المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

اسم المقال: "الجديد" في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي "دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"
اسم الكاتب: أ.د. محمد عرفان الخطيب
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8083
تاريخ الاسترداد: 2026/11/02 09:14 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية جامعة مؤتة ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

"الجديد" في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي
"دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"

أ.د محمد عرفان الخطيب *

تاريخ تقديم البحث:١/٨ /٢٠١٨م. **تاريخ القبول:٥/٥/٢٠١٩ م.**

ملخص

يقدم البحث محاولة أكاديمية تأصيلية تسعى لتبيان التحولات التي طرأت على نظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، مقارنة مع ما كان عليه الحال في نصوص القانون المدني السابق، وذلك، عبر التحليل القانوني المعمق لركيزتين رئيستين من ركائز العملية التعاقدية هما: "مبدأ حسن النية والإرادة التعاقدية". فالقانون المدني الجديد قدم قراءة قانونية مختلفة لدور هاتين الركيزتين في العملية التعاقدية، إمّا من حيث توسيع نطاق مبدأ حسن النية، وإعادة النظر في مفهوم السبب بوصفه واحداً من أركان العقد، أو من حيث إعادة النظر في التموضع القانوني للإرادة كواحدة من مرتكزات العملية التعاقدية، بشكل استطاع معه أنْ يتلافى العديد من العيوب والنواقص التي كانت تعتري نظرية العقد في هاتين الركيزتين، وصولاً لعقد قانوني يحُصنه مبدأ حسن النية، كما تقوم فيه الإرادة بدورٍ فاعلٍ في تحديد آثار هذا العقد، ونتائجه. عارضين في القسم الأول من البحث للجديد المتعلق بحسن النية ودورها في العملية التعاقدية، وباحثين في قسمه الثاني، لما يمكن تسميته بإعادة التموضع القانوني للإرادة ضمن هذه العملية.

الكلمات الدالة: مبدأ حسن النية، الإرادة التعاقدية، مرتكزات التعاقد، نظرية العقد، القانون المدني الفرنسي الجديد.

* كلية أحمد بن محمد العسكرية، الدوحة، قطر.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

"The New" in the Pillars of the Contractual Process in the French Civil Legislation : "Contrastive Originality Critical Study"

Prof. Mohammed Erfaan Al-Khateeb

Abstract

The present research provides an originality academic attempt that endeavors to demonstrate the transformations that have taken place on the contract theory in the modern French civil legislation, in comparison to the case that was in the provisions of the former civil act, by deep legal analysis of two pillars of the contractual process: the principles of good faith and contractual will. The new civil act supplies a different legal reading for these two pillars in the contractual process, whether in expanding the extent of the principle of good faith and reconsideration of the cause concept as one of the contract's pillar, or in reconsideration of the legal location of will as one of the pillars of the contractual process, in a way that enabled it to avoid a number of defects and shortcomings that used to encounter the contractual process regarding these two pillars in order to reach a legal contract immunized by good faith. Furthermore> The New civvl Act will play a significant role in determining the effects of and outcomes of this contract. In the first section of the research, we discuss the new related to good faith and its role in the contractual process, whereas we research in the second part what can be called the legal relocation of the will within this process.

Keywords: The principle of good faith, Contractual will, Contracting pillars, Contract theory, The new French civil act.

المقدمة:

درجت الأدبيات الفقهية في المدرسة المدنية الفرنسية على قيام العقد على ركائز محورية عدة تتناول جوانب متعددة في مختلف مراحل العملية التعاقدية[١]، من أهمها ضرورة مراعاة حسن النية في العملية التعاقدية، كما مراعاة احترام الإرادة العقدية لطرفي العقد في إطار ما يسمى بـ: "القوة الملزمة للعقد". غير أنه وأمام حالة جمود النص التشريعي الحاكم لهذه الركائز في القانون المدني لما يزيد على المائتي عام، مقارنةً مع جهود المؤسسة القضائية طيلة الفترة الماضية، الهادفة لتلافي حالات القصور والغموض التي اعترت التطبيق العملي لهذه الركائز[٢]، فقد أضحى النص التشريعي المؤطر لهذه الركائز في حالة انفصام حقيقي عن الواقع[٣].

حقيقةٌ تنبه لها المشرع الفرنسي الذي عمد منذ العام 2004[٤] إلى تبني خطة طموحة لتعديل العديد

(1) "Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation". Art. 1108. *"Ancien Code civil 2016", "Ancien CC"*.

(٢) ليصبح فهم النظرية أولًا، وإكمالها ثانيًا، إنَّما يمر في غالب الأحيان من خلال الرجوع إلى العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم القضائية الفرنسية، ولتصبح هذه الأحكام بمثابة المرجعية القانونية غير الرسمية لهذه النظرية، ولتغدو بعض الكتب القانونية الشارحة لهذه الأحكام بمثابة مصادر قانونية مكملة ومفسرة لهذه النظرية. راجع في ذلك،

H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénedé, les grands arrêts de la jurisprudence civile II. "Obligations, contrats spéciaux, sûretés", éd Dalloz, 13ème éd, 2015. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénedé, les grands arrêts de la jurisprudence civile I. "Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions", Dalloz, 13ème éd, 2015.

(٣) منذ وضع القانون المدني في العام ١٨٠٤ لم تتعرض هذه النظرية على المستوى التشريعي إلا لتغيرين جوهريين، الأول تناول تلطيف الشروط الجزائية في حال المغالاة في الشرط أو التقليل منه، في العام ١٩٧٥ والعام ١٩٨٥، والثاني تمثل في تبني القواعد القانونية الخاصة بالعقود المبرمة تحت الشكل الإلكتروني في عامي ٢٠٠٤ و٢٠٠٥.

Voir : Loi. n° 75-597, 9 juill. 1975, JO 10 juill, et Loi. n° 85-1097, 11 oct. 1985, JO 15 oct. Cass. civ. art. 1152. Loi. n° 2004-575, 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), JO 22 juin, Cass. civ, art. 1108-1 et 1108-2 ; Ord. n° 2005-674, 16 juin 2005, JO 17 juin, Cass. civ, art. 1369-1 et s.

(4) Colloque sur le bicentenaire du code civil à la Sorbonne, Paris, le 11 mars 2004. Chirac propose une réforme du droit des contrats. *Les Echos*, le 12/03/2004. En savoir plus sur http http://discours.vie-publique.fr/notices/047000041.html. Th. Revet, La recodification, entre tentation et illusion, *In Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz*, Litec, 2004, p. 453, passim. Pour plus d'informations voir : A. Batteur, Célébration du bicentenaire du Code civil, Regards d'un civiliste résolument optimiste sur l'avenir du Code des Français. *Cahiers de da Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 4, 2005, Pp. 171-178. G. Canivet à l'occasion du bicentenaire du Code civil organisé par la Chancellerie : Vivre et faire vivre le Code civil, *Petites affiches*, Spécial numéro, 2004, p. 40. R. Cabrillac, L'avenir du Code civil, *JCP, Général,* 2004, I, p. 121.

من قواعد القانون المدني من بينها تعديل القواعد القانونية المتعلقة بالباب الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدني المعنون: "الاتفاقيات والالتزامات الاتفاقية عموماً"، والذي قدمت حوله مشاريع قوانين ثلاث[١] هي على التوالي: مشروع (Chancellerie[٢]) ومشروع (Catala[٣]) وأخيراً مشروع (Terré[٤]) الذي تبنته الحكومة الفرنسية بموجب القانون رقم ٢٠١٦-١٣١ تاريخ ٢٠١٦/٠٢/١٠ المتعارف عليه فقهاً بـ: "قانون إصلاح العقود والإثبات[٥]"، الذي أعاد المشرع الفرنسي من خلاله، النظر

(1) Pour plus d'informations à propos de tous ces efforts voir : A. Ghozi et Y. Lequette, (2008) La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie, *D*, chron. p. 2609. D. Mainguy, (2009) Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, *D*, chron., p. 308. F. Creux-Thomas, (2013), Le code civil décodé. *La Semaine du Droit l'Enquête,* n° 956. *JCP*. G, n° 38-16 septembre, Pp. 1672-1675.

(2) Ph. Malinvaud, (2008), Le "contenu certain" du contrat dans l'Avant-projet Chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes, *D*, Point de vue, 2551.

(3) Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil), P. Catala (2005), (dir.), La documentation française.

(4) ***Trois ouvrages sont parus sous la direction de François Terré (2008) :*** Pour une réforme du droit des contrats**, Dalloz** *;* (2011) Pour une réforme du droit de la responsabilité civile**, Dalloz** *;* (2013) Pour une réforme du régime général des obligations**, Dalloz.**

(5) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : *JO*. 11 févr. 2016. "***Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016***", ratifiée par la Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. *JO* n° 0093 du 21 avril 2018. Loi de ratification de la réforme des contrats. Defrénois 26 avril 2018, n° 136c4, p. 5. Pour plus d'informations voir : Revet, T. (2018) L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général. *Revue des contrats*, n° 7, p. 4. Andrieu, T. et Dreux, M-Ch. (2018) La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées. *Gazette du Palais*, n° 322a0, p. 13. Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : projet de loi adopté au Sénat. (2017) *Gazette du Palais*, n° 307v1, p. 50. Rédaction Lextenso. Stoffel-Munck, Ph. (2018) Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens. *Revue des contrats*, n° 1, p. 52. Mekki, M. (2017) Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations. *Gazette du Palais*, n° 305y0, p. 11. Latina, M. (2017) Application de la réforme du droit des contrats dans le temps : vers la convergence des droits. *Gazette du Palais*, n° 304x6, p. 13. Loi de ratification de la réforme des contrats. (2018) Defrénois 26 avril, n° 136c4, p. 5. Mazeaud, D. (2018) Le nouveau droit des obligations : observations conclusives. *Revue des contrats*, n° 0, p. 65. Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018. (2018) *Revue des contrats,* Hors-serie, n° 7. p. 3. Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. (2016) Ed. *Dalloz*. Sirinelli. P et de Carvalho L. (2015), Réforme du contrat d'édition, Commentaire de l'ordonnance du 12 novembre 2014. *D,* p. 498. Monéger J., (2015), Le droit des contrats nouveau est arrivé. *Loyers et Copropr*, Le droit des contrats nouveau est arrivé, n° 4, repère 4.

الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، على التوالي: العدد (٢١)، ص. ص. ٢٣٩-٣٠١. العدد (٢٢)، ص. ص. ٣٥٥-٤١٧. **جابر**، أشرف (٢٠١٧) الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات. أبحاث المؤتمر السنوي الرابع. كلية القانون الكويتية العالمية ٢٠١٧، ملحق خاص. الجزء الثاني، ص. ص. ٢٨٥-٣٣٩. علماً بأنَّه، ولأغراض هذا البحث سيتم التدليل على هذا القانون باستخدام مصطلح: "**قانون إصلاح نظام العقود**" أو "**القانون المدني المعدل**" "**القانون الجديد**"، أو مرادفاتهما باللغة العربية حسب الحال، وبالغة الفرنسية مصطلح: ***Ord, n° 2016-131, 10 févr. 2016*** ou ***Code Civil Modifié "CC. Modifié"*** في حين سيتم التدليل على **مشروع القانون** من خلال استخدام مصطلح : "**مشروع القانون**" ومرادفاتها باللغة العربية، ومصطلح : ***"Terré", projet de.*** للغة الفرنسية.

في العديد من ركائز العملية التعاقدية، مضفياً عليها جوانب أكثر حداثية، لجعلها أكثر مواءمة مع متغيَّرات المجتمع خلال القرنيين المنصرمين. لا سيما لجهة توسيع نطاق حسن النية في العملية التعاقدية، وإعادة تموضع مفهوم الإرادة ضمن هذه العملية.

