

مقارنة في أسس تكوين العقد



الدكتورة: نجوى رويني

أستاذة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية السويسي - جامعة محمد الخامس الرباط

ملحة

يعتبر العقد أهم مصادر الالتزام في جميع التشريعات والأنظمة القانونية على تعاقب العصور وذلك على اختلاف المدارس و العائلات القانونية كما قسمها الفقه الحديث¹. ولعل أحدث تعريف للعقد تم وضعه من طرف المشرع الفرنسي بموجب المادة 1101 كما تم تعديلها سنة 2016²، هو كونه: "تعهد إرادتين أو أكثر على إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء إلتزام"³. حيث ركز التعريف الجديد على طبيعة التعاقد المؤسس على الإرادة المحدثة لأثر قانوني، خلافا للتعريف القديم الذي اعتبره بعض الفقه تعريفا عاما وفضفاضا. فمصطلح "اتفاق" (Convention) الوارد في المادة المذكورة أعلاه من القانون المدني الفرنسي - قبل تعديل 2016 - لم يحظ بترحيب أشهر الفقهاء⁴. فالملاحظ أن التعريف الحديث للعقد، وضع حدا لنقاش طال حوالي قرن من الزمن

1- لمزيد من الاطلاع حول هذا التقسيم الفقهي للأنظمة القانونية انظر:

DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille). Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, Dalloz, 11ème éd., 2002. DE FUMICHON (Bruno de Loynes). Introduction au droit comparé, Journal de Droit Comparé Du Pacifique, coll. 'Ex Professo' vol. II, 2013. Et ZWEIGERT (Konrad) et KOTZ (Hein) : Einführung in der Rechtsvergleichung, Tübingen, 3ème éd., 1996.

2- بموجب المرسوم رقم 131-2016 بشأن تعديل قانون العقود و الأحكام العامة للالتزامات و الإثبات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 0035 بتاريخ 11 فبراير 2016. أنظر المرجع باللغة الفرنسية:

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publié au J.O le 11 février 2016 et entrée en vigueur le 1er octobre de la même année, réécrit entièrement les titres III à IV bis du livre III du code civil français, soit 350 articles.

3- نصه بالفرنسية:

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

4- GUESTIN (Jacques). Traité de droit civil : les obligations, le contrat, Formation. T.2 Vol. II, 2ème éd. L.G.D.J., 1988.

خاض فيه كل من الفقه الفرنسي¹ والعالم العربي الإسلامي الحديث المتأثر بمدونة نابوليون² خاصة دول كمصر والعراق. أما بالنسبة لقانون الالتزامات و العقود المغربي فلم يهتم بتعريف مصطلح العقد، مقتصرًا على ما يفيد معناه باستعمال مصطلح "اتفاق"³.

وإذا كان الخوض في نقاش حول ماهية العقد أصبح متجاوزًا اليوم، فإن تكوينه ظل يطرح إشكالات متعددة بسبب اختلاف الأنظمة القانونية وقمايزها، خاصة تلك المنضوية تحت لواء مدرسة "القانون المدني"⁴ (civil law) أو تلك المنتمية لمدرسة "القانون المشترك"⁵ (common law). فعلى الرغم من المحاولات الجدية لتقريب وجهات النظر بين المدرستين من خلال تفعيل عنصر الملاءمة، يبدو على أن المرجعيات الفلسفية والثقافية من جهة والمتطلبات الاقتصادية والاجتماعية من جهة ثانية، لا تنفك تؤثر على الأسس والمعايير المعتمدة من كليتي المدرستين، لبناء وتكوين العقد. حيث يظهر أن مبدأ الحرية التعاقدية⁶ باعتباره تطبيقًا لنظرية سلطان الإرادة لا يؤخذ دائمًا على سبيل الإطلاق.

فمنذ بداية القرن السادس عشر، تم تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في عدد من القوانين الأوروبية و على رأسها القانون الفرنسي من خلال التأكيد على مبدأ الرضائية كأساس لتكوين العقد بمقولة (لويسل Loysele) المعروفة⁷، ثم تبنته بعد ذلك مدونة نابوليون⁸ بموجب المادة 1583 التي تؤكد على تمام عقد البيع و انتقال الملكية إلى المشتري بمجرد التوافق على الشيء و الثمن دونما الحاجة إلى التسليم. بل إن القضاء الفرنسي من خلال بعض قراراته اعتبر أن عنصر التراضي يضل كافيًا لصحة البيع دونما خضوعه لشرط⁹. وقد سلك القانون المغربي نفس النهج المتعلق بقداسة مبدأ الحرية التعاقدية من خلال تطبيقاته في أغلبية العقود المسماة من بيع و وكالة و قرض و إجارة... ومع ذلك يتبين أن تطبيق مبدأ الحرية التعاقدية كأساس لتكوين العقد تأثر بشكل كبير بعدد من القوانين الخاصة المرتبطة بالواقع

1-FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Eric). Droit civil : les obligations, 1. L'acte juridique, Paris, Dalloz, 13ème éd., 2008, p 61.

