مجلة الدراسات القانونية المقارنة
EISSN:2600-6154 المجلد 07/ العـــدد01 (2021)، ص.ص. 1143-1164 ISSN:2478-0022

جوهـــــــر العقـــــــد

-دراســة علـى ضـوء الفقــه والقضــاء الفرنسي-

The essence of the contract
A study in the light of French doctrine and jurisprudence

الدكتــور عمــر عمــور

Dr :Amor Omar

أستاذ محاضر قسم "ب"، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف بالجزائر

Lecturer class "B", faculty of law and political sciences,
University hassiba ben bouali, Chlef.
Amordz02@gmail.com

تاريخ إرسال المقال:2021/04/20 تاريخ القبول:2021/05/09 تاريخ النشر:2021/06/28

ملخص:

يعتبر الالتزام الجوهري العمود الفقري الذي على أساسه تكيف العلاقة العقدية، فالقاضي إذا ما طرح عليه أي نزاع يتعلق باتفاق الأطراف، وجب عليه تحديد الالتزامات التي يولدها هذا الاتفاق، ومن خلال هذه الالتزامات يمكنه الوقوف على تحديد الباعث الدافع للتعاقد ومن ثم تكييف العلاقة العقدية تكييفا صحيحا، وتبعا لذلك تحديد القواعد التي تضبط النزاع.

ويكون عمل القاضي في غاية البساطة إذا كان موضوع النزاع أحد العقود المسماة، ذلك أن المشرع أفرد لها نصوصا خاصة، وبين أحكامها، وحدد الالتزامات التي تقع على عاتق كل متعاقد.

وعلى العكس من ذلك فإن القاضي يجد نفسه أحيانا أمام عقود غير مألوفة فرضها الواقع الاقتصادي، وهي غير منتظمة بنصوص خاصة، ما يتوجب عليه في هذه الحالة فحصها فحصا دقيقا، ومن ثم تحديد الالتزامات المتولدة عنها وترتيبها ترتيبا هرميا، حتى يسهل عليه فصل الالتزامات الجوهرية عن الالتزامات الثانوية، ليتوصل في النهاية إلى تكييف العلاقة العقدية تكييفا صحيحا، ويخضعا للقواعد التي تتواءم معها.

كلمات مفتاحية: الإلتزام الجوهري؛ جوهر العقد؛ الإلتزام الأساسي؛ الإلتزام الرئيسي.

المؤلف المرسل: عمر عمر Email :**amordz02@gmail.com**

***Abstract**:*

The essential commitment is the backbone on which the contractual relationship is adapted. If a dispute arises in relation to the agreement of the parties, the judge must define the obligations that this agreement generates, and by these obligations he can stand on the determination of the reason behind the contract, then properly adapt the contractual relationship. And accordingly, determine the rules that control the conflict.

The judge's work is very simple if the subject of the dispute is one of the named contracts, because the legislator has assigned them specific texts, explained their provisions and defined the obligations incumbent on each contracting party.

On the contrary, the judge sometimes finds himself faced with unknown contracts imposed by economic reality, which are not organized by special texts, which in this case he must carefully examine, then determine the obligations arising from them and organize them. in a hierarchical order. so that it is easy for him to separate the essential obligations from the secondary obligations, to finally lead to the correct adaptation of the contractual relationship, subject to the rules which are compatible therein.

Keywords :

Essential obligation, Essence of the contract, Principal obligation, Fundamental obligation.

مقـــــــدمة:

العقد آلية قانونية تمكن الأفراد من إفراغ إرادتهم والتعبير عنها على النحو الذي يتماشى ومصالحهم، وهو يعتبر أهم مصدر للالتزام، لذا أولته معظم التشريعات بقواعد خاصة، تنظم أحكامه وأثاره، وجعلت منه الشريعة العامة التي يجب الرجوع إليها إذا نشأ أي نزاع بين المتعاقدين، لأنه يعتبر كالقانون بالنسبة إليهم، وما على القاضي إذا طرح عليه النزاع إلا فحص الاتفاق الذي يربطهم، ومن ثم تكييفه من أجل تحديد التزامات كل طرف.

وعملية التكييف تختلف باختلاف العلاقة العقدية التي تربط الأطراف فيما بينهم، وهي تكون أحيانا أمرا في غاية البساطة إذا تعلق الأمر بأحد العقود المسماة التي نظمها المشرع وأفردها بأحكام خاصة، فما على القاضي في هذه الحالة إلا تطبيق القواعد القانونية الموضوعة سلفا.

غير أن الأمر ليس بهذه البساطة دائما، فالتطور الاقتصادي يؤدي باستمرار إلى ظهور اتفاقات جديدة، تتضمن في كثير الأحيان التزامات غير مألوفة، ما يصعب الأمر على القاضي إذا طرح عليه النزاع، فهو يجد نفسه من جهة مجبرا على الفصل فيه، و يجد نفسه من جهة أخرى أمام التزامات لم ينظمها المشرع، ومهما يكن الأمر فإنه ملزم بتكييف العلاقة العقدية من أجل الوصول إلى الأحكام والقواعد التي ينضبط بها النزاع، ولا مناص له في هذه الحالة إلا الرجوع إلى إرادة الأطراف وفحصها فحصا دقيقا للوقوف على نيتهما المشتركة، سواء من خلال الألفاظ المستعملة، أو من خلال الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد، وتبعا لذلك يحدد الالتزامات التي يرتبها العقد[1].

والوقوف على الالتزامات التي يولدها العقد ليس كافيا وحده لتحديد طبيعة هذا الأخير، إنما يجب ترتيب هذه الالتزامات ترتيبا هرميا، ومن ثم تحديد ما يعتبر التزاما جوهريا، وما يعتبر التزاما ثانويا، لأن الالتزام الجوهري وحده هو الذي تتكيف به العلاقة العقدية[2]، لأنه يعتبر الغاية التي كان يرمي إليها كلا المتعاقدين، وهو الباعث الدافع للتعاقد.

غير أن تمييز الالتزام الجوهري عن الالتزام الثانوي ليس بالأمر الهين، بل هو عمل مضن يبذل في سبيله القاضي قصار جهده مستعينا بكل الآليات التي يتيحها القانون، بغية تحقيق العدالة العقدية، ودقة هذا الموضوع تجعلنا نتساءل عن كيفية الوقوف على جوهر العقد، وعن الأسس والقواعد التي ينضبط بها؟. والإجابة على هذا السؤال تكون من خلال نقطتين أساسيتين، تتعلق الأول بتحديد ماهية الالتزام الجوهري (المحور الأول) والأخرى بتحديد أساس هذا الالتزام (المحور الثاني).

المحـــور الأول: ماهيـــة الالتـــزام الجـــوهري

يعتبر الالتزام الجوهري من المسائل العقدية الدقيقة التي لم تأخذ نصيبها من النقاش في نطاق قانون العقود،فالدراسات التي تناولت هذه الجزئية تكاد تكون نادرة، ولم يتم تعريفه تعريفا دقيقا وواضحا لا من قبل الفقه ولا القضاء، لذا فإننا سنحاول الوقوف على أهم التعريفات التي سيقت بمناسبة تعريف الالتزام الجوهري (أولا) وتحديد المعايير التي يمكن من خلالها الوقوف على مفهوم للالتزام الجوهري (ثانيا) .

أولا: المقصـــود بالالتـــزام الجـــوهري

يعتبر مصطلح الالتزام الجوهري من بين المصطلحات الأكثر إثارة والأقل ضبطا في الحقل القانوني، فالفقه والقضاء لم يتوصلا بعد إلى وضع تعريف جامع مانع له، بل على العكس من ذلك، فإن هذه التعريفات ماضية في التوسع يوما بعد يوم، فأحيانا يتم حصر هذا المصطلح في تعريف في غاية البساطة، وفي أحايين أخرى يتم التوسع في مفهومه إلى حد يجعله يستوعب مفاهيم خارجة عنه.

ويعتبر الأستاذ Pothier من بين الفقهاء الأوائل الذين حاولوا تعريف الالتزام الجوهري، فهو يرى فيه " ذلك الالتزام الذي لا يتصور وجود العقد بدونه، وهو الذي يعبر عن طبيعته، وتَخَلُّفه قد يبطل العقد، أو قد يدخله في نطاق عقد آخر"[3].

أما الأستاذان Prudhomme et Picard فيعرفان الالتزام الجوهري بأنه " الالتزام الذي يكون وجوده لازما لنشأة العقد" وتوضيحا لذلك فهما يَرَيان بأن الالتزام الجوهري ليس له إلا وظيفة واحدة، وهي حفظ التوازن العقدي،بحيث يكون هو السبب في دفع كل متعاقد إلى إبرام العقد، ولا يخفى أن هذا التعريف يخلط بين الالتزام الجوهري وسبب العقد، بل وذهبا إلى أبعد من ذلك بحيث اعتبرا أن الالتزام الجوهري لا يعدو أن يكون مفهوما متشعبا عن مفهوم السبب، أي أنه لا يشكل مفهوما مستقلا بذاته[4].

أما الأستاذة Nélia Cardoso-Roulot فهي ترى بأن الالتزام لكي يكون جوهريا لا بد من أن يتصف بثلاثة أوصاف؛ أن يكون موضوعيا، مجردا ومتعددا، وهو يتحدد تبعا لطبيعة العقد بل هو يشكل الطابع الموضوعي

له،فهو مستقل عن إرادة المتعاقدين، بل وحتى عن الظروف المحيطة بالعقد، وخلصت في النهاية إلى أن الالتزام الجوهري هو ذلك "الالتزام الضروري لوجود العقد وتعريفه، بحيث لا يتصور قيام العقد أو تكييفه أو تصنيفه بدونه"[5].

