «Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes»، وقد كان النص يعرف العقد بأنه اتفاق «est une convention»، فرغم تغير طبيعة العقد من اتفاق إلى توافق إرادتين إلا أن التعريفين يشتركان في المصدر الإرادي للعقد، وبالتالي فإن كلا التعريفين يدرج العقد ضمن التصرفات القانونية، غير أن التعديل وهو يؤكد الطابع الإرادي للعقد جاء عاماً فضم العقد ضمن طائفة التصرفات القانونية ولم يخص العقد ضمن الاتفاques، إذن فالعقد في النص قبل التعديل وبعده يدرج ضمن التصرف القانوني (أ)، كما يعتبر العقد اتفاقاً (ب).

أ. العقد تصرف قانوني:يندرج العقد ضمن التصرفات القانونية، فالتصرف القانوني عمل إرادي يهدف إلى إحداث أثر قانوني قد يكون أحادياً أو متعدد الأطراف وتحت هذا النوع يندرج العقد، ومع ذلك فإن الأحكام التعاقدية تحكم التصرف القانوني.

1. العقد نوع من التصرف القانوني:التصرفات القانونية¹ هي تعبير عن الإرادة لإحداث أثر قانوني، ويمكن أن تكون أحادية أو متعددة وهذه الأخيرة هي الاتفاق والعقد، فحينما يكون التصرف القانوني متعدد الأطراف فإن الأمر يتعلق بالاتفاق والعقد.

¹ ومصطلح التصرف باللغة الفرنسية ليس دقيقاً فهو يمثل التصرف ذاته وشكله، فمصطلح *acte* يعني التعبير عن الإرادة *negotium* والشكل الذي يفرغ فيه أي المحرر *instrumentum*.

ومصطلح *acte* هو تقنية قانونية غير دقيقة، ومن الأمثلة الواضحة على عدم الدقة ما تضمنته المادة 778 من القانون المدني الفرنسي التي أوردت مصطلح *acte* بمعنى ثم أوردته بمعنى المناقض، وتنص المادة 778 من القانون المدني:

Art. 778 Cciv. : «L'acceptation (d'une succession) peut être expresse ou tacite : elle est expresse, quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé; elle est tacite, quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier.»

فالمادة تنص على أن قبول التركة يكون صريحاً أو ضمنياً فيكون صريحاً بمحرر (*acte*) ويكون ضمنياً بالتصرف (*acte*)، فهذا النص يجمع بين النقيضين باستعماله مصطلحاً واحداً وهو (*acte*) في نص واحد للدلالة على معنيين مختلفين.

(GERKENS (Jean-François Mailto), De l'ambiguïté du concept d'acte juridique dans notre droit. Le langage juridique doit-il être accessible aux non-juristes? Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, 2006/1-2, p : 136.)

والعقد هو تصرف من شأنه إنشاء حق وإنشاء التزام، وحسب المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل فإن العقد هو اتفاق بموجبه يتلزم شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة آخرين لمن، للقيام بعمل، أو للامتناع عن عمل¹.

ويشكل التصرف القانوني أحد مصادر الحق بالإضافة إلى العمل القانوني²، والتصرف القانوني هو عمل إرادى ينشأ بطريقة خاصة ضمن الشروط التي يحددها القانون من أجل إحداث أثر قانوني يقصده صاحبه. فالتصرف القانوني هو «كل الواقع القانونية الإرادية المطابقة لإرادة منشئها والمترتبة لأثر قانوني»³، وبالتالي فهو يرتبط بالإرادة، فالفرق بين المصدرتين تكون بالدور الذي تلعبه الإرادة في إنشاء هذا الحق أي التصرف القانوني أو غياب هذه الإرادة وبالتالي تكون أمام عمل قانوني، فالصرف القانوني هو مظهر للإرادة يتوجه إلى إحداث أثر قانوني⁴، فالإرادة هي قوام التصرف القانوني وكل أثر ينتجه التصرف القانوني إنما يترتب لأن الإرادة اتجهت إلى إحداثه⁵، فتعد الإرادة معياراً كافياً للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية⁶.

ويمكن التصرف الإرادى نميز بين التصرف الإرادى الأحادي acte juridique unilatéral والصرف القانوني الجماعي collectif والاتفاق⁷ convention، فيكون التصرف القانوني بإرادة منفردة أو بتعدد الإرادة، فيتنوع التصرف القانوني من حيث توكونه إلى تصرف من جانب واحد وتصرف صادر من جانبيين، والصرف الصادر من جانب واحد هو تصرف يتم بإرادة منفردة يكفي لقيامه وجود إرادة واحدة⁸، والصرف الصادر من جانبيين يقتضي وجود إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني وهو العقد أو الاتفاق⁹.

¹ ويتفق التشريع الجزائري مع هذا التعريف إذ تنص المادة 54 من القانون المدني الصادر بالأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، والمعدلة بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على أن «العقد اتفاق يتلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة آخرين لمن، أو فعل أو عدم فعل شيء ما».

² والعمل القانوني هو كل الأحداث في الحياة الاجتماعية التي تؤدي إلى نتائج قانونية أي تؤدي إلى إنشاء أو تحويل أو إنهاء الحقوق. «Tous les événements de la vie sociale emportant des conséquences juridiques, c'est-à-dire influant sur la création, la transmission, ou l'extinction des droits » TERRE (F), Introduction générale au droit. éd. Dalloz, 2006, n°207.

ويرى بعض الفقه أن للالتزام مصدرين هما العقد والقانون. «Toutes les obligations dérivent de deux sources seulement : le contrat et la loi.» (PLANIOL (Marcel), Traité élémentaire de droit civil, tome 2 Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les priviléges et les hypothèques ;LGDJ, 9^{ème}1923., p : 260. في حين يرى الفقه المصري بأن مصدراً للالتزام هي التصرف القانوني والواقعة القانونية والقانون (السهيوري (عبد الرزاق أحمد) ، نظرية العقد الجزء الثاني، منشورات الحلي الحقوقي، ط 2 بيروت لبنان 1998. ص: 53 وما بعدها

وهو ما كان يعتمد القانون المصري القديم إذ نص في المادة 147/93 على أن «التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن القانون». وقد تبنت المادة 1100 من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل هذا التقسيم فحددت مصدراً للالتزام بالصرف القانوني والواقعة القانونية والقانون.

Art. 1100 : «Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. «Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui».

³ «Les actes juridiques sont donc tous les faits juridiques volontaires conforme à la volonté de leur auteur qui produisent un effet de droit.» DEMOGUE (R), Traité des obligations en général, sources des obligations, t. II, Rousseau, Paris 1923., p : 25.

⁴ ROUJOU DE BOUBEE (G), Essai sur l'acte juridique collectif, L.G.D.J., Paris 1961., p : 10.

⁵ الصدھ (عبد المنعم فرج) ، أصول القانون ، دار النھضة العربیة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان..، ص: 542.

⁶ وإذا كان للإرادة دور في بعض الواقع فإنما يقتصر على إثبات العمل المادي دون الأثر القانوني المترتب عليه، لأن القانون هو الذي يرتب هذا الأثر بصرف النظر عن اتجاه الإرادة إلى ذلك. (محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.، ص: 412).