2- نجد عددا من الكتابات في هذا الصدد نذكر على سبيل المثال لا الحصر تعريف مرشد الحيران قدرى باشا للعقد الذي اعتبره بمثابة "ارتباط الإيجاب بالقبول الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه"، أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي 1997 ص 40، أورده العرعاري في كتاب: مصادر الالتزام الكتاب الأول نظرية العقد، الطبعة الخامسة، 2016، ص 31.

3- الفصل 19 فقرة 1 : "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام و على باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية".

4- تلك الأنظمة القانونية التي تجعل من المؤسسة البرلمانية المصدر الأول للتشريع.

5- يندرج في هذا الإطار كل الأنظمة القانونية التي تجعل من العمل القضائي مصدرا أساسيا للقاعدة القانونية، كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية و دول (Commonwealth) أي تلك التي سبق وأن كانت مستعمرة بريطانية

6- خاصة فيما يتعلق باختيار المتعاقد و محل التعاقد و بداية و نهاية الالتزام.

7- باللغة الفرنسية: «On lie les bœuf par les cornes et les hommes par les paroles»

8- نصه باللغة الفرنسية:

9- L'article 1583 du C.c français dispose : « La vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé »

9- نصه باللغة الفرنسية:

« Le consentement des parties à une vente n'est soumis à aucune condition »

- Civ, 3e, 27 mai 1990, Bull Civ.1991, 314, note J. Mestre

الاقتصادي والاجتماعي جعلت الشكالية تطغى عليه في كثير من الأحيان في المدرستين معا¹. فهل تمكنت الأنظمة القانونية المقارنة من الحفاظ على الحرية التعاقدية كمبدأ أساسي لبناء وتكوين العقد، في ظل تكريس فكرة أمن المعاملات وتوازن العلاقات التعاقدية.

وارتباطا بهذه الإشكالية والتقييد بفرضها سيستأنس البحث بأنظمة قانونية مختلفة من حيث الانتماء، إما لمدرسة "التشريع العام" (الكاملاو Commun law) كالنموذجين الإنجليزي والأمريكي، أو لمدرسة "القانون المدني" (سيفيلاو Civil law). و ذلك لبيان حدود الحرية التعاقدية كأساس لبناء العقد من خلال العنصر الأول، ثم توضيح كيفية وأسباب تراجعه من خلال تطور نظريات السبب والاعتبار في عنصر ثاني.

7

أولاً: الحرية التعاقدية كأساس لبناء العقد بين الإقرار والتحفظ

تعتبر الحرية التعاقدية مبدءاً أساسياً في قانون العقود وذلك في كل الأنظمة القانونية الوطنية²، حيث تشكل هاجساً لدى المشرع والمقارن أثناء الاشتغال على توحيد القوانين³. على اعتبار أن مجال الحرية يشمل اختيار المتعاقد ومحل العقد إضافة إلى القانون المطبق. ولعل أول ما يتبادر إلى الذهن عند دراسة نظرية العقد هو مدى تحقق أركان و شروط انعقاده لكي ينشأ العقد صحيحاً سليماً من كل ما قد يشوبه من عيوب قد تؤدي إما لبطلانه أو إبطاله. ولقيام العقد، وقع الإجماع على عناصر تكوينه الأساسية و المتمثلة في صفة المتعاقدين وعنصر الرضا.

1- فإذا كان عدد العقود التي تحتاج لصحتها شرط الشكالية، قليل بالمقارنة مع العقود الرضائية، نجد أن عدداً من التشريعات أصبحت تعزز ترسنتها القانونية بقوانين تجعل من الكتابة أحياناً شرطاً لصحة العقد و أحياناً أخرى شرطاً لفعاليتها. (من قبيل القرض والإيداع و الرهن و الهبة و الكراء و البيوعات الواردة على الأصل التجاري و الشركات..)