وأعطى الأستاذ Jestaz تعريفا آخر لهذا الالتزام[6]، فهو يرى بأن الالتزامات الأساسية تتبع طبيعة الأشياء،بحيث يتضمن كل عقد بحسب منفعته الاقتصادية المحضة، التزاما يمثل لبنته الأساسية[7].

أما الأستاذ Flour وفريقه فقد عرفوا الالتزام الجوهري بأنه " ذلك الالتزام الذي يتحكم في العقد، والذي يشكل خصوصيته التي يتوخاها المتعاقدان صراحة"، وهذا التعريف يضفي على الالتزام الجوهري صفتين أساسيتين، فمن جهة هو الذي يكون عليه مدار تكييف العقد لأنه " يتحكم فيه" ومن جهة أخرى هو الباعث على التعاقد لأنه " هو الذي توخاه المتعاقدان"[8].

والأستاذ Laroumet يرى بأن الالتزام الجوهري " هو الالتزام الذي يعتبر جزء من جوهر العقد في حد ذاته،ويُبَيّن روح هذا العقد ومعناه، وتخلفه يؤدي إلى تخلف وصف العقد من أساسه" وهذا التعريف يقترب من التعريف الذي أورده الأستاذان Prudhomme et Picard ، بحيث يخلط بين فكرة السبب ومفهوم الالتزام الجوهري.

ويرى الأستاذ Tancelin بأن الالتزام الجوهري " هو الالتزام الذي يسمو على كل الالتزامات الأخرى، وهو الذي يحافظ على جوهر العقد "[9] ويستخلص ضمنيا من هذا التعريف أن العقد ليس له إلا التزام جوهري وحيد، أو في جميع الأحوال لا يتحمل كل طرف في العقد إلا التزاما جوهريا واحدا.

وأخيرا فإن الأستاذ Fréchette يرى بأن الالتزام الجوهري " هو الالتزام الذي يضفي على العقد معناه،وبدونه لا يكون للرابطة العقدية أي منفعة بالنسبة للأطراف"[10].

ثانيا: معايير تحديد الالتزام الجوهري

في دراسته القيمة عن الالتزام الجوهري بعنوان "الالتزام والجزاء: محاولة للبحث عن تعريف الالتزام الجوهري" قام الأستاذ Jestaz بالتمييز بين نوعين من الالتزامات الجوهرية، الالتزام الجوهري بطبيعته والالتزام الجوهري الذي تحدده إرادة الطرفين، وهذا يعني وجوب النظر إلى هذا الالتزام بمعيارين مختلفين، أحدهما موضوعي خارج عن إرادة الأطراف، والآخر ذاتي يخضع لها[11]، لذا وجب تحديد المقصود بهذين المعيارين، وما إذا كانا يضمنان للالتزام الجوهري بعض الاستقلالية (**I**) ومن خلال ذلك نقوم بتمييزه عن المفاهيم المشابهة لها (**II**)

I- الالتزام الجوهري بين الذاتية والموضوعية

لتحديد أو تعيين الالتزام الجوهري، هناك معياران يمكن استخدامها: أحدهما موضوعي والآخر شخصي. الأول يتعلق بتحديد الالتزام الجوهري بطبيعته، في حين أن الثاني يتعلق بتحديد هذا الالتزام بناء على إرادة أطراف العقد، ومن أجل الوقوف على حقيقة كلا المعيارين، سنقوم في البداية بعرض مضمونهما (1) ومن ثم تحليلهما لمعرفة ما إذا كانا يشكلان ثنائيا متكاملا، أم أن أحدهما له الأولوية على الآخر(2).

1- عــرض الفكـــرة

أ- الالتزام الجوهري بطبيعته

أحيانا يكون سهلا من الناحية الشكلية تمييز الالتزام الجوهري عن باقي الالتزامات التي يتضمنها العقد،وبالأخص الالتزامات الثانوية، ففي بعض الحالات فإن العقد يأخذ تسميته من هذا الالتزام الجوهري كما هو الحال في عقد الصيانة[12].

ومن الناحية العملية فإن الأمر يختلف نوعا ما، فقد درج القضاء عند محاولته وضع تفرقة نظرية بين الالتزام الجوهري والالتزام الثانوي، على إعداد قائمة للالتزامات الجوهرية تتماشى وطبيعة كل عقد، ففي عقد البيع مثلا الالتزام الجوهري للبائع هو تسليم الشيء، أي وضعه تحت تصرف المشتري، وفي ذلك يقول الأستاذ BATTIFFOL : " التسليم هو جوهر عقد البيع، بغض النظر عن الطريقة التي يتم تنفيذه بها، فإننا لا يمكنا أن نتصور مشتر يتنازل نهائيا عن استخدام الشيء ... فالتسليم هو الفعل المحدد لعملية البيع التي سيظهر بها العقد ".

ولتوضيح هذا النقطة، استدل الأستاذ "DELEBECQUE " بقرار صادر عام 1977 عن محكمة "Aix-en-Provence "[13] وذلك بخصوص قضية تتلخص وقائعها في أن ميكانيكي بلجيكي كان يقوم باقتناء السيارات المحظورة في هذا البلد ويوجهها بالأجزاء الضرورية إلى مقاول في فرنسا، ليقوم بتصليحها وتسويقها، واستمر تنفيذ العقد لمدة طويلة، وحصل وأن قام هذا الميكانيكي بإرسال سيارة غير قابلة للتصليح بسبب العطب الكبير الذي لحق بها،فرفض المتعاقد معه الفرنسي استلامها، فَرُفع النزاع أمام القضاء وبعد تعيين خبير، خلص إلى أن عملية الإصلاح مكلفة، ومن شأنها أن ترفع قيمة السيارة عن المعتاد ما يجعل عملية بيعها أمرا في غاية الصعوبة، فرفضت المحكمة الدعوى وأيدت الدفوعات التي تقدم بها المقاول الفرنسي وقضت بأنه "لا يمكن لوم المقاول الفرنسي على الرجوع في الاتفاق التجاري الذي يربطه بالميكانيكي، ورفضه دفع ثمن السيارة المرسلة إليه، ما دامت هذه الأخيرة يستحيل إعادة إصلاحها" وتعليقا على هذا الحكم يرى الأستاذ DELEBECQUE أن " عجز السيارة عن السير يعني أنها أصبحت بدون فائدة، وبذلك يكون البائع قد أخل بالتزامه الجوهري، إذ يقع على عاتقه التزام جوهري بتسليم سيارة صالحة للسير، وهذا الالتزام لا يمكن إعفاؤه منه".

وتوالت بعدها الأحكام التي تعتبر أن الالتزام بالتسليم هو الالتزام الجوهري في عقد البيع، وإذا كانت المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي تضع على عاتق البائع التزامين أساسيين، أحدهما يتعلق بتسليم الشيء المبيع والآخر التزام بضمان هذا الشيء، فإن هذا الأخير ليس إلا التزاما مصاحبا للتسليم، ويبقى الالتزام بالتسليم وحده هو الالتزام الجوهري في العقد، لذا لا يستطيع الأطراف استبعاده ولا الاتفاق على مخالفته، فهو التزام قانوني محض.

ويكتسي عقد الإيجار بعض الغموض بشأن تحديد التزامه الجوهري، هذا الغموض ناتج عن اجتهاد محكمة النقض الفرنسية، والتي تقرر بأن المؤجر غير ملزم بتمكين المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعا هادئا، وهذا ما قررته في أحد قراراتها الصادرة سنة 1945 حيث جاء فيه " التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة بصفة هادئة، طيلة مدة العقد لا يعتبر جوهر عقد الإيجار "، وتعليقا على هذا القرار يرى بعض الفقهاء أن المحكمة بقولها أن

" الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع ليس جوهر العقد " فهي لا تقصد هنا إلا الالتزام بصفة عامة المنصوص عليه بالمادة 1709 من القانون المدني الفرنسي وليس الأداء المتعلق بالانتفاع المنصوص عليه بالمادة 1719 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي.

والخلاصة أن التزام المؤجر بضمان تمتع المستأجر بالعين المؤجرة هو الالتزام الجوهري لعقد الإيجار. وهذه الخلاصة صالحة لكل العقود الواردة على حق الانتفاع، لذلك نجد مثلا أن العقد الذي يتعلق باستئجار نظام إنذار تم تحديد التزامه الجوهري على هذا النحو " وضع تحت تصرف العميل نظاما صالحا للعمل وقادرا على توفير الخدمات التي يوفها مثل هذا النظام".

ويزداد الأمر صعوبة عندما يتعلق الأمر باستئجار عربات القطار التي تنقل البضائع، أين يصعب تحديد الالتزام الجوهري، لأنه يجب الأخذ بعين الاعتبار طبيعة هذه البضائع، فإذا كانت البضائع المنقولة لا تتأثر بالتغيرات الحرارية وإنما تتطلب فقط درجة حرارة عادية، فإن الالتزام الجوهري للمؤجر هو توفير عربة قادرة على عزل البضائع عن العوامل الخارجية ونقلها بأمان.

أما إذا كانت هذه البضائع مما يتطلب نقله على البارد، فإن الالتزام الجوهري للمؤجر هو ليس فقط توفير عربة قادرة على العزل فقط، وإنما لا بد أن تكون مزودة بنظام تبريد زيادة على ذلك.

وفي عقود الملاحة البحرية، فإن الالتزام الجوهري للناقل البحري يتجسد في أن يضع صاحب القارب تحت تصرف المستأجر قاربا في حالة جيدة وصالحا للإبحار، أي أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط المتعلقة بعملية الإبحار وبعملية تنظيم الرحلة، والشروط المتعلقة بهيكل القارب وقدرة استيعابه ومدى تهيئته لاستقبال البضائع[14].

