

العقد: بين الأزمة ومقتضيات التطور**The contract : Between the crisis and the exigencies of development**

زرارقي سمية*، كلية الحقوق سعيد حمدين - جامعة الجزائر (1) -

zerargui@hotmail.com

عيادي فريدة، كلية الحقوق سعيد حمدين - جامعة الجزائر (1) -

ayadifarida.fac@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2022/02/01 تاريخ قبول المقال: 2022/05/01 تاريخ نشر المقال: 2022/05/12

الملخص:

إن التطورات الكبيرة في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية واختلافها عما كانت عليه من قبل في معظم المجتمعات الحديثة، ودخول المعلوماتية المجال العقدي بقوة، وتعمق مظاهر الضعف بين طرفي العقد والتزايد الرهيب للتشريعات الخاصة، أدى بذلك إلى التأثير على نظام العقد.

حيث اعتبر الفقهاء والمفكرين أنّ العقد في (أزمة)، لسبب تدخل المشرع من خلال عدة تشريعات لجعل العقد أكثر مرونة وتكيفاً مع مقتضيات التطورات الحديثة، ولبقاءه متمسكا بمبدأ سلطان الإرادة كمفهوم يحدّد العقد. بل وصل الأمر إلى أبعد من ذلك حيث اعتبروا أنّ العقد لا يمكنه الخروج من هذه الأزمة وبالتالي إما اللجوء إلى وضع نظام قانوني شامل يسيطر عليه المشرع، أو التخلي عن نظام العقد ذاته كأداة للتبادل الاقتصادي. لكن في اعتقادنا إن هذه الأزمة لم تمس العقد ككيان قانوني، وإنما بعض أسسه، وهذا ما يفتح النقاش من جديد حول واقع النظرية العامة للعقد.

الكلمات المفتاحية: أزمة العقد، شيخوخة العقد، انتكاسة العقد، التصور الجديد للعقد، انتعاش العقد.

Abstract:

The great evolutions of the economic and social relations and their difference from what they were before in most of the modern societies, as well as the strong entry of the electronic process in the contractual field, the growing manifestations of the weakness between the two parties of the contract and the terrible increase of the private legislations, have impacted the contract system. In this regard, both lawyers and thinkers consider that the contract is in (Crisis) because of the intervention of the legislator through several legislations to make the contract more flexible and adaptable to the requirements of modern developments, and because it remains faithful to the principle of the authority of the will as a concept that define the contract. but rather only some of its foundations and this is what once again opens up the debate on the substance of the general theory of contract.

Key words: Contract crisis, Obsolescence of the contract, Contract recession, New perception of the contract, Contract resurgence.

المقدمة:

الأصل أن العقد يخضع عند إبرامه لمبدأ سلطان الإرادة، حيث بمجرد توافق الإرادتين بين الأطراف المتعاقدة ينشئ الالتزام حسب نص المادة 59 من القانون المدني¹، ويترتب عن هذا المبدأ قاعدتين أساسيتين، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقاعدة عدم جواز إلغاء العقد إلا برضا الأطراف المتعاقدة معاً. غير أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية الكبيرة التي تعرضت لها دول العالم والتي زعزت نظرية العقد، وعلى وجه الخصوص مست مبدأ من مبادئها والمتمثل في (مبدأ سلطان الإرادة)، حيث ظلت النصوص القانونية المتعلقة بمجال العقود تتسم بشيء من الثبات والاستقرار، إلا أن هذا الثبات يتعارض نوعاً ما مع التطور والانتشار الملحوظ للعقود². هذا من جهة، أما من جهة أخرى كون أن القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي، وبالنظر إلى تطور المجتمع، أصبحت القواعد التي تحكم نظرية العقد غير متماشية مع الواقع.

حيث يرى البعض من الفقهاء أن العقد أداة ثابتة لا تتغير، موروثة عن القانون الروماني³، لكن هذا مستحيل، فباعتبار العقد ظاهرة قانونية وضعها المشرع بيد الأفراد من أجل استخدامها في تحقيق مصالحهم الخاصة على ضوء المصلحة العامة، وأن هذه المصالح في تطور مستمر عبر العصور - وهو أمر بيدهي - وذلك حسب حاجاتهم، فإن العقد باعتباره وسيلة لذلك فكان لا بد وأن يتطور هو الآخر تبعاً لتطور هذه المصالح والحاجات⁴. بل بالعكس جموده وثباته سيؤدي حتماً إلى عرقلة في التكيف مع المستجدات الحديثة. إن هذه الظاهرة عُرفت عند الفقهاء بـ (أزمة العقد)، ويقصد بها عدم التطابق الواضح بين المفهوم السائد للعقد وبين وجود العقد في الواقع العملي، أو بعبارة أخرى إنها التناقض الحقيقي القائم بين مفهوم العقد وبين وجود العقد ذاته، أو الواقع الذي آل إليه نتيجة لضغط الحاجة العملية ومتطلباتها⁵.

لقد تعددت الجهات التي تدخلت من أجل فرض التوجه الجديد لنظرية العقد، وكان الفقه أولها، حيث طرح هذا الأخير النقاش حول مجموعة من المفاهيم التي يعتبرها أساسية للعقد في ظل نظريته التقليدية، والتي كانت تتماشى مع واقع مناسب يضمن تحقيق العقد لوظيفته الاجتماعية والاقتصادية، وكان ذلك خلال فترة زمنية معينة والتي لم تُعد تُؤدّي نفس الوظيفة في الوقت الحالي نتيجة لقيام ظروف اقتصادية واجتماعية عامة وجديدة في المجتمع، تختلف نوعاً ما عن الظروف التي كانت سائدة فيه من قبل ذلك.

فالواقع أن العقد تعرّض لأزمة حقيقية، جعلت البعض يتوقع نهايته (La mort du contrat) نتيجة للمساس بالحرية العقدية، وازدهار فكرة النظام العام، وانتشار العقود الخاصة، إلا أن العقد قد تغلب بقوة على مخاطر التفتك والانهياء، ولم يقتصر الأمر على ذلك فقط، بل شهدت فكرة العقد ازدهاراً كبيراً وبلغت آفاقاً جديدة كانت بعيدة المنال⁶. كما تضافرت الجهود من أجل طرح نظرة جديدة تسعى إلى المحافظة على الوظائف المختلفة للعقد في ظل المعطيات الجديدة، هذا من ناحية، وإعادة تكييف تلك المبادئ مع التطورات المستحدثة عن طريق إعطاءها صورة جديدة، بقرأة جديدة تتلاءم مع تلك التطورات نظراً للدور الحيوي التي

تقوم عليه في المحافظة على وجود العقد، ولاستحالة هذا الأخير التخلي عن مبادئه التقليدية، وهذا من ناحية أخرى.

أما عن أهمية الموضوع، فيمكننا القول أنه، نظرًا للدور الفعال الذي يلعبه العقد في حياة الأفراد بصفة خاصة، والمجتمع بصفة عامة، وما يجلب لهم من المنافع والثروات والخيرات، وبالتالي تعرضه للأزمة، أي تراجع الحرية العقدية والاعتداء على القوة الملزمة للعقد، والتدخل المتزايد من قبل الدولة، وتطور الوظيفة العقدية للنظام العام، أثر سلباً على العلاقات الاجتماعية والاقتصادية، وأدى إلى تقهقر العقد وتراجعها، وبطبيعة الحال عدم وثوق الأفراد في إبرامه، وفي هذه الحالة يجب أن نذكر أن طالما كان العقد تعبيراً عن مصالح شخصية ورغبات متعارضة، ولم يكن أبداً على أساس أن الإنسانية هدف في ذاته، بل لأجل تحقيق منفعة شخصية، لذلك لا يمكن أن تتوقف وظيفته الآن، أو يستغنى عنه كأداة للتبادل الاقتصادي.

أما عن الهدف الرئيسي، فيهدف البحث إلى إيجاد مجموعة من الاقتراحات والتوصيات للحد من هذه الأزمة التي تعرض لها العقد، كما سيسعى هدف الدراسة إلى توضيح ما مدى تأثير العقد بهذه الأزمة.