2- تختلف تطبيقات مبدأ الحرية التعاقدية حسب كل نظام قانوني

3- جاءت المادة 1.1 من القانون الموحد (uni droit) لتكريس مبدأ الحرية التعاقدية، العبارة باللغة الفرنسية:

« Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu »

رغم كون هذا القانون لا يعتبر في مجمل فصوله قواعد أمرة باستثناء بعضها كما هو الشأن بالنسبة للمواد، نصها باللغة الفرنسية:

L'article 1-7 sur la bonne foi, des dispositions du Chapitre 3 sur la validité (à l'exception de celles qui sont relatives ou s'appliquent à l'erreur ou à l'impossibilité initiale), du paragraphe 2 de L'article 5.1-7 relatif à la fixation du prix, du paragraphe 2 de l'article 7.4.13 relatif à l'indemnité établie au contrat et du paragraphe 2 de l'article 10.3 sur les délais de prescription.

- نفس الصياغة جاءت بها مبادئ القانون الأوروبي للعقد في المادة 1-102

- نفس الشيء بالنسبة لدول الاتحاد الأوروبي بصيغ إما صريحة أو ضمنية، نصها باللغة الفرنسية:

Elle est affirmée par l'article 2(1) de la Constitution allemande ; les articles 6 et 1255 C.civ. espagnol ; l'article 1103 qui a remplacé l'article 1134, al. 1, C.civ français après la réforme de 2016, belge et luxembourgeois ; l'art. 1322 C.civ. italien ; l'art. 6:248 BW néerlandais, l'article 859 ABGB autrichien et l'article 405 C.civ. portugais. Dans les États où aucune disposition écrite ne peut être invoquée, la liberté contractuelle est un principe fondamental. Voir les notes sur l'article 1-102 de ces Principes, dans *Principes du droit européen du contrat*, Commission pour le droit européen du contrat (Commission Lando), version française préparée par Georges Rouhette, Société de législation comparée, 2003, p. 60.

- في نفس السياق نجد أن المادة 6 من معاهدة فيينا المتعلقة بعقود بيع البضائع على الصعيد العالمي المستوحاة من القانون الموحد و مبادئ القانون الأوروبي تؤكد على إلزامية احترام مبدأ الحرية التعاقدية. أنظر في هذا الصدد :

NEUMAYER (Karl. H), MING (Catherine), DESSEMONTET (François), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaires*, CEDIDAC, 1993, commentaires sur l'article 6, p. 84

أ: صفة المتعاقدان

قبل الحديث عن الرضا لا بد أن تتوفر أهلية الالتزام¹ في المتعاقدين معا، ولا سيما تلك المتعلقة بالسنة القانونية وكذا سلامة العقل والذهن من كل ما من شأنه أن يضعف التمييز أو ينقصه². ويبقى التساؤل مطروحا من طرف بعض الفقه حول اعتبار الأهلية ركنا من أركان العقد أم فقط شرطا من شروط صحته³، حيث قرنوا كمال الأهلية بتمام الرضا و نقصانها أو انعدامها، بنقصان التراضي أو انعدامه.

في نفس الإطار يعتبر التشريع الانجليزي وكذا الأمريكي القاصر ممنوعا من التعاقد حيث أن بلدان (الكامنلاو) تجعل من العقود المبرمة من قاصر قابلة للإبطال (بطلانا نسبيا). فله أن يرفض تنفيذ العقد في مقابل مطالبته للطرف الآخر بتنفيذه. بل إن مجرد تصريحه بالوعد يكفي ليغل به مدينه⁴، فحق الرجوع هو في ملكية القاصر فقط. ولا يطالب بالمقابل أي -الاعتبار- إلا بعد بلوغه سن الرشد. آنذاك يعد المقابل أو الاعتبار "التزاما أخلاقيا". فيما تبقى الزامية الاسترداد (Obligation de restitution) قائمة على القاصر شأنه شأن الراشد مع الأخذ بعين الاعتبار نوعية الصفقة و القيمة المعقولة للخدمة⁵.

ب: عنصر الرضا

إذا كان المشرع في مدرسة التشريع المدني⁶ يصنف عنصر الرضا على رأس قائمة أركان العقد فإن الفقه يقرن التراضي بالأهلية فكل متعهد أو ملتزم قبل التعبير عن الإرادة في التعاقد، لا بد أن يستوفي شرط الأهلية إضافة إلى خلو هذه الأخيرة من كل عيب قد يؤثر على الحرية التعاقدية. فإبرام العقد تحت وطأة نقصانها يؤدي إلى إمكانية المطالبة بإبطال العقد⁷.