⁷ والفرق بين الاتفاق والصرف بإرادة منفردة هو تعدد الأشخاص في الاتفاق كالوصية أما الاتفاق والصرف الجماعي يكون متعدد الإرادة بموضوع واحد لهدف واحد أما الاتفاق فيكون بتعذر الأطراف مع اختلاف المصالح.

⁸ ومن أمثلة التصرف بإرادة منفردة الوصية فهي تتم بإرادة الموصي والوقف إذ يتم بإرادة الواقع، والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور الذي يتم بمجرد إعلان الوعاد إرادته للجمهور، وإجازة العقد القابل للإبطال الذي يتم بإرادة من تقرر الإبطال لمصلحته، وإقرار المالك في بيع ملك الغير، وإقرار رب العمل تصرف الفضولي، وتزول المنتفع عن حقه في الانتفاع

⁹ ومن أمثلة التصرف من جانبيين البيع والإيجار (العقود الواردة في الباب السابع إلى الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري).

2. الأحكام التعاقدية تسرى على التصرف القانوني:

وضع الفقه نظرية عامة للتصرف القانوني تبين الشروط اللازم توافرها في الإرادة لكي تحدث أثراها القانوني، وقد وضعت بعض التشريعات ومنها القانون الألماني أحکاما خاصة بالتصرف القانوني ضمن نظرية الالتزام¹، ويعبّر على هذا التنظيم أنه حصر التصرف القانوني في نظرية الالتزام مع أنه ليس منشأ للالتزام فحسب وإنما تتعدد أدواره في الالتزام، كما أنه ينشئ حقوقاً عينية. وقد سار المشرع الفرنسي في تعديل القانون المدني في هذا النهج، فوضع التصرف القانوني ضمن مصادر الالتزام وأخضع أحکاماً للعقد وذلك بخلاف المشروع التمهيدي لتعديل القانون المدني الذي كان خالياً من هذه الأحكام، فقد جاء الباب الثالث في تعديل القانون المدني الفرنسي والمخصص لمصادر الالتزام بأحكام جديدة بالمقارنة مع المشروع التمهيدي، إذ خصص الأمر 131-2016 في العنوان التمهيدي المادة 1100 لتحديد مصادر الالتزام المختلفة فنصت المادة 1100 في فقرتها الأولى على أن مصادر الالتزام تحصر في التصرفات القانونية والواقع القانونية والقانون². وجاءت المادتان 1-1101 و 2-1100 لتعريف التصرف القانوني والواقعة القانونية على التوالي، فجاءت أحکام التصرف القانوني مقتضية تفتقر إلى نظرية عامة للتصرف القانوني، وغياب هذه النصوص من المشروع التمهيدي من جهة، وعدم صياغة نظرية عامة للتصرف القانوني من جهة أخرى يوجّي أن هذه المواد صيغت بشكل استعجالي³.

وقد أجمل التعديل أحکام التصرف القانوني في الفقرة الثانية من المادة 1-1101 بإخضاعه لأحكام العقد بعدما ميزت الفقرة الأولى بينهما، فقد عرفت المادة 1-1100 من القانون المدني الفرنسي التصرف القانوني بأنه تعبير عن الإرادة لإحداث أثر قانوني قد يكون اتفاقياً أو أحادي⁴، فالمعيار الذي يميز التصرف القانوني عن العقد هو تعدد أطراف العقد في حين أن التصرف قد يكون متعدداً أو أحدياً. فأخضع القانون المدني الفرنسي التصرف القانوني بنوعيه لقواعد التي تحكم العقد، فلم يبسط القانون المدني الفرنسي القواعد الأساسية للتصرف القانوني، على عكس بعض التشريعات مثل القانون المدني الألماني Bürgerliches Gesetzbuch في القسم الثالث بعنوان التصرفات القانونية Rechtsgeschäfte ، إذ يعرض الأحكام العامة للصرف القانوني⁵، وهذا القسم الثالث (الصرفات القانونية) يتضمن الفصل الثالث المعنون Vertag المخصص للعقود.

وما كانت الإرادة قوام التصرف القانوني أي أنها ركنه وجوهره، فإن هذا التصرف لا ينعقد إلا بوجودها ولا يكون صحيحاً إلا إذا كانت سليمة، فشروط انعقاد التصرف هي الشروط الواجب توافرها حتى تعتبر الإرادة موجودة، وشروط صحة التصرف هي الشروط الازمة لكي تكون الإرادة سليمة، فإذا تخلف أحد شروط انعقاد التصرف القانوني كان باطلًا بطلاً مطلقاً وإذا تخلف أحد شروط صحة هذا التصرف كان قابلاً للإبطال⁶. وأركان التصرف هي الإرادة والمحل⁷ والسبب

¹ عبد المنعم فرج الصدفه ، المرجع السابق، ص: 549

² Art. 1100 al.1 : «Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.»

³ MEKKI (Mustapha), L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire. Réforme du droit des obligations, Dalloz 2016. p : 3.

⁴ Art. 1100-1.- «Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.

« Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats».

⁵ فالمادة 125 BGB تنص على أن كل تصرف قانوني تختلف فيه الأشكال القانونية باطل... والمادة 2/138 كل تصرف قانوني يمارس فيه أحد الأطراف الإكراه... باطل، والمادة 1/138 كل تصرف قانوني مخالف للأدب يعد باطل...»

⁶ عبد المنعم فرج الصدفه، المرجع السابق، ص: 554 .

⁷ الأصل أن للصرف القانوني وضمنه العقد ركين هما التراضي والسبب أما محل فهو ركن في الالتزام لا العقد إلا أن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام التعاقدى ذلك أن محل الالتزام غير التعاقدى يحدده القانون، أما محل الالتزام التعاقدى فيعينه المتعاقدان لذلك فإن محل يذكر عادة مع العقد. (السنهوري (عبد الرزاق أحمد)، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ص: 170)

والشكلية التي قد يفرضها القانون في بعض التصرفات، والمقصود بالإرادة هي الإرادة التي تتجه للإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام فالتصرف أو العمل القانوني هو عمل الإرادة¹، فلا ينعقد التصرف إلا إذا كانت الإرادة موجودة فتشترط الأهلية فيما يصدر عنه التصرف²، فالقواعد المنظمة للإرادة في العقد هي التي تنظم التصرف عموما، فشروط انعقاد التصرف القانوني وشروط صحته هي شروط العقد مع أن العقد نوع من التصرفات. فالصرف بنوعيه الثنائي ويقصد به العقد والتصرف الصادر من جانب واحد أي بإرادة منفردة يخضع لأحكام العقد. فلماذا يرجع إلى أحكام العقد في تنظيم التصرف بإرادة منفردة مع أنهما متقابلان؟

إن أحكام العقد هي في الأصل أحكام التصرف بصفة عامة، ومن المفروض أن يكون للصرف نظامه ويرجع في تنظيم العقد إلى أحكام التصرف وليس العكس، كما أن من المفروض أن يرجع في تنظيم التصرف بإرادة منفردة إلى أحكام التصرف لا إلى أحكام العقد.