أما عن الإشكالية، فتثير المعالجة القانونية لهذا الموضوع إشكالية رئيسية تتمثل في:

هل أزمة العقد هي في حقيقة الأمر أزمة مسّت العقد ككيان في حدّ ذاته أم اقتصر على بعض

أسسه؟ وبالتالي ما هو مصير النظرية العامة للعقد في هذه الحالة؟

أما عن المنهج المتبع في هذه الدراسة، كون كل دراسة تستوجب مناهج علمية من أجل البحث والتوغل فيها، باعتبارها تشكل الطريق الذي يرسمه الباحث للوصول إلى نتائج علمية بطريقة علمية صحيحة، اعتمدت الباحثة على المنهج الوصفي والتحليلي والتأصيلي، وذلك من خلال وضع تصور للأزمة التي تعرض لها العقد وفي نفس الوقت وضح حل للحد من هذه الأخيرة وذلك انطلاقاً من الدراسات السابقة المتعلقة بأزمة العقد، وكل ما يتعلق بمفهوم العقد وأساسه، وذلك لأن أسلوب الوصف والتحليل هو الأقرب والأنسب لتحديد معالم وأبجديات موضوع دراستنا بدقة.

للإجابة على هذه الإشكالية، اهتمنا إلى تقسيم الدراسة مبدئياً إلى التقسيم الذي نعتقد أنه الأقرب للإجابة على إشكالية الموضوع، وذلك من خلال مبحثين أساسيين، تتضمن (المبحث الأول) أزمة العقد، أما (المبحث الثاني) فتضمن الحلول للقضاء على هذه الأزمة.

المبحث الأول: أزمة العقد

لطالما كان العقد الأداة الأكثر استخداماً وشيوعاً بين الأفراد في المجتمع، فهو حقا أداة تهدف لتلبية حاجات الأفراد كافة⁷، ولطالما كان ذو مصدر موثوق بين المتعاقدين، وشريعة لهم، إلا أن هذه الأمور كلها راحت في هباءٍ، وتلاشت تلك الثقة شيئاً فشيئاً بعد التدخلات التشريعية والقضائية مما جعل الفقهاء يتحدثون عن (أزمة ثقة) هذا من جهة، أما من جهة أخرى كثرة توسع المشرع والقاضي في المفاهيم والمصطلحات. كل هذه العوامل أدخلت العقد في أزمة حسب رأي بعض الآخر من الفقهاء.

إن أزمة العقد تعبير أو مفهوم يطلق على الحالة التي أصبح عليها العقد بعد التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي طرأت في معظم دول العالم، حيث نلاحظ أن مفهوم أزمة العقد إنما يرتبط بحالة معينة يصبح فيها العقد باعتباره أداة لتحقيق التبادل الاقتصادي، عاجزاً عن القيام بوظيفته. وهذا يعني أن أزمة العقد إنما هو تعبير عن حالة معينة يوجد عليها العقد في الواقع⁸. والواقع المقصود هنا هو حالة العقد في الواقع الجزائري بعد تعرضه للأزمة.

حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول أن إزاء تأثير القيود الموضوعية المفروضة على الإرادة، وسائر نواحي تقييد العقد بتأثير التوازن الموضوعي وفكرة النظام العام، دخل العقد نتيجة لذلك فيما يسمى بـ(أزمة العقد)⁹. أما جانب آخر من الفقه ذهب إلى القول أن أزمة العقد لا تؤدي حتماً إلى انتكاس العقد ذاته، بل إلى انتكاس الحرية العقدية، والتضييق لا يرد على فكرة العقد، بل على مفهوم الحرية العقدية، الأمر الذي يجب معه تقبل طبيعة قانونية جديدة للعقد¹⁰.

فمن الملاحظ أن هناك صعوبة في الاتفاق على مفهوم فقهي لفكرة العقد، والاتفاق على أن ظاهرة الأزمة إذا هي فعلاً واقعة على العقد نفسه، أو واقعة على أسسه وبالتالي على الإرادة، بينما في الوقت ذاته يتحدث البعض عن ازدهار العقد، البعض الآخر يرى أن العقد أمام أزمات عقدية جديدة، وأما جانب ثالث من الفقه من يرى أن ليس لهذه الأزمة وجوداً على الإطلاق. وكل هذا راجع لعدم وجود رؤية فقهية واضحة وكافية لفكرة العقد ومفهومه¹¹.

نظراً للغموض المتعلق بفكرة أو مفهوم العقد، ولاسيما بأزمة العقد، كان لابد من الضروري البحث عن تشخيص الأزمة العقدية (المطلب الأول) ومن ثم البحث عن أزمة الأسس الكلاسيكية للعقد (المطلب الثاني)، بحيث تختفي حدة المخاوف من حدوث أزمة عقدية فعلية وما يتبعها من آثار، والتي قد تؤدي إلى اختفاء أو نهاية العقد حقيقة.

المطلب الأول: تشخيص الأزمة العقدية: أزمة العقد أزمة مفهوم

إن العقد لم يأخذ مفهوماً واحداً منذ نشأته وحتى وقتنا الراهن، وإنما أخذ أكثر من مفهوم، أي أنه قام على أكثر من أساس يبين كيفية انعقاده وترتيب آثاره، ومدى السلطة التي يتمتع بها القاضي عندما ينظر في المنازعات الناشئة بين المتعاقدين وبعضهم البعض¹².

وعليه سنحاول توضيح فكرة العقد من خلال التطرق إلى مفهوم العقد في القانون القديم (الفرع

الأول)، إلى غاية تطور مفهومه في القانون الحديث (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم العقد في القانون القديم

نشأ العقد وتطور على مر العصور، فكان العقد في العصور القديمة كواقعة اجتماعية (Social Fait) نشأت على أساس التعاون بين الأفراد في المجتمع، وكان في صورة مقايضة أو مبادلة، ليصبح بعدها رابطة قانونية (Fait Juridique) يستمد قوته من الكتابة، فالعقد حسب التعريف القديم كان مقتصرًا على

مجرد إنشاء التزام لا نقله أو تعديله أو إنهائه كما هو الحال في الاتفاق ،وحسب هذا المنظور فإن العقد أخص من الاتفاق. ومن ثم يعد كل عقد اتفاقا ،وليس كل اتفاق عقدا¹³.

كما اعتبر العقد في القانون اليوناني إتفاق بسيط منشئ للالتزام وكان هناك اختلافات بالنسبة لهذا المفهوم ،وبعبارة أخرى ،ففي القانون اليوناني يرى الرأي الأول أن الإتفاق البسيط كافيا لإنشاء التزاما تعاقديا ،أما الرأي الثاني لم يكن يعتد بالاتفاق البسيط المنشئ للالتزام وذلك لأن العقد الرضائي بالمعنى المقصود في القانون الروماني والقانون الحديث كان مجهولا بالنسبة للقانون اليوناني¹⁴.

كان تنظيم الاتفاقات في القانون الروماني في أول مراحلها أمراً غير قانوني. وكان الاتفاق أو الوعد يعتبر أمراً دينيا .وبالتالي يخضع للنظام الديني، إذا أشهدت الآلهة عليه أو أقسم المدين فيه على الوفاء بما وعد به. أما عندما أخذ القانون في الحلول محل الدين كوسيلة رئيسية للتنظيم الاجتماعي ،فإنه قد تحول الوعد الديني إلى عقد قانوني رسمي ومن ثم تحولت فكرة العقد من دائرة ما هو مقدس إلى دائرة ما هو قانوني. ومن ثمة كانت الشكلية عقودا مجردة (**Abstrait**) تستمد صحتها من شكلها المحدد لا من موضوعها ،ومن هنا فإن الشكل المقرر كان هو الذي يضيف على العقد قوته الملزمة ويرتب عليه آثاره القانونية. وأنه متى توفر الشكل المنصوص عليه في القانون ،فإن الالتزام يتولد دون اعتبار لما قد يشوب إرادة المتعاقدين من عيون كالغلط والتدليس... ثم عندما ازدهرت التجارة وأصبحت عماد النشاط الاقتصادي وكثرت المعاملات نتيجة لهذا التغيير الاجتماعي أدى إلى اتجاه التطور القانوني نحو الأخذ بالرضائية كأساس للتعاقد في نطاق عقود حسن النية. وعليه أصبحت هذه العقود تقوم على أساس توافق الإرادتين دون حاجة إلى القيام بأي إجراء شكلي ،ومن ثم أصبحت الإرادة بمفردها هي أساس إبرام هذه العقود وترتيب آثارها ،وأن أصبح العقد يستمد قوته الملزمة من اتفاق الإرادتين¹⁵.