ولا يمكن إنهاء الحديث عن هذا النوع من الالتزامات دون الحديث عن الالتزام بحسن النية عند التعاقد الذي يفرضه القضاء الفرنسي بمناسبة كل العقود، بل وحتى في شبه العقود، لكن يثور التساؤل هنا عما إذا كان هذا الالتزام ناتجا عن طبيعة العقد في حد ذاته أم انه ناتج عن إرادة الأطراف؟

للإجابة على هذا السؤال، يمكن القول أن الأطراف وبقبولهم التعاقد يكونون قد جعلوا ضمنيا من الالتزام بحسن النية كالتزام جوهري، فمبدأ حسن النية متأصل في مفهوم العقد بشكل عام.

وبالإضافة إلى هذه الأمثلة، هناك بعض الالتزامات الثانوية تكون ضرورية للعقد ولكنها غير كافية لتقرير إبطاله، كما هو الحال بالنسبة للبنود المتعلقة بالمسؤولية.

ومفهوم الالتزام الثانوي مفهوم نسبي نوعا ما، يختلف باختلاف العقد، فما يعد ثانويا في عقد ما، قد يعتبر التزاما جوهريا في عقد آخر، فمثلا الالتزام بالحراسة يعتبر التزاما ثانويا في عقد ركن السيارات، في حين يعتبر التزاما جوهريا في عقد الحراسة، وفي نفس السياق فان الالتزام بالصيانة يعتبر التزاما ملحقا في عقد ركن السيارات في حين يعتبر التزاما جوهريا في عقد التصليح.

وهناك التزامات تبعية بطبيعتها كما هو الحال بالنسبة للالتزام بضمان العيوب الخفية والظاهرة (المادة 1642 من القانون المدني الفرنسي)، فالالتزام بضمان العيوب الظاهرة التي وجدت في عقد الإيجار تحت اسم الالتزام بتسليم

المساكن في حالة جيدة، منطقيا لا يمكن اعتباره التزاما جوهريا وينطبق الحكم نفسه على الالتزام بالصيانة خلال عقد الإيجار الذي أشارت إليه محكمة النقض إلى أنه " إذا كان المؤجر ملتزما كأصل عام بصيانة العين المؤجرة ... فلا يمكن منعه من التحلل من هذا الالتزام"[15].

وقد ظهرت مؤخرا التزامات ثانوية أخرى، يمكن أن نذكر منها الالتزام بالنصيحة (المصرفي،الموثق،المهندس،طبيب، المؤمن ...) والالتزام بالتعاون في مجال الإعلام الآلي، الالتزام بالسلامة، الالتزام بالتحذير،الالتزام بالنجاعة بالنسبة لوكالات السياحة والأسفار، والالتزام بالحيطة (بالنسبة لمدارس تعليم السياقة،المخيمات الصيفية ...)، وكل هذه الالتزامات وعلى الرغم من أنها نشأت كالتزامات ثانوية، إلا أنه يمكن بحسب الظروف وبحسب طبيعة العقد، أن تتحول إلى التزامات جوهرية.

والالتزام الثانوي ما لم يكن متعلقا بوجود الالتزام الجوهري في حد ذاته، فإن عدم الوفاء به ليس من شأنه أن يؤثر في صحة العقد، وهذا معناه أن الالتزام الثانوي إذا لم يكن مندمجا مع الالتزام الأصلي فإن أثره يبقى محدودا[16].

ب- الالتـزام الأسـاسي بـإرادة الطـرفين

تحتل نظرية سلطان الإرادة مكانة أساسية في قانون العقود، فهي تعتمد على مبدأ الرضائية الذي يتجلى من خلال المظهر الخارجي للإرادة الأطراف، غير أن ذلك يطرح صعوبة من الناحية العملية بشأن الإرادة التي يجب أن يعتد بها، هل هي الإرادة الباطنة (الحقيقية) أم الإرادة الظاهرة ؟

هذه المسألة وإن كانت قد أسالت الكثير من الحبر في وقت مضى، فإنها أصبحت بدون معنى في الوقت الحاضر، فالقانون الفرنسي بقي وفيا لمبدأ الإرادة الباطنة، واتفاق الأطراف لا يكون له أي قيمة قانونية إلا إذا كان يعبر حقيقة عن إرادة من أبرمه، وهذا التعبير قد يكون صريحا، كما قد يكون ضمنيا، وتبعا لذلك فلهما إما أن يحددا الالتزام الجوهري صراحة ، كما يمكن أن يستخلص ذلك ضمنيا.

والإرادة الظاهرة هي الإرادة المعبر عنها، فهي يجب أن تتوافق مع الإرادة الحقيقية، والأطراف ليسو بحاجة إلى تكييف هذا الالتزام أو ذاك على أساس أنه التزام جوهري، فكل بند يتضمن الإبقاء على المعنى الحقيقي للعقد يعتبر التزاما جوهريا، والأصل أن تحديد الالتزام الجوهري يكون باتفاق الأطراف، ومع ذلك ليس هناك ما يمنع من أن يتم تحديده بإرادة طرف واحد فقط شريطة إعلام الطرف الآخر.

ومن الناحية العملية فإن الأطراف يقومون بتحديد الالتزام الجوهري عن طريق بند في العقد، وهذا الأخير يستعمل إما لتسليط الضوء على الالتزام الجوهري مثل اقتراح ملحق للسعر، أو لتعزيز التزام موجود أصلا في العقد.

وهكذا يمكن أن نستخلص أنه كلما وضع الأطراف بندا في العقد بهدف التأكيد على التزام معين (حتى ولو كان ثانويا) في العقد كلما اعتبر هذا الالتزام جوهريا، وتأكيدا لذلك صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية في 02 ديسمبر 1998 حيث اعتبر القضاة أن الالتزام بالرعاية الذي خصه المتعاقدان بشرط صريح في العقد يعتبر التزاما جوهريا[17].

كما يمكن للأطراف أيضا أن يقوموا بتحديد الالتزام الجوهري عن طريق إرادتهم الضمنية وفي هذه الحالة يتم استخلاص الالتزام الجوهري من خلال ما أراده الأطراف عند إبرامهم للعقد، فالقاضي هنا يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من خلال الظروف والملابسات المحيطة بالعقد[18].

بقيت مسألة أخيرة تتعلق بكيفية التمييز بين الالتزام الجوهري بطبيعته، وبين الالتزام الجوهري النابع عن إرادة الأطراف، فالمسألة في غاية الدقة، وعلى العموم يمكن القول أننا نكون أمام التزام جوهري بطبيعته إذا لم يكن أطراف العقد بحاجة إلى تحديده، أي أن مجرد إبرامهم للعقد يوحي بأن المقصود هو تحقيق هذا الالتزام بعينه.

وسواء أكان هذا الالتزام محددًا ضمنيًا أو صريحًا، فإن القاضي يركز على الإرادة الفعلية للأطراف في تحديد الالتزام[19].

02- التقييـــم

إن الالتزام الجوهري الذي حددته إرادة الأطراف يثير الكثير من الأسئلة، فإذا كان يمكن للأطراف أن يحددوا بأنفسهم الالتزام الجوهري، فهل يسمح لهم بالقيام بذلك على هواهم؟ أم أنهم ملزمون بالحفاظ على الحد الأدنى للعقد؟ وهل يمكن تغيير الالتزام الجوهري أثناء سريان العقد؟.

يصعب الإجابة على هذه الأسئلة بدقة، فإعمال مبدأ سلطان الإرادة يجعل لأطراف العقد الحرية المطلقة في تضمين العقد ما شاؤوا من التزامات، وتبعا لذلك فلهم كامل الحرية في تحديد الالتزام الجوهري في العقد، كما لهم أن يغيروه متى رأوا في ذلك مصلحة لهم.

ولكن من الناحية العملية فإن الأمر مختلف نوعا ما، فإرادة الأطراف تضعف كلما تعلق الأمر بعقد متفق على التزامه الجوهري (نقل الملكية بالنسبة لعقد البيع مثلا)، لأنه في هذه الحالة لا يمكن المساس بهذا الالتزام الجوهري أو تغييره، وإلا تغيرت طبيعة العقد وتغير تكييفه تبعا لذلك.

ويكون للالتزام الجوهري صبغة ذاتية إذا تم تحديده من قبل الأطراف، غير أن هذه الصبغة تتلاشى بسرعة إذا علمنا أن الأطراف ملزمون بالحافظ على جوهر العقد ككل، وجوهر العقد يعني النظر إلى الالتزام الجوهري بصفة موضوعية، فبالرغم من أن طريقة تحديد الالتزام الجوهري كانت ذاتية في البداية، إلا أن هذه الذاتية سرعان ما تحولت إلى طريقة موضوعية فرضها جوهر العقد[20].

وخلاصة القول أن الالتزام الجوهري وإن كان يصطبغ بصبغة ذاتية، إلا أن له صبغة موضوعية أيضا يجب أخذها بعين الاعتبار، وهذا ما يفسر تردد الفقهاء في إيجاد أساس لهذا المفهوم.

II- تمييـز الالتـزام الجوهـري عن غيـره من الالتزامات

مثل أي التزام آخر، قد يكون الالتزام الجوهري التزاما بتحقيق نتيجة أو التزاما بوسيلة، غير أنه يقترب أكثر من الالتزام بتحقيق نتيجة، وهذا التشابه لا يقتصر فقط على الأثر المترتب عن عدم الوفاء به، حيث يكون ذلك سببا لفسخ العقد والمطالبة بالتعويض.

وبما أن للأطراف الحرية الكاملة في أن يحولوا الالتزام الثانوي إلى التزام جوهري، فإن لهم أيضا أن يحولوا الالتزام بوسيلة إلى التزام بتحقيق نتيجة، ذلك أن الالتزام بتحقيق نتيجة ليس موجودا في كل العقود.