ب. العقد والاتفاق: عرفت المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله العقد بأنه اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أو عدة أشخاص في مواجهة شخص أو عدة أشخاص بمنح أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وحسب نفس المادة بعد التعديل فإن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر لإنشاء، تعديل، نقل أو إنهاء التزامات، ويظهر من التعريف الأول أن هناك تداخلاً بين مفهوم العقد ومفهوم الاتفاق، في حين تخلى النص بعد التعديل عن وصف العقد بالاتفاق مما يدفع إلى التساؤل حول ما إذا كان هناك فرق بين العقد والاتفاق؟

تحدد الإجابة بحسب التعريف المعتمد للعقد، فإذا عرف العقد بأنه توافق إرادتين فلا يكون للتمييز بين العقد والاتفاق أية أهمية، أما إذا عرف العقد بأنه اتفاق فإنه للتمييز معنى.

1. محاولة للتفرقة بين العقد والاتفاق: كان القانون المدني الفرنسي يضع مقابلة بين الالتزامات الاتفاقيّة وغير الاتفاقيّة في الكتاب الثالث، وذلك بعبارة «Des contrats ou des obligations conventionnelles en général» في الباب الثالث منه و«Des engagements qui se forment sans convention» في الباب الرابع منه، وضمن هذه المقابلة بين الاصطلاحين اقترب العقد بالاتفاق مما يدفع إلى القول بتماثلها فهل الاتفاق والعقد متزدران أم أن العقد نوع من الاتفاقيّة؟ يميز البعض العقد عن الاتفاقيّة بأن هذا الأخير هو توافق إرادتين أو أكثر لهدف قانوني أما العقد فهو منشئ للالتزام³، فيرى أن الاتفاقيّة أعم من العقد، فالاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو إنهائه، أما العقد فهو توافق إرادتين على إنشاء الالتزام، فالغاية من العقد لا تتعدي إنشاء الالتزام⁴، وبذلك يشكل العقد نوعا من الاتفاقيّة ويشكل الاتفاقيّة نوعا من

¹ عبد الرزاق أحمد السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نفس المرجع، ص: 172.

² عبد المنعم فرج الصد، المرجع السابق، ص: 442.

³ «une convention est un accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt judicatoire. Un contrat est la convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'engagent, envers une ou plusieurs autres, à une prestation quelconque, c'est-à-dire, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose» (AUBRY (C.) et RAU (C.), Cours de droit civil français, t 3, 3^{ème} ed., Paris 1856., p : 202.

وأصل هذا التمييز يرجع إلى الفقيه Pothier ،

فالاتفاق حسبه:

«le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement ou pour en résoudre un précédent ou le modifier»

أما العقد:

«l'espèce de convention qui a pour objet de former un engagement».

Œuvres de Pothier par Siffrein, Traité des obligations, n° 3.

⁴ CARBONNIER (J), Droit civil, t. IV, les obligations, P. U. F., Paris, 1996., p. 47.

ومثال الاتفاقيّة على إنشاء الالتزام عقد البيع إذ ينشئ التزامات متقابلة في جانب البائع والمشتري، ومثال الاتفاقيّة على نقل الالتزام حالتها الحق وحالة الدين، ومثال الاتفاقيّة على تعديل الالتزام إضافة شرط له، ومثال الاتفاقيّة على إنهاء الالتزام الوفاء. (عبد الرزاق السنوري، الوسيط ج 1، المرجع السابق، ص: 149).

توافق الإرادات¹، فكل عقد هو اتفاق بينما ليس كل اتفاق عقدا، ذلك أن من الاتفاقيات ما لا ينشئ التزامات بل ينقلها أو أو يعدلها أو ينبع منها. ويرى جمهور الفقهاء بعدم التفرقة بين العقد والاتفاق وأن هذه التفرقة غير ذات أهمية، بل ويستعملون اللفظين لنفس الدلالة²، فيرى هذا الفقه بأن العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، وهذا الأثر قد يكون إنشاء التزام أو تعديله أو نقله أو إنهاء³.

وقد سار القانون المدني الفرنسي قبل التعديل في الاتجاه الذي يميز بين العقد والاتفاق، فاعتبر الاتفاق توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني مهما كانت طبيعة هذا الأثر (منشأ، منهيا، ناقلا، معدلا) أو طبيعة الحق (عنيها أو شخصيا)، في حين اعتبر العقد اتفاقاً منشأ للالتزام، فالعقد له مفهوم أصيق من الاتفاق، فالعقد إذن نوع (genre) من جنس (espèce) وهو الاتفاق، فعقد البيع مثلاً هو اتفاق ينشئ التزامات على عاتق طرفيه، في حين أن حالة الحق لم تكن تعتبر عقداً بل اتفاقاً ذلك أن حالة الحق هي اتفاق ناقل للالتزام وليس منشأ له⁴، كذلك الإبراء لم يكن يعتبر عقداً لأنه لا ينشئ التزاماً بل كان اتفاقاً منهياً للالتزام.

ومع أن القانون المدني ميز بين الاتفاق والعقد الذي اعتبره اتفاقاً منشأ فقط، فإنه لم يستغن عن المصطلجين واستعملهما معاً، فالباب الثالث من الكتاب الثالث المعنون «العقود أو الالتزامات الاتفاقيية بوجه عام» *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* الثاني من الباب الثالث بعنوان الشروط الأساسية لصحة الاتفاقيات *Des conditions essentielles pour la validité des conventions* ، لكن في الفرع الثالث (section III) جاء بعنوان «محل العقد» *De l'objet et de la matière des conventions* ، وفي الفرع الأول من نفس الباب الثالث بعنوان التراضي «Du consentement» جاءت المادة 1110 من القانون المدني في إبطال "الاتفاق" للغلط، وفي المادة 1113 في إبطال "العقد" للإكراه، مع الملاحظة أن الباب الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدني وبلا شك هو مجال النظرية العامة للعقد، وبالتالي يرى الفقه بأن القواعد العامة للعقد هي نفسها الخاصة بالاتفاق⁵.

وإذا كان العقد نوعاً من الاتفاق وهو الاتفاق المنشأ للالتزام، فماذا تسمى الاتفاقيات التي تقابل العقد غير المنشأ للالتزام وإنما تنقله أو تعديله أو تنهيه؟

يبدو أن المشرع الفرنسي لم يضع تسمية للاحلافات التي تقابل العقد لا لأهمية العقد على الاتفاقيات غير المنشأ للالتزام ولكن لأن التفرقة بين الاتفاق والعقد لا تبدو واضحة، ذلك أن الاتفاق بأنواعه يخضع لأحكام العقد، إذن فما الفائدة من التمييز بين الاتفاق والعقد؟

2. تداخل مفهوم العقد مع الاتفاق:

¹ «le contrat est une espèce particulière de convention, les conventions appartenant elles-mêmes au genre plus vaste des accords de volontés». MARTY (G.) et REYNAUD (P.), *Traité de droit civil t1, Les obligations*, éd. Sirey, 1988., n° 23.

² «la distinction du contrat et de la convention n'a plus guère d'intérêt» TERRE (F.), P. SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations* n°49.