أما في العصور الوسطى فقد نادى رجال الدين بدور الإرادة في إبرام التصرفات القانونية فاعتبر العقد آنذاك التزام أخلاقي منشئ نية المتعاقدين وتلاقي إرادتهما ،قائم على أساس فكرة الواجب الديني ،يستمد قوته من الديانات ،فترتب على هذا المفهوم الجديد للعقد أنه لم يعد فقط كرابطة قانونية وإنما صار أيضا رابطة أخوة¹⁶.

الفرع الثاني: مفهوم العقد في القانون الحديث

في بداية العصر الحديث اكتسب العقد مفهوما قانونيا محددًا، لكن بالنظر لسيادة افكار المذهب الفردي وتأثيرها الواضح على الفكر القانوني استند مفهوم العقد الى مبدأ سلطان الارادة. غير أن هذا المفهوم سرعان ما اصطدم بالواقع العملي عندما تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع. إذ أصبح هذا المفهوم قاصرا بذاته عن احتواء ظاهرة العقد بكاملها بل وعاجزا عن تفسير الكثير من المسائل المتعلقة به وعن تحديد مركزه القانوني وسط التصرفات القانونية التي كشفت عنها الحياة العملية¹⁷.

"ما أجمل وابطسط مفهوم العقد في التقنين المدني"-تقنين نابليون-. هذا ما قاله الأستاذ (سافاتيه) عند بحثه من انفجار المفهوم التقليدي للعقد. فقد كان العقد اتفاقا حرا بين ارادتين مستقلتين، وكان اهم ما يميز العقد، في ظل هذا القانون، أنه كان عقدا فرديا، بمعنى أنه كان ينظم علاقة ما بين فردين أو أكثر لا تتعدى آثاره عاقديه، ولم يكن لهذا العقد أي دور في الحياة الاقتصادية العامة وكانت الحرية العقدية تشكل، في ذلك القانون، ركيزة أساسية للعقد ودونها لا يمكن القول بوجود العقد، وفي ظلها تمنح الأفراد بأوفر قدر من الصلاحية في إنشاء العقد وترتيب آثاره¹⁸.

غير أن هناك من ينظر إلى العقد على أنه أداة ثابتة لا تتغير موروثه عن القانون الروماني. ويرتبط مفهوم العقد في الحياة القانونية بشدة بالأفكار الفلسفية والأخلاقية والإقتصادية السائدة في المجتمع¹⁹. ولكن باعتبار العقد ظاهرة قانونية خاضعة للتطور، فهو أداة قانونية وضعها المشرع في أيدي الأفراد من أجل استخدامها في تحقيق مصالحهم الخاصة في ضوء المصلحة العامة. ولما كانت مصالح الأفراد تتطور بحسب تطور حاجاتهم فان العقد باعتباره وسيلة الى ذلك، لا بد وأن يتطور هو الآخر تبعا لتطور هذه المصالح والحاجات. وهذا يفترض بالضرورة أن إرادة المتعاقدين تلعب دورا معيناً في صنع العقد وتجديد آثاره²⁰.

لذلك أن العقد في المفهوم التقليدي بإعتباره ناتج عن إرادة الأفراد الحرة فقط. جعل الفقه يلتمس تسمية (انكاس العقد) عندما إبتدأ ظهور العقد الموضوعي الذي هو ليس خلق جديد من قبل الأفراد بل هو العقد منذ القدم ولكنه أخذ يخضع لمقتضيات النظام العام²¹.

وعليه فإن مفهوم العقد إنما يتحدد طبقاً لهذا النظام أو يستمد منه. ولما كان النظام القانوني عبارة عن قواعد معيارية للسلوك فإن هذا النظام يفترض في ذاته الثبات والاستقرار. وعليه فإن تطور العقد في الواقع يجب أن يحدث ضمن النظام؛ ولما كانت فكرة التطور ذاتها تتعارض مع الثبات والاستقرار الواجب توافره في النظام أو القواعد القانونية، فإن التطور باعتباره يتمثل في المستجدات التي تحدث في الواقع، إنما يستوعب عن طريق التفسير ووضع الاستثناءات على القاعدة. إلا أن هذه الوسائل تكون محدودة من حيث قدرتها على استيعاب هذه المستجدات أو إنها تصل في النهاية إلى مرحلة العجز عن استيعابها وعندئذ يبدو التناقض بين مفهوم العقد وبين ما آل إليه العقد في الواقع العملي تناقضا كبيرا، فتبدو ظاهرة الأزمة على السطح²².

وتجدر الإشارة إلى أنه من خلال التمسك بنظام قانوني صارم، تم إحباط نبوءة تراجع العقد بشكل مضاعف، إذ أنه في الدرجة الأولى تبين أن فكرة " أزمة " العقد كانت في الواقع فكرة خاطئة عن مفهوم العقد، والتي حددتها بنظرية مبدأ سلطان الإرادة، ومع ذلك كما رأينا لم يبينوا واضعوا القانون المدني هذا المفهوم بأي حال من الأحوال، حيث لا يستمد العقد قوته الملزمة من إرادة الطرفين كما جاء في مفهومه التقليدي-

وإنما يستمدّها من القيمة التي يعطيها القانون لاتفاقهم بسبب منفعته الاجتماعية، وبالتالي يمكن للمشرع تعديل الحرية التعاقدية وفقا لما تتطلبه هذه المنفعة²³.

حيث جاء في مقال مشهور للأستاذ (هنري باتيفول) « **Henri Batiffol** » بأنّ العقد ليس إلا تجسيدا لسلطان الإرادة مجردا من كل الوقائع والظروف المحيطة به..²⁴

وعليه فالقول الذي ذهب إليه الأستاذ (هيزر) بأن العقد لا ينتكس بل يتلاءم مع المفهوم الموضوعي للقانون الحديث²⁵، يجعلنا نقول أن العقد في حد ذاته لم يصل أبدا إلى درجة إختفائه ولا إلى زواله أو حتى موته كما ذهب بعض الفقهاء الى قول ذلك، بل بالعكس كان نهوضا جديدا له.

وفي الأخير يمكن القول على أنه أيا كان الأمر فإن مفهوم العقد الذي استقر عليه الفكر القانوني المعاصر هو: اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان بإنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء التزام معين²⁶. ومن بينهم المشرع الجزائري²⁷.

المطلب الثاني: تشخيص الأزمة العقدية: أزمة العقد أزمة أساس

لمدة طويلة من الزمن، ولطالما كان مبدأ سلطان الإرادة أساسا للعقد خاصة في القرن 18، حيث عرف انتشارا واسعا للمذهب الفردي والذي يقدر الفرد وألويته، والحرية الفردية، وحرية التملك، ولاسيما تغليب مصلحة الفرد الخاصة على مصلحة المجتمع العامة، فارتبط مفهوم العقد بمبدأ سلطان الإرادة. إلا أنّ هذا المبدأ أصبح يعيش في أزمة في حد ذاته ولم يستطع مسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات المعاصرة، فهي تختلف تماما عن الفترة التي ازدهر فيها مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي لم يعد يُعبّر عن المفهوم الحقيقي للعقد في العصر الحالي.

تتميز المبادلات الاقتصادية اليوم بالمرونة والتطور السريع، وهي تصطدم مع مبدأ سلطان الإرادة، حيث اعتبره بعض الفقهاء والمفكرين مبدأ تقليدي كأساساً للعقد (الفرع الأول)، فالسؤال الذي يطرح نفسه، ما مصير هذا المبدأ في ظل المعطيات الاقتصادية والاجتماعية الجديدة؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة: أساس تقليدي للعقد

لقد سادت نظرية الإرادة خاصة مع ظهور المذهب الفردي الذي انتشر بصورة واضحة في القرن التاسع عشر، فكان للإرادة دور مطلق في العقد، حيث يترك المجال مفتوحا للأفراد لإنشاء الحقوق والالتزامات وتحديد وتعديل محتواها، وذلك وفقا لمبدأ سلطان الإرادة. ففي ظل هذه النزعة الفردية الإرادية كان العقد بمثابة قانون يخضع له الطرفان لا يجوز مخالفته إلا باتفاقهما، فكان العقد حقا شريعة المتعاقدين ومصدرا للالتزامات بل إن العقد أعلى من القانون ذاته، لأنه تم قبوله بحرية من الأطراف ولم يفرض عليهم²⁸.