ونشأة العقد تفترض حسب النظرية الموضوعية، التعبير الواضح والأكيد بما لا يدع مجالا للشك في انصراف إرادة أحد الأطراف إلى الغرض المقصود منه. فلا يمكن الحديث عن اتفاق من دون إيجاب وقبول واضح المعالم ومستوفيين للعناصر الأساسية التي تكون مشروع العقد كي يحصل التنفيذ، سواء كانت وسائل التعبير صريحة أو ضمنية⁸. ودرجة وضوح الإيجاب حسب (الكامنلاو) تقاس بشدة انتظار الطرف الموجه له هذا الإيجاب بحيث تقوم الحكمة بتقدير الانتظار (Appréciation de l'attente)، للحكم إما بتنفيذ الخدمة أو الأمر بالتعويض⁹.

1- كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي من خلال المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 2016 و كذلك التشريع المغربي من خلال المادة 2 من قانون الالتزامات والعقود

2- سميرة كميل أضرير، الأهلية القانونية، دار القرويين للطباعة، 2005.

3- أنظر في هذا الصدد العراري - المرجع المشار إليه سابقا ص 124 ...

4- التصريح بالوعد يعد بمثابة تحقيق "للاعتبار" الذي يقوم عليه التعاقد في مدرسة (الكامنلاو). أنظر في هذا الشأن:

A. LEVASSEUR (Alain): Le contrat en droit américain, éd Connaissance du Droit. Dalloz 1996, p33s

5- أنظر نفس المرجع السابق ص. 34.

6- كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي

7- ويتفق في هذا كل من القانون الأمريكي والانجليزي، أنظر نفس المرجع السابق ص. 34.

8- كتعليق الثمن على البضاعة الذي يفيد الرغبة في البيع (الإيجاب). و السكوت في معرض الحاجة إلى بيان يعد قبولا فهو إقرار للوضع الراهن. وفي هذا الصدد يعتبر المشرع المغربي السكوت عن الرد بمثابة قبول إذا تعلق الأمر بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين (فقرة 2 من الفصل 25 من ق ل ع المغربي) - عقد التوريد- أو قام بتنفيذ العقد من دون تحفظ كما جاء في الفصل 28 من ق ل ع. المغربي -استهلاك الشيء قبل أداء الثمن دليل على قبول الثمن- كما أن عدم الاعتراض على تصرف قانوني يفيد الإقرار بصحة هذا التصرف (فصل 38 من ق ل ع المغربي)

9- أنظر المرجع السابق:

ثانيا: تجليات نسبية مبدأ الحرية التعاقدية من خلال تطور نظريتي السبب والاعتبار

لعل أهم ما يميز العقد في قانون (الكاملانلو) هو "نظرية الاعتبار" أو "المقابل" مقارنة مع القانون الروماني الجرماني، الذي يركز على نظرية السبب سواء بمفهومها التقليدي الذي يركز على القصد المباشر للتعاقد¹، أو المفهوم الحديث للسبب الذي يأخذ بالدافع الباعث على التعاقد².

أ: السبب والاعتبار بين النظريات التقليدية والنظريات الحديثة

إذا كان تعديل 2016 الذي عرفه قانون العقود الفرنسي قد أبعد ركن السبب، حيث أن المادة 1128 من القانون المدني لا تضم سوى ثلاثة عناصر وهي : عنصر التراضي، عنصر الأهلية و عنصر جديد يشمل "محتوى مشروع و محدد" (Contenu licite et certain)، فذلك يرجع حسب المشرع الفرنسي لكون مفهوم السبب يطرح غموضا لدى النماذج القانونية الأخرى، حيث تم تجاهله لصالح مفاهيم أخرى من قبيل "الاعتبار" خاصة بالنسبة للقانون الانجليزي و القانون الأمريكي و لكون نظرية السبب أفردت نقاشا فقهيها و قضائيا³، فضل معه المشرع الحسم فيه بموجب التعديل الجديد مركزا على مفاهيم ووسائل أخرى تقوم مقام السبب و تنسجم مع مفهوم "الاعتبار" أو "المقابل" الذي جاءت به مدرسة (الكاملانلو)⁴ خاصة فيما يتعلق بعقود المعاوضة وإن كان القضاء يترك مطلق الحرية