³ السنوري (أحمد عبد الرزاق)، *نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبى الحقوقية*، بيروت – لبنان 1998.، ص: 81.
وقد اتجهت بعض التشريعات إلى عدم الأخذ بهذه التفرقة كالقانون المصري حيث عرف العقد في المشروع التمهيدي بأنه «اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلهما أو إنهائهما». ثم حذف هذا التعريف لعدم الإكثار من التعريفات، *مجموعة الأعمال التحضيرية 2*، ص: 10، 11.

⁴ كذلك شأن بالنسبة لحالة الدين في القانون المدني الجزائري إذ اعتبر حالة الدين اتفاقاً بصريح نص المادة 251 إذ تنص على أنه «تم حالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين».

⁵ GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, la formation du contrat*, L.G.D.J., n° 5.

جاءت المادة 1101 في تعديلها لتعرف العقد بأنه تطابق إرادتين أو أكثر بغرض إنشاء تعديل نقل أو إنهاء التزامات¹، وبمقتضى هذا التعريف فإن حالة الحق² والإبراء³ يعتبران ضمن مفهوم العقد، بعد أن كانا اتفاقا لا عقدا، فالآخر المنشئ للالتزام الناتج عن الإرادة كان العامل المميز للعقد وهو المعيار الأساسي لتكثيف الاتفاق بأنه عقد وشرط تطبيق النظام التعاوني.

وقد جاء الأمر 131-2016 بتعديل جذري لهذه الأسس، فتممحو كلمة الاتفاق من النصوص القانونية ومن العناوين، وهذا المحونجده ابتداءً من الباب الثالث من الكتاب الثالث والذي كان يسمى "الالتزام الاتفاقي بوجه عام" l'obligation «une convention en général» وبالخصوص في المادة 1101 من التعديل حيث استبدلت لفظ اتفاق «une convention» ليصبح تطابق إرادتين أو أكثر لإنشاء، تعديل، نقل أو إنهاء التزامات، فالعقد له أثر ناقل ومعدل ومنه، فاتحد مصطلح العقد والاتفاق بمصطلح واحد وهو العقد، فلم يعد يطلق على العقد "الاتفاق" وإنما "تطابق إرادتين.....".

إذا كان يستنتج من التعريف الذي جاء به التعديل أنه لم يعد هناك مجال للتفرقة بين العقد والاتفاق فأصبح العقد هو الاتفاق فإن هذه التفرقة لا يبدو أنها زالت تماما، فقد جاء في التقرير المقدم إلى رئاسة الجمهورية الفرنسية وبالخصوص في التعليق على المفهوم الجديد للعقد المدرج في المادة 1101 بأن التعديل ركز على طبيعة العقد بأنه تطابق إرادتين وعلى آثاره التي تتركز في إنشاء تعديل نقل إنهاء التزامات على عكس الاتفاق الذي يتسع دوره إلى كل تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني⁴، فحسب هذا التقرير فإن العقد يعتبر اتفاقا منشأ معدلا ناقلا أو منهيا للالتزام، وفي المقابل هناك اتفاقيات لا تؤدي هذه الأدوار أي أنها لا تنشئ ولا تعدل ولا تنقل ولا تنهي التزامات، وبالتالي لا تسعى عقودا، إذن ما هو موضوع هذه الاتفاقيات التي لا تدرج ضمن العقد وقد اتسع مفهومه ليشمل كل ما يحدّثه الاتفاق من آثار قانونية؟.

ثانيا: إحداث آثار قانوني: ينتج العقد آثارا قانونية، فالعقد كالقانون يرتب التزامات وحقوقها على عاتق الأفراد، ومضمون هذه الآثار القانونية حسب القانون المدني هو إنشاء التزامات.

أ. العقد والالتزام: يُعد الالتزام أثرا للعقد من جهة باعتبار أن العقد مصدر من مصادر الالتزام، ومن جهة أخرى فإن قوة العقد تستمد من الالتزام فهي أثر له، فالعقد له مضمون ملزم contenu obligatoire، والعقد مضمونه التزام norme (source d'obligations) وبقانون contenu obligationnel (juridique).

¹ ونص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي معدلا مستوحى من نص المادة الأولى من مشروع القانون الأوروبي للعقود الذي ينص في فقرته الأولى: Article 1 : « 1. Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie. » Code européen des contrats. Avant-projet (GAZETTE DU PALAIS VENDREDI 21, SAMEDI 22 FEVRIER 2003)

، ومن مبادئ PDEC (Principes du droit européen du contrat) Lando () كما استوحى التعديل نصوصه من مبادئ القانون الأوروبي للعقد وهي لجنة Gandolfi. Principe Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (PU) () القانون الدولي الموحد.

² Art. 1321 : «La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire. Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables. Elle s'étend aux accessoires de la créance. Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée inaccessible.»

³ Art. 1350 : «La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation.»

⁴ «l'ordonnance recentre la définition sur la nature du contrat en qualité d'accord de volontés, et sur ses effets résidant en la création mais également la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations (contrairement à la convention, notion plus large incluant tout accord de volontés destiné simplement à produire des effets de droit) » [Rapport remis au Président de la République.]

1. العقد مصدر من مصادر الالتزام: لم يعرف المشرع الفرنسي الالتزام إلا في معرض تعريفه للعقد فأدّمك كلا من الالتزام والعقد في تعريف واحد وذلك في المادة 1101¹ ، إذ نصت على أن العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه...، وقد انتقد الفقه منبه المشرع الفرنسي من حيث أنه دمج تعريف العقد بتعريف الالتزام، والعقد مصدر للالتزام، وليس من المنطق أن يجمع تعريف واحد بين الشيء ومصدره، ومع ذلك يمكن القول أن آثار العقد تتدخل مع آثار الالتزام، إذ يرى البعض أن الالتزام الناشئ عن العقد يشكل قانونا خاصا بالتعاقدين² ، والمادة 1103 من القانون المدني الفرنسي (المادة 1134 قبل التعديل) تنص على أن العقد كالقانون، ومنه فإن عدم تنفيذ الالتزام يعني عدم تنفيذ العقد، فأثر الالتزام هو أثر العقد فهناك تداخل بين العقد وهو المصدر والالتزام وهو الآخر.

والالتزام³ كما يعرفه الفقه هو حالة قانونية أو رابطة بين شخصين يكون فيها شخص أو أكثر ملزما أن يعطي غيره شيئاً أو أن يقوم له بعمل أو أن يمتنع من أجله عن عمل⁴ ، والالتزامات أو الحقوق الشخصية بخلاف الحقوق العينية لا يمكن حصرها بذواتها وإنما تحصر بمصادرها وبعد العقد أهم هذه المصادر.

ويعتبر العقد مصدرا من مصادر الالتزام⁵ ، وتنص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل على أن العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص في مواجهة شخص أو عدة أشخاص بإعطاء بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، إذن فالعقد يعرف بأنه مصدر من مصادر الالتزام أي عرف باثاره.

ويقوم الالتزام على ثلاثة أركان هي: الرابطة القانونية ، المحل، والسبب:

والرابطة التي يقوم عليها الالتزام هي رابطة قانونية محل جزاء بحيث يستطيع الدائن أن يجبر مدينه على تنفيذ أداء معين وهذا الأداء هو التزام بإعطاء، التزام بقيام بعمل، التزام بالامتناع عن عمل، وهذا ما نصت عليه المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي.