حيث يستمد العقد وجوده وقوته من إرادة أطرافه المبرمة له، وتعريف العقد بأنه اتفاق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين يبرز هذا الدور الرائد للإرادة في العقد، وارتباطها الوثيق به نظرا لكون العقد

عملا إراديا في المقام الأول²⁹. هذا التعريف يتبناه كل من يكرس مبدأ سلطان الإرادة ويعتبر أن القوة الملزمة وأن النظام القانوني للعقد ينبنيان على إرادة المتعاقدين (J.carbonnier ;CH.Larroumet ;J.L. Aubert)³⁰.

إن أساس وجود العقد هو أساس إرادي ومعنى ذلك أن الإرادة لها السلطان الأكبر لإتمام العملية التعاقدية وهو ما يعبر عنه بجلاء بمبدأ سلطان الإرادة³¹، وعلى ذلك فإن الإرادة الحرة تعتبر بمثابة العمود الفقري والدعامة الأساسية لانعقاد العقد³². ونتيجة لتكريس الأساس الإرادي للعقد المتمثل في مبدأ سلطان الإرادة أصبح العقد كالقانون لطرفيه سواء فيما بينهما أو في مواجهة الغير، فلا يحق لهما مخالفته إلا بإتفاق يجمعهما مرة أخرى، فضلا عن أنه لا يحق للغير التدخل في العقد سواء بالتعديل أو بالإضافة أو بالحذف³³. وفي الأخير إن هذا الفهم العام للحرية العقدية السائد منذ الثورة الفرنسية وعصر الأنوار يستند إلى فلسفة تسمى في جانبها القانوني مبدأ سلطان الإرادة³⁴، ومفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بإرادته، وبالطريقة التي يرغب فيها وفي الحدود التي يريدها. فلا سلطان للقانون -عندئذ- على الفرد، بل هو في خدمته، إذ ليس للقانون من دور غير حماية الحقوق والواجبات التي أنشأها الإنسان بمحض إرادته، غير أن الواقع التشريعي يبدو في وقتنا الحالي على خلاف ذلك تماما³⁵. وهذا ما سيتم توضيحه.

الفرع الثاني: أزمة العقد: أزمة مبدأ

غير أن هذا المبدأ والذي يعتبر الأساس الكلاسيكي للعقد تم إنتهاكه أو الإعتداء عليه وبالتالي اهتز عرشه والسبب في ذلك راجع للتطورات الاجتماعية والإقتصادية، وبروز تشريعات خاصة أدى إلى ظهور اللامساواة بين أطراف العقد، والإنتشار الرهيب لتشريعات الإستهلاك، كل هذه العوامل أدت إلى ظهور خلل في العلاقة العقدية، هذا ما جعل بعض الفقهاء القول أن العقد تعرض لأزمة.

في بداية القرن العشرين تراجع مبدأ سلطان الإرادة فنتج عنه ليس اختفاء العقد في حد ذاته، وإنما تضيق لمفهوم الحرية العقدية ليتوافق مع الواقع الإقتصادي والإجتماعي السائد في الدولة³⁶. فالإرادة التي كانت أساس نشأت العقد تعرضت إلى انتقادات شديدة، فلم يعد من الصحيح القول أن القوة الملزمة للعقد تنشأ من الإرادة وحدها، كما تقلص دور الإرادة إلى الحدود التي بدأ فيها دورا متواضعا³⁷.

حيث أخذ مفهوم التنظيم القانوني يطغى على الجانب الإرادي للعقد، ولكن ذلك لم يكن " قاصرا على مجرد تقييد للحرية ينزل من مبدأ الحرية منزلة الاستثناء، وإنما أصبحنا بصدد مبدأ جديد يحل محل مبدأ الحرية وهو التوجيه فظهر ما يسمى بالعقود الموجهة (Les contrats Dirigés) من طرف الدولة والتي كانت تعتبر كأنها طرفا في العقد مما أدى الى توسيع مجال النظام العام³⁸. إذ لم يعد العقد موجه في نشأته فحسب بل كذلك في تنفيذه وذلك بتدخل المشرع مباشرة أو بواسطة القاضي باسم الضرورات الاجتماعية لإعادة تنظيم آثار عقود أبرمت من قبل³⁹.

حيث لم يعد ينظر إلى العقود على أنها تصرفات تهم المتعاقدين وحدهما، وإنما أصبح ينظر إليها كأدوات لتحقيق سياسة معينة بعدما أن كان القانون في ظل المذهب الليبرالي في خدمة الإرادة، انقلب الأمر، بحيث أصبحت الإرادة، كما يقول (كونو) في خدمة القانون⁴⁰.

وهكذا ظهرت الإتجاهات الإجتماعية والتي تنظر إلى العقد نظرة مختلفة تماما عن الإتجاهات ذات النزعة الفردية. ويتمسك أنصار هذه الإتجاهات الإجتماعية بأسبقية الحق الموضوعي على الحق الشخصي مؤكداً أن الإرادة الفردية، في مجال العقود، لا تلعب الدور الوحيد أو الراجح. وإذا كان من الضروري أن يكون للإرادة مكان معين في هذا الصدد، فإن العدالة وحسن النية والسلام الاجتماعي هي أمور لا تقل عنها أهمية، ويجب أن تشغل هي الأخرى مكانا مناسباً داخل النظام القانوني⁴¹.

فإذا كانت الإرادة هي التي تنشئ الإلتزام فلم لا يكون لها سلطة هدمه، وإذا كان الشخص يلتزم لأنه أراد أن يلتزم، أفلا يتتبع ذلك على سبيل اللزوم أن يكون له الحق في التخلص من هذا الإلتزام وفي أي وقت شاء، ثم أن الإلتزام حسب هذا المذهب الإرادي محوره مشيئة الإرادة، فيجب منطقياً أن يدور مع هذه المشيئة وجوداً وهدماً. وإذا كان للإرادة سلطان وهذا السلطان هو أساس الإلتزام، فلم لا يعترف للشخص بسلطة تعديل القانون الذي سبق أن ارتضاه، ويباح له أن يقول إنه لم يعد راغباً فيه؟⁴²

إن حرية الإرادة لا تصلح أساساً للعقد، ولا تصلح أساساً للقانون ولو كان حقاً أن العقد يقوم على إرادة المتعاقدين، وبدا لمن التزم بالأمس ألا يلتزم اليوم، فأى الإرادتين يحترم؟ وتجدر الإشارة إلى أن منطق سلطان الإرادة لا يستقيم إلا إذا بقيت الإرادة التي التزمت على حالتها الأولى حتى تمام تنفيذ العقد، ولكن من الواضح أن إرادة الشخص لا تبقى على حال واحد، وإنما تتغير باستمرار وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن مذهب الإرادة يفتقر إلى البرهان مما أدى إلى البحث عن أساس آخر للعقد⁴³.