-A.LEVASSEUR. op.cit. p22

- 1- أسس الفقه الفرنسي للنظرية التقليدية في السبب على يد (دوماتييه Domat) و (بوتيه Poithier) و بعد ذلك أخذ بها القانون الفرنسي من خلال المواد 1131 إلى 1133 (التقديم قبل تعديل 2016)
- 2- أي بالجواب على السؤال لماذا التزم المدين ؟ بالنسبة للسبب و بماذا التزم المدين ؟ بالنسبة للمحل حيث حاول بعض الفقه الخروج من متاهة الخلط بين السبب و المحل فكلتا النظريتين تفرق بين المحل و السبب.
- 3- قبل تعديل 2016 شكل السبب العنصر الرابع لتكوين العقد إلى جانب الرضا و الأهلية و المحل بموجب المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي فتح معه نقاشا فقهيها و قضائيا حول كيفية تحديد وجود السبب و مفهومه من خلال الجواب على السؤال لماذا تم التعاقد؟ حيث اعتبر القضاء أن غياب السبب أثناء تكوين العقد يعد سببا كافيا لبطان الالتزام في العقود التبادلية. مرجع القرار بالفرنسية:

- « L'absence de cause n'est rien d'autre que l'absence de contrepartie. L'absence de cause au moment de la formation du contrat suffit pour justifier la nullité de l'obligation. En cours d'exécution du contrat, l'application d'une clause limitative de responsabilité peut enlever toute cause au contrat, dès lors qu'il s'agit d'une obligation essentielle ». Arrêt Chronopost, Com. 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n°261.

-أما إذا تعلق الأمر بعقود الغرر فيعتبر القضاء الفرنسي غياب الخطر الحقيقي نافيا لوجود السبب، مرجع القرار بالفرنسية: « Le défaut de risque réel constitue un défaut de cause », Civ. 1^{er} 27 fév. 1990, Bull. civ. -I- n°52.

4- Le nouvel article 1169 du code civil français prévoit que « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »

- أما فيما يخص عدم مشروعية السبب، فإن القضاء -ولمدة طويلة- لا يقضي بذلك إلا إذا كان الباعث الحقيقي وراء التعاقد و المنافي للأخلاق الحميدة معروفا لدى المتعاقدين. إلا أن القضاء تراجع عن ذلك في قرار لحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 من أكتوبر 1998. لكن نفس المحكمة ما فتئت أن أصدرت قرارا مختلفا تماما في 3 فبراير 1999. مرجع القرار بالفرنسية:

- « n'est pas contraire au bonne mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire » (Civ. 1^{re} 3 fév. 1999, D. 1999. 267. Rapp. X.Savatier, note J.-P. Langlade-O'Sughrue- JCP G. 1999, II , 10083 note Billiau et Loiseau.

للمتعاقدين في تحديد ما إذا كان مقابل الالتزام منصفا وملائما لهما. فالقضاء الأمريكي مثلا لم يحدد قيمة اقتصادية للاعتبار بل رفض ذلك من خلال الدفع بعدم الاختصاص.

ويمكن القول بأنه على الرغم من استغناء المشرع الفرنسي عن استعمال مصطلح السبب في المادة 1128 من القانون المدني إلا أن تطبيقاته تبقى واضحة المعالم في عدد من المقتضيات¹، من خلال تأكيد المشرع الفرنسي على ضرورة احترام العقد للنظام العام سواء من خلال المضمون أو الأهداف المتوخاة من وراء التعاقد².

وعلى غرار نظرية السبب فإن نظرية الاعتبار عرفت خلافا فقهيها شديدا بين مؤيدي النظرية التقليدية ومنتقديها. ويرجع تاريخ نظرية المقابل أو الاعتبار إلى سنة 1565 حيث جاء مفهوم المقابل في الالتزامات لكي يعوض ما عرف عند الرومان باحترام الموقف (Respect de la parole donnée).

وفي مقبل القرن 19 كان يفهم من الاعتبار إما ذلك الغنم أو الفائدة التي يحظى بها الموجب أو صاحب الوعد، أو ذلك الغرم أو الخسارة التي تكبدها الشخص الموجه إليه الإيجاب، في حالة عدم تنفيذ الوعد. وقد عرف هذا المفهوم تطورا بعد ذلك في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ليصبح الاعتبار عبارة عن "صفقة" أي (بالإنجليزية Bargain) أو (بالفرنسية Affaire أو Marché) الذي يبحث عنها كل من الطرفين من خلال تقديمه للوعد بالتعاقد، فأصبح هذا الشيء هو المعروف بالمقابل أو الاعتبار أو السبب الذي من أجله سيتم التعاقد. وبشكل أوضح هو "مقابل الوعد". لا يكفي أن يكون مقابل الوعد مشروعاً بل يجب أن يتوفر عنصري الغنم والغرم معا، أي الربح والخسارة. فمتى حقق تبادل الوعود "صفقة" بالنسبة لطرفي العقد³ آنذاك يمكن القول أن الاعتبار أو المقابل موجود حسب النظرية التقليدية للاعتبار. حيث حددت هذه الأخيرة شروطا كي يتحقق الاعتبار تتمثل في إلحاق ضرر بمتلقي الوعد وأن يكون هذا الضرر سببه هو ذلك الوعد نفسه مع كون الوعد هو الذي أدى إلى الضرر، أي أن متلقي الوعد كان على علم بالإيجاب وعلى عزم بقبوله. أما السبب فيشترط فيه المشروعية والوجود وأن يكون حقيقيا.