والالتزام الجوهري مثله مثل الالتزام بتحقيق نتيجة يمكن أن يختلط بمفاهيم أخرى كالعناصر الجوهرية للعقد (01) والالتزام الرئيسي أو الأساسي (02) والالتزام المميز(03).

01- تمييزه عن العناصر الأساسية للعقد

يعتبر الأستاذ كريستيان لافابر-Christian Lavabre- أول من عالج هذه المسألة حيث لاحظ أن رجال القانون يعطون العناصر الأساسية للعقد نفس المعنى الذي يعطونه للالتزام الجوهري، أي أنهما يعبران عن حقيقة واحدة،وهو يرى أن هذا الطرح لا بد من أخذه بتحفظ، ذلك أن الالتزام الجوهري هو " الأداء الذي يضفي على العقد خصوصيته، ويميزه عن باقي العقود، فهو يشكل مركز ثقل الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للعملية العقدية" في حين أن العناصر الأساسية للعقد فهي تشكل جميع مكونات الأداءات التي تعطي للعقد خصوصيته وتضمن في نفس الوقت فعالية العلاقة العقدية[21].

فالعناصر العقدية موجودة منذ المرحلة السابقة على التعاقد، أين يقوم الأطراف بالتفاوض وبكل حرية للاتفاق على تحديد النقاط الأساسية للعقد، وسيتم الحفاظ على هذه العناصر كما اتفق عليها طيلة المرحلة المقبلة للعقد، وفي هذه المرحلة لا يمكن الحديث عن الالتزام الجوهري وإنما فقط على العناصر الأساسية للعقد، وهذه الأخير تظهر جليا عند تبادل الإيجاب والقبول، ويمكن فهم ذلك بسهولة لأن الإيجاب لا يكون ذا قيمة إذا لم يتضمن ما يشير إلى هذه العناصر، وفي حالة ما خلا منها، فإنه يتحول إلى مفاوضات، والتي لا يعطي لها القانون أي قيمة قانونية[22].

والاتفاق على العناصر الأساسية يكفي وحده لإبراز طبيعة العقد، حتى في حالة وجود خلاف حول الالتزامات الثانوية، وهذا مقرر بموجب المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي بخصوص البيع" فالبيع يعتبر تاما بمجر الاتفاق على الشيء المبيع وعلى الثمن " وبهذا الخصوص نجد أن محكمة الاستئناف بفرساي أيضا قررت هذا المبدأ في أحد القضايا المطروحة أمامها حيث قضت بمايلي " لا وجود لأي عقد بات ونهائي إذا لم يتم الاتفاق على جميع العناصر الأساسية للعقد وَتَمّ طيلة مراحل التفاوض تقديم اقتراحات مقابلة أو احترازات غير صالحة لإنشاء العقد، وذلك حتى إنهاء العلاقة التعاقدية" وقد استندت المحكمة في ذلك على أن العناصر الجوهرية هي التي تحدد الالتزام الجوهري للعقد وهذا الأخير وحده من يؤثر في عملية التكييف".

إن التمييز بين الالتزام الجوهري والعنصر الجوهري للعقد أمر في غاية الصعوبة، لكن ما تجب الإشارة إليه أن الالتزام الجوهري يتضمن دائما إحساس المتعاقد بأنه مقيد، هذا الإحساس متأصل في الالتزام في حد ذاته، وهناك دائما جزاء مرتبط بعدم احترامه، ولا وجود لهذا الإحساس بالنسبة للعناصر الجوهرية للعقد، وبعبارة بسيطة إذا كان تشكيل العقد يتطلب وجود عناصر جوهرية، فإن هذه الأخيرة قوامها وجود التزام جوهري[23].

وقد حدد المشرع الفرنسي العناصر التي يعتبرها ضرورية في عقود معينة، فمثلا عبء استعادة بعض السلع العينية،يشكل عنصرا جوهريا في عقد الإيداع، والطابع التبعي للكفالة يعتبر عنصرا جوهريا في العقد الذي يحمل هذا الاسم، وأخيرا فإن محرري اتفاقية روما المؤرخة في 19جوان 1980 يعتبرون أن الأداء المميز للعقد هو عنصر جوهري[24].

وقد ساهم القضاء الفرنسي أيضا في تحديد المقصود بالعناصر الأساسية للعقد، ولكن ليس بنفس الصيغة التي اعتمدها المشرع، فالمحاكم تحاول دائما ضبط التكييفات التي تتوافق مع العناصر الأساسية للعقد، ما يسمح لها بتكييف الوقائع والتصرفات محل النزاع بعيدا عن إرادة الأطراف.

وأخيرا نحن نرى أن الالتزام الجوهري والعناصر الجوهرية للعقد هما عنصران حيويان في العقد، بدونهما لا يمكن للمرء أن يتحدث عن العقد.

02- الالتـزام الجـوهري والالتـزام الأساسـي أو الرئيسـي

ظهر مفهوم الالتزام الأساسي من طرف محكمة النقض الفرنسية بمناسبة القرار الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1997 حيث جاء فيه " أن شركة BRINK'S قد أخلت بالتزام أساسي عندما لم تقم بتحذير مالكي المتجر بأنها لا تقوم بالمراقبة على الوجه المنصوص عليه في العقد " وفي تعليقها على هذا القرار فإن السيدة BRITON ميزت بين الالتزامات الجوهرية والالتزامات الأساسية، وحسبها فإن واجب تحذير مالكي المتجر لا يشكل الالتزام الجوهري لعقد الحراسة عن بعد إنما يعتبر التزاما أساسيا.

غير أن هذا التحليل لا يبدو ملائما، لأنه من الناحية العملية لا توجد حاجة للتمييز بين الالتزامين، وكان الأسهل والأكثر منطقية اعتبار هذا الالتزام في هاته الحالة التزاما ثانويا يكمل الالتزام الجوهري ويذوب فيه، ويخضع في النهاية لنفس نظامه القانوني.

فمن غير الحكمة القيام بالتمييز بين الالتزامين في الوقت الذي لا تقوم فيه النصوص القانونية بمثل هذا التمييز،لذا نجد أن الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية يقضي بأن الالتزام الأساسي هو تسمية أخرى للالتزام الجوهري، وهذا ما نادى به الأستاذ مازو عندما علق على نفس القرار: " الغرفة المدنية الأولى تستعمل مصطلح أساسي للدلالة على الالتزام الذي لم يتم الوفاء به وإلغاء البند المتنازع عليه، وبالرغم من تغير المصطلح إلا أن له معنى واحد بالنسبة للاجتهاد القضائي."[25]

وهنا يجب التنويه إلى أن الالتزام الأساسي هو التسمية التي تطلقها بعض التشريعات المقارنة على الالتزام الجوهري، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الألماني والبلجيكي والايطالي.

أما بالنسبة للعلاقة بين الالتزام الأساسي والالتزام الجوهري يجب الإشارة إلى أن الالتزام يمكن أن يكون أساسيا دون أن يكون جوهريا، أي يمكن لالتزام رئيسي أن يسهم في تكييف العقد دون أن يكون جوهرا له، وهذا ما يميزه عن الالتزام الثانوي، فهو يقع في مرتبة أعلى منه حتى وإن كان يقترب منه أحيانا، خاصة لما تكون الالتزامات الأساسية محلا للشروط المتعلقة بتعديل المسؤولية[26].

وتبعا لذلك يمكن القول أن العقد منظم على النحو التالي: الالتزامات الجوهرية ثم الالتزامات الأساسية ثم الالتزامات الثانوية، وهذا الاستنتاج نابع من تفسير المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أن البائع يقع على عاتقه التزامان رئيسيان، في حين يرى الفقه أن الالتزام بالتسليم هو الالتزام الجوهري للبيع.

ويبدو لنا أن التمييز بين الالتزام الجوهري والالتزام الرئيسي هو في الواقع أمر غامض أو على الأقل ليس ذا أهمية كبيرة من الناحية العملية، لأن الالتزام لا يمكن أن يكون جوهريا إلا إذا كان أساسيا، لكن العكس ليس صحيحًا على الأقل في عقود الإيجار والبيع.

علاوة على ذلك، فإن هذا التمييز يجعل تحديد الالتزام الجوهري أمرا معقدًا، يؤدي إلى إنشاء فئة وسطى بين التقسيم التقليدي للالتزام (الالتزام جوهري والالتزام الثانوي)، هذه الفئة ليست لا جوهرية ولا ثانوية، وهذا ما حذا ببعض الفقهاء إلى القول بأن الالتزام الأساسي ما هو في النهاية إلا التزام جوهري وفي هذا الصدد تقول الأستاذة " glavanis " الالتزام يقسم كالأتي: التزام جوهري أو رئيسي و التزام ملحق أو ثانوي"

ولكن هناك أستاذ آخر يرى بأن الفرق بين الالتزام الجوهري والالتزام الأساسي يكمن في نطاق كل منهما،فنطاق الالتزامات الأساسية أو سع من نطاق الالتزامات الجوهرية، غير أنه لم يقدم شرحا لذلك، ولم يستدل على ذلك بأي أمثلة واكتفى فقط ببسط مختلف الالتزامات الجوهرية التي تتضمنها العقود[27].

في النهاية، ليست هناك حاجة للتمييز بين هاذين المفهومين، ويكفي القول ببساطة إن الالتزامات الجوهرية المشار إليها في المادة 1603 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالبيع والفقرة 1 من1720 من نفس القانون فيما يتعلق بالإيجار هي مجرد التزامات محددة متأصلة في طبيعة هذه العقود.