وفي الأخير يمكن القول أن العقد قد أثبت أنه وسيلة قانونية لتحقيق حاجات الفرد، كما أنه يلعب دوراً هاماً في تكريس الأمن التعاقدي وضمان استقرار المعاملات فلا يمكن الاستغناء عنه أو تبديله. وبالتالي لا يمكن اعتبار العقد في حد ذاته أنه في أزمة، أو زواله واختفائه كأداة بيد الأفراد، لكن ما يجب استنتاجه أن العقد في تطور وسيبقى دائماً في تطور مستمر حسب الواقع الاجتماعي والإقتصادي والنظام السائد في الدولة وحسب حاجات وضروريات الفرد، لذلك يجب مراجعة مفهوم العقد والأسس التي يقوم عليها التي هي في حد ذاتها تمر بأزمة. ويجدر التنويه في هذا الصدد أن كل من القاضي والفقهاء أصبحوا يتدخلون في العقد سواء لتعديل بنوده أو انقاصها أو حذفها كلياً، أو تفسيره وزيادة مصطلحات كالعدالة وحسن النية، وعليه أليس من الأجدر القول هل نحن بصدد أزمة عقد أم أزمة قاضي أم أزمة فقه؟

المبحث الثاني: القضاء على الأزمنة العقدية

لقد كان العقد ضحية للخلافات والأزمات الفقهية بخصوص تعدد وتشعب مفهومه فكان من الصعب وضع تعريف فقهي محدد ومستقر للعقد هذا من جهة⁴⁴، أما من جهة أخرى فنجد أن التقنين المدني

كان كذلك سببا في المفاهيم الخاطئة بشأن تعريف العقد حيث اعتبره تصرفا ثنائيا ،أي بعبارة أخرى ينحصر تعريف العقد في تطابق إرادتين طبقا لنص المادة 59 ،في حين بالإستعانة على نص المادة 54 نجد أنها لم تحصر عدد الأشخاص الذين يستطيعون التدخل في إبرام العقد ،وبالتالي لا يمنع من أن يكون العقد موضوع تلاقي أكثر من إرادتين ،ضف إلى أن المشرع أهمل مسألة دور ركني المحل والسبب في تعريف العقد ،كل هذه العوامل أدت بطبيعة الحال الى التشكيك في المفهوم التقليدي للعقد⁴⁵ .

حيث تتمثل أزمة العقد في حقيقتها في عدم التطابق بين المفهوم السائد للعقد في عصر معين وبين الوضع الذي آل إليه العقد في الواقع نتيجة لعامل التطور الذي يشمل العقد باعتباره ظاهرة قانونية تجد أساسها في الواقع الاجتماعي فإن الخروج من هذه الأزمة يتطلب منا البحث عن مفهوم جديد له (المطلب الأول) يكون تعبيرا حقيقيا من واقعه ،وأن البحث عن هذا المفهوم ليس مجرد مسألة نظرية بحتة بل ولها ضرورتها العملية أيضا. وكذلك يتطلب منا اقتراح تصورا جديدا لفكرة العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تجديد مفهوم العقد: كحل محتمل للحد من الأزمة

إن تعدد التعريفات الفقهية للعقد وقصورهم في تقديم تعريف موحد يعد بمثابة النواة الحقيقية وراء ظهور الاضطرابات في العقد، أي ظهور "أزمة العقد" وشيوعها فهي أزمة غموض في المفهوم (*imprécision de la notion*) في الأساس⁴⁶ .

حيث تعرض المفهوم الإرادي للعقد الذي قدمته عدة إتجاهات لعدة انتقادات لقصوره في تقديم تعريف كاف للعقد فجعلته فاقدا للثقة التي أولاهها المتعاقدان إياها ،وهو ما تم الإنتباه إليه مؤخرا. فكان من الضروري إعادة إعلاء قيمة العقد في نفوس أطرافه وفي نفوس المجتمع ككل ،ولا يتحقق ذلك إلا من خلال الذهاب الى اتجاهات ومذاهب أخرى التي قدمت مفهوما جديدا للعقد تمثل الأول في: التعريف التوجيهي للعقد (الفرع الأول)، وتمثل الثاني في فكرة التضامن العقدي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف التوجيهي للعقد: مفهوم حديث للعقد

يرمز مصطلح (توجيهي) بصفة عامة إلى التدخل من أجل تسيير أمر معين في وجهة معينة ،وبناء على هذا التحليل يكون العقد موجها بواسطة القواعد القانونية المصاغة في عبارات عامة والتي بمقتضاها يسعى المشرع إلى توجيه العقد وجهة معينة⁴⁷ . وينادي المذهب التوجيهي على وجه التحديد بتدخل الدولة في العقود عن طريق المشرع وذلك لتوجيه النشاط التعاقدى بإسم المصلحة العامة⁴⁸ .

فيقصد بالعقد التوجيهي العقد الخاضع لإرادة الدولة ممثلة في إرادة المشرع لا إرادة المتعاقدين وذلك من أجل توجيه النشاط التعاقدى ،حيث ينظم المشرع محتوى العقد المبرم بين الأطراف⁴⁹ .

إن تكفل الدولة بتوجيه العقد جعله يخرج من نزعته الفردية إلى النزعة الاجتماعية، حيث أصبح أداة لتحقيق النفع العام ووسيلة من وسائل الحياة وظهر موازاة مع ذلك ،مصطلحات جديدة تؤكد هذه النزعة ك"عاصمة العقد" ،أو "جمعية العقد" ، وإعطاء للعقد وظيفة اجتماعية⁵⁰ . وهكذا أدى التداخل المتزايد من جانب

الدولة في العقود إلى إفساد حرية الطرفين بشدة ،حيث وصل الأمر أحيانا إلى درجة استبعاد حرية إبرام العقد نفسها أو إختيار المتعاقد الآخر . والواقع أن تراجع الحرية الإقتصادية ،وانتشار سياسة التوجيه ،شكلت أسبابا جديدة لإتساع دور القاضي وإسناد دور مماثل لدور القانون إليه بغرض توفيق العقود مع حاجات الاقتصاد ومتطلبات الأخلاق ودواعي العدالة الإجتماعية⁵¹.

وعليه فإذا كان المتعاقدون أحرارا في إبرام العقد وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية ،إلا أنهم على الجانب الآخر ملتزمون ببعض الشروط التي يقرها القانون⁵² ،فالمصدر الذي منح القدرة لهذه الإرادات لإنشاء مثل هذه الإتفاقات -وما يترتب عليها من إلتزامات واجبة التنفيذ من قبل الأطراف الذين تعهدوا بتنفيذها- هو القانون وإرادة المشرع المدني الذي سمح بإنشاء مثل هذه الإتفاقات ،طالما تنصب على ما من شأنه الإخلال بالقواعد الأمرة للقانون ،أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة⁵³ . وهذا ما يبين حقيقة أن العقد يجد مصدره الرئيسي ليس من الإرادة وإنما في القانون .

وفي هذا الصدد نتحدث عن العلاقات القانونية ذات الأصل القانوني وأن العقد تصرف مشروع أي إنه تصرف لا يهدف إلى إنشاء الحقوق والإلتزامات ،حيث يقتصر دور الفرد على مجرد تطبيق الحقوق والإلتزامات الناجمة عن الحالة التنظيمية ،ووفقا لهذا المنظور يعد العقد وضعا تنظيميا للحقوق والإلتزامات ،وهذا التعريف يحد من قدرة المتعاقدين في إنشاء الحقوق والإلتزامات⁵⁴ . فهذا المفهوم قد تعرض لنقد شديد ،لأنه إذا كان القانون ينظم مسبقا العقود المسماة فإن العقود غير المسماة هي ثمرة اتفاق الإرادات المتعاقدة وتندرج تحت القانون العام للعقود⁵⁵ .

ويجدر التنويه إلى أنه حتى وإذا كان لزوما على تدخل الدولة أو القاضي في العقد بواسطة المشرع بطبيعة الحال لأي سبب من الأسباب (حماية الطرف الضعيف،المصلحة العامة) لا ينبغي تعميمه على جميع العقود كما جاء في قول مؤيدي المذهب التوجيهي للعقد ،حتى نتجنب فقدان دور الإرادة في إنشاء الحقوق والإلتزامات كليا ،وبالتالي عدم فقدان العقد نفسه لمكانته عند أطرافه والثقة المتبادلة بينهم .

وإزاء تعرض هذا المفهوم للنقد ،كان لابد من البحث عن تعريف آخر للعقد ،ومن هنا جاءت فكرة التضامن العقدي .

الفرع الثاني: فكرة التضامن العقدي: مفهوم جديد للعقد

لقد حاول جانب من الفقه تعريف العقد على أساس آخر ألا وهو التضامن العقدي⁵⁶ ،إذ يُعدّ هذا الأخير ففها فلسفيا سياسيا واجتماعيا ،نشأ في أواخر القرن التاسع عشر نتيجة للتقدم الصناعي الهائل وقيام المشروعات الضخمة والشركات الكبيرة ،حيث استند الفقيه ديموج (Demogue) على المادة 3/1134 لوضع مفهوم آخر أكثر تطورا للعقد⁵⁷ .

ووفقا لهذا المفهوم لم يعد يعتبر العقد كأداة للتعبير عن مصالح متعارضة بين الطرفين ،وإنما كأداة للتعاون الصادق ،اتحاد بين المصالح المتوازنة ونتاج للثقة المتبادلة ،ضف إلى ذلك هو عبارة عن مؤسسة

صغيرة يعمل كل فرد فيها من أجل هدف واحد يمثل مجموع الأهداف الفردية التي يسعى إليها كل فرد، ولعل أحسن مثال على هذه الحالة الشركات المدنية أو التجارية⁵⁸.

ويؤكد جانب كبير من الفكر المعاصر أن العقد أصبح مكانا ومركزا للمساواة الإجتماعية والصدقة والحب، فكل طرف يحاول أن يحقق العدالة للطرف الآخر⁵⁹.

وبحكم هذا، يمكن القول أن العقد تجاوز المفهوم الفردي والعدائي له الذي يهتم فيه كل طرف بالدفاع عن مصالحه الفردية ". بل أصبح على كل متعاقد أن يأخذ في الاعتبار مصالح الطرف الآخر وحتى أكثر من ذلك إعطاءه الأولوية، أي بمعنى ذلك أنه يركز على مصالح الطرف المتعاقد معه أكثر من مصالحه الشخصية. علاوة على ذلك، ما يمكن أن يكون من الطبيعي أكثر، لأن الإشارة إلى حسن النية من شأنها أن تؤدي إلى "الحب (الطرف المتعاقد معه) كأخ، أن يتم نشر هذا "الإلهام الأخوي" في قانون العقود، وبالتالي "الاهتمام بالآخرين والقدرة على الكرم لجعل الإنسان إنساناً حقاً ". وبذلك يفتح شق ثالث "بين مفهوم توجيهي ورؤية ليبرالية محضة للعقد"، وهذه الطريقة الثالثة تميل إلى التكرار، حيث يفضل بعض المؤلفين نهجاً أخلاقياً إلى حد ما للعقد، بينما يفضل البعض الآخر نهجاً اجتماعياً إلى حد ما⁶⁰.

وفي الأخير، يعتبر هذا التضامن الإنساني إفتراضي رؤية وهمية عند البعض الآخر من الفقهاء ومن بينهم الفقيه (Malaurie)، ذلك لأن الأفراد حقيقة يهتمون بمصالحهم الخاصة أكثر من اهتمامهم بمصالح الآخرين، إذ يجب تصور الفرد كما هو وليس كما نعلم أن يكون. فممكن أن يصبح الفرد كما نتصور في عالم مثالي، وليس في هذا العالم الذي نعيشه.

وإزاء هذه الانتقادات للمفهوم التضامني للعقد والتي جعلته كذلك غير كافٍ، إلا أنه قدم أفكار قيمة تدعو إلى تحقيق التوازن والعدالة والمصلحة العامة، وهو بحسب نظرنا ازدهارا وتطورا للعقد وليس إنتكاسا أو أزمة جديدة كما يعرفها بعض الفقهاء، بإعتبار أن الضروريات الإجتماعية والتطور الإقتصادي يقتضي ذلك.

المطلب الثاني: نظرية مؤسسية العقد (La théorie institutionnelle du contrat)-كحل مؤكد للحد من الأزمة

بعد المحاولات المتعددة من قبل الفقه لإعطاء تعريف كاف ومستقر للعقد من شأنه الحد من أزمة العقد ذهبت كلها في هباء إلى غاية توصلهم إلى نظرية جديدة والتي تعتبر الحل المؤكد للحد من هذه الأزمة، حيث أطلق عليها بـ"مؤسسة العقد". وعليه سنحاول توضيح هذه النظرية بالتطرق الى مفهومها (الفرع الأول)، ومن ثم نبين كيف تكون هذه الفكرة اساسا للقوة الملزمة للعقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم مؤسسة العقد (contrat-institution)

تعتبر فكرة مؤسسة العقد الجانب الخفي للعقد (**Le visage caché du contrat**)، وبفضل هذه الرؤية للعقد لم يعد بإمكاننا أن نتحير أو نهتم بما يسميه البعض بأزمة العقد⁶¹. إذ يقصد بمؤسسة العقد بأنها مجموعة (نظام عام) من القواعد المحددة مسبقا التي يؤدي عدم الامتثال إليها إلى فرض جزاءات محددة⁶². ويجدر التنويه في هذا الصدد إلى أن تعريف العقد كما نعرفه في المفهوم التقليدي عبارة عن توافق إرادات أطرافه وهو ما يسمى بالجانب الظاهر (**La partie visible**) في العلاقة العقدية، وهذه الأخيرة تحجب لنا جانبا آخر للعقد غير معروف عند الأفراد وهو الجانب غير الظاهر للعقد أي "الجانب المؤسسي" ويعتبر هذا الجانب أكثر أهمية باعتباره يمثل الجانب الخفي في تعريف العقد⁶³. فالعقد هو توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر بقصد إحداث آثار قانونية، وبالتالي لهذا التعريف طابع الإلزامية ألا وهو تحقيق آثار قانونية محددة من خلال هذا الإتفاق، كما يُعرف العقد عند بعض الفقهاء (**Dutilleul**) و(**Jestaz**) بأنه اتفاق للإرادات يقرها القانون وبالتالي فهي تخضع لقانون العقود، وبأن المحتوى التنظيمي للعقد يحدده المشرع والقاضي مسبقا، وفي الحدود التي يسمح بها القانون تأتي إرادة الطرفين. وبالتالي ما نلاحظ أنه إذا كان العقد يُحدث آثارا فذلك ليس بسبب إتفاق الإرادات، بل لأن هذا الإتفاق لا يتعارض وإنما يتفق مع مجموعة من القواعد القانونية المحددة مسبقا ويطلق على هذه القاعدة الديناميكية المؤسسية (**La dynamique institutionnelle**)⁶⁴.

حيث يندرج العقد ضمن التصرفات القانونية (**Acte juridique**) التي يهتم بها القانون من أجل تنظيم العلاقات والمعاملات المتبادلة بين الأشخاص المعروفة منذ القدم كالبيع والشراء والقرض...⁶⁵ ضف إلى ذلك إن اجتماع الإرادات (**Rencontre des volontés**) وتلاقيها لا يعد كافيا لانعقاد العقد، بل لابد أن يتم هذا الاتفاق وفقا لما تحدده تلك القواعد المعينة مسبقا⁶⁶، وذلك بغض النظر عن عنصر الرضاية، وهذا الأمر يتوافق مع فكرة المؤسسة. وبالتالي العقد الذي لا يحتوي على هذه الشروط المحددة سالفا في القانون لا يعد منتجا لأي أثر قانوني رغم إتفاق الإرادات⁶⁷.

وفي الأخير يمكن القول أن فكرة المؤسسة تتمثل في تواجد قواعد تشريعية معينة مسبقا تحكم العقد وتنظمه سواء كانت عامة أو خاصة والتي تقوم بتوجيه إرادة الأطراف من جهة، ومن جهة أخرى يخضع اتفاقهم لتلك القواعد، وبالتالي توفر هذين الشرطين يؤدي إلى وجود عقد صحيح مستوفي كل المتطلبات القانونية.

الفرع الثاني: فكرة المؤسسة: أساس القوة الملزمة للعقد

يكمن أساس القوة الملزمة للعقد في عنصرين اثنين: المنفعة والعدالة، ولتوضيح الجانب المؤسسي للعقد لابد منا الانطلاق من الفرضية الشهيرة: «العقد الزامي لأنه نافع»⁶⁸، فيجب عدم الخلط بين المنفعة العامة والمنفعة الخاصة، فالمنفعة العامة تعود على المجتمع بأكمله، أما المنفعة الخاصة فهي تحدد وفقا

للفائدة التي يحققها العقد لأحد أطرافه، وهي في حقيقة الأمر لا تعتبر شرط لابد من توفره لصحة هذا العقد. وما يؤكد ذلك في هذه النقطة بالضبط أن الإجهادات القضائية تسمح أحيانا العقد الذي لا يحقق نفعاً لأحد المتعاقدين لأنه يكرر عقداً آخر⁶⁹.

ويجدر التنويه في هذا السياق على أنه إذا لم تكن فكرة المنفعة الخاصة قادرة على تعزيز الطبيعة المؤسسية للقوة الملزمة للعقد، فإن المنفعة العامة على العكس من ذلك تعزز الجانب المؤسسي للقوة الملزمة للعقد⁷⁰، حيث لا تقتصر المنفعة العامة على الإيرادات الفردية، إذ إننا نتحدث في الواقع عن المنفعة الاقتصادية للعقد (**L'utilité économique du contrat**)، وهي المنفعة التي يرغب فيها الطرفان تحقيقها مستقبلاً من خلال العقد⁷¹.

حيث يفرض القانون الوضعي جزاءات على الإخلال بقواعد العقد وشروطه نظراً لدوره الجوهرية في القيام بعمليات نافعة اجتماعياً، كما يمنحه قوة ملزمة بسبب فائدته الاجتماعية (**son utilité sociale**) فالقوة الملزمة للعقد لا تكمن في إرادة الأطراف، بل تكمن في فوائده العملية، وبعبارة أخرى فإن العقد ملزم قانوناً ليس لأنه عملية مرغوبة أو لازمة بقدر ما هو عملية مفيدة. فالعلاقة العقدية ليست مجرد أداة تخضع للمصالح الخاصة، بل تعتبر ضرورة إجتماعية تخضع لمتطلبات المجتمع⁷².

إن مثل هذه العمليات والمنافع المرجوة لا يمكننا تصورهما بدون وجود قوة ملزمة للعقد، ولا شك في أن هذه القوة تعتمد في وجودها على القانون ذاته وإرادة المشرع تحديداً وهذا ما ذكره الفقيه (**Kelsen**)، مع ملاحظة أن إرادة المشرع في هذا الشأن لا تعني التعسف على الإطلاق⁷³. لذلك فإن المشرع يلعب دوراً أساسياً في تحديد المنفعة العامة والمنفعة الخاصة. وهذا المشرع مؤسسة أجنبية للأطراف المتعاقدة، وهو ما يضمن حقاً تحقيق الطابع المؤسسي في منفعة العقد⁷⁴.

كما تأتي القوة الملزمة للعقد من عدالتها، فالعقد ملزم لأنه نافع وعادل في نفس الوقت. فيقصد بالعدل ما يتوافق مع القانون، إذ جاء في قول القديس (**توما الأكويني**): "يجب أن يكون القانون الإنساني عادلاً، أي موجهاً نحو الصالح العام للشعب الذي يتجه نحوه"⁷⁵.

وعليه فالعدالة العقدية ليست سوى تطبيق خاص تهدف إلى إقامة التوازن داخل الرابطة العقدية (كل طرف في هذه العلاقة يأخذ مقابلاً لما يعطيه)، ويفترض مسبقاً أن العقد قد تم وفقاً لأحكام القانون لكنه مجرد افتراض وقرينة بسيطة تقبل إثبات العكس. ففي حالة وجود خلل بين المصالح المتقابلة في العقد أو في الحالة التي يستطيع فيها أحد الطرفين أن يثبت أنه لم يكن في وضع يسمح له بالدفاع عن مصالحه بشكل طبيعي يعد ذلك مبرراً لفرض رقابة على العقد حيث يسمح المشرع في هذا الصدد للقاضي بالتدخل في العلاقة العقدية تكريماً للعدالة وتحقيقاً للإنصاف داخل هذه الرابطة، وهذا ما يجعل القاضي عنصر أجنبي تماماً عن أطراف العلاقة العقدية وهو ما يضمن حقاً تحقيق الطابع المؤسسي في عدالة العقد⁷⁶.

خاتمة:

ما يمكن استخلاصه من هذه الدراسة أنه في حالة ما إذا تواجدت فعلا أزمة العقد فإنها ستختفي، لأنها تخضع للعاطفة لا للعقل. وسيستمر تطور المفهوم التعاقدية، لأن هذا التطور طبيعي ويتوافق مع مبادئ العقل الضرورية والعالمية من جهة، ومن جهة أخرى التطورات الاقتصادية تقتضي ذلك. وعليه لا يمكننا تصديق أن هناك فعلا أزمة أو أن العقد في حد ذاته سيزول، بل الأزمة هي أزمة مفهوم وهي في مرحلة حالية في تطور المفهوم التعاقدية، والدليل على عدم وجود أزمة حقيقية هو أن العقد لا يتراجع، بل يمضي قدماً. إذ لم تكن العلاقات التعاقدية قوية كما هي عليه اليوم.

وقد اعتبر جانب من الفقه الفرنسي المعاصر أن أزمة العقد مجرد أزمة فقهية " فالعقد في نظرهم يسير على ما يرام ولا يخضع لأي منافسة وبل بحالة جيدة، ويظهر ذلك واضحا من آلاف النماذج التي يتم إبرامها يوميا " كما يعتقد بعض المفكرين أنه كلما وجد العقد وجد الفقه وكلما وجد الفقه وجدت الأزمة، فموضوع الأزمة مجرد خدعة فقهية، حيث إن غرضهم الوحيد من ذلك هو زعزعة النظرية العامة للعقد بشكل خاص والقانون المدني بصفة عامة.

ومن الطبيعي أن تنتهي هذه الدراسة إلى نتائج نعرضها فيما يلي: نقترح على المشرع الجزائري: أولاً، في حالة ما إذا لم تعد نصوص القانون المدني تتماشى مع مقتضيات التطور، أو لم تعد من مخلفات المفهوم الذاتي للقانون، والتي تنطبق في المفهوم الواقعي للقانون الحديث، وجب استبدال هذه النصوص في أقرب وقت ممكن بأخرين يتطابقون مع الوضع الجديد.

أما ثانياً، يجب إعادة النظر في نصوص القانون المدني بصفة عامة، والنظرية العامة للعقد بصفة خاصة محاولاً سن نصوص جديدة تتوافق وتتماشى مع الظروف والأوضاع الحالية الذي توصل إليها المجتمع أو إعداد قانون خاص للعقود يتماشى مع الوضع الراهن، ومن خلاله يجعل تدخل القاضي والمشرع معتدل في العقد أو بعض العقود فقط، مع توضيح امكانية تدخل الدولة كطرفا في العقد حتى تبقى الثقة قائمة بين أطرافه والمحافظة على إستقرار المعاملات. **ثالثاً** وأخيراً باعتبار أن الفقه لم يتوصلوا إلى مفهوم موحد ومستقر فلا بد على المشرع من إقتراح تعريفاً شاملاً وواضحاً لفكرة العقد وذلك من خلال إمكانية إدخال فكرة مؤسسة العقد مع ضبط المصطلحات القانونية للحد من الأزمة والجدل الفقهي.

الهوامش:

¹- تنص المادة 59 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

²- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، 2015/2016، ص 140.

- ³⁻ د/أيمن ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية للنشر، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2002، ص 05.
- ⁴⁻ د/عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، أزمة العقد "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 1998، ص 04.
- ⁵⁻ د/عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، المرجع السابق، ص 03.
- ⁶⁻ د/أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 08.
- ⁷⁻ Ghestin (J) ; Jamin (CH) ; Biliau (M) ; Traité de Droit Civil ; Les effets du Contrat ; 2^{eme} Ed ; L.G.D.J ; Paris ; 1994 ; P.90.
- ⁸⁻ د/عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، المرجع السابق، ص 05.
- ⁹⁻ د/حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، دار السنهوري للنشر، الطبعة الأولى، بيروت-لبنان، 2016، ص 65.
- ¹⁰⁻ د/حسين عبد الله الكلابي، المرجع نفسه، ص 64.
- ¹¹⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، مصر، 2020، ص 03.
- ¹²⁻ د/محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الربوي والفقهاء الاسلامي، دار النهضة العربية للنشر، ب.ط، القاهرة-مصر، 1999، ص 3.
- ¹³⁻ آلان بينابنت، القانون المدني: الموجبات، القسم الاول، ترجمة منصور القاضي، بدون طبعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بدون سنة النشر، ص 18.
- ¹⁴⁻ د/محمد جمال عطية عيسى، المرجع نفسه، ص 10، 11.
- ¹⁵⁻ د/محمد جمال عطية عيسى، المرجع السابق، ص 14-18.
- ¹⁶⁻ د/محمد جمال عطية عيسى، المرجع نفسه، ص 6-26.
- ¹⁷⁻ د/عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، المرجع السابق، ص 5.
- ¹⁸⁻ عبد الرحمن عبد الرزاق داوود الطحّان، العقد في ظل النظام الاشتراكي (محاولة تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية)، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، بغداد، 1981، ص 90.
- ¹⁹⁻ د/أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 5.
- ²⁰⁻ د/عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، المرجع نفسه، ص 3.
- ²¹⁻ د/حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 64.
- ²²⁻ د/عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، المرجع السابق، ص 4.
- ²³⁻ Terré (F) ; Simler (P) ; Lequette (Y) ; (F).Chénéde ; Droit civil Les obligations ; 12^{eme} ed. ; Dalloz ; 2019 ; Paris ; p. 49.
- ²⁴⁻ Dans un article célèbre, Henri Batifole, identifier le contrat à un « Volontarisme simple ne répond pas à la complexité des faits ». Terré (F) ; Simler (P) ; Lequette (Y) ; (F).Chénéde ; Ibid. ; P.49.
- ²⁵⁻ د/حسين عبد الله الكلابي، المرجع نفسه، ص 65.