ب: بدائل عن الاعتبار وعن السبب في إطار المفهوم الجديد للتعاقد

ما يعاب على النظرية التقليدية "للاعتبار" كونها قرنت العقد بتحقيق "صفقة" دونما الاهتمام، ما إذا كانت الالتزامات في إطار عقود بعوض أو من غير عوض⁴. كما أن النظرية التقليدية ركزت على مرحلة تكوين العقد من غير الاهتمام بمراحل تعديل وإنهاء العقد.

زيادة على أن مفهوم الغرم والغنم لا يقتصر على مجال العقد كمصدر من مصادر الالتزامات وإنما يشمل مصادر أخرى يكون فيها التعويض عن الضرر تقصيرا وليس بالضرورة عقديا، كما هو الشأن بالنسبة لحق الاسترداد

1- راجع هذا الصدد المواد : 1162 و 1169 و 1135 و 1170 من قانون العقود الفرنسي الجديد.
2- MAZEAUD (Denis). Présentation de la réforme du droit des contrats. Gaz. Pal 23 février 2016, n°8, p.15 s.

3- في العقود الملزمة للجانبين

4- CORBIN (contracts), vol.I.489 «The doctrine of consideration is many doctrines»; SIMPSON. A history of the Common Law of contract : the rise of assumpsit (1975). chap. IV-VII. In Basil S. Markesinis, la notion de considération dans la Common Law : vieux problèmes ; nouvelles théories, revue internationale de droit comparé. vol.35 n°4, octobre-décembre 1983. pp 735-766.

في إطار الإثراء بلا سبب، بمعنى أن تحقيق خدمة للغير من دون عقد يلزم المستفيد من الخدمة بأداء المقابل في إطار دعوى الاسترداد¹.

والملاحظ في هذا الصدد أن القانون الانجليزي يعتبر أكثر ليونة من القانون الفرنسي²؛ لأنه يعتمد في تطوره على رؤيا جوهرية للقانون الروماني³ بالإضافة إلى دراسة عميقة لتاريخ القانون الانجليزي⁴. بعكس التشريعات المدنية التي عرفت قطعة مع تاريخها⁵، إما بفعل الثورة⁶ كفرنسا، أو بفعل الاستعمار⁷ كالدول الأفريقية. لهذه الأسباب، يتضح أن القضاء الانجليزي قد وضع آلية قانونية خاصة تمكن من فرض تنفيذ الوعد والحيلولة دون التراجع عن الوفاء به، وذلك رغبة منه في خلق جو من الثقة بين المتعاقدين تدعى (Promissory Estoppel) نجدها كذلك بنفس المعنى حين استعمال مفهوم (Reliance) في القانون الأمريكي. هذا الاصطلاح ليس له نظيرا في التشريع المدني، لكونه يفتقد للدقة والضبط الذين يتطلبهما القانون المكتوب. حيث نجد أن المشرع الفرنسي يفضل ضبط المفاهيم و المصطلحات القانونية، وهذا ما نستشفه من التعديلات التي تعاقبت على مدونة نابليون.

الوعد الملزم كبديل للاعتبار. لا شك أن القضاء الانجليزي قد طور المفهوم التقليدي للاعتبار حيث ظهر مفهوم التعهد الذي تقتضيه بعض العقود لضمان الوفاء بالالتزام يطلق عليه "الوعد الملزم" (Promissory Estoppel) أو (Reliance). يعتبر قرار (هوكز Hughes) المؤسس لفكرة الوعد الملزم وذلك للحفاظ على المبادئ الأخلاقية المتعلقة بالثقة و الوفاء بالعهد. بعد ذلك قام اللورد (دينين Denning) بتطوير هذه الآلية من خلال القرار (هاي تريس High Trees)⁸.