03- الالتـزام الجوهـري و الالتـزام المميـز:

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من المسائل التي أخذت حيزا كبيرا في نطاق القانون الدولي الخاص، وقد اعتمد الفقهاء في ذلك على القاعدة التالية: " إذا تضمن العقد عدة التزامات، أو نص على عدة أماكن للتنفيذ، فإنه يكون خاضعا لقانون المكان الذي ينفذ فيه التزامه الأساسي المميز لطبيعته القانونية الخالصة"

في عام 1938 ، قام العميد باتيفول بتنظيم نظرية الالتزام المميز في القانون الدولي الخاص، واستند على هذا المفهوم نفسه، في نظريته الخاصة بالتوطين، وبالنسبة له فإن قاعدة التنازع في مجال العقود الدولية تتجلى في قانون الإرادة،ومن هذا المنطلق فإن أطراف العقد لا يقومون بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وإنما يقومون بتحديد موقع المعاملة بالضبط، وهذا التحديد يتم انطلاقا من الوظيفة الاقتصادية للعقد، وهو يعنى بالكشف عن العنصر الأكثر أهمية في العقد، وفي حالة غياب أي عنصر واضح، يتم الاعتماد على الالتزام الجوهري أو الرئيسي لتحديد موطن العقد،وعندها يكون العقد خاضعا لقانون مكان تنفيذ الالتزام الرئيسي أو الجوهري، فهذا القانون هو الذي يعتبر أن له أكبر صلة بالعقد[28].

لا يعطي الأستاذ باتيفول تعريفا للالتزام المميز، لكنه يحدده بناء على التمييز بين أنواع العقود المختلفة، فعلى سبيل المثال، فيما يتعلق بعقد البيع، يرى أن الأداء المميز هو "الذي يُستَحق من أجله المبلغ الذي يدفعه أحد

الطرفين"،وفي عقد النقل يرى بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون المكان الذي يتم فيه التسليم والذي هو غاية النقل في حد ذاته.

بعدها قام السيد بول لاغارد- Paul Lagarde- بإعطاء تعريف حقيقي للالتزام المميز حيث عرفه بأنه "الأداء الذي يمنح العقد خاصيته التي تميزه عن بقية العقود، والذي يشكل مركز الثقل والوظيفة الاجتماعية–الاقتصادية للالتزام التعاقدي".

ويحقق مبدأ الأداءات المميزة العديد من الفوائد في مجال الالتزامات التعاقدية، فحسب الأستاذ شنيتزر والذي يقترح تحديد موطن العقد بحسب وظيفته في الحياة الاقتصادية، وقاعدة الأداءات المميزة " ... هي سليمة وسهلة المتابعة وتمنح النتائج الأكثر عمليا ".

وفي الواقع فإن هذا المبدأ يشتمل على حل عضوي، فبدلا من البدء بالعناصر الخارجية أو العرضية للعقد، فإنه ينطلق من الوظيفة الاقتصادية له لتحديد القانون الواجب التطبيق.

وهذه الفائدة العملية للأداء المميز أدت إلى اعتماد هذا المفهوم في العديد من التطبيقات في القوانين الداخلية (الفرنسي والسويسري) وحتى في قوانين المجتمع الدولي (اتفاقية لاهاي في 15 جوان 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات، واتفاقية لاهاي في 14 مارس 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والنيابة).

وفي هذا السياق نجد اتفاقية روما في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تنص في الفقرة الثانية من المادة الرابعة على أنه في حالة انتفاء الخيار فإن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات هو قانون البلد الذي يكون المتعاقد ملزما فيه بتقديم الأداء المميز أثناء إبرام العقد باعتباره البلد الأكثر ارتباطا بهذا الأخير، ويتحدد هذا المكان بالنسبة للشخص الطبيعي بمحل إقامته، أما إذا تعلق الأمر بشركة أو جمعية أو أي شخص معنوي آخر فإن هذا المكان يتحدد بمقر إدارته المركزية"[29] وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الاتفاقية لا تبين المقصود بهذه بالأداءات المميزة.

إن مفهوم الأداء المميز يعتبر عنصرا مهما في أنظمة تنازع القوانين، التي تمتاز بمرونة قواعد إسنادها، فمثلا في القوانين الأنجلوسكسونية وبالأخص في النظام الإنجليزي فإن قاعدة " قانون العقد الملائم" تقضي بأن القانون الواجب التطبيق، هو القانون الأكثر ارتباطا بالعقد، ويفسر الفقهاء ذلك بأن المقصود هنا بالقانون هو قانون مكان الالتزام الرئيسي للعقد.

وفي الولايات المتحدة أيضًا، تعتمد صلاحية العقد على القانون الداخلي للدولة التي يكون للعقد "معظم الصلة" بها، و قد يكون هذا القانون هو القانون الذي يتم اختياره من قبل الأطراف، وفي حالة عدم اختيارهم، يتم الاعتماد على معايير أخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق، من بينها مكان تنفيذ الالتزام الجوهري للعقد.

ويعتري مفهوم الأداء الجوهري في مجال تنازع القوانين قصورا كبيرا، فمثلا في عقود القرض والمقايضة، يكون تحديد مفهومها في غاية الصعوبة، فجل الأداءات التي تتضمنها هذه العقود هي أداءات جوهرية، ولتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يتم اللجوء إلى عناصر إسناد أخرى.

ومفهوم الأداء المميز يمتد أيضا إلى ميدان تنازع الاختصاص القضائي، حيث تقضي القاعدة العامة بأن المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعى عليه، ولكن في المجال التعاقدي فإن محكمة مكان تنفيذ العقد هي المختصة،وفي هذه الحالة فإن العنصر المحدد للاختصاص يكمن في الأداء المميز، وهذا هو المنطق الذي أُعتمد بمناسبة تفسير المادة 5-1 من اتفاقية بروكسل1 في 27 ديسمبر 1968 المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ القرارات المدنية والتجارية، هذا النص يتضمن أنه بغض النظر عن محل إقامة المدعى عليه، فإن المحكمة المختصة هي محكمة مكان تنفيذ الالتزام أو محكمة المكان الذي يجب أن ينفذ فيه هذا الالتزام، وذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بالالتزام هنا هو الالتزام الجوهري ،حتى وإن كانت المحكمة الأوربية لم تنظر اليه بهذا الوصف[30].

أما اللائحة رقم 2001/44 المؤرخة في 22 ديسمبر 2000 بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام في المسائل المدنية والتجارية وتنفيذها، فهي تنص وبطريق أكثر وضوحا من اتفاقية بروكسلI بأن المحكمة المختصة في المجال التعاقدي هي محكمة مكان تنفيذ الالتزام الذي يقوم عليه الطلب، أو المكان الذي يجب أن ينفذ فيه هذا الالتزام، وهذا البيان من شأنه أن يكون محلا لتفسيرين مختلفين؛ فإما أن يعتبر الالتزام الذي يقوم عليه الطلب بمثابة التزام جوهري، وإما أن يقضي على مفهوم الالتزام الجوهري من أساسه في مجال تنازع الاختصاص، لأن أي التزام ثانوي يمكن أن يكون محل طلب أمام القضاء[31].

المحور الثاني– أســاس الالتـزام الجوهــري

يرى الأستاذ Delebecque : "إن مفهوم الالتزام الجوهري للعقد ليس مفهومًا أصليًا بالمعنى الحقيقي للمصطلح؛ وهو ليس تصورا جديدا في المجال التعاقدي، كَوَّنَهُ الفقهاء للإجابة على مشاكل معينة، وإنما هو امتداد لتقنيات سابقة تم تنقيحها لتذليل عدد معين من الصعوبات"[32].

ومن بين هذه التقنيات الموجودة مسبقاً سبب العقد ومحل العقد، الذي تستخدمه محكمة النقض الفرنسية لتحديد مفهوم الالتزام الجوهري.

المحل والسبب عنصران مترابطان بشكل وثيق في العقد، وهما قريبان جدا من بعضهما البعض لدرجة أن بعض القوانين الأجنبية كالقانون الألماني، جعلت منهما مفهومًا واحدا، على عكس القانون الفرنسي الذي حافظ على هذا التمييز مع إعطاء ركن السبب بعض الأولوية بصفته مفهوما حيويا، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن أيهما أنجع كأساس للالتزام الجوهري السبب أم المحل ؟

I- محل العقد كأساس للالتزام الجوهري

نظم القانون الفرنسي نظرية محل العقد بشكل صارم وجامد، على عكس نظرية السبب التي تمتاز بمرونة كبيرة،والقانون المدني الفرنسي (قبل التعديل) يفرق بين محل العقد المنظم بموجب المادة 1129 ومحل الالتزام المنظم بموجب المادة 1110، ونجد الفقه يذهب أبعد من ذلك بحيث يضيف نوعا آخر للمحل وهو محل الأداء[33].

فمحل العقد هو مجموعة الالتزامات التي ينشأ عنها العقد، ومحل الالتزام هو ما يتعين على المدين الوفاء به (منح شيء،القيام بعمل أو عدم القيام بعمل) أو الأداءات التي تختلف وفقاً للإرادة طبقا للمواد 1101 و 1126 من القانون المدني، أما محل الأداء فهو الشيء موضوع الأداء، يمكن أن يكون ملموسا أو غير ملموس ؛ ماديا أو غير مادي.

يرى العديد من المؤلفين المعاصرين أن محل العقد هو الهدف القانوني للأطراف، والعملية التي يسعون إلى تحقيقها، أي محل الالتزام الجوهري للعقد والمميز له[34].