من هنا تأتي فكرة هذه الورقة البحثية التي تسعى لتوضيح الجوانب الحداثية التي تبناها المشرع المدني الفرنسي حيال هاتين الركيزتين: حسن النية والإرادة العقدية[١]، في ضوء التعديل الأخير للقانون المدني المنوه عنه أعلاه، بما يعزز من مبدأ الأمن القانوني الذي كان واحداً من المحفزات القانونية لإجراء هذا التعديل[٢]، وذلك عبر دراسة قانونية تحليلية تأصيلية مقارنة لواقع هاتين الركيزتين في النصوص القانونية الجديدة التي أدرجت في نصوص قانون إصلاح العقود

(١) من غير الخافي أنَّ ركائز العملية التعاقدية، ويمكن أن يندرج تحتها كذلك، مفاهيم ورؤى أخرى، الأمر الذي سيكون موضوع بحث وتحليل أكاديمي معمق من قبل العديد من رجال القانون والفقه الفرنسيين والعرب، غير أنَّه ولاعتبارات النشر الأكاديمي أولاً، ولسعة موضوع البحث ثانياً، آثرنا البحث في نقطتين رئيسيتين رأيناهما الأهم في هذه التحولات، شكلتا موضوع البحث وفق ما سبق بيانه، ما اقتضى التنويه.

(٢) برزت فكرة تعزيز الأمن القانوني في القانون المدني الجديد من خلال معطيات عدة، لعل من أهمها، توضيح الموقف التشريعي للمشرع الفرنسي، بنصوص قانونية مكتوبة محددةً وواضحة، تقدم لنظرية عقدية واضحة المعالم والحدود، تنهي حالة التردد التي اعترت هذا الموقف حيال العيديد من النقاط المرتبطة بمبدأ حسن النية والإرادة العقدية، والتي كانت تثير لغطاً في الأوساط الفقهية. سواء فيما يتعلق بمفهوم ونطاق حسن النية وطبيعتها، سواء بدور الإرادة في العقد، وتحقيق المواءمة بين القوة الملزمة للعقد والعدالة العقدية، كما بين ثبات العقد، وإعادة التوازن للعقد. وأخيراً بين إلزامية العقد والأمان العقدي، ذلك أن تعرض الاجتهاد الفضائي لمختلف هذه النقاط رغم أهميته، لم يكن بالوضع المريح، أولاً لانعدام الاختصاص، وثانياً لطبيعة هذا الدور الاجتهادي ذو الطبيعة المتذبذبة. راجع في ذلك، Andrieu, T. et Dreux, M-Ch. (2018) La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées. *Gazette du Palais*, n° 322a0, p. 13. Guiomard, P. (2016) Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil 2016. A jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Ed. *Dalloz*, p. 2. Borghetti, J.-S. (2016) La force obligatoire des contrats, *Droit et patrimoine*, n° 258, p. 67. Brault, Ch-É. (2016) Vers un nouvel équilibre contractuel. *Gazette du Palais*, n° 25, p. 49s. Le Gac-Pech, S. (2016) Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil. *Petites affiches*, n° 162-163, p. 7s. Houtcieff, D. et Houtcieff, B. (2015) Les équilibres subtils de l'obligation de bonne foi. *Gazette du Palais*, n° 99, p. 18s. Chénedé, F. (2015) L'équilibre contractuel dans le projet de réforme, *Revue des contrats*, n° 3. Pp. 655-660. Cadiet, L. (2001) Une justice contractuelle, l'autre, *In* Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIè siècle, *LGDJ*., p. 177. Molfessis, N. (*dir.*), (2004) La Cour de cassation et l'élaboration du droit, vol. 20, *Economica*, coll. Études juridiques. Molfessis, N. (*dir.*), (2005) Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, *Juris Classeur*.

والإثبات[١] من جهة، مع النصوص التي كانت حاكمةً لنظرية العقد في القانون المدني السابق[٢]. ومشروع القانون المهيئ للقانون المدني الجديد المتعارف بمشروع قانون[٣]"Terré" من جهة أخرى، بهدف تلمس مدى نجاح واضعي القانون المدني المعدل بهذا النهج الجديد، ومدى صواب نصوصه في

(١) تضمن **قانون إصلاح نظام العقود** حوالي (١٥٠) وزعت من المادة ١١٠١ إلى المادة ٧-١٢٣١، تضمنت رؤية **واضعي القانون** للنظرية العامة للعقد وموقفهم منها. فالعديد من المبادئ القانونية الكبرى تم طرحها في هذا **القانون** بشكل أكثر وضوحاً، من بينها، مبدأ الحرية التعاقدية، المادة: (١١٠٢)، ومبدأ القوة الملزمة للعقد (١١٠٣) وتعميم مبدأ حسن النية ليشمل مختلف مراحل العقد، واعتباره من مقتضيات النظام العام، المادة: (١١٠٤). كذلك تكريس مبدأ الرضائية في العقد، المادتين: (١١٢٩-١١٧٢). واعتماد القواعد القانونية الخاصة بالمراحل التمهيدية السابقة على التعاقد من حيث المفاوضات، المواد: (1112-1112-2) ومقراً فيها مبدأ الالتزام بالإعلام المسبق في التعاقد. كما قنن **قانون إصلاح نظام العقود** المواد المتعلقة بكل من الإيجاب والقبول، المواد: (١١١٣-١١٢٢)، والمراحل التمهيدية للعقد من حيث الوعد من جانب واحد، والوعد بالتفضيل، المادتين: (١١٢٣-١١٢٤). كما تم تبني مفاهيم حديثة لعيوب الإرادة، لا سيما الخاص منها بالإكراه الاقتصادي، المادة: (١١٤٣)، وتجاهل مفاهيم كانت راسخة في الفكر التقليدي كأحد عيوب الإرادة لا سيما مفهوم الغبن الاستغلالي كقاعدة قانونية عامة، المادة: (١١١٨) من **القانون المدني السابق**. وأخيراً النص بوضوح على عدم إمكانية القبول بالالتزام الأبدي، المادة: (١٢١٠). ووضع قواعد قانونية خاصة تنظم المسائل المرتبطة بمدة العقد، المواد: (١٢١١-١٢١٥). كذلك الإقرار بإمكانية التحديد الفردي من جانب واحد للثمن في العقود الإطارية، المادة: (١١٦٤) إضافة لعقود توريد الخدمات، المادة: (١١٦٥). كذلك تم تكريس نظرية الظروف الطارئة في العقد، ولكن مع العديد من التلطيفات التي تبرز الدور الليبرالي للإرادة، المادة: (١١٩٥). وهجر النص الصريح على اعتبار السبب أحد شروط صحة العقد، المادة: (١١٢٨)، وإنْ كان قد أبقى على النتائج المترتبة على مخالفة هذا المفهوم بالنسبة لصحة العقد، المادة: (١١٦٢)، أو الذي يفرغ العقد من مضمونه أو يجعل من التزامات أحد الطرفين التزامات وهمية، المواد: (١١٦٨-١١٧٠). كذلك فقد وضع **قانون إصلاح نظام العقود** نظرية متكاملة عن الإنابة في التعاقد، المواد: (١١٥٣-١١٦٢) بعد أنْ كانت مجرد مواد متفرقة في **القانون المدني السابق**. كما تم وضع قواعد قانونية خاصة لنظرية البطلان والتعطيل "السقوط" في العقود، المواد: (١١٧٨-١١٨٧).

"Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016". op, cit.

(٢) البعد المقارن للبحث يتناول الدراسة المقارنة للواقع التشريعي لنظرية العقد في **القانون المدني السابق والقانون المدني المعدل ومشروع القانون المهيئ للقانون المدني الجديد** "مشروع قانون "Terré"، بما يفيد الوصول إلى فهم أعمق وأدق لهذه النظرية في كينونتها وفلسفتها. وعلى ذلك يخرج عن نطاق المنهج المقارن للبحث التقديم لدراسة قانونية مقارنة بَينَ التشريع الفرنسي من جهة والتشريعات الغربية أو العربية المناظرة. وعليه ستكون القاعدة المرجعية للبحث معتمدة، بالدرجة الأولى، على المراجع البحثية الحديثة في القانون الفرنسي، مع الإشارة حين الحاجة إلى بعض المراجع العربية على سبيل الاستزادة والتدعيم.

(٣) تضمن **مشروع القانون** حوالي (١٤٨) مادة وزعت من المادة ١١٠١ إلى المادة ٧-١٢٣١، تضمنت رؤية **واضعي المشروع** للنظرية العامة للعقد وموقفهم منها. فالعديد من المبادئ القانونية الكبرى تم طرحها في هذا **المشروع** بشكل أكثر وضوحاً، والتي أتت متطابقة مع بعض التعديلات الطفيفة مع نصوص **قانون إصلاح نظام العقود** التي سبقت الإشارة إليها أعلاه.

Pour une réforme du régime général des obligations**, Dalloz, *2013.*** Document publié sur le site d'internet : http://www.justice.gouv.fr. Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis. (2015) *Revue des contrats*, septembre. n° 3. p. 733. J. Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. JO n° 40 du 17 février 2015. Consulté le site d'internet : http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

سد مختلف الثغرات التشريعية التي كان تعتريهما في القانون المدني السابق، أملًا في توضيح هذه الجوانب الحداثية لرجال القانون والفقه العرب. عارضين في القسم الأول من البحث للجديد المتعلق بحسن النية ودورها في العملية التعاقدية، لنبحث في القسم الثاني منه لما يمكن تسميته بإعادة تموضع مفهوم الإرادة ضمن هذه العملية التعاقدية.

المطلب الأول: توسيع نطاق حسن النية

إنَّ المطلع على القانون المدني الجديد، ومن قبله نصوص مشروع القانون يدرك جيداً حجم التحول في تعاطيه مع مبدأ حسن النية في التعاقد، لا سيما لجهة التوسع في اعتبارها واحدة من الركائز التي يعول عليها في تحديد العديد من الآثار القانونية المترتبة على العقد[١] وبمختلف مراحله[٢]، بحيث لم يعد دورها مقصوراً على مرحلة تنفيذ العقد كما كان عليه الحال في القانون المدني السابق[٣]. وإنْ كان القانون المدني الجديد قد أعاد النظر في موقفه من هذه النية، باعتبارها من مكونات السبب بوصفه واحداً من عناصر صحة العقد.

أولاً: استيعاب مفهوم حسن النية لمختلف مراحل العقد

أكد القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، وإنْ ببعض التمايز، بأنَّ مختلف المراحل المتعلقة بالعملية التعاقدية سواء منها المحكومة بقواعد المسؤولية التقصيرية كالمفاوضات والوعد من

(1) Arts. (1112-1112-2) / (1123-1124). *"CC. Modifié", op, cit.* Arts. (1111-112) / (1124-1125). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(2) "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi". Art. (1104). *"CC. Modifié", op, cit.* "Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi. Art. (1103).*"Terré", projet de loi, op, cit.*

(3)"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites… Elles doivent être exécutées de bonne foi". Art. 1134 d'ancien code civil. Anselme-Martin O., (1997) ***Etude critique du devoir d'exécuter les obligations de bonne foi***, *Petites Affiches,* 22 janvier, p. 17. B. Lefebvre, (1996) La bonne foi : notion protéiforme, RDUS, n° 26. Pp. 321-254. S. Tisseyre, (2012) Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. "Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen"., éd. PUAM. p. 43s et p. 75s. Y. Loussouarn, (1992) La bonne foi. Rapport de synthèse, La bonne foi, Trav. Ass. H. Capitant, p. 7s, spéc. p. 12. D. Mazeaud, (1999) Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *In* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré, PUF, p. 603s.

العوجي، مصطفى، (٢٠١١) القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة، ص ٩٧ وما بعد، ١٢٣ وما بعد، وص. ٧٢٧ وما بعد. فوده، عبد الحكيم، (١٩٨٥) تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، ص. ١٩٥ وما بعد. شتا، محمد، (١٩٨٨) النية في القانون المدني، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ٣٢، العدد الرابع. فياض، محمود، (٢٠١٣) مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، ص. ص. ٢٧-٥٤. بن أحمد، صليحة، (٢١٠٤) آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، ص. ص. ١١٥-١٢٦.

جانب واحد، كما في الوعد بالتفضيل والالتزام بالإعلام المسبق، أو تلك المحكومة بقواعد المسؤولية العقدية، كالإبرام والتنفيذ تبقى محكومة بالمبدأ الذي يتناول مجمل التصرفات القانونية العقدية أو التقصيرية، ونعني بذلك مفهوم حسن النية.