ومحل الالتزام هو ما يلزم المدين بأدائه للدائن، وهو إما أن يكون إعطاء شيء(بنقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني إلى الدائن)، أو أداء عمل أو امتناعا عن عمل¹ ، وقد كان تقسيم الالتزام بحسب محله أي بمنع بالقيام بعمل بالامتناع عن عمل محل انتقاد من الفقه، فجاء التعديل ليحذف كل تقسيم للالتزام،

¹ وقد عرف القانون المدني المصري القديم الالتزام مستقلا عن مصدره في المادة 144/90 فنصت على أن «التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بالالتزام المتهد بعمل شيء أو بامتناعه عنه»، وقد انتقد هذا التعريف من حيث استعمال لفظ التعهد الذي يوحي بأن الالتزام يرتبط بالإرادة في حين أن مصدر الالتزام لا يقتصر على الإرادة.

وقد تضمن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد في المادة 121 تعريفا للالتزام بأنه «حالة قانونية بمقتضاهما يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل» ثم استغنى عن التعريف باعتبار التعريف لا تدخل في العمل التشريعي.

² «L'obligation, ou la série d'obligations qui naît du contrat va constituer comme une loi particulière régissant le petit groupe des contractants » J. Carbonnier, op. cit., n° 113.

³ المعنى العام للالتزام هو ارتباط أخلاقي لشخص للدين أو الأخلاق أو المجتمع، أما الالتزام المدني فهو مصطلح خاص قانوني وهو الذي يقوم بالمال. «l'obligation est un droit qui peut être évalué en argent, un droit dit patrimonial» MAZEAUD (H. L. J.), Leçons de droit civil, t2 obligations, par M. JUGLAR, éd. Montchrestien, 1971., n° 10.

«L'obligation est une créance créance (...), l'obligation est une dette » G. MARTY; P. REYNAUD, op. cit., n° 1.

⁴ مرقس (سليمان) ، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية شتات مصر – المنشورات الحقوقية صادر بيروت لبنان، 1998. ص: 12.

وقد عرف القانون المدني المصري القديم الالتزام مستقلا عن مصدره في المادة 144/90 «التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بالالتزام المتهد بعمل شيء أو بامتناعه عنه»

⁵ ويعتبر العقد أحد مصادر الالتزام حسب بعض الفقهاء الذين يرون أن مصادر الالتزام تتحضر في اثنين: العقد والقانون، وإذا كان القانون هو الذي يحدد الالتزامات القانونية فإن إرادة الأطراف في العقد تكون هي القوة المنشئة للالتزام وهي التي تحدد مجاله.

M. PLANIOL., op. cit., p : 260.

وبسبب الالتزام هو الغرض القانوني الذي من أجله ألزم المدين نفسه. ويتبين أن المحل والسبب هما ركنان عامان في الالتزام لا في العقد، ولا يقتصران على الالتزامات التعاقدية، إلا أن البحث في مسألة المحل والسبب يرتبط بالعقد²، ومع أنهما يرتبطان بالالتزام عاماً مهما كان مصدره إلا أن القانون المدني الفرنسي أوردهما ووبين شروطهما ضمن العقد³، فخلط بين الالتزام ومصدره وجعل من العقد وهو أحد مصادر الالتزام وليس المصدر الوحيد يحكم الالتزام، وكان من الأجدار أن ينظم الالتزام مستقلاً عن مصدره.

وكما يعتبر العقد مصدراً للالتزام أو الحق الشخصي فإنه يعتبر كذلك مصدراً للحق العيني (المادة 711 من القانون المدني الفرنسي)⁴، لكن المشرع الفرنسي ربط بين العقد والالتزام وهو أحد أثري العقد في حين تناول الحق العيني كأثر للعقد ضمن طرق اكتساب الملكية، والمادة 1101 إذ لم تتناول الحق العيني كأثر للعقد فهذا قصور في التعريف كان من الواجب تداركه، وربما يرجع هذا النقص إلى أن المشرع الفرنسي تناول العقد بوصفه مصدراً للالتزام ضمن العنوان الخاص بالالتزام، فركز على دور العقد الإنسائي للالتزام، ثم تطرق إلى العقد كمصدر للحق العيني في بابه أي ضمن طرق اكتساب الملكية؛ لكن إذا كان من اللازم تعريف العقد فهل من الضروري أن يرد هذا التعريف ضمن الحق الشخصي دون الحق العيني.

2. القوة الملزمة للعقد (العقد والقانون): للعقود قوة ملزمة بالنسبة للمتعاقدين، ويضمن تنفيذها القوة العمومية، وبذلك تختلف عن اتفاقات المجاملات التي تتضمن أي جزء قانوني.

ويعد العقد بمثابة قانون يربط بين طرف العقد دون أن يلزم غيرهما، ويرجع ذلك إلى مبدأ نسبية أثر العقد، إذ أن الإرادة لا تلزم إلا صاحبها، فالالتزام يتضمن قياداً على حرية الشخص ولا يقع هذا القيد على عاتق الشخص إلا إذا رضي به⁵. وقد جعلت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي العقد ملزماً لطرفيه، فنصت على أن الاتفاقيات التي تمت وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها⁶، وقد عبرت عنها القوانين العربية بعبارة "العقد شريعة المتعاقدين" كما في المادة 1/147 من القانون المدني المصري والمادة 106 من القانون المدني الجزائري، فمتي نشأ العقد صحيحاً طبقاً للقانون التزم طرافاه بما يوجبه هذا العقد كما لو كان ناشئاً عن قاعدة قانونية، ويكون ذلك حتى لو تضمن العقد ما يخالف نصوصاً تشريعية طالما أن هذه النصوص لا تتعلق بالنظام العام والأداب⁷، وليس لأحد المتعاقدين أن يتخلص من التزاماته التعاقدية ولا أن يغيرها بإرادته المنفردة، إذ يجب أن تتوافق إرادة الطرفين من جديد لتعديل العقد أو إثنائه، ولا يستثنى

¹ سليمان مرقس، نفس المرجع، ص: 27.² السنوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المراجع السابق، ص: 147.³ ورد المحل والسبب في نص المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، أما بعد التعديل فورداً في نص المادة 1128 تحت مسمى مضمون العقد

«Le contenu du contrat»

Art 1108 : «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation.»

Art. 1128 : «Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1o Le consentement des parties ; 2o Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain. »

⁴ Art. 711 : «LA propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.»

⁵ H. J. L. MAZEAUD, op. cit., p: 47.

⁶ Art. 1134 : «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites»

⁷ توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام دراسة مقارنة، منشورات الحلي الحقوقية، 2008.. ص: 291

من وجوب تنفيذ العقد إلا ما يخص البطلان أو الفسخ، كما يجب على القاضي أن يحترم إرادة المتعاقدين وأن يتلزم بتطبيق ما تضمنه العقد، فيكون دور القاضي سلبياً إذ ليس له أن يعدل عقداً أنشأه طرفاه مباشرة. وبالتالي فإن العقد وهو يلزم طفيفه يعتبر بهذا المفهوم بمثابة القاعدة القانونية norme، وإذا يعتبر مصدراً للالتزام فإنه يعتبر كذلك مصدراً للقانون، فطرف العقد وهما يبرمانه يساهمان في إنشاء قواعد قانونية خاصة يقتصر حكمها على العلاقة بينهما¹، ويرى بعض الفقه بتدخل المفهومين وتطابق المصطلحين، فالعقد مثل القانون مصدر للالتزام.