أما القانون الأمريكي فلم يقتصر فقط على تطوير هذا المفهوم على مستوى القضاء و إنما تم تكريسه من طرف التشريع من خلال مدونة العقود الأمريكية (Restatement of Contracts)، حيث تم اعتباره كمبدأ من المبادئ الأساسية لإنشاء العقد منذ 1962 بعد نشرها من طرف معهد القانون الأمريكي⁹. في مقابل ذلك فإن التشريع المدني وخاصة القانون الفرنسي، كان حذرا بحيث لم يكن ليمنح للقاضي حرية تقدير مدى وضوح الوعد،

1-بالفرنسية

« Action de inrem verso ou action pour l'enrichissement sans cause ».

2- بعكس القانون الفرنسي الذي يشترط عنصر الاقتتار (appauvrissement) في المدعي و الإثراء في المدعى عليه فإن القانون الإنجليزي لا يشترط ذلك. أنظر المرجع:

ALVIN W-LSEE . An introduction to the law of unjust enrichment. Malayan Law Journal, 2013, 5, i- xlviii, Research Collection School Of Law.

3- جل القضاة الانجليزي في أصلهم أساتذة جامعيين إما لتاريخ القانون عامة أو دراسة القانون الروماني كأمثال بريكس
4- هذه الحقيقة تروق نوعا ما بعض الفقه الفرنسي الذين يناشدون الجامعات بتغيير طرق التدريس و البحث العلمي في المجال القانوني لجعله على غرار القانون الانجليزي باعتباره أكثر ليونة و استيعابا للمشاكل القانونية.

5-DAVID (Edouard). Le rôle de la jurisprudence dans la common law. O Direito Comunitario ea Construiio Europeia.1999, pp 125-134.

6- حيث اجتثت الثورة كل صلة بالنظام الحاكم (من حكم و تشريع)

7- خاصة بالنسبة للدول التي عرفت الاستعمار الفرنسي و الاسباني و البرتغالي

8- يفهم من خلال حيثيات قرار (هاي تريس High Trees) أنه لا يجوز مخالفة وعد صريح بعد الوثوق به من طرف متلقي الوعد. فالوعد الواضح لا يمكن العدول عنه و ذلك في قضية المكري الذي أعطى وعدا بكراء شقق سنة 1937 بوجيبة كرائية معينة. و في سنة 1940 وجد الشقق فارغة بسبب الحرب مما اضطره لخفض مبلغ الوجيبة الكرائية بدون مقابل. بعد انتهاء الحرب و عودة المكترين طالبتهم بالوجيبة المقررة قبل اندلاع الحرب الشيء الذي رفضه المكثرون جملة. في هذه النازلة حكمت المحكمة لصالح المكري، لكن اللورد دينين اعتبر بأنه بناء على الوعد المقدم من طرف المكري المتعلق بخفض قيمة الوجيبة الكرائية فلا يمكن استخلاص إلا المستحقات ما بين سنوات 1940 و 1945.

9-BAVOILLOT (François)- BAVOILLOT(Alexandre). L'introduction en droit des contrats de la notion de promissory estoppel développée en common law , Village de la justice, 2015.p1.

وإنما اقتصر على وسائل أخرى من قبيل حسن النية و التعسف في استعمال الحق و نظرية السبب وذلك خوفا من المساس بمبدأ سلطان الإرادة.

الكتابة كبديل للاعتبار. من بدائل الاعتبار كذلك نجد الكتابة كصورة من صور الشكلية، فإذا كان العقد مكتوبا لا حاجة للبحث عن الاعتبار أو المقابل. وقد شجع القانون الأمريكي هذا الطرح بتبنيه للعقود النموذجية المكتوبة مسبقا لقطع الطريق أمام القضاء للتدخل في إرادة الأطراف.

وإذا كانت الوسائل مختلفة بين المدرستين (نظرية الاعتبار أو بدائلها من (Reliance أو Estoppel) أو نظرية السبب وما يفيد تحقيق نفس أهدافها كمبدأ حسن النية، واحترام النظام العام)، فتبقى النتيجة واحدة بالنسبة لكليهما، وهي حماية الطرف الضعيف¹ ومعاقبة سيء النية² في العلاقة التعاقدية.

والملاحظ على أن المشرع الفرنسي، قام بترسيخ مبدأ حسن النية من خلال النص على ضرورة توافر حسن النية ابتداء من مرحلة التفاوض على العقد إلى غاية تنفيذه مع اعتبار هذا المبدأ قاعدة من النظام العام، من خلال التصيص على ذلك في المادة 1104 من القانون الفرنسي الجديد³. وكذلك من خلال المادة 1112⁴. فيما اقتصر التشريع المغربي على تبني مبدأ حسن النية فقط في مرحلة تنفيذ الالتزامات بالنسبة للشريعة العامة⁵.