١. مبدأ حسن النية والمسؤولية التقصيرية

وفقاً لمنطوق القانون المدني الجديد فإنَّ مجمل هذه التصرفات التفاوضية محكومة بمبدأ حسن النية، من حيث إنَّ هذه التصرفات يجب أنْ تكون مشمولة بمبدأ حسن النية سواء بالطرح والمداولات والمتابعة وحتى الإنهاء[١]، وأنه، وإنْ كانت ثمة فرضية في الجزاء في هذه الفرضية فإنما تتناول مبدأ سوء النية لا رفض التعاقد[٢]، فالتعويض في هذه الفرضيات لا يقوم من حيث الأصل إلا في حالتي الاستمرارية بسوء نية أو الإنهاء الخاطئ[٣]، كما في الاستخدام غير المصرح عنه أو التسريب غير المرخص لمعلومات تتسم بالسرية تم الحصول عليها بمعرض هذه المفاوضات[٤].

هذا الالتزام يبقى قائماً في مختلف مراحل هذه المفاوضات، إمّا من حيث المبادرة والمداولة[٥]، وإما من حيث الاستمرار ومن ثم الفسخ. وقد عاب البعض من الفقه الفرنسي على القانون المدني الجديد ومن قبله مشروع القانون، وبحق، اشتراطه لمفهوم حسن النية في مرحلتي المبادرة والمداولة والإنهاء، وإغفاله لمثل هذا الاشتراط في مرحلة الاستمرار، حيث يرون أنَّه كان حرياً بالقانون المدني الجديد ذكر ذلك في تلك المرحلة، لا سيما وأنه في الفقرة الثانية تحدث عن فسخ العقد الخاطئ الذي قد يكون بسوء نية أو

(1) "L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi …". Art. (1112 al. 1). *"CC. Modifié"., op, cit.* Art. (1111 al. 1). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(2) O. Deshayes, Le dommage précontractuel. *RTD Com*. 2004, p. 187.

(3). "La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle …". Art. (1111 al. 2). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(4)"Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun". Art. (1112-2). *"CC. Modifié"., op, cit.* Art. (1112). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، سبقت الإشارة، ص. ٢٦٧ وما بعد. شندي، يوسف (٢٠١٧) دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام. أبحاث المؤتمر السنوي الرابع. كلية القانون الكويتية العالمية ٢٠١٧، ملحق خاص. الجزء الثاني، ٢٠١٧، ص. ص. ٤٤٧-٤٨١، تحديداً، ص. ٤٧٤ وما بعد.

(5). "L'initiative, le déroulement et la rupture … ". Art. (1112). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1111). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

بدونها، مما يوجب التأكيد على الفصل بين مفهوم سوء النية بحد ذاته، ومفهوم الاستمرارية الخاطئة[١]. فالأمران مختلفان، مما يعد من وجهة نظرنا نقصاً تشريعياً يوجب التصحيح. الأمر ذاته، شدد عليه القانون المدني الجديد فيما يتعلق بالوعد من جانب واحد، والوعد بالتفضيل، لا سيما فيما يتعلق بالتعاقد مع الغير والتمييز في الأثر القانوني لهذه الفرضية بين حسن النية وسوء النية[٢].

كذلك، وتدعيماً لمبدأ حسن النية في المفاوضات والمراحل المتصلة بها، فقد أورد القانون المدني الجديد تطبيقاً خاصاً لمبدأ حسن النية قائماً بذاته ومنفصلاً عن باقي عيوب الإرادة تمثل في الالتزام بالإعلام[٣]، من حيث التأكيد على واجب المتعاقد الذي يعلم أو يفترض به العلم بمعلومات جديرة بالاعتبار للحصول على رضا الطرف الآخر أنْ يخبر بها هذا الأخير، طالما أنَّ هذا الأخير لا يعلم بها أو كان المتعاقد الآخر موضع ثقة بالنسبة له. وبخلاف ذلك يمكن مساءلة المتعاقد المقصر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، مع إمكانية المطالبة ببطلان العقد في حال كان هذا التقصير سبباً في الوقوع في إحدى حالات عيوب الإرادة[٤]، الأمر الذي يمثل فصلاً تشريعياً قائماً لذاته لمفهوم حسن النية في التعاقد عن باقي عيوب الإرادة لا سيما في جانبه المتعلق بالتدليس وتحديداً السلبي منه، والذي كان كثيراً ما يتمثل في امتناع أحد المتعاقدين عن الإدلاء بمعلومات تعتبر حيوية لصحة القرار التعاقدي للطرف

(1)N. Molfessis, La formation du contrat - Arts. 1111 à 1129., *op, cit*. Dossier, Critiques Constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire, *op, cit*.

(2) " …. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul". Art. (1124). *" CC. Modifié"., op, cit.* Art. (1124). *"Terré", projet de loi., op, cit.* Savaux, E. (2015) Du rôle de la bonne foi dans le préavis de résiliation unilatérale du contrat. *Revue des contrats*, n° 4, p. 18. Cohen, D. (2004) La bonne foi contractuelle : Éclipse et renaissance, *In* Le Code civil, Le passé, Le présent, L'avenir, Dalloz, p. 517.

(3)"Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants". Art. (1112-1). *"CC. Modifié". op, cit.*

الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، سبقت الإشارة، ص. ٢٦٦ وما بعد. شندي، يوسف (٢٠١٧) دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام. سبقت الإشارة، ص. ٤٦٢ وما بعد.

(4). Art. (1112-1). *"CC. Modifié". op, cit.* M. Mekki, (2016) Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information. *Gazette du Palais*., n° 14. J.-F. Hamelin, (2015) Les devoirs de se renseigner et d'information : Blog *Dalloz*, Obligations, http://reforme-obligations.dalloz.fr. P. Jourdain, (1983) Le devoir de "se" renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement), *D*., p. 139.

الآخر، حيث إنَّ القضاء الفرنسي ومنذ ثمانينات القرن الماضي قد قام بالفصل بين مفهوم التدليس السلبي من جهة والالتزام بالإعلام من جهة أخرى بعد أنْ كان يمزج بينهما(١). غير أن المشرع الفرنسي لم يطلق هذا الالتزام على مجمله وإنما قيده بجملة من الاستثناءات، من حيث أن هذا الالتزام لا يشمل الالتزام بالإعلام حول قيمة الخدمة، معتبراً أن المعلومات التي تنطوي على أهمية خاصة في التعاقد هي تلك المرتبطة بمحتوى العقد وصفات المتعاقدين، وبأن أي من المتعاقدين لا يمكنه أن يحد أو يقيَّد من هذا الالتزام أو أن يعفي نفسه منه(٢).

وهنا يجب أن نثني على موقف القانون المدني الجديد الذي أعاد النظر في التموضع القانوني لهذا الالتزام، حيث كان مشروع القانون يعالج هذا الالتزام ضمن القواعد القانونية الخاصة بصحة انعقاد العقد، ضمن القواعد القانونية التي تبحث في الركن الأول لانعقاد العقد المتعلق بالرضا(٣)، مما كان محل انتقاد كبير من جانب العديد من رجال الفقه الفرنسي، لا سيما في ضوء التكييف القانوني الذي منحه مشروع القانون لقواعد المساءلة القانونية في حال عدم الالتزام بقواعد هذه الالتزام، بحيث إنَّه كان يناقش قضية تُعَدُّ من مدرجات العملية التعاقدية، ويطبق عليها قواعد المسؤولية التقصيرية، بل إنَّه استخدم مصطلح المتعاقدين وليس الطرفين، وكأننا في حالة تعاقدية وليست تفاوضية. في حين أنَّ الالتزام بالإعلام من الواجبات التي تفرض قبل إبرام العقد، وكان الأولى بواضعي مشروع القانون بحثه في القسم الخاص بالمراحل السابقة على التعاقد، مع احترام التكيف القانوني الخاص به من حيث كونه متصلاً بالعملية

(١) الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، سبقت الإشارة، ص. ٢٦٦ وما بعد.

G. Guerlin, (2016) Le dol implique toujours la malhonnêteté. *L'essentiel Droit des contrats*, n° 05. p. 5. Ch. Lavabre, (1997) Eléments essentiels et obligation fondamentale du contrat, *RJDA*, *chr*. 291. J. Mestre, (1996) Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi, *RTD. Civ*, p. 898. G. Lyon-Caen, (1946) De l'évolution de la notion de bonne foi, *RTD. Civ*, p. 75. Y. Picod, (1989) Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, *LGDJ*. L. Aynes, Le devoir de loyauté, (2000) Archives de philosophie du droit, p. 195s.

(2)" …. Ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties .... Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. …". *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1112-1).

(3)"Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé". Art. (1129). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

التفاوضية ويخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية بين أطراف مشروع عقد وليس متعاقدين، وهو الأمر الذي تنبه له واضعو القانون المدني الجديد. وإنْ كنا نأمل لو أنَّ واضعي القانون الجديد قد عالجوا الالتزام بالإعلام المسبق في قاعدة قانونية عامة ضمن الأحكام العامة لنظرية العقد، تبين أنَّ هذا الواجب إنَّما يُمثل التزاماً قانونياً على طرفي العملية التعاقدية المستقبلية، يمكن أنْ يُحكم بأحكام المسؤولية التقصيرية في حال كان هذه الالتزام يدخل في المراحل التمهيدية السابقة لانعقاد العقد، ويمكن أنْ يُحكم بأحكام المسؤولية العقدية في حال كونه تجاوز مراحل التمهيد، باعتباره من المراحل التي تدخل في إطار المراحل الممهدة لانعقاد العقد. لا سيما وأنَّ القانون المدني الجديد وفي معرض تعرضه لعيوب الإرادة في العملية التعاقدية، لا سيما منها المرتبط بالتدليس تعرض لمبدأ حسن النية، من حيث التأكيد أنَّه في حالات التدليس التي تنطوي على التحايل أو الكذب أو الكتمان المتعمد لمعلومات يجب على المتعاقد أنْ يدلي بالمعلومات المطلوبة منه بموجب القانون وبما يتوافق مع مبدأ حسن النية[١].

٢. مبدأ حسن النية والمسؤولية العقدية

خلافاً لما هو قائم في القانون المدني السابق الذي يقصر نطاق هذه النية على تنفيذ العقود[٢]، فإن التوجه القانوني الجديد يؤكد أنَّ العقود يجب مناقشتها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية، باعتبار ذلك من مبادئ النظام العام[٣].

ومما لا شك فيه أنَّ لهذا النص التشريعي الجديد دلالات متعددة، إمّا من حيث البعد الشكلي أو الموضوعي، حيث وردت أحكام هذه المادة بشكل مستقل ضمن الأحكام القانونية العامة التي تتناول نظرية العقد بشكل عام، وقبل البحث في أنواع العقود والقواعد القانونية الخاصة بتشكيلها على اختلاف مسمياتها، مما جعل أحكام هذه المادة شاملة لمختلف أنواع وأصناف العقود، ولتصبح قاعدة قانونية تنطبق على مختلف العقود التي يمكن أنْ تندرج تحت هذه النظرية. موقفٌ لم يكن يشار إليه بهذه الصراحة والوضوح في القانون المدني السابق، حيث لم ترد الإشارة إليه سوى في الأحكام القانونية الخاصة بآثار الالتزام فقط، وليس ضمن الأحكام العامة للعقود، من حيث التأكيد بأنَّ الاتفاقيات التي

(1) "Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie". Art. (1137). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1136). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(2) "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites… Elles doivent être exécutées de bonne foi". Art. 1134. *"Ancien CC".*

(3) "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi". Art. (1104). *"CC. Modifié". op, cit.*

تعقد بشكل قانوني يجب أنْ تنفذ بحسن نية[١]. في حين أنَّ الاجتهاد القضائي كان هو من يتولى توسيع هذا المبدأ على مختلف مراحل العملية التعاقدية، بدءاً من المراحل الممهدة للتعاقد، لاسيما فيما يتعلق بواجب الإعلام المسبق للتعاقد وإعادة التفاوض؛ وصولاً إلى الشروع بإبرام العقد، وتحديداً في الجانب المتصل بعيوب الإرادة لا سيما المتعلقة بالتدليس؛ وانتهاءً بالمسائل المرتبطة بفسخ العقد، لجهة الربط بين مفهوم الشرط الفاسخ ومبدأ حسن النية، تحديداً حين المطالبة في الفسخ استناداً لهذا الشرط[٢].