ويظهر إلزام العقد بالأخص في إلزام تنفيذه وبذلك نصت المادة 1134/1 بأن الاتفاقيات التي تمت قانوناً ملزمة لأصحابها، وجاءت المادة 1103 في التعديل² مطابقة لنص المادة 1134 قبل التعديل في فقرتها الأولى فيما عدا تغيير لفظ اتفاق إلى لفظ عقد، وقد نصت المادة 1194 على إلزامية العقد بكل ما ورد فيه وما يعتبر من مستلزماته وفقاً للعدالة والعرف والقانون³، فالقولة الملزمة للعقد تعني إلزام طفيفه بتنفيذ ما اتفقا عليه وما يعتبر من مستلزماته، والاتفاق لا يعني الإرادة بالإطلاق ولكن تلك التي تستقيم مع القانون وإلا كان الاتفاق باطلاً، فالعقد وهو توافق إرادتين لا ينتج أثراً قانونياً إلا إذا كان في إطار القانون، مما يدفع إلى القول بأن العقد وهو ينبع أثره القانوني فلا يرجع ذلك إلى اتفاق طفيفه، وإنما إلى قواعد قانونية تنظم هذا الاتفاق، وأن العقد لا يجب أن يخرج عن القواعد المسطرة مسبقاً لتنظيم توافق الإرادتين، فإذاً إلزام العقد مرجعه سلطان إرادة الطرفين في حدود ما يسمح به القانون، حيث يفرض القانون شروطاً لإبرام العقد لا يخرج عنها اتفاق الطرفين تضمنها المادة 1128 من القانون المدني⁴.

وقد كان للعقد قبل التعديل قوة ملزمة لا يمكن معها أن يعدل العقد إلا باتفاق طفيفه (المادة 1134/2 من القانون المدني قبل التعديل⁵)، فلا يمكن للقاضي أن يتدخل في تعديل العقد ولو كان ذلك من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين، فلم يكن للظروف الطارئة عند تنفيذ العقد أي أثر في إلزاميته، وقد تردد القضاء الفرنسي في الأخذ بالظروف الطارئة كسبب لتدخل القاضي في إعادة التوازن العقدي وهو ما تقتضيه العدالة، أو احترام إرادة أطراف العقد وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة. فبعدما أقر مجلس الدولة نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للعقود الإدارية⁶، كانت محكمة النقض متذبذبة في الأخذ بها بالنسبة للعقود المدنية، فبعدما رفضت محكمة النقض الفرنسية تعديل العقد للظروف الاستثنائية في القضية الشهيرة Canal de Craponne⁷ سرعان ما تم إقرار هذه النظرية في قرارات محكمة النقض وذلك منذ 1876 ولكن في حدود ضيقـة⁸، الأمر الذي طلما دفع المتعاقدين إلى ابتداع قواعد اتفاقية لتعديل العقد للظروف الطارئة مثل شرط الهدشيب

¹ KELSEN (Hans), Théorie pure du droit, Collection : La pendée juridique, L.G.D.J., 1999., p:299.

أشار إليه: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، ص: 18-19.

² Art. 1103 « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

³ Art. 1194 : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

⁴ Art. 1128 : «Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1o Le consentement des parties ; 2o Leur capacité de contracter ; 3o Un contenu licite et certain.»

⁵ Art. 1134/2 : «Elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorisée.»

⁶ C.E., 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

⁷ إذ قضت بأن:

«dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants». Cass. Civ., 6 mars 1876.

⁸ على سبيل المثال:

Cass. com. 29 juin 2010. n° 09-67.369 : «Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances éconimiques et notamment l'augmentation du cout des matières premières et des métaux depuis 2006et leur incidence sur celui des pièces de recharge, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société

()، فجاءت المادة 1195 في التعديل¹ لتقر صراحة نظرية الظروف الطارئة بعدها كانت تقتصر على الاجتهد القضائي.

بـ. أدوار العقد: يعتبر العقد مصدرا من مصادر الالتزام فوظيفته إنشاء الالتزام، كما يمتد دوره حسب التعديل إلى ترتيب آثار قانونية أخرى.

1. الدور الإنساني للعقد: قد كان القانون المدني يميز بين العقد والاتفاق، هذا الأخير يعني كل تطابق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني مهما كانت طبيعة هذا الأثر (منشئ، منه، ناقل، معدل ومصرح) أو بالحق (العيني أو الشخصي)، وهذا لا يعني بأن العقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا، بل بوصفه اتفاقا فيمكن أن تكون له أدوار خارج الالتزام، فمعيار التفرقة بين العقد والاتفاق هو إنشاء الالتزام والحق وغيره من الآثار القانونية التي يحدّثها الاتفاق، وإذا كان العقد ينشئ الالتزام فإن الاتفاق يحكم الالتزام.

وقد كان من بين المقتراحات المطروحة في تعديل القانون المدني ذلك المقترن الذي يعرف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني² ، والأثر القانوني لا يقتصر على الحقوق الشخصية أو الالتزام بل يمتد إلى الحقوق العينية³ ، فهذا المقترن غير مصطلح الالتزام إلى الحق بمعنى أن التعريف بين أن العقد منشئ لأثر قانوني وهو أوسع من إنشاء الالتزام، لكن المقترن الذي اعتمد أخيرا هو ذلك التعريف الذي يربط بين العقد والالتزام، إذ يعرف العقد بأنه توافق إرادة شخصين أو عدة أشخاص لإنشاء، تعديل، نقل أو إنهاء التزامات، وبين التعريف دور العقد فيما ينشئه من التزامات، ولم يبين ما يرتبط العقد من حقوق عينية، ومن هنا يتبيّن قصور التعريف عن تبيان كل الآثار التي يرتبط بها العقد.

2. توسيع وظيفة العقد: جاءت المادة 1101 المعدلة بتعريف وسعت فيه من دور العقد بأن جعلته يحكم كل الالتزامات التعاقدية، فلم يعد العقد منشئا للالتزام فقط، وإنما معدلا وناقلا ومنهيا، معنى هذا أن مفهوم العقد اتحد مع مفهوم الاتفاق. ومع إمكانية إبرام عقد دون أن يكون الغرض منه إنشاء التزام فإن تعداد محل الالتزام لم يعد ضروريًا إذ أن المادة 1101 قبل التعديل كانت تتضمن في تعريف العقد أقسام الالتزام (بمنح، القيام بعمل، الامتناع عن عمل)، وهي تتعلق بإنشاء الالتزامات فقط، كما كانت تنص المادة 1101 قبل التعديل على تعدد الملتزمين بنصها على أن العقد يلتزم بمقتضاه "شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص" في حين أن المادة بعد التعديل استغفت عن هذا التعدد ولعل ذلك يرجع إلى إقرار العقد بالضم.