ومما لا شك فيه أن هذا المفهوم لمحل العقد مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم الالتزام الجوهري، وهذا يعني ضمناً أن محل العقد لا يعتبر فقط المحتوى الأساسي للعقد وإنما انعكاساً أيضاً لمفهوم الالتزام الجوهري (2)، لكن وفق النظرية التقليدية فإن "محل العقد" ينظر إليه على أساس أنه "مضمون العقد" (1)

1- المحل كمضمون للعقد

يعتبر محل العقد هو مضمون العقد في الفقه الكلاسيكي، فمحل العقد هو جميع العناصر المتعلقة بإنشاء العقد وتنفيذه والتي تساهم جميعها، كل من جانبه، في تنفيذ العمل المتوخى من قبل الطرفين، هذه الحقيقة تم تسليط الضوء عليها منذ القرن الثامن عشر من قبل Pothier الذي قسم محتوى العقد إلى "ثلاثة أشياء مختلفة"، يأتي في مقدمتها " الجوهرية " "essentialia" وهذا يعني العناصر التي هي جوهر العقد ، وحسبه فإن هذه هي الأشياء "التي بدونها لا يمكن للعقد البقاء أو الاستمرار" وتخلف أحد هذه الأشياء أو عدم وجوده من شأنه أن يعدم العقد أو يغير من طبيعته.

ويضرب على ذلك مثالا بعقد البيع، فإن جوهر هذا العقد وجود شيء ما للبيع وأن هناك سعرًا (شراء). لهذا السبب إذا باع شخص ما شيئًا يعلم أنه لم يعد موجودًا، فلن يكون هناك عقد، ولا يمكن أن يكون هناك عقد بيع بدون شيء تم بيعه، و إذا تم نقل شيء إلى طرف ثالث دون ثمن ، فالحديث يكون عن الهبة أو التبرع، لا عن البيع، فعدم وجود واحد من تلك الأشياء التي هي جوهر العقد يحول دون وجود عقد البيع من أساسه.

ثم تليها الأشياء الطبيعية "naturalia" أي العناصر التي تُستَمَد من طبيعة العقد دون أن تكون جوهرا له،هذه الأشياء هي جزء من العقد ولو لم يقم الأطراف بتبيانها، بل حتى ولو كانت مبهمة بالنسبة لهم ، وهي تختلف عن "essentialia" في أن "العقد يمكن أن يقوم بدونها، وأنها يمكن استبعادها من العقد وفقا لإرادة الطرفين." هذه العناصر تشكل نطاق تطبيق الشروط المعدلة للمسؤولية.

أخيراً، هناك الأشياء العرضية "accidentally" هذه العناصر، ليست لا ناتجة عن جوهر العقد ولا هي من طبيعته، وهي تُضَمَّن في العقد بموجب بنود خاصة[35].

وفائدة هذا التمييز يكمن أن بعض هذه العناصر تعتبر متأصلة في العقد ولا يمكن فصلها، في حين أن البعض الآخر يمكن فصله بسهولة ولا سيما عن طريق إعمال إرادة الطرفين، ومن جهة أخرى فإن الالتزام الجوهري يمكن حصره في الفئة الأولى فقط، وهذا يعني أن مفهوم الالتزام الجوهري يمكن تفسيره من خلال نظرية محل العقد، ولهذا السبب غالباً ما يفهم محل العقد على أنه المحتوى الأساسي أو الجوهري للعقد.

02- الالتـزام الجـوهري انعكـاس لنظـرية محـل العقد

صاحب هذه الفكرة هو الأستاذ- Delebecque- حيث يفسر الالتزام الجوهري من خلال مفهوم محل العقد، وفي هذه الحالة لا يعتبر محل العقد مجرد مضمون بسيط للعقد، ولكنه يعتبر المحتوى الجوهري والأساسي للعقد،ويكون بذلك قد أورد تعريفا جديدا لمحل العقد مفاده " محل العقد يعني الأداء الذي تتدخل إرادة الأطراف من أجله، والذي تدور حوله المنفعة الاقتصادية للعقد، فعندما يبرم العقد يصبح هذا الأداء محلا لالتزام ما، ويكون هذا الأداء هو العنصر الذي إذا فقد لا يمكن للأطراف أن يفكروا في إبرام العقد أصلا، وكانت كل الالتزامات الأخرى متولدة عنه، بشكل يمكن معه أن يمتص كامل المنفعة الاقتصادية للعقد فإنه يعتبر محلا للعقد بأتم معنى الكلمة[36].

هذا التعريف من شأنه تسليط الضوء أكثر على محل العقد، فهو يساعد على خلق تحديد للنظرية التي كانت حتى وقت قريب تعتبره مجرد مضمون للعقد، ووفقا لهذا التصور الجديد نلاحظ أن موضوع العقد يتكون فقط من "essentialia"، وهي، تختلف بذلك عن التركيبة الثلاثية التي أنشأها –Pothier– فيما يتعلق بمضمون العقد،وحسب منطق الاستاذ Delebecque يتساوى محل العقد مع الالتزام الجوهري.

وفي قرار صادر في 2 ديسمبر 1997، أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الطرح نوعا ما عندما تحدثت عن جوهر العقد، هذا الأخير يحيل بما لا يدع مجالا للشك على مفهوم المحل أحسن من إحالته على مفهوم السبب.

وواضح أن محل العقد يمكن أن يكون انعكاسا لمفهوم الالتزام الجوهري خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أن المحل يشير إلى الجوانب الكمية للعقد وأن هذه الجوانب تكتسي أهمية كبيرة عندما نريد تقييم الالتزام الجوهري، ولكن هل يمكن أن يعتبر محل العقد كأساس ثابت لمفهوم الالتزام الجوهري؟

والإجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي، فمفهوم محل العقد غامض جدا، بحيث لا يمكن معه تحديد متى يمكن إلغاء العقد بسبب عدم الوفاء بالالتزام الجوهري، هذا بالإضافة إلى أن الإنزال الكبير للالتزامات الجديدة في المجال العقدي، من شأنه أن يوسع من نطاق مفهوم محل العقد، ما يجعل من الاعتماد على مفهوم هذا الأخير كأساس دقيق للالتزام الجوهري محل نظر.

وهذا الطرح لم يَخَفَ على بال الأستاذ –Delebecque – والذي لاحظ بأن مفهوم محل العقد قد تم مد نطاقه إلى أبعد الحدود من قبل القضاء، بحيث أضاف التزامات ثانوية كالالتزام بالسلامة إلى المضمون الإجباري للعقد.

ونتيجة لهذا القصور الذي يعتري مفهوم محل العقد كأساس للالتزام الجوهري يرى الأستاذ –Delebecque – أن عيوب محل العقد تكشف بأن السبب هو الوحيد القادر على تجميع كل الأفكار التي يتضمنها مصطلح الالتزام الجوهري.

II- سبب العقد كأساس للالتزام الجوهري

نظرية سبب العقد جد معقدة، فمضمونها تأثر بعاملين اثنين، التطور المستمر للقواعد المنظمة للعقود من جهة،وبالممارسة العملية من جهة أخرى، فسبب العقد له مفهوم تاريخي وآخر وظيفي .

وتاريخ سبب العقد يرجع إلى الحقبة التي سبقت إعداد القانون المدني الفرنسي، فهذا المفهوم كان معروفا في ظل القانون الروماني والقانون الكنسي، وبعد صدور القانون المدني الفرنسي، مر مفهوم السبب بثلاث مراحل أساسية[37]:

المرحلة الأولى واستمرت خلال القرن العشرين، وكان ينظر إلى سبب العقد بصفة مجردة ويجعل من التراضي المصدر الوحيد للعقد، وكان السبب هنا يقابل محل العقد ، وكان الأستاذ دوما متصدر هذا الرأي[38].

أما المرحلة الثانية فهي تبدأ أواخر القرن العشرين، حيث ظهر ما يعرف بخصوم السببية وتزعم هذا الفريق الفقيه بلانيول، وكان يرى بأن نظرية السبب تاريخيا ومنطقيا خاطئة وعديمة الجدوى، فهي تدور في حلق مفرغة.

لتأتي بعدها المرحلة الأخيرة، حيث أعيد لنظرية السبب اعتبارها، بحيث أصبح السبب لا ينظر اليه بصفة مجردة، وإنما أصبح يعتبر وسيلة للحد من بعض التعسفات في المجال التعاقدي، بل أكثر من ذلك أصبح السبب هو الضامن للحرية العقدية[39].

في هذا الإطار سنقوم بعرض مختلف التحليلات التي قيلت بخصوص السبب (1) ومن ثم تقييم ما إذا كانت نظرية السبب تصلح لتكون أساسا لالتزام الجوهري (2)

1- عرض نظرية السبب

هناك العديد من التحليلات التي قيلت بشأن السبب ولكن تركيبا بسيطا لهذه التحليلات من شأنه أن يختصر المسألة في اتجاهين رئيسيين:

أ- التحليل الأحادي: ويتزعم هذا الاتجاه العميد كابيتان، وهو ينظر إلى السبب من زاويتين:

- السبب هو عنصر ملازم للعقد وهو ذو طبيعة موضوعية، فهو يمثل حتما النظير المقابل للالتزام، ففي العقد الملزم لجانبين (أين يكون كل طرف في العقد دائنا ومدينا في نفس الوقت)، سبب التزام كل متعاقد متضمن في الوفاء بالالتزام المقابل، ففي عقد البيع مثلا إذا كان المشتري ملزمًا بدفع الثمن ، فذلك لأنه يتوقع من البائع تسليم الشيء له، والعكس من ذلك ، إذا تعهد البائع بتسليم الشيء، فذلك لأن يتوقع من المشتري أن يدفع الثمن، فباختصار، يكمن سبب التزام كل طرف في وجود أداء والتزام من جانب الطرف الآخر، فهناك ترابط بين الالتزامات يضمن توازن العقد، وفي حالة فقدان أي من الالتزامات فإن التوازن يختل وينقضي العقد بذلك.

وعلى هذا فإن السبب يفترض أنه لا وجود لمتعاقد يلتزم بدون مقابل، وهذا التحليل يحتل مكانة أساسية في بعض قرارات محكمة النقض.