بالتالي فإنَّ القانون المدني الجديد إنما يسجل تحولاً هاماً في التعاطي العام مع هذا المبدأ، إمّا من حيث إدراجه ضمن القواعد العامة للعقود وليس ضمن الأحكام الخاصة بآثار الالتزام، أو من حيث توسعة نطاقه ليشمل مختلف مراحل العملية التعاقدية من حيث التكوين والإبرام والتنفيذ، بعد أنْ كان مقتصراً في النص القانوني السابق على مرحلة التنفيذ فقط، وفي مشروع القانون على مرحلتي التكوين والتنفيذ[٣]. علماً بأنَّ القانون المدني الجديد قد حافظ على حدية وجدية الصياغة القانونية التي تبين صرامة الموقف التشريعي الفرنسي حيال هذه القضية، لا سيما في السياسة الجزائية المدنية التي اتخذها

(1) Chapitre III : De l'effet des obligations. Section 1 : Dispositions générales. "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites… Elles doivent être exécutées de bonne foi". Art. 1134. *"Ancien CC"*.

(2). Concernât la reconnaissance autonome de la bonne foi comme un devoir général de comportement, voir : Com. 31 mars 1992 ; Civ. 1re 16 mai 1995 ; Civ. 1re 6 janv. 1998 ; Civ. 3e 28 juin 2006. Concernât la création d'obligations nouvelles telles que l'obligation de renégocier pour permettre au cocontractant de proposer des prix concurrentiels, voir : Cass. com., 3 novembre 1992 (Huard). Concernât l'émergence de la bonne foi sur le terrain du dol : Com. 8 novembre 1983 ; Civ. 1re 10 mai 1989 ; Civ. 1re 3 mai 2000, Baldus ; Civ. 3e 21 février 2001 ; Com. 28 juin 2005. Concernât La bonne foi et la clause résolutoire, Cass. 3ème civ., 15 déc. 1976 ; Civ. 1re 31 janv. 1995. Pour plus d'informations voir : Le juge et les standards juridiques. Revue des contrats, n° 1, p. 398. Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats. (2016), Revue des contrats, n° 9, numéro spécial, p. 351s. Voir notamment Mazeaud, D. (2016) La place du juge en droit des contrats. Revue des contrats, n° 3, p. 353. Anselme-Martin, O. Etude critique du devoir d'exécuter les obligations de bonne foi, (1997) petites affiches, p. 17. Lyon-Caen G., De l'évolution de la notion de bonne foi, (1946) RTD. civ, p.75. Mestre, J. Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi, (1996) RTD. civ, p. 898.

(3) "Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi". Art. (1103) *"Terré", projet de loi, op, cit.*

حيال مخالفة هذا المبدأ أو عدم احترامه[1]، لا سيما حينما اعتبر أن احترام هذا المبدأ من متعلقات النظام العام، ما يرتب البطلان في حال عدم احترامها. ضمن هذه الفرضية الأخيرة، فإن ربط مبدأ حسن النية بفكرة النظام العام يثير تساؤلاً متعدد الأوجه. لا سيما لطبيعة التكييف القانوني لفكرة النظام العام فيه، ما بين القدرة على الادعاء بهذا المبدأ، وأثره على العقد. فاعتبار هذا المبدأ من النظام العام يفيد بأن عدم احترامه يفيد ببطلان العقد. لكن السؤال من يملك سلطة المطالبة بالبطلان؟ وهل البطلان في هذه الفرضية يأخذ منحى البطلان المطلق أم النسبي؟ فإن كنا نتحدث عن بطلان مطلق، كون هذه القاعدة من النظام العام، وفق المفهوم العام لفكرة هذا الأخير، فيمكن لكل متضرر أن يدعي بالبطلان، بل يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه. بينما إن كنا نتحدث عن بطلان نسبي، فلا يمكن لغير المتضرر الاحتجاج به، كما لا يمكن للقاضي إثارته من نفسه، وبالتالي تقرير بطلان العقد. أضف لذلك لو اعتبرنا أن هذه القاعدة من النظام العام، هل إجازة المتضرر تجيز وتشرع الفعل المعتبر بحكم المخالف للنظام العام. الإجابة هي النفي حتماً. لذلك نعتقد أن موقف المشرع الفرنسي من ربط هذا المبدأ بفكرة النظام العام، إنما يحتاج إلى المزيد من التروي والتدقيق. فقواعد النظام العام، لا يجوز الاتفاق على خلافها، بينما هنا يمكن للمتضرر أن يقبل بتنفيذ العقد رغم سوء النية. والحقيقة، لا نستطيع أن نقرأ هذا الربط إلا في فكرة واحدة، هي رغبة المشرع الفرنسي في تعزيز الحماية القانوني للعقود بمبدأ حسن النية، والحق بالمطالبة ببطلان العقد نتيجة ذلك، بالتشديد على القاضي في إجابة طلب المتضرر من ذلك. ولا نعتقد أن في موقف المشرع الفرنسي حداثةً أكثر من التشديد على ضرورة إجابة القاضي لطلب المتضرر في هذه الفرضية.

(1) Y-M. Laithier, Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles - Arts. 1217 à 1231-7., *op, cit*.

الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. سبقت الإشارة، ص. ٣٩٣ وما بعد. كذلك يمكن أنْ نجد في القانون المدني الجديد تطبيقاً آخر لمبدأ حسن النية في إطار مفهوم الإكراه ذي الدلالة الاقتصادية، حيث أدرجه **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، كمعبر عن الخلل في التوازن العقدي من قبل أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر مما يفضي إلى تبيان سوء نية أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر مستغلاً لوضعه الاقتصادي الهش، سواء من حيث الحاجة أو عدم الاستقلالية، ومجبراً إياه على تبني مواقف تعاقدية لم يكن ليقدم عليها لو لم يكن في مثل هذه الظروف. الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، سبقت الإشارة، ص. ٢٧٧ وما بعد.

Art. (1143). ***"CC. Modifié". op, cit.*** Art. (1142). ***"Terré", projet de loi, op, cit.***

B. Edelman, (2001) De la liberté et de la violence économique, *Recueil Dalloz*, n° 29, p. 2315. C. Nourissat, (2000) La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? *D*, chr. 369. J-L. Fourgoux, J-P. Chazal, (2000) La contrainte économique : violence ou lésion ? *D,* p. 879.

ثانياً: مبدأ حسن النية ونظرية السبب

إن القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، ومن خلال إعادة النظر في شروط انعقاد العقد التي أضحت ثلاثة هي على التوالي: رضا الأطراف، وأهلية المتعاقدين والمحتوى المشروع والمؤكد(١)، قد أعاد النظر بشكل غير مباشر في مفهوم النية كأحد المكونات الرئيسة لانعقاد العقد، بحيث إنَّه لم يعد يهتم بالنية من حيث الوجود أو العدم، وإنما بالأثر المترتب على التكييف القانوني لهذه النية من حيث حسنها أو سوئها. فقد غاب عن شروط صحة العقد المعبر الرئيس عن هذه النية المتمثل بالسبب كأحد أركان العقد، بحيث لم يعد من الناحية الشكلية والظاهرية من شروط الانعقاد(٢)، وإنْ كان قد بقي من حيث الأثر من شروط الإبطال(٣)، حيث تم الإدماج الضمني لكل من المحل والسبب في الشرط الثالث لانعقاد العقد المتمثل بـ: "المحتوى المشروع والمؤكد"، بحيث إنَّه إذا كان المحتوى غير مشروع أو غير مؤكد، أو كان هذا المحتوى لسبب غير مشروع أو لا سبب له فإنَّ العقد يصبح باطلاً نتيجة لذلك. وفي

(1)"Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain". Art. (1128). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1127). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

درجت الأدبيات الفقهية في المدرسة الفرنسية على قيام العقد على ركائز أربعة هي: الرضا والأهلية والمحل والسبب، والتي كانت تعد حتى لحظة وضع القانون المدني الجديد من المسلمات اليقينية في نظرية العقد في الفقه الفرنسي. فالقانون الجديد، ومن قبله مشروع القانون، سجل انعطافاً كبيراً في التعاطي مع مختلف هذه الركائز، مثبتاً من دعائم الرضا والأهلية، ومعيداً النظر في كل من المحل والسبب ضمن محتوى قانوني جديد أسماه: "المحتوى المشروع والمؤكد". الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، سبقت الإشارة، ص. ٢٦٤ وما بعد. نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. سبقت الإشارة، ص. ٣٦٥ وما بعد.

É. Savaux, (2015) Le contenu du contrat - Arts. 1127, 1161 à 1170. *JCP*. G, supp, au n° 21, p. 20. Ph. Malinvaud, Le "contenu certain" du contrat dans l'Avant-projet Chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes, *op, cit*.

(٢) حول هذه النظرية راجع، السنهوري، عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، الجزء الأول، *المرجع السابق*، ص. ٤٦٣ وما بعد. ص. ٥٤١ وما بعد. ص. ٥٥٨. و ص. ٥٦٣. العوجي، مصطفى، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، *المرجع السابق*، ص ٣١٩ وما بعد. أبو السعود، رمضان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، *المرجع السابق*، ص. ١٥٣.

J-M, Guéguen, (1999) Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, *D,* p.352. D. Mazeaud, (2004) La cause, dans le code civil, 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir, *Dalloz*, p. 451.

(3) G. Wicker, (2015) La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? *D*, p. 1557. R. Boffa, (2015) Juste Cause (et Injuste Cause). Brèves Remarques Sur Le Projet de Réforme Du Droit Des Contrats, *Recueil Dalloz*, Pp. 335–341.

سبيل ذلك أورد القانون المدني الجديد العديد من التطبيقات القانونية لذلك، من حيث التأكيد بأنَّ شروط العقد أو الهدف منه لا يمكن أنْ يخالف النظام العام بغض النظر عن علم المتعاقدين[١]، ومعتبراً بالوقت ذاته أنَّ عقود المعاوضة التي تبرم مضمنةً لالتزامات وهمية لا أساس لها هي باطلة، كما هو حال كل شرط يرد في إطار العقود يكون الهدف منه تحلل أحد طرفي العقد من التزاماته الرئيسة[٢].

والحقيقة نعتقد أنَّ التوجه الحالي للقانون المدني الجديد، ومن قبله لمشروع القانون، بالرغم من تعدد الانتقادات التي وجهت له، إنَّما له مبرراته القانونية، ذلك أنَّ اشتراط السبب كواحد من مكونات العقد إنَّما له، من وجهة نظرنا ارتباطان رئيسان: الأول ظاهري وعام يمكن تقييمه بشكل موضوعي وهو المرتبط بعدم كون سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام، والثاني باطني خاص غير ملموس وهو يتعلق بالسبب كمعبر عن الباعث للالتزام والذي يختلف من شخص لآخر، والذي لا يقوم القضاء أصلاً بمراقبته من حيث الوجود، بحيث إنَّه يعتبر أنَّ لكل التزام سبباً، وبالتالي لا يتعب نفسه في البحث في سرائر الناس، مما يجعل من تدخل القضاء لإبطال العقد في الفرضية التي يبرر فيها وجود السبب كشرط للتأكد من عدم مخالفة قواعد النظام العام أمراً غير محمود، لسبب رئيس وهو أنَّ القانون المدني الجديد قد شدد في نصوصه على عدم مخالفة العقد بمختلف مشتملاته لقواعد النظام العام تحت طائلة البطلان المطلق للعقد[٣]، وبالتالي فإنَّ الإبقاء عليه كما هو عليه في التشريع المدني السابق إنَّما هو عيب تشريعي مفاده تأكيد المؤكد. بالوقت ذاته الذي يقر فيه القانون المدني الجديد أنَّه لا يمكن تصور وجود التزام دون سبب، وأنَّ السبب المفترض للالتزام هو مشروع بالضرورة كونه لا يمكن التأكد مسبقاً من سرائر الناس، وفي حال إثبات العكس يصبح العقد باطلاً إمّا استناداً لمخالفته لقواعد النظام العام من جهة أو استناداً لانعدام وجود السبب، وكلتا الفرضيتين أضحتا مشمولتين في الشرط الثالث من شروط انعقاد العقد المتمثل بالمحتوى المشروع والمؤكد في القانون المدني الجديد.