لاشك أن هذا القصور، استفاد معه عدد من المهنيين سيئ النية، ما جعل المشرع المغربي يتدخل هو الآخر بنص خاص من خلال القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك وخاصة تلك المتعلقة بالزامية الإعلام التي أصبحت ضرورية في جميع مراحل التعاقد سواء تلك المتعلقة بالتفاوض أو إبرام أو تنفيذ العقد.

خاتمة

بعد طرح و نقاش الإشكالية المتعلقة بكيفية تطبيق مبدأ الحرية التعاقدية حسب الأنظمة القانونية المنتمية لأكبر المدارس العالمية القانونية المعروفة يمكن استخلاص أن معظم هذه الأنظمة القانونية، سواء تلك المعتمدة على العمل القضائي كأساس لتشريعها أو تلك التي تفضل الرؤيا الاستقرائية للمشرع، أصبحت تتبنى الآن، مفهوما جديدا للتعاقد، تتقاطع فيه مبادئ الحرية التعاقدية و الليبرالية الاقتصادية مع مبادئ ذات طابع حمائي (من قبيل حسن النية و قواعد النظام العام و أعمال تدابير لحماية الطرف الضعيف داخل العلاقة التعاقدية...)، تفرضها الدولة عن طريق جهازها التشريعي على أحد أطراف العقد. كما تتضارب فيه المصالح الخاصة للمتفاعدين مع المصالح الاقتصادية للبلد في ظل مفهوم جديد للحرية التعاقدية.

1-بالنسبة لمدرسة (الكامنلاو)

2-بالنسبة لمدرسة التشريع المدني

3-L'article 1104 du C.c.fr prévoit que : « les contrats doivent être négociés formés exécutés de bonne foi, cette disposition est d'ordre public »,

4-L'article 1112 du C.c.fr prévoit que : « l'initiative le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi »

5-فصل 231 من ظهير الالتزامات و العقود المغربي ينص على أن : "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية"

لائحة منابع المقال

قائمة المراجع باللغة العربية

1. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق، الجزء الأول دار إحياء التراث العربي 1997.
2. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام الكتاب الأول نظرية العقد ، الطبعة الخامسة، 2016
3. سميرة كميلي أضيف، الأهلية القانونية، دار القرويين للطباعة، 2005

قائمة المراجع باللغات الأجنبية

ALVIN W-L SEE	: An introduction to the law of unjust enrichment .Malayan Law Journal, 2013, 5, i-xlvi, Research Collection School Of Law.
BAVOILLOT (François)- BAVOILLOT(Alexandre)	: L'introduction en droit des contrats de la notion de promissory estoppel développée en common law , Village de la justice, publié en juin 2015
CORBIN(contracts)	: The doctrine of consideration is many doctrines. ; SIMPSON. A history of the common law of contract : the rise of assumpsit (1975).chap. IV-VII. In Basil S.Markesinis, la notion de considération dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories, revue internationale de droit comparé.vol.35 n°4, octobre-décembre 1983.
DAVID (Edouard).	Le rôle de la jurisprudence dans la common law. O Direito Comunitario ea Construção Europeia.1999.
DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille)	: Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, Dalloz, 11 ^{ème} éd. 2002.
DE FUMICHON (Bruno de Loynes)	: Introduction au droit comparé, Journal de Droit Comparé Du Pacifique, coll. 'Ex Professo' vol. II, 2013
FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Eric)	: Droit civil. Les obligations, I. L'acte juridique, Paris, Dalloz, 13 ^{ème} éd., 2008
GUESTIN (Jacques).	: Traité de droit civil. Les obligations, le contrat, Formation. T.2 Vol. II, 2 ^{ème} éd. L.G.D.J, 1988.
LEVASSEUR(Alain)	: Le contrat en droit américain, éd.° Connaissance du Droit. Dalloz, 1996
MAZEAUD (Denis)	: Présentation de la réforme du droit des contrats. Gaz. Pal., 23 février 2016, n°8.
NEUMAYER (Karl. H), MING (Catherine), DESSEMONTET (François)	: Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaires. CEDIDAC, 1993, commentaires sur l'article 6.
ZWEIGERT(Konrad) et KOTZ (Hein)	: Einführung in der Rechtsvergleichung, Tübingen, 3 ^{ème} éd., 1996.