- ²⁶⁻ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، بدون طبعة، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية-مصر، 2004، ص 118. د/حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، ج 1، الطبعة 2، بدون دار النشر، 1990، ص 42.
- ²⁷⁻ نصت المادة 54 مدني على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".
- ²⁸⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 25.
- ²⁹⁻ د/ايمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 5.
- ³⁰⁻ محمد حمودة، النظرية العامة للعقد، وحدة البحث، مسائل في فقه القانون المدني، الطبعة الاولى، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص 240.
- ³¹⁻ (J).Ghestin ;Traité de droit civil ;La formation du contrat ;3^{ème} éd. ;L.G.D.J ;Paris ;1993 ;P.27.
- ³²⁻ د/رمضان محمد أبو السعود، مصادر الالتزام، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية-مصر، 2018، ص 18.
- ³³⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 22.
- ³⁴⁻ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، 2013، ص 51.
- ³⁵⁻ أ.د/علي فيلالي، الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، العدد 2018، ص 5، ص 9.
- ³⁶⁻ عبد الرحمن عبد الرزاق داوود الطحان، المرجع السابق، ص 90.
- ³⁷⁻ أمال بن بريح، مدى تراجع دور الارادة في المجال التعاقدية، بحوث مجلة نصف سنوية، المجلد الاول، العدد 14، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2020، ص 22.
- ³⁸⁻ عبد الرحمن عبد الرزاق داوود الطحان، المرجع السابق، ص 92.
- ³⁹⁻ د/حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 68.
- ⁴⁰⁻ عبد الرحمن عبد الرزاق داوود الطحان، المرجع نفسه، ص 92.
- ⁴¹⁻ د/ايمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 7.
- ⁴²⁻ نسير فريزة، د/أمازوز لطيفة، إعادة النظر في التفكير التقليدي لمفهوم العقد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد الرابع، الجزائر، 2016، ص ص 211، 212.
- ⁴³⁻ نسير فريزة، د/أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 212.
- ⁴⁴⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 221.
- ⁴⁵⁻ نسير فريزة، د/أمازوز لطيفة، المرجع نفسه، ص 201.
- ⁴⁶⁻ Moron -Puech, L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat, Éd. LGDJ, coll. Thèses, T. 591, 1^{re} éd., mars 2020, P.682 .
- ⁴⁷⁻ د/شوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 2، الجزائر، 2020، ص 245.
- ⁴⁸⁻ « La doctrine dirigiste du contrat promeut l'interventionnisme de l'Etat par le truchement du législateur pour canaliser l'activité contractuelle, au nom de l'intérêt général ». Hervé.(M.M.M) ;La question de la définition du contrat en droit privé: essai d'une théorie institutionnelle ;Juridical Tribune ;Volume 4 ;Issue 1 ;June 2014 ;P.99.

<http://www.tribunajuridica.eu/arhiva/An4v1/6Minkada.pdf> . consulté le 28 septembre 2021 à 23:30.

⁴⁹⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 230.

⁵⁰⁻ بوراس لطيفة، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، الجزائر، 2020، ص 12.

⁵¹⁻ د/أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص ص 143، 144.

⁵²⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 230.

⁵³⁻ نسير فريزة، د/أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 216.

⁵⁴⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص 230.

⁵⁵⁻ Terré (F) ; Simler (P) ; Lequette (Y) ; (F).Chénéde ; OP. Cit ; P.71.

⁵⁶⁻ En droit contemporain, c'est M. Jamin qui a employé le premier cette expression, en souvenir d'un article d'André-Jean Arnaud qui avait parlé, pour le critiquer, du « solidarisme juridique ». C'est lui qui l'a théorisée dans une étude, insérée dans les Mélanges offerts à Jacques Ghestin, qu'il avait intitulée « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel » M. Denis Mazeaud le reconnaît comme « chef de file » du mouvement « entre 1995 et 2005 environ ». M. Mazeaud de son côté, a notamment publié sur ce thème un article remarqué, intitulé "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ?", inséré dans les Mélanges offerts à François Terré. « Cette expression a très vite été reprise pour englober sous une même rubrique une série d'articles publiés par divers auteurs à partir de la fin des années 1990, ces articles ayant pour point commun de critiquer la vision dominante du droit des contrats d'inspiration plutôt volontariste et individualiste . (J).Ghestin ; (G).Loiseau ; (Y-M).Serinet ; Traité de droit civil ; La formation du contrat ; 4^{ème} éd. ; L.G.D.J ; Paris ; 2013 ; P 303 et s.

⁵⁷⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 232.

⁵⁸⁻ د/أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 163.

⁵⁹⁻ Le contrat « devient un haut lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre ». Hervé.(M.M.M). ; op. cit., p.101.

⁶⁰⁻ Quoi de plus naturel, au demeurant, puisque la référence à la bonne foi commanderait « d'aimer (son cocontractant) comme un frère », cette « aspiration fraternelle » se déployant dans le droit des contrats en un « souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain ». Serait ainsi ouverte une troisième voie « à mi-chemin entre une conception dirigiste et une vision purement libérale du contrat », cette troisième voie aurait d'ailleurs elle-même tendance à se dédoubler, certains auteurs privilégiant une approche plutôt morale du

contrat, d'autres une approche plutôt sociale. Terré (F) ; Simler (P) ; Lequette (Y) ; (F). Chénéde ; op.cit ; P.47.

⁶¹⁻ Hervé.(M.M.M). ; op. cit., P.88.

⁶²⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 238.

⁶³⁻ Hervé.(M.M.M). Ibid. ; P.90.

⁶⁴⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص ص 239، 240.

⁶⁵⁻ Moron –Puech ; op-cit. ; P.682.

⁶⁶⁻ يقصد بهذه القواعد: مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العقود. وتنقسم هذه القواعد إلى نوعين: قواعد قانونية عامة، وقواعد قانونية خاصة. أما القواعد القانونية العامة فيقصد بها القواعد التي تنظم العقود بوجه عام فهي واجبة الإلتباع في جميع العقود دون أي تفرقة بين عقود مسماة أو غير مسماة. غير أن هناك بعض العقود التي نظمها المشرع بقواعد خاصة ويعنى بها العقود الخاصة (العقود المسماة).

⁶⁷⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 244.

⁶⁸⁻ « Le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile ». voir (J). Ghestin ; Le contrat en tant qu'échange économique ; Revue d'économie industrielle ; Economie des contrats : bilans et perspectives ; 2000 ; P.91. <https://www.persee.fr/> .consulté le 13 octobre 2021 à 20:00.

⁶⁹⁻ Hervé.(M.M.M). ; op. cit., P.111.

⁷⁰⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص 248.

⁷¹⁻ « les hommes sentent le besoin d'embrasser l'avenir dans un acte de prévision et...d'obtenir contre des services actuels des avantages futurs, ou contre des avantages futurs des services actuels. » voir Hervé.(M.M.M). ; Ibid ; P.112.

⁷²⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 274.

⁷³⁻ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، -، 2000، ص 23.

⁷⁴⁻ Hervé.(M.M.M). ; op. cit., P.112.

⁷⁵⁻ Hervé.(M.M.M). ; Ibid ; P.112.

⁷⁶⁻ بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص 249.

« Le juge est une institution extérieure aux parties ».