(1). "Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties". Art. (1162). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1161). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(2). "Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire". Art. (1169). "Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite". Art. (1170). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1167). Art. (1168). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(3). " …. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public". Art. (1102).*"CC. Modifié". op, cit.*

المطلب الثاني: إعادة تموضع مفهوم الإرادة

بعد أنْ حدد القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون قاعدته الذهبية القائمة على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين[١] وبأنه لا يمكن تعديله أو نقضه إلا بالاتفاق المشترك، أو للأسباب التي يسمح بها القانون[٢]، وبأن العقود لا تلزم فقط بمنطوقها وإنما بما يشمله مفهوم الإنصاف والعرف أو القانون[٣]، أقرَّ العديد من المبادئ القانونية التي تترك هامشاً، لا جدال فيه، يمكن فيه للإرادة بمفهومها المنفرد التحكم في مصير العقد. فالمطلع على نصوص القانون المدني الجديد ومشروع القانون يدرك بوضوح، رغبة القائمين عليهما في التوفيق بين تكريس الدور التقليدي للإرادة بمفهومها المشترك في العملية التعاقدية واحترام الدور الليبرالي للإرادة بمفهومها المنفرد في عملية إعادة بناء العقد في العديد من النقاط، وهنا يكمن الجانب الإبداعي لكليهما.

أولاً: تكريس الدور التقليدي للإرادة بمفهومها المشترك

عديدة هي المواقف التي أقرَّ بها القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، البعد المشترك للإرادة في بلورة العقد، بدءاً من التعريف الجديد للعقد، وصولاً إلى تكريس مفهوم الحرية التعاقدية كمبدأ قانوني تشريعي بصريح النص. موقف يستحق الثناء ولا يخلو من الانتقاد.

١. تعريف قانوني أكثر اكتمالاً واتزاناً

قدم القانون المدني الجديد تعريفاً أكثر حداثة واكتمالاً للعقد، بكونه توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر لإنشاء أو تعديل أو تحويل أو إنهاء الالتزامات [٤]، هاجراً بذلك التعريف التقليدي للعقد في القانون المدني السابق بكونه اتفاقية من خلالها يلتزم شخص أو أكثر أمام شخص بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل

(1) "Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits". Art. (1103). *"CC. Modifié". op, cit.*

(2) "Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ". Art. (1193). *"CC. Modifié". op, cit.* "Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Ils ne peuvent être modifiés ou révoqués que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise". Art. (1194). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(3) "Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi". Art. (1194). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1195). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(4) "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations". Art. (1101). *"CC. Modifié". op, cit.*

أو بالامتناع عن القيام بعمل[١]، ومؤطراً للتعريف الذي اقترحه مشروع القانون للعقد، من حيث كونه توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء آثار قانونية[٢].

ومن الملاحظ أنَّ القانون المدني الجديد، ومن خلال التعريف الجديد قد تجاوز مفهوم الاتفاقية إلى مفهوم الاتفاق، الذي ينطوي على دلالة عقدية أكبر. كما أنَّه ونتيجة تطور المجتمع والانفتاح المجتمعي وبروز أشكال جديدة من التعاقد والالتزام، لم يجنح إلى تحديد مخرجات الاتفاق بين المتعاقدين بالمخرجات التقليدية الثلاث، وهي إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وإنما ترك المجال مفتوحاً لإرادة الأطراف، بالوقت ذاته الذي عالج العقد من خلال التصرفات القانونية التي قد تقع على الالتزام وليس الالتزام بحد ذاته، بحيث ترك باب الالتزام الذي يمكن أن ينطوي عليه مضمون العقد مفتوحاً، ومُبَيِّناً على وجه التشبيه التصرفات القانونية التي يمكن أن يخضع لها هذا الالتزام، من حيث الإنشاء أو التعديل أو التحويل أو الانهاء. ومما لا شك فيه أنَّ القانون المدني الجديد قد حاول من خلال هذا التوجه التشريعي تلطيف التعريف الموسع للعقد الذي كان مقترحاً بمشروع القانون لجهة كونه يشمل مختلف الآثار القانونية التي قد تتوافق عليها إرادة الأشخاص، حاصراً إياها في فرضيات أربع هي الإنشاء أو التعديل أو التحويل أو الإنهاء، رغم ميلنا للقول إنَّ هذه الفرضيات الأربعة التي أوردها النص القانوني الجديد إنما وردت من باب التشبيه والتنويه أكثر منه من باب الحصر والتقييد.

٢. حرية تعاقدية أكثر حضوراً

أكد القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون على حرية الإرادة في التعاقد من عدمه، معتبراً أنها وحدها مصدر الالتزام التعاقدي الاختياري للأفراد، ومؤكداً على أنها هي محور العملية التعاقدية، بحيث إنَّه لا مقيد لها سوى ما يقره القانون. حيث قضى بأنَّ كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد، وفي اختيار قرينه في التعاقد وفي تحديد مضمون وشكل العقد في إطار وحدود التشريع. وبأنه لا يمكن لهذه الحرية التعاقدية أنْ تبيح تجاوز القواعد التي تتعلق بالنظام العام[٣]. بالمقابل فإن مشروع القانون لم يكن يكتفِ بالقيد المتعلق بالنظام العام وإنما أضاف عليه القيود التي تتضمن عدم الاعتداء على الحقوق والحريات الأساسية المعترف بموجب النص المنطبق على العلاقات بين أشخاص القانون الخاص، ما لم

(1)"Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose". Art. (1101). *"Ancien CC"*.

(2) "Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit". Art. (1101). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(3) "Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public". Art. (1102). *"CC. Modifié"., op, cit.*

يكن هذا الاعتداء ضرورياً لحماية المصالح المشروعة ومتناسباً مع الهدف المراد الوصول إليه[١].
وانطلاقاً من هذه الثوابت القانونية، يمكن القول بأنَّ القانون المدني الجديد والمشروع قد أقرَّا بالنص على احترام المبدأ القائم على احترام الحرية التعاقدية، مع الإقرار ببعض القيود التي يمكن أنْ ترد عليه.

٣. المبدأ

من غير الخافي أنَّ المبدأ القائم على الحرية التعاقدية ليس بالمبدأ الجديد على القانون المدني الفرنسي، فهو أحد مرتكزاته وأسسه الرئيسة، غير أنَّ الجديد في نصوص القانون المدني الجديد والمشروع هو النص على هذا المبدأ صراحة في نصوصهما، الأمر الذي كان مفتقداً في نصوص القانون المدني السابق الذي لم يشر إليه إلا بعبارات فضفاضة مع منح إمكانية التوضيح للاجتهاد القضائي الذي لم يتوانَ عن هذه المهمة في أكثر من موضع[٢].

إلا أننا نرى أنَّ القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، قد وسع من حدود هذه الحرية، حيث منح القانون المدني الجديد للإرادة القدرة على التحديد الحر للعملية التعاقدية التي ستقدم عليها، إنْ لجهة المبادرة إلى التعاقد من عدمه، أو لجهة تحديد الطرف المقابل في هذا الالتزام، وأخيراً في تحديد شكل ومضمون هذا الالتزام.

والحقيقة وإنْ كنا نتفق مع هذا التوجه التشريعي الجديد ونثني على توجهه في تكريس مفهوم الحرية التعاقدية في تحديد هامش التعاقد من عدمه، أو في تحديد شكل ومضمون العقد كأحد الحريات الأساسية

(1)"Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter …. Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché". Art. (1102). "Terré", projet de loi, op, cit

(٢) لا شك أنَّ القانون المدني الجديد وبالعودة إلى هذا النص في تكريس الحرية التعاقدية، إنَّما يعود بنا لأحكام الإعلان الفرنسي الشهير حول حقوق الإنسان والمواطنة لعام ١٧٨٩ لا سيما المرتبطة منه بقضية الحريات باعتبارها إحدى الحقوق الرئيسة الأربعة التي يجب على أي مجتمع حمايتها واحترامها، وحدود هذه الحرية التي يجب ألا تنطوي على الاعتداء على حقوق الغير.

"Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression". Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Art. 2. "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi". Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Art. 4.

للفرد[١]، إلا أننا نتحفظ على الموقف الذي اتخذه في تكريس دور الحرية التعاقدية في تحديد الطرف الآخر في العقد، فمن المعلوم أنَّ مفهوم الاعتبار الشخصي في العقود غير مرحب به على إطلاقه وإنما يشكل الاستثناء، بحيث إنَّ الأصل أنْ لا اعتبار شخصي في العملية التعاقدية لا سيما في مواضيع القانون المدني[٢]، بحيث إنَّ مقدم الإيجاب لا يمكنه أنْ يرفض إبرام العملية التعاقدية بالاستناد إلى شخص المتعاقد الآخر وإلا فإننا نكون قد دخلنا في دائرة التمييز المستند إلى الأشخاص وهو من المبادئ الرئيسة التي يحاربها القانون الفرنسي في العديد من القوانين لا سيما الاجتماعية منه[٣]. وعليه كنا نأمل لو أنَّ القانون المدني الجديد قد استبعد من هذه المحددات الخاصة بدور الحرية في العملية التعاقدية تلك المتصلة بتحديد المتعاقد الآخر، ذلك أنَّ هذا التبني سيجعل من هذا السبب أحد الموجبات المشروعة لعدم التعاقد وهذا أمر فيه نظر كبير. وربما يقول البعض أنَّ القانون المدني الجديد قد قيد ممارسة هذا الحق بأنْ لا يخالف القانون، وفق ما ذيل القانون المدني الجديد نص هذه المادة، وهذا الأمر وإنْ كنا نقره إلا أننا لا نعتبره كافياً لكي نتلافى من خلاله مختلف الهواجس التي قد يثيرها تطبيق هذه المادة، ذلك أننا وفق هذا النص ننطلق من الشرعية في قدرة الإرادة على تحديد المتعاقد الآخر وكأن الأصل أنْ تكون هذه الحرية للمتعاقد الآخر ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، بمعنى أنَّ الأصل الإباحة ما لم يوجد منع! في حين أننا نعتقد أنَّ الموقف التشريعي في هذه الفرضية بالذات يجب أنْ يكون العكس، بحيث يكون المنع ما لم يسمح القانون بخلاف ذلك. والفرق بين الأمرين بَيِّنْ.

٤. القيود

بعد أنْ شدد القانون المدني الجديد على مفهوم الحرية التعاقدية وحدودها، أكد أنَّ هذه الحرية لا يمكنها تجاوز الحدود التي قضت بها قواعد النظام العام[٤]، في حين أن مشروع القانون أضاف كذلك، شريطة أنْ لا تنطوي ممارسة هذه الحرية على اعتداء على الحريات والحقوق الأساسية المعترف بها في

(1) D. Mazeaud, (1998) Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique. Rapport de synthèse présenté au 94° congrès des notaires, Defrénois, art. 36874. B. Fages, (2012) Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la "Chose" des parties ? Ch. Jamin, D. Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, Dalloz, Pp. 153-161. C. Pérès, (2009) La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet), D. chro, p.381.

الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. سبقت الإشارة، ص. ٣٠١ وما بعد.

(2) Ph. Le Tourneau, (1998) Contrat intuitu personae, J-C1. Contrats- distribution, fasc. 420, n° 34. D. Houtcieff, (2003) Contribution à l'étude de l'intuitu personae et considération de la personne du créancier par la caution, RTD. civ., n° 1, p. 3.

(3) Dossier sur : Liberté, égalité, diversité et relations de travail, (2008) Droit social, n° 11s.

(4) Art. (1102 al. 2). "CC. Modifié". op, cit.

نص قابل للتطبيق على العلاقات بين أفراد القانون الخاص، ما لم يكن هذا الاعتداء ضرورياً لحماية مصالح مشروعة وبما يتناسب مع الهدف المراد تحقيقه(١).