وبتوسيع مفهوم العقد ليشمل أيضا توافق الإرادتين غير المنشئ للالتزام فإن هذا التوافق يخضع للنظام القانوني للعقد (الأحكام العقد). ومع أن التعديل وسع في مفهوم العقد ليجعله منشئا للالتزام وغير منشئ له أي نقله وتعديلاته وانقضائه، إلا

Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitant l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale».

¹ Art. 1195 «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.»

² «Art. 1101. – Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit.»

³ بل إن من التشريعات ما وضع صراحة الأثر العيني للعقد وذلك بنص المادة 46 من القانون الأوروبي للعقود.

Article 46 Effets réels (code européen des contrats) : «1 .Sauf convention contraire explicite, le contrat stipulé en vue de transmettre la propriété d'une chose meuble ou pour la constitution ou encore la transmission d'un droit réel sur cette chose produit des effets réels aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers à partir du moment de la livraison de la chose.....»

أن العقد يندرج ضمن عنوان مصادر الالتزام (الباب الثالث «Des sources d'obligation»، مما يدفع إلى التساؤل حول وجود الاتفاques الأخرى غير المنشئة للالتزام ضمن نفس العنوان.

وقد حددت المادة 1101 أدوار العقد فأضافت إلى الدور الإنساني للالتزام أدواراً كان الاتفاق يختص بها قبل التعديل، وهذه الأدوار هي نقل الالتزام وتعديلاته وإنها في.

فبالنسبة للأثر الناقل للعقد لم يتم إقراره إلا في التعديل، فقد كان انتقال الحقوق الشخصية يعتبر اتفاقاً ناقلاً دون أن يسمى عقداً، فحالة الحق بعدها كانت تعتبر اتفاقاً ناقلاً للحق الشخصي أصبحت عقداً بصريح نص المادة 1321 من القانون المدني¹، وبذلك أصبح للعقد أثر ناقل للحق.

على أن توجه المشرع الفرنسي نحو اعتبار انتقال الالتزام عقداً لم يكتمل، ذلك أنه لم يصبح باعتبار حالة الدين عقداً كما فعل بالنسبة لحالة الحق، وبعد أن أقر المشرع الفرنسي حالة الدين² لم يبين الطابع التعاقدية لها، مع أن المواد 1327 إلى 1328 من القانون المدني عبرت بشكل واضح عن قيام حالة الدين على توافق الإرادتين لكل من المدين القديم والمدين الجديد ورضا الدائن³.

أما بالنسبة للأثر المعدل للعقد، فإن المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل⁴، كانت تخلط مصطلح العقد مع الاتفاقي بنصها على أن الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني لها قوة القانون بين أطرافها، فأصبحت كلمة العقد محل الاتفاق في المادة 1194 بعد التعديل⁵.

كما اتسعت وظيفة العقد لتنبيه الالتزام، وهذا ما تعززه المادة 1329 بشأن التجديد والمادة 1350 بشأن الإبراء، وقد كانت المواد 1282 إلى 1288 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل تعتبر الإبراء اتفاقاً بمقتضاه يబئ الدائن دون مقابل مدينه الذي يقبل بهذا الإبراء، فلا يعتبر بهذا المفهوم عقداً، ومع ذلك يخضع للشروط الخاصة بالعقد، والحقيقة أن الإبراء يعتبر صورة من صور عقد المباهلة أو هبة غير مباشرة، فالإبراء يخضع لنفس شروط عقد المباهلة⁶.

والإبراء أو التنازل كما ينبيه الالتزام فإنه ينبي الحق العيني⁷، وقد جاء التعديل ليبين الطابع التعاقدية للإبراء بمادة 1350 من القانون المدني، ليتسعم بذلك دور العقد إلى إنهاء الالتزام، بنصها على أن الإبراء يعدّ عقداً «la remise de dette est le

¹ Art. 1321 «La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.

Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.

Elle s'étend aux accessoires de la créance.

Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée inaccessible.»

² لقد كان المشرع الفرنسي متزدداً في إقرار حالة الدين التي كان المذهب الشخصي الذي اعتمدته المشرع حاثلاً دون الاعتراف بها، فاعتبار الالتزام رابطة شخصية كان عائقاً للانتقال السلي للالتزام أي بحالة الدين. وقد ورد في تقرير التعديل أسباب إقرار المشرع الفرنسي لحالة الدين وهي: أهمية حالة الدين من جهة وتأثيره بالتشريعات الأجنبية المقارنة التي أقرتها عملاً بالاجتياح القضائي الفرنسي.

«La cession de dette, absente du code civil, a été créée par la pratique et permet à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant à son créancier un autre débiteur. Compte tenu de l'importance de cette opération pour les praticiens, d'ailleurs connue dans de nombreuses législations étrangères, et admise en droit interne par la jurisprudence, il est apparu essentiel de l'introduire dans le code civil. Le texte présenté vise également à en aménager précisément le régime, pour éviter les incertitudes jurisprudentielles qui existent aujourd'hui quant à sa portée et ainsi garantir une plus grande sécurité juridique » Rapport, JO 11 févr. 2016.

³ لم يضع المشرع الفرنسي في تنظيمه لحالة الدين نفس العبارات التي تضمنتها أحكام حالة الحق فوضع الدلالة عن المدين المحيل في حالة الدين عبارة débiteur original en حين استعمل للدلالة عن الدائن المحيل في حالة الحق عبارة créancier cédant ووضع للدلالة عن المدين المحال له عبارة débiteur substitué بينما وضع للدائن المحال له عبارة cessionnaire.

⁴ Art. 1134al 1 : «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.»

⁵ Art. 1194al 1 : «Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.».

⁶ H. L. J.MAZEAUD, op. cit., p: 1036.

⁷ تنص المادة 2488 من القانون المدني (2180) قبل تعديل الأمر 346-2006 الصادر بتاريخ 23/03/2006 الجريدة الرسمية رقم (71) على أن الإبراء ينبي التأمين العيني.

«...contrat مع أن أثره غير منشئ وإنما ينهي، فالإبراء عرفته المادة وهو طريق من طرق الانقضاض بأنه عقد بمقتضاه يبرئ الدائن المدين من الالتزام¹ ، كما أن تجديد الالتزام تحول في التعديل من اتفاق إلى عقد² ليعزز دور العقد في أحکام الالتزام فجأة التعديل بالمادة 1329 من القانون المدني ليبين الصفة التعاقدية للتجديد³.

ويستنتج من تحديد المادة 1101 بعد التعديل لأدوار العقد أن تعريف العقد كما جاء به التعديل كان قاصراً عن تحديد وظائف العقد، ففاب عن التعريف أثر العقد بالنسبة إلى الحقوق العينية، ومن جهة أخرى فإن التحديد الذي تضمنته المادة 1101 بعد التعديل لأدوار العقد هو حصر لا معنى له، إذ لا يخرج أثر العقد عن إنشاء الحق أو تعديله أو نقله أو إنهائه، فكان الأصوب تبيان ما للعقد من أثر قانوني دون تحديد.⁴

الخاتمة:

ونخلص في ختام دراستنا لمفهوم الجديد للعقد كما جاء به الأمر 2016-131 إلى أن القانون الفرنسي كان جريئاً، فقد انتقل من المفهوم الكلاسيكي الذي كبل النظرية العامة للعقد عن أداء وظيفتها طيلة قرنين من الزمان، تسجيل الملاحظات الآتية:

- أن التعديل أكد على الطابع الإرادي للعقد، وبين أنه يتفرع عن التصرف القانوني الذي أدرجه التعديل في مصادر الالتزام مع أن دوره لا يقتصر على إنشاء الالتزام بل تتعدد أدواره في الالتزام كما أنه ينشئ حقوقاً عينية.
- أن التعديل أخضع التصرف القانوني لأحكام العقد، إذ جعل من العقد شريعة عامة تحكم التصرفات القانونية مع أن العقد نوع من التصرف، ولا يستقيم أن يخضع الجنس لأحد أنواعه، فكان الأصوب وضع نظرية عامة للتصرف القانوني تدرج تحته نظرية العقد.
- أن المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي بعدما كانت تجعل من العقد نوعاً من الاتفاقي يقتصر دوره على إنشاء الالتزام، جاءت بتعريف جديد للعقد يرتكز على توسيع دور العقد ليمتد إلى الدور الناقل والمعدل والمنهي للالتزام، فتم محو مفهوم الاتفاق من أحكام القانون المدني، واتحد مصطلح العقد والاتفاق بمصطلح واحد وهو العقد، الأمر الذي يدعوه إلى القول أن العقد إذ ارتقى إلى الاتفاقي من حيث الدور فإنه حل محله من حيث المفهوم، غير أن التقرير المقدم إلى رئاسة الجمهورية الفرنسية لا يزال يقيم التفرقة بين العقد والاتفاق الذي يحسبه يمتد إلى اتفاقيات لا تؤدي أدوار العقد، الأمر الذي يدعوه إلى التساؤل عن موضوع هذه الاتفاقيات التي لا تعد عقداً مع أن مفهومه اتسع ليشمل كل ما يحدثه الاتفاق من آثار قانونية؟.
- أن المفهوم الجديد للعقد يربط بين العقد والالتزام وهو أحد أثري العقد ولم يتناول الحق العيني كأثر للعقد، فكان في التعريف قصور عن تحديد كل أدوار العقد كان بإمكان المشرع الفرنسي تداركه.
- أن المشرع الفرنسي تناول نظرية الالتزام وأحكامه ضمن نظرية العقد مع أنه لا يعدو أن يكون واحداً من مصادرها.

Art. 2488 : «Les priviléges et hypothèques s'éteignent,

2.Par la renonciation du créancier à l'hypothèque... »

¹ Art. 1350 «La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation.»

² كان الفقه يضع تكييفاً مزدوجاً للتجديد فهو اتفاق وعقد في آن واحد، فالتجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم، فهو إذن سبب في انقضاض الالتزام (لأنه ينهي ديناً قدماً) ومصدر للالتزام (لأنه ينشئ ديناً جديداً)، فهو اتفاق لإنهاء الالتزام القديم وعقد لإنشاء الالتزام الجديد. (عبد الرزاق السنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف- الحالة – الانقضاض، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان، ص: 813).

³ Art. 1329 «La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.»

⁴ إلا أن التقرير المقدم إلى رئاسة الجمهورية الفرنسية الخاص بالتعديل يرى بأن هناك أدواراً أخرى خارج أدوار العقد لم تدرج في المادة 1101 وهي تدرج ضمن الاتفاقي.

- أن العقد أكد على ما للعقد من قوة ملزمة، إلا أنه لم يطلقاها، فضبط العقد من حيث الإنشاء بالإطار القانوني أي بما لا يخالف القانون، ومن حيث التنفيذ بما تقتضيه العدالة العقدية، وقد كان موفقا حين أقر إمكانية تعديل العقد لما تفرضه الظروف الطارئة من اختلال في التوازن العقدي.

على أن التعديل الذي جاء به الأمر 2016-131 بعد انتظار طويل لتعديل القانون المدني للنظرية العامة للعقد بعد قرنين من الزمان، المفهوم الجديد للعقد لا يعتبر تغييرا جذريا بحيث يمكن معه القول أنه ثورة في نظرية العقد بل مجرد تعديل وتحوير في مفهوم العقد.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

أ. المراجع العامة:

1. السنوري (عبد الرزاق أحمد). الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان.
2. السنوري (عبد الرزاق أحمد). نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلى الحقوقية، بيروت – لبنان 1998.
3. السنوري (عبد الرزاق أحمد). نظرية العقد الجزء الثاني، منشورات الحلى الحقوقية، ط 2 بيروت لبنان 1998.
4. الصده (عبد المنعم فرج). أصول القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.
5. مرقس (سليمان)، الواقي في شرح القانون المدني، نظرية العقد وإزادة المنفردة، دار الكتب القانونية شتات مصر – المنشورات الحقوقية صادر بيروت لبنان، 1998.
6. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف.
7. فرج (توفيق حسن). مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام دراسة مقارنة، منشورات الحلى الحقوقية، 2008.
8. منصور (محمد حسين). نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

ب.. القوانين:

9. الأمر 58/5 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومتتم.
10. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء الثاني.

A. Ouvrages généraux :

11. AUBRY (C.) et RAU (C.), Cours de droit civil français, t 3, 3^{ème} ed., Paris 1856.
12. CARBONNIER (J), Droit civil, t. IV, les obligations, P. U. F., Paris, 1996.
13. DEMOGUE (R), Traité des obligations en général, sources des obligations, t. II, Rousseau, Paris 1923.
14. GHESTIN (J.), Traité de droit civil, la formation du contrat, L.G.D.J..
15. MARTY (G.)et REYNAUD (P.), Traité de droit civil t1, Les obligations, éd. Sirey, 1988.
16. MAZEAUD (H. L. J), Leçons de droit civil, t2 obligations, par M. JUGLAR, éd. Montchrestien, 1971.
17. PLANIOL (Marcel), Traité élémentaire de droit civil, tome 2 Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les priviléges et les hypothèques ; LGDJ , 9 ^{ème} 1923.
18. PLANIOL (M) et RIPERT (G), Traité pratique de droit civil français, t. VI, L.G.D.J., 1952.
19. Pothier, Œuvres de Pothier par Siffrein, Traité des obligations, n° 3.
20. ROUJOU DE BOUBEE (G), Essai sur l'acte juridique collectif, L.G.D.J., Paris 1961.
21. TERRE (F), Introduction générale au droit. éd. Dalloz, 2006.
22. TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), Droit civil, Les obligations.

B. Articles et rapports :

23. GERKENS, (Jean-François Mailto), De l'ambiguïté du concept d'acte juridique dans notre droit. Le langage juridique doit-il être accessible aux non-juristes? Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, 2006/1-2.
24. MEKKI (Mustapha), L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire. Réforme du droit des obligations, Dalloz 2016.
25. Rapport remis au Président de la République.

D. Lois :

26. Code civil français (Code civil des français An XII 1804).
27. Code européen des contrats. Avant-projet (GAZETTE DU PALAIS VENDREDI 21, SAMEDI 22 FEVRIER 2003)
28. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publiée au Journal officiel le 11 février 2016, (en vigueur le 1er octobre.2016)