– أن يتضمن السبب بعض الدوافع التي يمكن تكييفها على أنها محددات ذات صبغة ذاتية، مشتركة بين أطراف العقد،والدافع المحدد هو الذي لا يمكن اتخاذ القرار بدونه، وحسب كابيتان فان الدافع لا يعتبر محددا إلا إذا كان مشتركا بين الأطراف، ولا يعني ذلك أن يعبرا عنه في آن واحد، بل يكفي أن يُعلم أحدهم الطرف الآخر بهذا الدافع.

ولا يخفى أن التحليل الأحادي قاصر، لأنه لا يأخذ بعين الاعتبار جميع المفاهيم الدقيقة لمفهوم السبب لذا تم العزوف عنه[40].

ب– التحليــل الثنــائي

ويستند هذا التحليل على مختلف الوظائف التي يلعبها السبب، وتبعا لذلك فإن مضمونه يختلف باختلاف الوظيفة التي يؤديها، والتأكد من وجوده يتم بطريقة موضوعية مجردة، ويؤدي غيابه كليا إلى بطلان العقد.

وفي السنوات الأخير تم التوسع في مفهوم السبب إلى الحد الذي جعله يذوب في الغاية الاقتصادية للعقد،وأصبح غياب هذه الغاية هو الذي يؤدي إلى بطلان العقد، على أن غيابها ليس معناه عدم وجود مقابل مادي للالتزام،وإنما فقط تغيب المصلحة التي يتوخاها الأطراف من تنفيذ العقد.

هاته الغاية الاقتصادية تم استعمالها من قبل محكمة النقض بمناسبة قرار يتعلق بإلغاء عقد إيجار أشرطة فيديو مخصصة للاستغلال التجاري بسبب " غياب المقابل الحقيقي" والذي ثبت من خلال استحالة تحقيقه في قرية ريفية صغيرة، نظرا لقلة العملاء.

وواضح أن محكمة النقض حددت السبب بالوظيفة الاقتصادية للعقد، التي كان يتوخاها الأطراف، وغياب هذه الوظيفة يعني غياب السبب، لأننا أمام استحالة تنفيذ العقد بالطريقة التي أرادها المتعاقدان، ومعنى ذلك أن استحالة السبب الموضوعي للعقد (المنفعة الاقتصادية للعقد) يؤدي بالضرورة إلى استحالة سببه الذاتي (نية الأطراف)

وهذا الحل فتح الباب على مصراعيه أمام تصور أحادي جديد للسبب ذو صبغة ذاتية، وحسب هذا التصور فإن السبب هو الهدف المشترك الذي يرمي اليه المتعاقدان معا عند إبرامهما للعقد، أو هو السبب الذي يبتغيه أحد الأطراف بشرط أن يتبعه الطرف الآخر في ذلك، وغياب السبب يعني عدم تمكن أطراف العقد من تحقيق غايتهما التعاقدية، ونتيجة لهذا التصور الجديد، فإن التفرقة التقليدية بين السبب الموضوعي والسبب الذاتي، المعتمدة من قبل أغلب الفقهاء المعاصرين تصبح محل نظر.

ففي العقد الملزم لجانبين، لا ينحصر مفهوم الغاية الاقتصادي للعقد في تزامن ربط الالتزامات المتبادلة، ولكن يمتد ليشمل إدراج العقد داخل مجموعة توفر بعض المزايا الخارجية لأطراف العقد عن طريق تنفيذه[41].

والغاية الاقتصادية للعقد بوصفها نابعة من شخصنة السبب ليست محل إجماع بين الفقهاء، فأغلب الفقهاء يقفون موقف الضد حيالها، فهم يؤاخذون عليها أنها تشكل عاملا يحفز المتعاقد على عدم أخذ الحيطة اللازمة، هذا بالإضافة إلى أنها تعطل الإرادة التي تم التعبير عنها بصفة صريحة، بل وأكثر من ذلك قيل عنها أنها تهدد استقرار المعاملات العقدية، غير أن هذه الانتقادات محل نظر ذلك أن المنفعة الاقتصادية للعقد يمكن الاعتماد عليها في العديد من الحالات للحفاظ على العقد بدل إلغائه.

ومفهوم السبب يمكن أيضا من معرفة مدى مشروعية نوايا المتعاقدين، وتسمى السبب الذاتي أو سبب العقد، ورقابة المشروعية تتعلق بالباعث الدافع إلى التعاقد، وليس ضروريا أن يكون هذا الباعث مشتركا بين المتعاقدين: " فيكفي أن يستعمل أحد الأطراف العقد لأغراض غير مشروعة أو منافية للآداب العامة لكي تستدعي المصلحة العامة إلغاءه.

وهذان التصوران للسبب (عدم الوجود، عدم المشروعية) مترابطين إلى حد كبير، ذلك أن غياب السبب في حد ذاته يعتبر أحيانا سببا غير مشروع، والسبب غير المشروع هو ما يخالف النظام العام والآداب.

2- تحديــد الالتزام الجوهري حسب نظـرية السبـب

بفضل التفسيرات التي قدمناها سابقا، يمكننا التمييز بين سبب العقد وسبب الالتزام فسبب العقد يعمل على التحقق من مشروعية العقد[42]، في حين يعمل سبب الالتزام على التحقق من وجود السبب وحقيقته[43].

في محاولتنا لشرح الالتزام الجوهري بواسطة السبب، سنركز فقط على سبب الالتزام، لأن هذا الأخير ينطوي على بعض المفاهيم المتقابلة، وهذا يجعلنا نتساءل هل هذا السبب يمكن أن يفسر تطبيقات الالتزام الجوهري بطريقة مثلى؟ للإجابة على هذا السؤال، سنبدأ من المراحل المختلفة لوجود العقد:

ففي مرحلة تكوين العقد، إذا كان يجب التحقق من وجود ومشروعية السبب عند تكوين العقد، وإذا كانت الأداءات المتولدة عن هذا العقد مترابطة فيما بينها بحيث يشكل كل منها سببا للآخر، فإنه يمكن القول أن سبب العقد يتوافق مع مفهوم الالتزام الجوهري[44].

وانطلاق من هذا فإن الالتزام الجوهري حتى يصبح هو نفسه السبب، لا بد أن يقوم المتعاقد بتنفيذ أدائه الجوهري، وفقا لما كان ينتظره الطرف الآخر، وغني عن البيان أن الالتزام بمجرد نشوئه يصبح من الواجب المضي به قدما إلى غاية تحقيق الغاية المرجوة منه، وإذا لم يحقق هذه الغاية فإنه يفقد قيمته القانونية[45].

أما في مرحلة تكوين العقد فإن آلية الفسخ بسبب عدم تنفيذ العقد، هي التي تبين ما إذا كان السبب يعبر عن الالتزام الجوهري أم لا، وبفضل هذه الآلية فإن عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزامه يلغي سبب التزام الطرف الآخر، ويرى بعض الفقهاء أن هذا الفسخ وإن كان مبررا إلا أنه لا يتقرر إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام قد بلغ حدا من الجسامة أدت لزوال السبب المقابل تماما[46].

ويبدو أن السبب من الناحية العملية هو الأساس في تحديد الالتزام الجوهري، فالقضاء غالبا ما يلجأ إليه ويستنجد به كلما تعلق الأمر بعدم تنفيذ الالتزام الجوهري، سواء كان عدم التنفيذ كليا أم جزئيا، بل ويستنجد به حتى في تحديد نطاق المسؤولية العقدية.

الخاتمة

الالتزام الجوهري يعتبر الركيزة الأساسية في عملية تكييف العقد، إلا أن الوقوف على حقيقته أمر في غاية الصعوبة، فلا الفقه ولا القضاء توصلا إلى وضع تعريف جامع مانع له، فهو يعرف تارة بأنه الالتزام الذي لا يتصور وجود العقد بدونه، وتارة أخرى يعرف بأنه الالتزام الذي يكون وجوده لازما لنشأة العقد، أو هو الالتزام اللازم لتصنيف العقد

وتكييفه، غير أن أقرب تصور لالتزام الجوهري هو ما أورده الاستاذ فلور، بأنه ذلك الالتزام الذي يتحكم في العقد والذي يشكل خصوصيته التي يتوخاها المتعاقدان صراحة.

ويتجاذب تحديد مفهوم الالتزام الجوهري معياران يكمل كل منهما الآخر، أحدهما موضوعي، لا يلقي أي أهمية لإرادة الأطراف، ويرى بأن كل عقد له التزام جوهري بطبيعته، أي لا يحتاج إلى إضفاء الجوهرية عليه، كما هو الحال مثلا في عقد البيع الذي يتضمن التزاما جوهريا تقتضيه عملية البيع في حد ذاتها، ومقتضاها تسليم الشيئ المبيع، وكذلك الامر مثلا في عقد الايجار الذي يتضمن التزاما جوهريا، يقتضي تسليم العين المؤجرة، وهلم جرا ... .

والمعيار الآخر ذاتي يرى أن المعيار الموضوعي وإن كان صائبا من الناحية المنطقية، إلا أنه قاصر من الناحية العملية، ذلك أن هناك العديد من الالتزامات التي تعتبر في الأصل التزامات ثانوية، إلا أن إرادة الأطراف تضفي عليها صفة الجوهرية، أي أن هذه الالتزامات كانت هي الباعث الدافع على التعاقد، ومن ثم تتحول من التزامات ثانوية إلى التزامات جوهرية، وتعد الالتزامات الناشئة حديثا (الالتزام بالتعاون، الالتزام بالتحذير، الالتزام بالنجاعة ...) مجالا خصبا لذلك.

والالتزام الجوهري يختلف عن العديد من المصطلحات التي تشابهه، فهو يختلف عن العناصر الاساسية للعقد والتي تتعلق أساسا بموضوع العقد والتي تكون محل تفاوض قبل ابرام العقد، وبمجرد ابرامه ينشأ التزام جوهري يقع على عاتق كلا المتعاقدين أو على أحدهما، ويضفي على العقد طبيعته.

ويختلط مفهوم الالتزام الجوهري مع مفهوم الالتزام الأساسي، ويصعب أحيانا التفرقة بينهما، إلا أن الالتزام الأساسي مجاله أوسع من الالتزام الجوهري، فهذا الأخير يقتصر دوره فقط على تكييف العقد تكييفا صحيحا، أما الالتزام الأساسي فإنه يبين الأداءات التي يجب على الأطراف التقيد بها، وتقوم مسؤوليتهم في حالة مخالفتها.

ويستند الالتزام الجوهري على ركني السبب والمحل كأساس قانوني، فهو يستند على ركن المحل لكون هذا الأخير لا يعتبر فقط مجرد مضمون بسيط للعقد، ولكنه يعتبر المحتوى الجوهري والأساسي للعقد، ومن ثم فإن محل العقد يعني الأداء الذي تتدخل إرادة الأطراف من أجله، والذي تدور حوله المنفعة الاقتصادية للعقد.

كما أنه يجعل من السبب كأساس قانوني له ذلك أن الالتزامات التي يولدها العقد والتي تكون مترابطة فيما بينها إلى الحد الذي يجعل كل التزام سببا للالتزام المقابل تعتبر أساسا التزامات جوهرية.

قائمة المراجع:

أوّلا: باللغـــــة العربيــة:

الكتـــب:

01- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007.

02- جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1994.

03- محمد الإدريسي، تكييف العقود في القانون المدني على ضوء التشريع والقضاء المغربي،دار القلم، الرباط، المغرب،الطبعة الأولى، 2011..

04- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية الجديدة،1998.

المقـــــالات:

01- جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقود ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الخامس، جانفي 2018.

02- عامر عاشور عبد الله، تكييف العقود في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 6

ثانيا: الرسائـــل الجامعية:

01- دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة) ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، سنة 2008.

باللغـــة الأجنبيـــة:

I- ouvrages :

01- -F. Terré , PH. Simler et Y. Lequette , droit civil, les obligations ; DALLOZ, paris, 5e édition.

02- H., L., J. Mazeaud, F .Chabas, leçons de droit civil , tome II/premier volume, obligation, DELTA , Liban, 2000

03- J. Flour, J-l. Aubert, E. Savaux, Les obligation, 2e ed, vol.3 « Le rapport d'obligation », Liban, Delta, 2001 .

04- J. Ghestin, G.Loiseau, Y. Serinet, La formation du contrat, tome 2 : L'objet et la cause- Les nullités, L.G.D.J , 4e édition, 2013.

05- J.M .Mousseron, , Technique contractuelle, Editions juridiques Lefebvre, Paris, 1988.

06 - PH. Malaurie , L. Aynes et P. Gautier, Les contrats spéciaux, DEFERNOIS , paris, 4e édition, 2009.

07- R. Sefton-Green, la notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise, LG.D.J, paris, 2000.

II- Articles :

01-Ch. Deslauriers-Goulet, l'obligation essentielle dans le contrat, les cahiers de droit.vol.55.n°4, 2014. -Christelle Pouliquen, Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats , Revue juridique de l'Ouest , 2004 .

02- M. Devinât, Les définitions dans les codes civils, Les Cahiers de droit, volume 46, numéro 1-2 , 2005.

03- Pierre-Gabriel JOBIN, Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats, R.J.T, 2012,

04- Ph. jestaz, l'obligation et la sanction a la recherche d'une obligation fondamental, *dans* Mélanges offerts à Paul Raynaud, Dalloz-Sirey, 1995.

05- 1- P. Fréchette, La qualification des contrats : aspects pratiques, Les cahier de droit, vol 51.

06 -S. Ghozlan, La notion d'obligationessentielle dans le cadre ducontrôle des clauses abusives : Étude des systèmes juridiquesfrançais et québécois, RJTUM, quebeque, canada 2015.
07- X.Thunis, une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat, dans Mélanges offerts a Marcel Fontaine, Bruxelles, Larcier.

III- Thèses :

01 - F. Terré , L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J, Paris, 2014,p. 404.
02 -N. Cardoso-Roulot, les obligations essentielles en droit privé des contrats, thèse de doctorat publiée, L'Harmattan, paris, 2008.
03 - Xavier HENRY, La technique de qualification contractuelles, Thèse pour l'obtention du grade de DOCTEUR EN DROIT (Doctorat d'état - Droit privé), UNIVERSITE DE NANCY II,1992.

IV- Sites web :

-Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles consulter sur site internet : https://fr.wikipedia.org/wiki.

الهوامش

[1]– عامر عاشور عبد الله، تكييف العقود في القانون المدني، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 6،ص.163.

[2]– جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقود ورقابة المحكمة العليا عليه، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد الخامس، جانفي 2018، ص.420.

[3] - Ch. Deslauriers-Goulet, l'obligation essentielle dans le contrat, les cahiers de droit.vol.55.n°4, 2014, p.927.

[4] - Ch. Deslauriers-Goulet, op.cit.928.

[5] -N. Cardoso-Roulot, les obligations essentielles en droit privé des contrats, thèse de doctorat publiée, L'Harmattan, paris, 2008, pp.34-36.

[6] – على عكس سابقيه فإن الأستاذ Jestaz يستعمل عبارة الالتزام الأساسي obligation fondamentale بدل الالتزام الجوهري obligations essentielle.

7 - Ph. jestaz, l'obligation et la sanction a la recherche d'une obligation fondamental, dans Mélanges offerts à Paul Raynaud, Dalloz-Sirey, 1995, p. 279.

[8] - J. Flour, J-l. Aubert, E. Savaux, Les obligation, 2e ed, vol.3 « Le rapport d'obligation », Liban, Delta, 2001, p.147.

[9] - Ch. Deslauriers-Goulet, op.cit, p.929.

[10] - 1- P. Fréchette, La qualification des contrats, aspects pratiques, Les cahier de droit, vol 51, p.p 375-377.

[11] - Philippe jestaz, op.cit , p. 273

[12] - Christelle Pouliquen, Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats , Revue juridique de l'Ouest , 2004, p 418 et s.

[13] - Ph. Delebecque, Les clauses allégeant l'obligation dans les contrats, op.cit, p 154.

[14] - Ph. jestaz , op.Cit, p 180.

[15] - Ph. jestaz , op.Cit, p 182.

[16] - Ph. Delebecque, Les clauses allégeant l'obligation dans les contrats, op.cit, p 158.

[17] - Philippe Delebecque, Les clauses allégeant l'obligation dans les contrats, op.cit, p 162.

[18]- X. Thunis, une notion fuyante , l'obligation essentielle du contrat, dans Mélanges offerts a Marcel Fontaine, Bruxelles, Larcier, 203, p.p.9-10.

[19] – دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص .ص 59-60

[20] - Ch. Deslauriers-Goulet,op.cit, p.934 et suites.

[21] - N. Cardoso-Roulot, op.cit, p.p.105-106

[22] -P.Mousseron, J. Raynard et J.Seube, op.cit, p 170.

[23]- Xavier THUNIS, op.cit, p.7.

[24] – الاتفاقية الدولية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة بروما في 19 جوان 1980.

[25] -cité par P. Mousseron, J.Raynard et J. Seube, op.cit, p 172.

[26]- R. Sefton-Green, la notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise, LG.D.J, paris, 2000, p.p.12-103.

[27] - Ph. jestaz, op.cit., p.273.

[28] -P.Mousseron, J. Raynard et J.Seube, op.cit, p 180.

[29] - Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles consulter sur site internet : https://fr.wikipedia.org/wiki.

28- P. Fréchette, op.cit, p. 14.

29- - M. Devinât, Les définitions dans les codes civils, Les Cahiers de droit, volume 46, numéro 1-2 , 2005 p 400.

[32]. Ph. Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, op.cit, p158.

[33]– جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، مكتبة الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1994، ص 152 وما بعدها.

[34]- H., L., J. Mazeaud, F .Chabas, leçons de droit civil , tome II/premier volume, obligation, DELTA , Liban, 2000, n°231, p.232. ; J. Ghestin, G.Loiseau, Y. Serinet, La formation du contrat, tome 2 : L'objet et la cause- Les nullités, L.G.D.J , 4e édition, 2013, p 45 et s.

32.- Philippe Delebecque, Les clauses allégeant les obligation dans le contrats, op.cit, 159.

[36] Philippe Delebecque, Les clauses allégeant les obligations dans le contrat, op.cit, p 162

[37] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998، ص.463 وما بعدها.

[38]- جورج سيوفي، مرجع سابق، ص .178 وما بعدها.

[39] J.Ghestin, G. Loiseau, Y. Serinet, op.cit, p 682.

[40]- F.TERRE , PH.SIMLER , Y.LEQETTE , op.it, p.249.

[41] - J.Ghestin , G. Loiseau et Y-M Serinet op.cit, p 684.

[42]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، ص.156.

[43] - J. Ghestin , G. Loiseau, Y-M Serinet op.cit, p 687

[44] – ولكن يجب إعمال السبب هنا بعيدا عن نظرة الأستاذ كابيتان، والتي يرى فيها أن التزام كل طرف هو سبب لالتزام الطرف الأخر، لأن هذا يعني أن السبب ليس الالتزام الجوهري للعقد، وإنما هو التنفيذ المقابل للالتزام.

[45] - J. Flour, J-L Aubert et E.Savaux, Les obligation , op.cit p 194

[46] - Pierre-Gabriel JOBIN, Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats, R.J.T, 2012, n°9, p.19 et s.