والحقيقة إنَّ هذا التوجه التشريعي الجديد يستدعي العديد من الملاحظات، لا سيما حول مفهوم النظام العام ذي الطبيعة المتغيرة، مما سيتيح دوراً فاعلاً للقضاء في تحديد وتقييد هذه الحرية، ومما سيبرز نظاماً عاماً ذا دلالة قضائية غير مكتوب، إلى جانب النظام العام ذي المفهوم التقليدي والمقنن، وهو الأمر المفهوم والطبيعي. غير أنه، وبالنسبة للقيد الخاص باحترام الحقوق والحريات الأساسية(٢) الذي تناولته أحكام مشروع القانون، فقد قيد المشروع حدود هذه الحرية، إضافة لمفهوم النظام، بقيدين رئيسين هما الكتابة والارتباط بأشخاص القانون الخاص. وبالتالي لم يكن يمكن أنْ تُعَّد الحرية التعاقدية متعدية لحدودها إلا في حال التعدي على الحقوق والحريات المحمية بموجب النصوص القانونية، مما كان سيضع حداً لأي تدخل قضائي في هذه الفرضية القائمة على النص الصريح، وإنْ كان يمكن أنْ يبقى هذا التدخل قائماً في معرض الشرح والتفسير أولاً، وفي معرض التحول القضائي ثانياً. أمّا بالنسبة للقيد الثاني الذي كان قد اشترطه مشروع القانون على ممارسة هذه الحريات والحقوق الأساسية والمرتبط بتناول العلاقة بين أشخاص القانون الخاص، فلم نكن ندري ما هي الغاية من هذا التقييد، لا سيما وأنه من المعلوم أنَّ القانون المدني لا يتناول سوى العلاقات التي ترد ضمن أشخاص القانون الخاص من حيث الأصل، وعلى سبيل الاستثناء لأشخاص القانون العام، الذي يقبل بالتعامل معه كشخص من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي أي علاقة مع أشخاص القانون العام، سيجعل هذه العلاقة خارجة عن نطاق القانون المدني خاصة، والقانون الخاص عامة، وحسناً فعل القانون المدني الجديد حينما أسقط هذه الفرضية من بين محددات الإرادة في العملية التعاقدية، متجاهلاً لهذا القيد غير المبرر.

أخيراً تجدر الإشارة، إلى أنَّ مشروع القانون كان قد أقرَّ بفرضية حصول مثل هذا الاعتداء على هذه الحقوق والحريات على سبيل الاستثناء، مقيداً ذلك بأمرين في غاية الأهمية، الأول يتعلق بحتمية قبول مثل هذا الاعتداء لحماية مصالح مشروعة أولاً، وبأن يكون هذا التجاوز يتناسب مع الهدف المراد

(1) Art. (1102 al. 2). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(2) A- A, Hyde, (2012) Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Essai d'une théorie, Thès. Paris I, p. 47s.

هذا النص كان سيمثل فيما لو تم تبنيه، الدخول الحقيقي والفعلي كما الرسمي والصريح لنظرية الحقوق والحريات الأساسية في منظومة العقود المدنية، لتقييد الإرادة وفقاً لمفهوم الحرية التعاقدية بعدم التعدي على هذه الحقوق والحريات، بوصفها ذات دلالة مدنية مرتبطة بالقانون الخاص، بعد أنْ كان الفقه والتشريع يميل لاعتبارها مقصورة على القانون العام. وهو ما يمثل ارتداداً للفلسفة الأوربية لتناول هذه الحقوق والحريات على فكر وفلسفة المشرع الفرنسي.

الوصول إليه ضمن مفهوم التناسبية ثانياً[١]. وعلى ذلك نلاحظ أنَّ مشروع القانون بموجب هذا القيد الأخير كان قد تبنى الفكر الاجتهادي القضائي المستقر لمبدأ النسبية في العقود بين ممارسة الحق والإضرار بالغير [٢]، ومؤسساً بذلك لنظرية قانونية جديدة لمفهوم النسبية وتحولاً قانونياً لمفهوم التعسف في استعمال الحق الذي اعتمدت عليه كثير من التشريعات في تفسير تبني مفهوم الاعتداء على حقوق الغير[٣]، حيث كان من المأمول أن يتبنى المشرع الفرنسي بصريح النص هذا المفهوم ذا الأصل الاجتهادي الذي غزا مختلف فروع القانون، إلا أن القانون المدني الجديد تجاهل هذا النص الوارد في مشروع قانون العقود بصريح النص! الأمر الذي نأسف له.

ثانياً: تفعيل الدور الليبرالي للإرادة بمفهومها المنفرد

بخلاف الواقع التقليدي للمشرع الفرنسي في تحجيم دور الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين في تحديد اشتراطات العقد، فمن الملاحظ أنَّ القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، قد منح الإرادة المنفردة دوراً أكثر حضوراً في تحديد محتويات بعض العقود، بل وحتى إنهاء العملية التعاقدية، الأمر الذي كان خارج التقنين القانوني في التشريع المدني السابق.

١. تحديد مضمون العقد

أورد القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، ثلاثة أنواع من العقود المستحدثة في التقنين المدني الفرنسي هي على التوالي: العقود الإطارية والعقود ذات التنفيذ المتعاقب وأخيراً عقود الخدمات. حيث عرَّف العقد الإطاري بالعقد الذي يتفق من خلاله المتعاقدان على العناصر الرئيسة لعلاقتهم التعاقدية المستقبلية[٤]. وعرَّف العقد ذا التنفيذ المتعاقب بكونه العقد الذي تكون فيه الالتزامات على الأقل لأحد الطرفين تنفذ على مراحل زمنية متعاقبة[٥]، في حين أنَّه لم يعرَّف المقصود بعقود الخدمات. علماً

(1) N. Belley, (1997) L'émergence d'un principe de proportionnalité. *Les Cahiers de droit*. Vol. 38, n° 2, Pp. 245-313. S. Le Gac-Pech, (2000) La proportionnalité en droit privé des contrats, éd. *LGDJ*. p. 124s.

(2) Cass. com, 17 juin 1997 : *JCP*E, 1997, II, note D. Legeais.

(3) N. Molfessis, (1998) Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat. *Petites affiches*, n° 117. p. 21. S. Le Gac-Pech, (2002) La proportionnalité en droit privé des contrats. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 54, n° 3, Pp. 881-884.

(4) "Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution". Art. (1111). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1109). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(5) "…Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps". Art. (1111-1 al. 2). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1110 al. 2). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

بأنَّ جميع هذه العقود تشترك في الإقرار بأنَّ تحديد الثمن بشكل مسبق لا يشكل عنصراً مفصلياً في انعقادها، حيث يمكن أنْ يترك تحديده لإرادة الطرفين المستقبلية أو لإرادة أحدهما بشكل مستقل، الأمر الذي يخالف الثوابت القانونية التقليدية في تحديد الثمن في العقود المدنية والذي لا يقبل بأنْ يترك ذلك للإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد، وهو ما يعتبر بمثابة خرق فاضح لمفهوم التوازن العقدي بين طرفي العقد(١). هذه الخلاصة حادت عنها بالمجمل نصوص القانون المدني الجديد والمشروع. حيث قضى القانون أنه في العقود الإطارية يمكن لطرفي الاتفاق على أنْ يحدد الثمن لاحقاً بشكل أحادي من قبل أحد الطرفين، مع تعهد هذا الأخير بتبرير هذا المبلغ في حال الاعتراض، وفي حال وجود تجاوز في تحديد الثمن، فيمكن للطرف المتضرر إمّا الطلب من القاضي أنْ يعيد النظر في السعر بالاستناد إلى العرف أو سعر السوق أو المصلحة المشتركة للطرفين، أو الطلب منه الحكم بالتعويض نتيجة هذه المبالغة في تحديد المقابل، أو المطالبة بفسخ العقد عند الاقتضاء(٢). الموقف ذاته، تم تبنيه كذلك من قبل القانون المدني الجديد في عقود الخدمات وإنْ بشكل مختلف، حيث ذهب النص إلى أنَّه في هذه العقود، وبخلاف وجود اتفاق مسبق على إبرام العقد فإنَّ السعر المقابل للخدمات يمكن تحديده من قبل الدائن، شريطة التزامه بالتبرير في حال الاعتراض، وللمدين في حال الاعتراض الحق بالطلب من القاضي بأنْ يقوم بتحديد السعر بالاستناد إلى العرف أو سعر السوق، أو بمراعاة مصالح الطرفين(٣). ويشار هنا إلى أنَّ القانون المدني الجديد، وعلى خلاف التوجه الذي كان معتمداً في مشروع القانون(٤)، قد استبعد العقود ذات التنفيذ المتعاقب من هذه الرخصة، وبذلك بقيت هذه العقود تخضع لقواعد العامة التي تحكم تحديد الثمن بشكل مسبق تحت طائلة بطلان العقد، وهو الأمر المستغرب، والذي كنا نأمل لو

(1) Borghetti, J-S. (2018) Fixation et révision du prix. *Revue des contrats*, n° 8, p. 25. J. Calvo, ***L'indétermination du prix dans les contrats : d'une indétermination à l'autre***, *PA,* 17 janvier 1996, p. 20.

(2) "Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat". Art. (1164). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1163). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(3) "Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts". Art. (1165). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1164). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

(4) "Dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation …". Art. (1163). *"Terré", projet de loi, op, cit.*

أن القانون المدني الجديد قد أبقى عليه نظراً لخصوصية وطبيعة هذه العقود، التي يمكن أن يترك فيها الخيار لتحديد الثمن بشكل مستقبلي، وفق الخيارات السابقة ذاتها التي تحكم العقود الإطارية وعقود الخدمات.

ومن الملاحظ أنَّ القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، لم يحدد ضمن هذه الفرضيات متى يتم تحديد الثمن، هل هو قبل انعقاد العقد أم بعده! وإنْ كان واقع الحال، ومن خلال فهم الآثار المترتبة على المطالبة للطرف المتضرر في حال المبالغة في التحديد توحي بأنَّ هذه الإمكانية يمكن أنْ تتم في أي مرحلة، وهو موقف لا نعتقد أنَّه يتسق مع سياق تنفيذ العقود، وكنا نأمل لو أنَّ القانون المدني الجديد قد حدد هذه المرحلة بشكل أكثر دقة في هذا الجانب، كما لم يشر القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، إلى إمكانية إنهاء العقد في حال الخلاف بين الطرفين على تحديد هذا الثمن، وهل سيتم تكييفه باعتباره يدخل في نطاق الفسخ بسبب خطأ المدين أم التعسف في استعمال الحق من قبل الدائن، تاركاً الأمر للقضاء ليقول كلمته حيال ذلك. ومن غير الخافي أنَّ القانون المدني الجديد، وفي هذين العقدين، إنَّما يكرس واقع الاجتهاد القضائي الذي خرج في إطار هذه العقود عن الفلسفة التقليدية للمشرع الفرنسي القائمة بحظر تحديد الثمن بالإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد مقراً بإمكانية أنْ يكون تحديد الثمن من قبل الطرفين، وسامحاً للطرفين بالاتفاق على ذلك، على خلاف واقع الحال في نصوص القانون المدني السابق[١]. علماً بأنَّ هذا التجاوز لا يتناول مختلف العقود، ولا يمكن اعتباره من القواعد العامة التي تنطبق على مختلف العقود، وإنما يتناول نوعين من العقود فقط، هي العقود الإطارية وعقود الخدمات، وعليه كنا نأمل لو أنَّ القائمين على القانون المدني الجديد بقوا منسجمين مع الفلسفة الخاصة بالعقود الخاصة أو المسماة، بأنْ يوردوا هذه الأحكام في الباب المخصص للعقود المسماة بدلاً من أنْ يذكروها في إطار القواعد المحددة للنظرية العامة للعقود[٢].

---

(1) "Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties". Art. 1591. ***"Ancien CC"***.

(٢) هذه الملاحظة تنطبق حتى على التعريفات الخاصة بهذه العقود، فمن المعلوم أنَّ هناك فارقاً كبيراً بين ذكر التعريف العام للعقد والذي يتضمن المعايير التي تنطبق على مختلف العقود والتي يجب ذكرها في النظرية العامة للعقود، والتعاريف الخاصة التي تتناول جانباً معيناً من العقود، والتي يتوجب برأينا ذكرها في القسم الخاص بها ضمن العقود الخاصة، كما فعل **المشرع المدني السابق** على سبيل المثال في تعريفه لعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة وغيرها، والقول بأنَّ هذه العقود من العقود المستحدثة في النظام القانوني الفرنسي هو قول فيه نظر بالنسبة لنا، ذلك أنَّ هذه العقود موجودة في المنظومة القانونية الفرنسية، لكنها غير مقننة في **القانون المدني الفرنسي**، ذلك أنَّ الاجتهاد القضائي هو من كان يتولاها طيلة الفترة السابقة.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans ses quatre arrêts du 1er décembre 1995, à procéder finalement à un spectaculaire revirement de jurisprudence. Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix : *JCP* éd. G 1995, II, 22371, note J. Ghestin, *D,* 1995, 122, note L. Aynès ; *JCP* éd. E 1995, II, 662, obs. L. Leveneur.

٢. إسقاط العقد

بعد أنْ أرسى الاجتهاد القضائي القواعد الخاصة بنظرية الظروف الطارئة كأحد الذرائع التي يمكن للمدين أنْ يتمسك بها لإعادة النظر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه تجاه الدائن[١]، أدخل القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، وللمرة الأولى هذه النظرية بصريح النص ضمن نصوص النظرية العامة للعقود، معدلاً من العديد من القواعد الاجتهادية التقليدية التي كانت تنظمها ومانحاً بعداً جديداً للإرادة المنفردة فيها. حيث قضى القانون المدني الجديد بأنه إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد جعلت من تنفيذ العقد مرهقاً بشكل حاد بالنسبة لأحد الأطراف فلهذا الأخير الذي لا يقبل تحمل هذه المخاطر، الحق في أنْ يطالب بإعادة مناقشة بنود العقد مع المتعاقد الآخر، بالوقت ذاته الذي يستمر فيه في تنفيذ التزاماته خلال هذه المرحلة، وفي حال رفض المتعاقد الآخر أو فشل هذه المفاوضات، فيمكن لأطراف العقد أنْ يقوموا بفسخ العقد وفق الشروط والمدة التي يتفقون عليها، أو أنْ يطلبوا بموجب اتفاق مشترك من القاضي المباشرة في إعادة تحديث العقد مع الظروف المستجدة. بخلاف ذلك، يمكن لأحد الأطراف أنْ يطلب من القاضي أنْ يضع نهاية لهذا العقد، بالتاريخ والشروط التي يحددها القاضي[٢].

(1) H. Bouthinon-Dumas, (2001) Les contrats relationnels et théorie de l'imprévision, *Rev. int. dr. écon*, n°3. P. Ancel, (2012) La force obligatoire, Jusqu'où faut-il la défendre ? Ch. Jamin, D. Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, *Dalloz*, Pp. 163-179.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٩٨) نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ص. ٩٦٩ وما بعد. ذنون، ياسر باسم؛ وإبراهيم، رؤى خليل، (٢٠١٤) نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، السنة الثامنة والعشرون، العدد السابع والخمسون، ص. ص. ٢٨-٥٧.

(2) "Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant …. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe". Art. (1195). *"CC. Modifié". op, cit.* Art. (1196). *"Terré", projet de loi, op, cit.* N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats. *La semaine du droit*, (2015) Libres propos, Droit des contrats, n° 1415. *JCP*. G, n° 52-21, Pp. 2390-2393. H. Bouthinon-Dumas, Les contrats relationnels et théorie de l'imprévision, *op, cit*.

وهنا يجب أنْ نثني على موقف واضعي القانون المدني الجديد، ومن قبلهم مشروع القانون، لتبنيهم لهذه النظرية كقاعدة عامة في مختلف العقود مع إدخال بعض التلطيفات عليها. فمن المعلوم أنَّ هذه النظرية لم تكن تعترف بدور الإرادة المشتركة في جانبها الودي في تفعيل هذه المبادرة، على الأقل ضمن النص القانوني، بحيث لم تكن لتعتبر هذه المرحلة من المراحل التي يعتد فيها في إطار فض الخلاف الناجم عن هذه الظروف، سواء من خلال التفاوض المشترك لأطراف العقد، أو الطلب من القاضي للتدخل في هذه العملية الخلافية، كذلك لم يكن المشرع يسمح للطرف الذي لا يقبل بمثل هذه الشروط بالمطالبة قضاءً بإنهاء العقد(١). كذلك، فقد منح القانون المدني الجديد بموجب هذه الفرضية دوراً أكثر فاعلية للإرادة المنفردة في تحريك عملية تعديل بنود العقد، سواء في حال الوصول لاتفاق مشترك بالطرق الودية أو القضائية، أو حتى في إنهاء العقد، بحيث جعل هذه العملية تمر بثلاث مراحل، فإما أنْ يتفق الطرفان ودياً على تعديل بنود العقد، أو أنْ يلجأ للقاضي للقيام بهذه المهمة، وفي حال فشل المحاولتين السابقتين، فحينها يمكن للطرف المتضرر أنْ يطلب من القاضي فسخ العقد(٢).

والحقيقة ثمة سؤال يطرح، حول إلزامية هذه التراتبية، بمعنى أنَّه في حال حدوث مثل هذه الظروف الطارئة، هل للمتعاقد المتضرر أنْ يلجأ لمطالبة القاضي بفسخ العقد مباشرة دون المرور بالمرحلتين السابقتين، أم أنَّ على الطرف المتضرر من هذه الظروف الاحترام والتقييد بهذه التراتبية؟ ثم كذلك، ما هو التكييف القانوني لعملية إنهاء العقد من قبل الطرف المتضرر نتيجة لهذه الظروف الطارئة هل هي فسخ، وفق المفهوم القانوني للفسخ القائم على وجود خطأ المتضرر، أم الانفساخ القائم على وجود السبب الأجنبي؟ لا سيما أننا والحال هنا في مرتبة رمادية بين الأمرين فنحن لا يمكن لنا أنْ نقر بوجود خطأ من قبل المدين، ولا يمكن لنا أنْ نقبل كذلك بالانفساخ وبالتالي تحلل المدين نهائياً من التزاماته، كوننا لم نرقَ بعد لمفهوم القوة القاهرة، ذلك أنَّ تبني أي من المفهومين له تبعاته على العقد التي لا يمكن إغفالها، لجهة تحديد المسؤولية ومن ثم الحق في التعويض عن الضرر، وإنْ كان القانون المدني الجديد لم يتكلف عناء توضيح مختلف هذه النقاط الخلافية فيما سبق تاركاً الإجابة على مختلف هذه التساؤلات للقضاء

(1) Fortunato, A. Les circonstances de la révision du contrat. *Petites affiches*, 2018, n° 7, p. 6. Ph. Stoffel-Munck, (2016) L'imprévision et la réforme des effets du contrat. *Revue des contrats*. 1ère avril, n° Hors-série. Pp. 30-38. J-D. Pellier, (2015) Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observations sur l'article 1196 du Projet de réforme). *Petites affiches*., n° 228. p. 8.

(2) H. Bouthinon-Dumas, Les contrats relationnels et théorie de l'imprévision, *op, cit*. O. Deshayes, (2015) L'interprétation des contrats - Arts. 1188 à 1193. *JCP*. G, supp, au n° 21, p. 39.

الذي نعتقد أنَّه سيميل لتكيفها في إطار مبدأ سقوط العقد[1]. بالرغم من ذلك لا نعتقد أنَّ سكوت القانون المدني الجديد عن التكييف القانوني سيكون موفقاً، ونرى أنَّه كان حرياً به توضيح موقفه تجاه ذلك، طالما أنَّه تبنى هذه النظرية.

الخاتمة:

قدم البحث محاولة أكاديمية تأصيلية سعت لتبيان الجديد في نظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، مقارنة مع ما كان عليه الحال في نصوص القانون المدني السابق، في ركيزتين رئيستين من ركائز العملية التعاقدية، هما مبدأ حسن النية والإرادة التعاقدية، مقدماً بذلك لقراءة قانونية مختلفة لهذه الركائز في العملية التعاقدية عما هو قائم في التشريع المدني السابق، إمّا من حيث توسيع نطاق مبدأ حسن النية وإعادة النظر في مفهوم السبب بوصفه واحداً من أركان العقد، أو من حيث إعادة النظر في التموضع القانوني لمفهوم الإرادة كواحدة من مرتكزات العملية التعاقدية.

(1) Les Sanctions : La Nullité (Arts. 1178 à 1185). La Caducité (Arts. 1186 à 1187). *"CC. Modifié", op, cit.*

حيث أقر المشرع الفرنسي ضمن هذه الفرضية أن: العقد المبرم بشكل صحيح يسقط "يعطل"، في حال فقد واحداً من عناصره الرئيسة. وبأن سقوط العقد "التعطل" يضع ينهي العقد، ويمكن أن يكون موضع إعادة الحال لما كانت عليه وفق نصوص المواد ١٣٥٢ إلى ١٣٥٢-٩. مثبتاً بذلك، أن سقوط العقد، من حيث المبدأ لا يعطي مفهوم إعادة الحال ما كانت عليه قبل وقوع العقد، أو الأثر الرجعي إلا على سبيل الاستثناء وفي الحالات المحددة في القانون. ضمن هذا التعديل الجديد للقانون المدني أضحت فكرة سقوط العقد أو تعطله مدرجة ضمن نصوص القانون، بعد أن كانت مقصورةً على الاجتهاد القضائي، متناولةً فرضية العقد الصحيح الذي فقد أحد عناصره الرئيسة لاحقاً، لا لخطأ من الطرف الآخر يُمَّكن من تطبيق أحكام الفسخ. ولا لقوة قاهرة تُمَكن من تطبيق أحكام الانفساخ، ولا لبطلان كونه انعقد بشكل صحيح، مانحاً لهذه الفرضية حكمين، الأول تعطل العقد، بمعنى جموده، والثاني، سقوطه في حال استمرار جموده لفترة تدفع المتعاقد الآخر لطلب إنهاء العقد، وبالتالي هذه الفرضية "التعطل المفضي للسقوط" تمثل حالة قانونية جديدة من الجزاء المدني الذي يختلف، عن البطلان، كون العقد انعقد بشكل صحيح. وعن الفسخ كونه لا يوجد خطأ. وعن الانفساخ، كونه لا يوجد قوة قاهرة، وعن الدفع بعدم النفيذ، كونه عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لا يرجع للمماطلة. والحقيقة يمكن تشبيه حالة تعطل العقد، بما يمكن تسميته بالظرف الطارئ الخاص، الذي قد يعود لظروف مرتبطة بالعناصر الرئيسة للعقد. فإن كانت القوة القاهرة تتناول الظرف الطارئ العام الذي يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، والظروف الطارئة هي الظرف الطارئ العام الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن تعطل العقد هو أقرب ما يكون للظرف الطارئ الخاص الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقاً أو مستحيلاً، بحسب الحال، لكن بالنسبة لشخص المدين فقط. علماً بزن المشرع الفرنسي لم يقصر هذه النظرية على العقد البسيط، بل حتى على العقود المركبة، من حيث النص أن التعطل يقع عندما نكون أمام حالة تنفيذ عدة عقود ضرورية لتنفيذ عملية ما، فإن فقدان أحد هذه العقود يسقط "يعطل" باقي العقود المرتبطة بشكل أساسي مع العقد الساقط "المعطل"، وتلك العقود التي كانت يعتبر لها العقد الساقط "المعطل"، شرط رئيسي في حصول رضا الطرف الآخر على هذه العقود. ليضيف أن السقوط "التعطل" لا يقع إلا إذا كان الطرف المتعاقد الآخر، الذي تم الاحتجاج أمامه يعلم بوجود العملية ككل حينما منح رضاه عن العقد. للمزيد راجع،

Mekki, M. (2017) Fiche pratique : la caducité, entre l'excès et le défaut *Gazette du Palais*, n° 283b0, p. 12. Seube, J-B. (2015) L'article 1186 du projet : la caducité *Revue des contrats*., n° 3, p. 769. Wester-Ouisse, V. (2001) La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, JCP, G, I, p. 290.

حيث منح القانون الجديد حيزاً واسعاً لمبدأ حسن النية في هذه العملية التعاقدية معمماً هذا المبدأ على مختلف مراحل العقد، بخلاف الواقع السابق الذي كان يقصره على مرحلة تنفيذ العقد. وواضعاً له، كذلك العديد من التطبيقات القانونية الخاصة، بالوقت ذاته الذي أعاد النظر في موقفه من هذا المبدأ ضمن نظرية السبب، والتي عدل عن اعتبارها واحدة من أركان العقد. علماً بأن عملية ربط هذا المبدأ بفكرة النظام لم تخلُ من بعض المحاذير، لاسيما في طبيعة التمسك القانوني بمبدأ حسن النية النسبي وأثره على العملية التعاقدية، بين مفهومي البطلان المطلق والنسبي، الأمر الذي نأمل أن يعيد المشرع الفرنسي النظر فيه.

كما قدم القانون المدني الجديد رؤية قانونية وفلسفية أكثر جرأة لمفهوم ودور الإرادة في العملية التعاقدية، مقراً بذلك العديد من المبادئ القانونية التي يمكن فيها للإرادة بمفهومها المنفرد التحكم في مصير العقد. معبراً بذلك عن رغبة فعلية للتوفيق بين تكريس الدور التقليدي للإرادة بمفهومها المشترك في العملية التعاقدية وضرورة احترام الدور الليبرالي للإرادة بمفهومها المنفرد في هذه العملية، وإن كان موقف المشرع المدني من السماح للمتعاقد بتحديد المتعاقد الآخر في العملية موضع نظر وتساؤل، يوجب من المشرع الفرنسي إعادة النظر فيه. ناهيك عن تجاهل القانون لمبدأ النسبية في العقود بين ممارسة الحق والإضرار بالغير. الأمر الذي كنا نأمل تبنيه من قبل المشرع الفرنسي، الأمر الذي كان سيساهم في التأسيس لنظرية قانونية جديدة لمفهوم النسبية، وتحولاً قانونياً لمفهوم التعسف في استعمال الحق.

في جميع الأحوال، وبعيداً عن مجمل الانتقادات السابقة، يمكن القول اليوم، بأنَّ القانون المدني الجديد بنصه الحالي استطاع أنْ يتلافى العديد من العيوب والنواقص التي كانت تعتري نظرية العقد لا سيما في الركيزتين السابقتين وصولاً لعقد قانوني يحصنه مبدأ حسن النية، وتلعب فيه الإرادة ببعديها المشترك والفردي دوراً فاعلاً في تحديد آثار هذا العقد والنتائج المترتبة عليه. وهنا يكمن الجانب الإبداعي للقانون المدني الجديد والتحول القانوني الجديد للموقف التشريعي الفرنسي حيال هذه النظرية.

المراجع[1]

- **كتب:**

سلطح، حمدي محمد إسماعيل (٢٠٠٧)، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد (١٩٩٨)، نظرية العقد، الجزء الأول والثاني، منشورات الحلبي الحقوقية.

صده، عبد المنعم فرج (١٩٧٤)، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية.

العوجي، مصطفى (٢٠١١)، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة.

فوده، عبد الحكيم (١٩٨٥)، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف.

النقيب، عاطف (١٩٩٨)، نظرية العقد، المنشورات الحقوقية "صادر"، الطبعة الثانية.

- **مقالات:**

جابر، أشرف (٢٠١٧) الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات. أبحاث المؤتمر السنوي الرابع. كلية القانون الكويتية العالمية ٢٠١٧، ملحق خاص. الجزء الثاني، ص. ص. ٢٨٥-٣٣٩.

الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد (٢١)، ٢٠١٨، ص. ص. ٢٣٩-٣٠١.

الخطيب، محمد عرفان (٢٠١٨)، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: "الثابت والمتغير"، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية العدد (٢٢)، ٢٠١٨، ص. ص. ٣٥٥-٤١٧.

(١) نظراً لتعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علماً بأنَّ كافة المراجع مسددة في متن البحث.

ذنون، ياسـر باسم؛ إبراهيم، رؤى خليل (٢٠١٤)، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، السنة الثامنة والعشرون، العدد السابع والخمسون، ص. ص. ٢٨-٥٧.

شتا، محمد (١٩٨٨)، النية في القانون المدني، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة ٣٢، العدد الرابع.

شندي، يوسف (٢٠١٧) دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام. أبحاث المؤتمر السنوي الرابع. كلية القانون الكويتية العالمية ٢٠١٧، ملحق خاص. الجزء الثاني، ص. ص. ٤٤٧-٤٨١.

فياض، محمود، (٢٠١٣) مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، ص٢٧-٥٤.

Français:

Articles

Alpa, G. (1985) L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique, RID comp, p. 10.

Andrieu, T. et Dreux, M-Ch. (2018) La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées. Gazette du Palais, n° 322a0, p. 13.

Anselme-Martin, O. Etude critique du devoir d'exécuter les obligations de bonne foi, (1997) petites affiches, p. 17.

Assimopoulos, Ch. (2015) Les apports du projet d'ordonnance du droit des contrats. Mars Dalloz Actualité.

Aynes, L. (2000) Le devoir de loyauté, Archives de philosophie du droit, p. 195.

Balat, N. (2015) Réforme du droit des contrats : et les confits entre droit commun et droit spécial ? D, p. 699.

Battifol, H. (1968) La crise du contrat et sa portée, Arch. ph. dr, Tome. XIII, p. 13.

Bénabent, A, La bonne foi dans l'exécution du contrat, In La bonne foi, (1992) Travaux Ass. H. Capitant, Litec, p. 291s, spés, p. 300.

Benillouche M., La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? (2004) petites affiches, p. 6.

Borghetti, J-S. (2018) Fixation et révision du prix. Revue des contrats, n° 8, p. 25.

Borghetti, J.-S. (2016) La force obligatoire des contrats, Droit et patrimoine, n° 258, p. 67.

Borghetti, J-S. (2015) Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va. D, p. 1376.

Bouthinon-Dumas, H. (2001) Les contrats relationnels et théorie de l'imprévision, Rev. int. dr. écon, n° 3.

Brault, Ch-É. (2016) Vers un nouvel équilibre contractuel. Gazette du Palais, n° 25, p. 49s.

Cadiet, L. (2001) Une justice contractuelle, l'autre, In Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIè siècle, LGDJ., p. 177.

Calais-Auloy, J. (1994) L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD. civ, p. 239.

Calzolaio, E. (2014) Le rôle de la jurisprudence dans la comparaison civil law-common law. Petites affiches, n° 5, p. 7.

Cartwright, J. (2015) Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats. Revue des contrats, n° 4, p. 691.

Catala, P. (2005) Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats, JCP, I, p. 170.

Chazal, J-P. (1998) Théorie de la cause et justice contractuelle, JCP. I. p. 152.

Chazal, J-P. (2000) La contrainte économique : violence ou lésion ? D, p. 879.

Chénedé, F. (2015) L'équilibre contractuel dans le projet de réforme, Revue des contrats, n° 3. Pp. 655-660.

Cohen, D. (2004) La bonne foi contractuelle : Éclipse et renaissance, In Le Code civil, Le passé, Le présent, L'avenir, Dalloz, p. 517.

Deshayes, O. (2015) L'interprétation des contrats - Articles 1188 à 1193. JCP. G, supp, au n° 21, p. 39.

Deshayes, O. (2016) La formation des contrats, Revue des contrats. 1ère avril, n° Hors-série. Pp. 21-29.

Edelman, B. (2001) De la liberté et de la violence économique, Recueil Dalloz, n° 29, p. 2315.

Eroulez J. et Blanc, D. (2007) La longue marche vers un droit européen des contrats, D, p. 1615.

Fortunato, A. Les circonstances de la révision du contrat. Petites affiches, 2018, n° 7, p. 6.

Ghestin, J. (1990) La notion de contrat, D, p. 147.

Guéguen, J-M, (1999) Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D, p. 352.

Guerlin, G. (2016) Le dol implique toujours la malhonnêteté. L'essentiel Droit des contrats, n° 05. p. 5 .

Guiomard, P. (2016) Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil 2016. A jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Ed. Dalloz, p. 2.

Houtcieff, D. et Houtcieff, B. (2015) Les équilibres subtils de l'obligation de bonne foi. Gazette du Palais, n° 99, p. 18s.

Klein, J. (2015) Le consentement - Articles 1128 à 1143. JCP. G, supp, au n° 21, p. 14.

Latina, M. (2017) Application de la réforme du droit des contrats dans le temps : vers la convergence des droits. Gazette du Palais, n° 304x6, p. 13.

Lavabre, Ch. (1997) Eléments essentiels et obligation fondamentale du contrat, RJDA, chro, p. 291.

Le Gac-Pech, S. (2016) Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil. Petites affiches, n° 162-163, p. 7s.

Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats. (2016), Revue des contrats, n° 9, p. 351.

Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018. (2018) Revue des contrats, Hors-serie, n° 7. p. 3.

Leblond, N. (2016) L'offre et l'acceptation entrent dans le Code civil. L'essentiel Droit des contrats, n° 3.

Loi de ratification de la réforme des contrats. (2018) Defrénois 26 avril, n° 136c4, p. 5.

Lyon-Caen G., De l'évolution de la notion de bonne foi, (1946) RTD. civ, p.75.

Lyon-Caen, G. (1946) De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD. civ, p. 75.

Mazeaud, D. (2002) Régime de la violence économique, Recueil Dalloz, p. 2844.

Mazeaud, D. (2004) La cause, dans le Code civil, 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir, D, p. 451.

Mazeaud, D. (2016) La place du juge en droit des contrats. Revue des contrats, n° 3, p. 353.

Mazeaud, D. (2016) Observations conclusives, Revue des contrats. 1ère avril, n° Hors-série. Pp. 53-57.

Mazeaud, D. (2016) Présentation de la réforme du droit des contrats. Gazette du Palais, n° 08.

Mazeaud, D. (2018) Le nouveau droit des obligations : observations conclusives. Revue des contrats, n° 0, p. 65.

Mekki, M. (2017) Fiche pratique : la caducité, entre l'excès et le défaut Gazette du Palais, n° 283b0, p. 12.

Mekki, M. (2017) Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations. Gazette du Palais, n° 305y0, p. 11.

Mestre J., Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi, (1996) RTD. civ, p. 898.

Mestre, J. (1996) Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi, RTD. civ, p. 898.

Molfessis, N. (1998) Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat. Petites affiches, n° 117. p. 21.

Molfessis, N. (2015) La formation du contrat, JCP G, supp, n° 21, 25 mai, p. 6.

Molfessis, N. (dir.), (2004) La Cour de cassation et l'élaboration du droit, vol. 20, Economica, coll. Études juridiques.

Molfessis, N. (dir.), (2005) Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet, Juris Classeur.

Posez, A. (2015) Analyse Du Projet de Réforme Du Droit Des Obligations, Le Droit Critique.

Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : projet de loi adopté au Sénat. (2017) Gazette du Palais, n° 307v1, p. 50. Rédaction Lextenso.

Revet, T. (2018) L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général. Revue des contrats, n° 7, p. 4.

Savaux, E. (2015) Du rôle de la bonne foi dans le préavis de résiliation unilatérale du contrat. Revue des contrats, n° 4, p. 18.

Savaux, É. (2015) Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170. JCP. G, supp, au n° 21, p. 20.

Seube, J-B. (2015) L'article 1186 du projet : la caducité Revue des contrats, n° 3, p. 769.

Stoffel-Munck, Ph. (2018) Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens. Revue des contrats, n° 1, p. 52.

Sturlèse, B. (2016) Le juge et les standards juridiques. Revue des contrats, n° 1, p. 398.

Wester-Ouisse, V. (2001) La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer, JCP, G, I, p. 290.

Wicker, G. (2015) La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? D, p. 1557.

Ouvrages, Traités et Thèse et Etudes

Berlioz-Houin, B. Berlioz, G. (1985) Le droit des contrats face à l'évolution économique, Etudes R. Houin.

Halpérin, J-L (2012) Histoire du droit privé français depuis 1804, éd. PUF.

Hyde, A-A, (2012) Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Essai d'une théorie, thèse Paris I.

Le Gac-Pech, S. (2000) La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ.

Legeais, R. Pédamon, M. et Witz, C. (2010) Code civil Allemand, BGB Bürgerliches Gesetzbuch. Dalloz,

Maurin, L. (2012) Contrat et droits fondamentaux, LGDJ.

Picod, Y. (1989) Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ.

Savaux, E. (1997) La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? LGDJ. Stoffel-Munck, Ph. Malaurie, Ph. et Aynès, L. (2015) Doit des obligations, LGDJ.

Terré, F. (2013) Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz.