

نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث.. والاعتبار الموضوعي (الجزء الثاني)

أ.د. محمد عرفان الخطيب*

الملخص:

بعد أن تم نشر القسم الأول من هذا البحث-المتضمن التقديم لموضوع البحث، إضافة للمبحث الأول منه المعنون بـ: «نظرية صحة العقد والاعتبار الشخصي»- في العدد السابق، نعرض في هذا العدد للقسم الثاني من البحث، الذي يتناول المبحث الثاني منه، والمعنون بـ: «نظرية صحة العقد والاعتبار الموضوعي»، إضافة لخاتمة البحث، والقائمة المرجعية الخاصة به.

ويتناول هذا القسم، توضيح الثابت والمتغير في نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث، على المستوى الموضوعي، المتعلق بالعقد ذاته موضوع العملية التعاقدية، ما بين مفهومها الرباعي في القانون المدني السابق، والثلاثي في القانون المدني الجديد، مثبتاً هجر المشرع المدني الفرنسي لمفهوم المحل والسبب، لصالح مفهوم جديد هو: «محتوى العقد»، الذي عزز من جانب الاعتبار الموضوعي، المستند لفكرة المحتوى المتمثل بالأداء المؤكد والمشروع، بذات الوقت الذي أسقط الاعتبار الشخصي للمحتوى، عبر إسقاط نظرية السبب من مفرداته، والاستعاضة عنها بفكرة: «المقابل المتوقع والمأمول».

كلمات دالة:

القانون المدني الفرنسي الجديد - نظرية صحة العقد - أركان العقد - محتوى العقد المؤكد والمشروع - الاعتبار الموضوعي لصحة العقد.

* أستاذ القانون المدني، قسم القانون، كلية أحمد بن محمد العسكرية، الدوحة، قطر، وكلية الحقوق، جامعة دمشق، سورية.

تقديم:

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجديد يمكن القول، بأن المعالجة القانونية للاعتبار الموضوعي للعقد ضمن هذا القانون قد سجلت تحولاً هاماً وملحوظاً ما بين الموقف التشريعي المدني الفرنسي السابق والحالي، حيث أعاد القانون المدني الجديد تحديد ماهية الركن الموضوعي لصحة العقد الذي كان يقوم في القانون المدني السابق على عنصرين رئيسيين هما: "محل العقد"⁽¹⁾ و"سبب العقد"⁽²⁾، ليتبنى مصطلحاً قانونياً جديداً هو: "محتوى العقد المشروع والمؤكد"، معيداً بذلك النظر في الاعتبارات القانونية الحاكمة لصحة العقد، ما يوجب التوقف عند هذا التحول لفهم أسبابه والنتائج المترتبة عليه، ومن ثم التعرض لطبيعة هذا المحتوى من حيث سمته: التأكيد والمشروعية.

المطلب الأول

صحة العقد: من نظريتي المحل والسبب إلى نظرية المحتوى

يلاحظ المطلاع على أركان العقد في التشريع المدني الجديد غياب فكرتي المحل والسبب عن هذه الأركان، والاستعاضة عنهما بفكرة محتوى العقد المشروع والمؤكد، ما يفيد بتطور واقع قانوني جديد، يطرح تساؤلات عديدة أهمها: أسباب هذا التحول في موقف المشرع المدني الفرنسي من هاتين النظريتين، والنتائج المترتبة على هذا التحول، لاسيما الجهة تحديد مكانة كل منهما في النظام القانوني الجديد لصحة العقد، في التشريع المدني الحديث.

الفرع الأول

أسباب التحول: إشكاليات مفهومي المحل والسبب

إن فكرتي المحل والسبب كأحد شروط صحة العقد في القانون المدني الفرنسي، بقدر ما شكلتا نقطة تميز للنظام القانوني الفرنسي، بقدر ما اعتبرتتا نقطة افتراق بينه وبين

(1) A propos de concept de l'objet voir, V. Valais, La réforme du code civil: quels enjeux pour nos contrats. D. IP/IT, mai 2016. V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat. Petites affiches, n° 218, 2014, p. 6s. A.-S. Lucas-Puget, Essai sur la notion d'objet du contrat, op, cit, nos 59s. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, La formation du contrat, op, cit., n° 1 et 36. G.-J. Martin et J.-B. Racine, Objet du contrat: J.-Cl. civ., fasc. 10, art. 1126-1130, nos 2s. É. Savaux, L'objet et la cause dans les projets français de réforme du droit des contrats, communication à l'occasion du colloque sur Les avant-projets de réforme du droit des obligations, Saint-Jacques de Compostelle, févr. 2011.

(2) A propos de concept de cause voir, J. Maury, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, Revue internationale de droit comparé. 1951, p. 485. J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse, Paris, LGDJ, 1971. H. Capitain, De la cause des obligations, Paris, Dalloz, 1923. J. Rochfeld, Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français, Revue des contrats, 2013, p. 1601s., n° 16. P. Catala, Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats, Defrénois 2008, art. 38866.

منظومة القانون الروماني، الأصل التاريخي لهذا القانون⁽³⁾، كما بينه وبين الكثير من القوانين الأوروبية⁽⁴⁾، ما جعلها عرضةً للعديد من الانتقادات الشديدة حول فاعليتهما وجدواهما، إن على المستوى المشترك بينهما أو المستوى الخاص بكل منهما، لتتحول هاتان الفكرتان مع الزمن لعبء كبير على المنظومة القانونية الفرنسية، عبءٌ على إثره، حاولت مختلف الجهات المؤثرة في المنظومة القانونية- المشرع- الفقه- القضاء- أن تنفخ الروح فيهما مراراً ومرات⁽⁵⁾، محاولاتٌ بقيت رغم فاعليتهما، غير كافية على المستوى الوطني وغير مقنعة على المستوى الغربي المقارن؛ نظراً للاستيعاب المفهومي المشترك لكلا المفهومين من جهة، وللإشكاليات الخاصة بكل منهما على حدة.

أولاً- على المستوى المشترك:

بالرغم من اختلاف المفهومين اصطلاحاً، وورود كلٍّ منهما كشرط مستقل في ذاته ضمن شروط صحة العقد، إلا أنَّ التحليل القانوني المعمق لكلٍّ منهما يؤكد أنهما متقاربان لحد الامتزاج، ليس في أصل النشأة فقط وإنما في الغاية من الوجود كذلك.

1. الأصل المشترك:

بالرغم من أنَّ المشرع المدني الفرنسي أورد شرطي السبب والمحل تبعاً في القانون المدني السابق، ما يفيد بتمايز كلٍّ منهما عن الآخر، إلا أنَّ الجذر التاريخي لهما يكاد يكون مشتركاً، فالفكرتان ولدتا تقريباً بذات الوقت الزمني لتأمين توافق العملية التعاقدية مع

(3) Pour plus d'informations voir, P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. 13, Paris, 1827, p. 317. J. Carbonnier, Droit civil, T. 2, Les biens. Les obligations, PUF, 2004, coll. Quadrige, n° 969. A. Bénabent, Droit des obligations, Montchrestien, 2012, 13e éd., n° 140s. ; P. Malinvaud et D. Fenouillet, Droit des obligations, Lexisnexis, 2012, 12e éd., nos 241s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, Dalloz, 2013, 11e éd., n° 264s.

(4) يمكن أن نشير هنا إلى القانون المدني في كل من ألمانيا والنمسا وبريطانيا، وإيرلندا، ونيوزلندا، وهولندا، وفنلندا، وأسكتلندا، واليونان.

On peut citer ici, le Cood civil en Autriche, en Allemagne, en Grande-Bretagne, en Irlande, en Nouvelle-Zélande, aux Pays-Bas, en Finlande, en Écosse et en Grèce. Pour plus d'informations voir, Principes européens du contrat, Société de législation comparée, 2003 (principes Lando), notes sous l'art. 2:103, p. 108.

(5) Pour plus d'informations, voir. F. Chénéde, La cause est morte... vive la cause?, Contrats, conc. consom. 2016, dossier 4, n° 5, p. 21. M.-Ph. Weller, 'La cause' dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015 (Commentaire allemand), La réforme du droit des obligations en France, 5e journées franco-allemandes, dir. R. Schulze et alii, Société de législation comparée, 2015, p. 139. C. Grimaldi, Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots, D, N°. 14, 2015, p. 814 - 815. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, La formation du contrat, op, cit, n° 1 et 36.

متطلبات الشرعية القانونية ذات الدلالة الكنسية⁽⁶⁾، إن على المستوى الخارجي المحسوس وفقاً لفكرة المحل أو على المستوى الباطني غير الملموس وفقاً لنظرية السبب. فالفكرتان هما نتاج التصور القانوني الإبداعي لرجالات الفقه الفرنسي في إطار ما كان متفقاً على تسميته: «آخلة العقد»، لا سيما في إطار عنصرى الوجود والمشروعية اللذين طالما تداخلا بين نظريتي السبب والمحل⁽⁷⁾.

كما أنّ فكرتي السبب والمحل قد تطورتا وفق مراحل زمنية متقاربة إلى حد كبير، وبشكل يصل حد التداخل بينهما، ففكرة السبب من حيث الأصل، ارتبطت ببعدين الأول مادي ملموس هو أنّ سبب التزام أي طرف هو التزام الطرف الآخر، لنجد بعد ذلك فجوة أخلاقية تمثلت في مشروعية هذا الالتزام الظاهري ببعده الداخلي معنوي غير ملموس يوجب عليه أن يكون مشروعاً ضمن الفلسفة الدينية، بمعنى أنّ المشروعية القانونية كانت موكلة لفكرة المحل الذي يجب أن يكون خاضعاً للتعامل التجاري ومن ثم مشروعاً⁽⁸⁾، ليعود السبب بعد حين، متجاوزاً لفكرة المشروعية الدينية إلى فكرة المشروعية القانونية وذلك على حساب المحل. وبالتالي، أصبح السبب هو محور المشروعية ببعدها المادي المحسوس والمعنوي غير المحسوس، لينتقل اليوم لفكرة المقابل المأمول من الالتزام، التي هي منذ البداية نظرية المقابل المأمول في العقد، ما ينطوي على عودة المشرع الفرنسي للمنطق القانوني لمجريات الأمور مع التصحيح لمسار التطور التاريخي لهذا المفهوم، معيداً للمحل سطوته في تقدير المشروعية الظاهرة، ومؤطراً السبب بشكل ضمني في إطار المشروعية الباطنة، ومعتزلاً

(6) أول من حاول صياغة هذه النظرية الفقيه الفرنسي دوما Domat في كتابه المعنون: «القوانين المدنية» في القرن السابع عشر، معتبراً السبب أمراً موضوعياً داخلياً في العقد لا خارجاً عنه، وفق فلسفة النظرية التقليدية، ليتبعه بعد ذلك الفقيه الفرنسي بوتيه Pothier، ليأخذ مشروع التقنين المدني الفرنسي المعروف بـ: «قانون نابليون» لعام 1804م بأفكاره الحداثيّة حول هذه النظرية، التي خضعت مذ ذاك الوقت، للشد والجذب بين مؤيد ومعارض.

D. Mazeaud, La cause in 1804 - 2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 469s. J. Ghustin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2016, p. 18s.

للقوف على الإطار التاريخي لهذه النظرية باللغة العربية راجع، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 509 وما بعد. حول الجدل القائم بشأن هذه النظرية، راجع ص 533 وما بعد. حول رأي معارضي السبب كإنرست وبلانيول راجع ص 543 وما بعد. حول رأي مؤيدي السبب كابيتان راجع ص 536 وما بعد. كذلك راجع عبد المنعم فرج صده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 350 وما بعد. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 149 وما بعدها.

(7) V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat., op. cit, p. 6s. P. Malaurie, L.Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, op. cit, p. 297 - 302. J. Carbonnier, Droit civil, T. 2, Les biens. Les obligations, op. cit, n° 972.

(8) Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. Art. (1128). "Ancien CC", op. cit.

بنظرية المقابل العقدي ضمن مختلف حالات هذه النظرية⁽⁹⁾.

عليه، وبالرغم من تمايز المسمى المصطلحي لكل منهما إلا أنهما يفضيان لذات الغاية، وإن كان أحدهما ظاهرة محسوسة يمكن أن يعول عليها القانون، ونعني بذلك نظرية المحل، في حين أن الثانية باطنية غير محسوسة من حيث الأصل خارجة عن نطاق تعويل القانون المدني، كون هذا الأخير لا يهتم بالنوايا إلا في حال اقترانها بسلوك خارجي⁽¹⁰⁾، ما جعل من هذه الأخيرة «نظرية السبب» عيباً على المشرع المدني الفرنسي، الأمر الذي دفع العديد من رجال الفقه الفرنسي للقول بعقم هذه النظرية وعدم الحاجة إليها، لا لعدم الحاجة لفلسفتها، ولكن لتحقيق هذه الفلسفة في أركان العقد الأخرى لاسيما فكرة المحل، كون التطبيق العملي لهذا الأخير يحقق ذات الغاية لكن... بتعقيد أقل وبمنطق أكبر⁽¹¹⁾.

(9) لعل ذلك ما دفع المشرع المدني الحديث إلى التأكيد بأن كل شرط ينطوي في جوهره على الحرمان من تنفيذ المدين للالتزام الرئيسي يُعد غير مكتوب، كما أن غياب المقابل للأداء في العقود ذات الالتزام المتبادل لا يعتبر لذاته سبباً لبطلان العقد، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، في حين أن عقود المعاوضة التي تستند لحظة إنشائها إلى مقابل وهمي أو غير حقيقي للالتزام حقيقي يقدمه المتعاقد الآخر هي عقود باطلة، بينما تبقى الشروط التي تخل بالتوازن العقدي في عقود الإذعان مقبولة، طالما أنها لم تؤد لخلل فاضح في الحقوق والواجبات بين أطراف العقد، بخلاف ذلك فإن كل شرط يرد فيها، يفضي إلى إحداث عدم توازن واضح بين الحقوق والواجبات بين أطراف العقد يُعد غير مكتوب، علماً بأن تقدير عدم التوازن المبالغ فيه لا يتناول موضوع الالتزام الرئيسي للعقد أو المقابل المالي للالتزام. Arts. (1168 à 1171). "CC. Modifié", op, cit.

(10) السبب غير المشروع يجعل محل العقد بالضرورة غير مشروع، كما في استئجار بيت بمقدار ممارسة الدعارة، بذات الوقت الذي يفضي غياب محل العقد لغياب سبب العقد المستند إليه، كما في صور الالتزام المقابل الوهمي أو التافه. راجع الفقرة المعنونة: «سبب العقد... الحاجة التشريعية»، من هذا البحث.

(11) من أشد المنتقدين لهذه النظرية، لا سيما في شقها التقليدي الفقيه البلجيكي إرنست Ernst، الذي ناصره إلى حد بعيد الفقيه الفرنسي بلانيول Planiol، اللذان اعتبرا أن السبب وفقاً للنظرية التقليدية لا يعد ركناً متميزاً للعقد، فهو تارة يختلط بالمحل في العقود الملزمة للجانبين، وتارة بالرضا في عقود التبرع. فبحسب معارضي هذه النظرية لا يمكن القول أن سبب التزام أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين هو التزام المتعاقد الآخر، كون الالتزامين يولدان في آن واحد من مصدر واحد وهو العقد، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر، لأن السبب يتقدم على السبب. كما يؤكد هؤلاء أن سبب الالتزام في العقد العيني ليس تسليم موضوع العقد وفق ما ذهب إليه أنصار النظرية التقليدية، كون التسليم هو أثر الالتزام والعقد مصدر الالتزام، وهنا يختلط السبب بالأثر، الأمر غير المنطقي. أما في عقود التبرع، فيذهب أنصار النظرية التقليدية للقول، إن سبب الالتزام هو نية التبرع، وهذا بالنسبة لهؤلاء قول لا معنى له، لأن نية التبرع أمرٌ داخلي منفصل عن العقد لا قيمة له ما لم يترجم بعمل خارجي يبرزه. ما دفع بهم للاستنتاج أن السبب لا ضرورة له. انتقادات وجد القضاء فيها جانباً من الحقيقة، ما دفعه للعمل على تطوير هذه النظرية في جانبها الحداثي الجديد، ما زاد من تعقيدها، كونه منح السبب أدوراً متعددة بصيغة كثيراً ما قيل عنها أنها مصطنعة.

M. Planiol, La cause du contrat, Traité élémentaire de droit civil, T. II, 11e éd., LGDJ, 1931, n° 997. G.Rouhette, Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, Revue des contrats, 2007, n° 4, p. 1371s., spéc, n° 64. M. Marcadé, Cours élémentaire de droit civil français, T. 4, Cotillon, 1850, 4e éd., n° 1126. C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, T. XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Durand-Hachette, 1878, n° 302. G. Wicker, La suppression de la cause et les solutions alternatives, in R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud (dir.),

2. الغاية المشتركة:

إن كانت الأدبيات الفقهية قد درجت على التمييز بين سبب العقد ومحل العقد، من خلال الإجابة البسيطة على سؤالين مختلفين، لماذا التزم الشخص؟ وبماذا التزم؟ حيث يشير الأول لمفهوم السبب والثاني للمحل، فإن هذا التحليل بالرغم من رجاحته النظرية، إلا أنَّ مدلوله العملي، من حيث النتيجة المترتبة على مفهومي الموجدية والمشروعية هو واحد. فبعيداً عن الجدليات الفقهية المؤيدة والمعارضة لفكرة السبب، فإنَّه كمنظرية وكفكرة تأصيلية وجد في الفكر القانوني الفرنسي لغايتين رئيسيتين، نحسب أنَّ لا ثالث لهما، وهما: الأولى، البحث في جدية السبب في الالتزام لجهة المقابل، لكلا الالتزامين، فيما عرف بالنظرية التقليدية للسبب، والثانية، البحث في مشروعية السبب، من حيث توافقه مع النظام والآداب العامة، فيما عرف بالنظرية الحديثة للسبب، لنصل اليوم مع النظرية القضائية بأنَّ السبب هو المعبر عن هذين المفهومين، لفكرة المشروعية وفكرة المقابل المأمول. والحقيقة أنَّ كلا المفهومين لو تعمقنا في نظرية المحل لوجدناهما فيها.

1. 2. تأصيل فكرة المشروعية في المحل والسبب:

إن فكرة المشروعية في المحل، التي كانت ترتبط في القانون المدني السابق بأن يكون محل العقد قابلاً للتعامل التجاري، أضحيت في ظل القانون المدني الجديد بأن يكون هذا المحل مشروعاً⁽¹²⁾ ما جعل صفة المشروعية شرطاً للوجود القانوني للمحل أكثر من أي وقت مضى، رغم أنها كانت فيما سبق شرطاً من شروط تحقق نظرية السبب، ذلك أنَّ افتقاد المحل لهذه الصفة يستتبع بالضرورة بطلان العقد لانعدام وجود المحل القانوني الذي أخرج القانون عن التعامل لأصله أو الغاية منه. فالمحل لا يفهم منه بحال من الأحوال المحل الفعلي المشار إليه بالعقد، وإنما المحل المطابق للمتطلبات القانونية والاتفاقية. إذا في هذه الفرضية لسنا أمام محل موجود أو غير موجود، بل أمام محل قابل للتعامل أو غير قابل للتعامل في ضوء إمكانية التعامل بالمحل من عدمها وجوداً وغايةً. بمعنى أننا حين نتحدث عن المشروعية في مفهوم المحل فلا مرتبة رمادية هنا، فهو إما أن يكون مشروعاً وبالتالي موجوداً، وإما ألا يكون مشروعاً بما يفيد العدم وبالتالي اللاوجود. وبالتالي إنَّ تبرير بطلان العقد لعدم مشروعية المحل هو الأساس في صحة المحل، كما أنَّ عدم صحة

La réforme française du droit des obligations en France, 5 e journées franco-allemandes, Société de législation comparée, 2015, p. 107. Ph. Rémy, Réviser le titre III du Livre troisième du Code civil?, Revue des contrats, 2004, p. 1169 et s., spéc. p. 1182.

(12) Art. (1128). "Ancien CC", op, cit. 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. Arts. (1162). "CC. Modifié", op, cit. V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat., op, cit, p. 6s. B. Fages, Autour de l'objet et de la cause, Revue des contrats, 2006, n° 1, p. 37. X. Lagarde, L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes, op, cit, spéc, n° 4.

السبب أو عدم مشروعيته تجعل من محل العقد غير قابل للتعامل، وبالتالي غير مشروع لارتباطه بغاية غير مشروعة. فإما أن نكون أمام محل موجود قانوناً فهو مشروع، أو أمام محل غير موجود، لا لانعدام وجوده الفعلي، لكن لانتهاء صفة المشروعية عنه. فالمشرع عندما يعترف بوجوده إنما يُقرُّ بمشروعيته والعكس بالعكس، فلا يمكن تصور أن يكون محل العقد غير مشروع والعقد صحيح.

2 تأصيل فكرة المقابل في المحل والسبب:

إنَّ فكرة المقابل المأمول في الالتزام كذلك الحال موجودة في المحل إلى حد كبير، فإنَّ فرضنا أنَّ سبب الالتزام لاسيما في عقود المعاوضة كما العقود الملزمة لجانين هو الالتزام المقابل وأنَّ انتهاء هذا المقابل يفيد انتهاء العقد، فإنَّ هذا التصور الذي أطلقنا عليه لفظ السبب هو في حقيقته الشيء المقابل في الالتزام الذي هو في حقيقته محل العقد. بمعنى أنَّ انتهاء المقابل في الالتزام المقابل في العملية التعاقدية، إنما يؤدي بالضرورة لبطلان العقد لانعدام المقابل في الالتزام الذي هو محل العقد. ولا ندري من أين أتت عبارة السبب كمعبر عن المقابل في الالتزام، بل إنَّه من حيث الدلالة اللغوية والمصطلحية، مصطلح محل العقد أكثر إسعافاً لنا من مصطلح السبب لا سيما وأننا نتحدث عن الجانب المادي للموس لالتزام الطرفين، إذ كيف يمكن أن نُكَيِّف التزام الطرف الأول بمحل العقد ومن ثم وفي ذات العقد نُكَيِّف التزام الطرف الثاني بسبب العقد. فالمسألة يجب أن تبقى واحدة، إما أن نكون أمام نظرية السبب في الفرضيتين أو نظرية المحل في الفرضيتين، رغم ميلنا إلى التأكيد بأنَّ تكييف المحل هو الأقرب للمصادقية للأسباب السابقة التي أبديناها. وعليه، لا يبقى لسبب العقد إلا دلالاته الشخصية التي بني على أساسها في العقود التبرعية والعقود التي تعبر عن سبب الالتزام البعيد عن الارتباط في العقد والمرتبط بالبعد الشخصي لكل طرف في الالتزام الذي لا يمت إلى العملية العقدية بصلة، والذي على أساسه قامت ونشأت نظرية السبب من حيث الأصل. ولعل هذا التحليل كان وراءه العديد من رجال الفقه الفرنسي لا سيما منهم المتأثرون بفلسفة القوانين الاجتماعية كقانون العمل وقانون الضمان الصحي وحتى قانون حماية المستهلك، الذين أكدوا أنَّ إلغاء مفهوم السبب ضرورة حتمية، ذلك أن لا مكان له في النظام القانوني الفرنسي الذي يركز اليوم أكثر فأكثر على فكرة العدالة العقدية أكثر منها على العدالة العقدية القائمة على استقلالية الإرادة⁽¹³⁾، ما يوجب أن يكون لكل التزام مقابل وليس

(13) M. Béhar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le Code civil, JCP G 2016, 391. M. Alby, J. Bouffards et S. Chaudouet, Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun, La réforme du droit des contrats: actes de colloque, 1ère Journée Cambacères, 3 juillet 2015, Université de Montpellier, 2015, p. 255. . Chénéde, L'équilibre contractuel dans le projet de réforme, Revue des contrats, 2015, n° 3. Pp. 655 - 660. D. Fenouillet,

سبباً مقابلاً، ما يوجب إعادة تصحيح موقف المشرع المدني الفرنسي من هذه النظرية القائم على مبدأ الحرية التعاقدية لمفهوم العدالة العقدية المستند لمبدأ التوازن العقدي بين أطراف العقد.

ثانياً - على المستوى الخاص:

إضافة للاستيعاب المفاهيمي المشترك لكلا المفهومين في بعضهما البعض، فإن كلاً منهما لا يخلو من العديد من التعقيدات الخاصة به، والتي انعكست بالضرورة على نظرية صحة العقد، سواء منها ما ارتبط بفكرة المحل أو بفكرة السبب.

إشكاليات المحل:

منذ بداية عملية التقنين القانونية لفكرة «المحل» كشرط من شروط العقد في منظومة القانون المدني الفرنسي لعام 1804⁽¹⁴⁾ برزت الإشكاليات القانونية المحيطة بهذا المفهوم⁽¹⁵⁾، لاسيما الخلط الواضح بين مفهومي محل العقد ومحل الالتزام في نصوصه⁽¹⁶⁾، من جهة،

Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres: présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, Revue des contrats, 2009, p. 296. D. Mazeaud, Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? In La nouvelle crise du contrat, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003, p. 143.

(14) في مواد قانونية خمس، أكد القانون المدني السابق أن كل عقد له موضوع يتمثل إما في شيء يلتزم أحد الأطراف بأدائه أو يلتزم بعمله أو بالامتناع عن عمله، وبأنه يمكن أن يكون مجرد استعمال الشيء أو حيازته، كالشيء ذاته، محلاً للعقد. كما أن الأشياء القابلة للتعامل التجاري فقط هي التي تصلح أن تكون محلاً للاتفاقات، وبأن محل الالتزام يجب أن يكون شيئاً محددًا للجهة نوعه على الأقل، وأن مقدار الشيء محل الالتزام يمكن أن يكون غير محقق شرط أن يكون تحديده ممكنًا، وبأن الأشياء المستقبلية يمكن أن تكون موضوعاً للالتزام، باستثناء المتعلقة بالميراث غير المستحق، إلا وفق الشروط المنصوص عليها في القانون. "Ancien CC", op. cit., (1126 à 1130). Arts.

(15) يتفق شراح القانون المدني، على أن فكرة محل العقد، كركن من أركان العقد، شأنها شأن السبب، لا أصل قانوني لها في القانون الروماني الذي كان يركز على فكرة الشيء المكون للعقد، دون التمييز بين العناصر الجوهرية وغير الجوهرية لهذا الشيء. لتولد بعد حين فكرة التاصيل القانوني للتمييز بين العناصر الجوهرية وغير الجوهرية على يد الفقيه ازون (Azon)، ولتكتمل فكرة المحل في القرن السابع عشر، عندما تم إعادة تصنيف ركائز القانون المدني إلى أشخاص القانون وموضوعات القانون على يد الفقيه ليبنييز (Leibniz)، مستبعداً فكرة الشيء من هذه الموضوعات، لتحول هذه الفكرة كمعبر عن المحل في الالتزام على يد الفقيه بوتيهيه (Pothier) الذي أدخل هذا المفهوم للمرة الأولى في القانون المدني الفرنسي، لمزيد من التفاصيل، راجع:

V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, op. cit., p. 6s. R.-J. Pothier, Traité des obligations, 1761, réédition Dalloz, 2011, n° 2, n° 6, nos 129s.

(16) علماً بأن هذا الخلط لم يكن يقتصر على هذا الجانب فقط، فالخلط القائم بين نظرية العقد ونظرية الالتزام، لجهة طغيان الأخيرة على الأولى، كان هو السمة البارزة في القانون المدني الفرنسي آنذاك. واقعٌ استمر قائماً حتى التعديل الأخير للقانون المدني الذي تم على إثره توضيح المعالم الفاصلة بين كل من نظرية العقد ونظرية الالتزام بشكل أكثر دقة من قبل.

=

كما المزج بين "الشيء موضوع العقد" الذي هو "محل العقد" وكيفية القيام بتنفيذ العقد الذي هو "محل الالتزام"، الناجم عن التكييف القانوني المصطنع لفكرة «محل العقد» على فكرة «الشيء موضوع العقد»، من جهة ثانية⁽¹⁷⁾.

1.1. محل العقد ... محل الالتزام «الخلط غير المبرر»:

بالتدقيق في التعريف الممنوح لمحل العقد في القانون المدني السابق من حيث كونه شيئاً يلتزم أحد الأطراف بأدائه أو يلتزم بعمله أو بالامتناع عن عمله⁽¹⁸⁾، يتضح لنا أنّ هذا التحليل يتطابق مع التصور التطبيقي لمحل الالتزام لا محل العقد، بذات الوقت الذي تم فيها إلباس فكرة «الشيء» التي هي حقيقة «محل العقد» فكرة هذا المحل التي يجب تنفيذها في ضوء «محل الالتزام»، ذلك أنّ القيام بالعمل كتسليم «الشيء» «محل العقد» هو «محل الالتزام»، أما «الشيء» ذاته الذي هو «موضوع الالتزام» فهو «محل العقد» لا «محل الالتزام»، لكن هذا المحل هو ذات الشيء الذي اتفق المتعاقدان على القيام به، ما جعل ولادة الفكرة لمحل الالتزام فكرة بحد ذاتها موضع شك وريبة كبيرة، كونها تخط بين «محل الالتزام» و«محل العقد»، وتختفي بلبوس «المحل» الذي هو «الشيء». وكأن الرغبة في تمايز القانون المدني الفرنسي عن بقية منظومات القوانين الأوروبية - الجذر التاريخي له - بإنكار «فكرة الشيء» ووضع «فكرة المحل» مكان «الشيء مضمون العقد» هي فكرة ظاهرها جميل لكن مدلولها عقيم، ذلك أنّه لو استبدلنا «الشيء المتفق عليه في العقد» بدلاً من مفهوم: «محل العقد» ب: «مضمون العقد» لاستقام النص القانوني أكثر، بل ولم يكن

Arts. (1101 à 11021 107 à 1108 1134). Ancien Code civil 2016. E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité? LGDJ, 1997, notamment, p. 27s, 44s, 230s, 232s. L. Cadet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, le droit contemporain des contrats, op, cit, p. 28, n° 31. J. Flour et J.-L. Aubert, Droit civil, Les obligations, Masson & Armand Colin, 1996, T. I, 7ème éd. p. 60, n° 94. J. Ghestin, Le contrat: formation, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, T. II, 2e éd, LGDJ, 1988, p. 20s, spéc. p. 24. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, Obligations, T. II, vol. 1, 9e éd. Montchrestien, 1998, Pp. 101s. J. Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, Arch. phil. dr, T. 26, 1981, Pp. 35 - 57. H. Magloire, La Question de La Définition Du Contrat En Droit Prive: Essai D'une Théorie Institutionnelle', Juridical Tribune, 4.1 2014, Pp. 88 - 128. J-G. Belley La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme, Les Cahiers de droit, vol. 26, n° 4, 1985, Pp. 1045 - 1058.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 11 وما بعدها، ص 80 وما بعدها. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، المرجع السابق، ص. 42 وما بعدها. نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، بمناسبة مرور مائتي عام على القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص. 24 وما بعدها.

(17) Pour plus d'informations voir, M. Marcadé, Cours élémentaire de droit civil français, op, cit, n° 1126. C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, op, cit, n° 302. M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, op, cit, n° 997. G. Rouhette, Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, op, cit, spéc, n° 64.

(18) "Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire". Art. (1126). "Ancien CC", op, cit.

هناك داع لنص المادة التالية التي اعتبرت أنه يمكن أن يكون مجرد استعمال الشيء أو حيازته كالشيء ذاته، محلاً للعقد⁽¹⁹⁾.

فأمام عجز المادة السابقة التي قصرت تحديد مفهوم محل العقد في إطار الجوانب التطبيقية لمحل الالتزام، من حيث كونه شيئاً يلتزم أحد الأطراف بأدائه أو يلتزم بعمله أو بالامتناع عن عمله⁽²⁰⁾، خرجت فكرة الانتفاع من الشيء بالاستعمال أو الحيازة من دائرة المحل، ما أوجد ضرورة لوضع مادة قانونية خاصة بها، في حين لو أن المشرع المدني السابق اكتفى بفكرة محتوى العقد، كما هو الحال في القانون المدني الجديد، لما كان ليقع في هذا الحرج بين المفهومين، لكون المضمون سيضمن فكرة الشيء بمختلف توصيفاته من انتقال أو التزام أو انتفاع. ذلك أنه إن كان هناك انفصال لمفهوم محل العقد عن الشيء مضمون العقد في إطار اعتبار محل العقد هو الخدمة المقدمة أو الانتفاع بالشيء لا نقله، فالיום، إن فكرة مضمون العقد تستوعب «فكرة الشيء المنفق عليه في العقد» الذي هو «محل العقد»، و«فكرة الخدمة» التي هي الانتفاع بالشيء التي هي كانت تعتبر أيضاً في صورة «محل العقد»، دون أن نقبل كما ذهب البعض إلى القول، بأن مضمون العقد يمكنه أن يستوعب محل الالتزام، كون ذلك سيعيدنا إلى نقطة الصفر من حيث الخلط بين فكرة الشيء المتعاقد عليه الذي هو من مفردات مضمون العقد وكيفية تنفيذ الالتزام الذي هو من نظرية الالتزام لا نظرية العقد⁽²¹⁾.

2.1. مفهوم الشيء بين فكري المحل والمضمون، «التكييف المصطنع»:

تكمن فكرة المحل وجوهره في أساسها في تحديد التوصيف القانوني للشيء محل العقد، لا للشيء بالمطلق، من حيث تبيان مجموعة الاشتراطات القانونية الواجبة الانطباق على الشيء ليكون محلاً للعقد. وبالتالي فإن نشوء فكرة المحل بذاتها وفصلها عن فكرة الشيء بالمطلق ومنحها توصيفاً قانونياً خاصاً بها، إنما كانت غايتها تحديد مواصفات الشيء الذي يمكن أن يرتقي بدوره ليكون محلاً للعقد، فليس كل شيء على الإطلاق

(19) "Le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat". Art. (1127). "Ancien CC", op, cit.

(20) Art. (1126). "Ancien CC", op, cit.

لعل ذلك ما دفع بعض الفقه إلى التمييز بين محل العقد الذي يُمثل الالتزام الرئيس بالعقد، ومحل الالتزام المعبر عنه بالأداء أو المقابل المأمول من العقد، ومحل الخدمة المترجم من خلال الشيء المادي أو المعنوي الذي من خلاله يترجم الأداء. والتأكيد على أن هذه العناصر لا يمكن جمعها إلا من خلال مفهوم واحد هو محتوى العقد.

V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat, op, cit, p. 6s. Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 2012, 13e éd., nos 834s. ; G.-J. Martin et J.-B. Racine, Objet du contrat: op, cit, nos 2s. ; J.Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, La formation du contrat, op, cit., nos 39s.

(21) V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat., op, cit, p. 6s..

يمكن أن يكون محلاً للعقد. هنا تكمن فكرة المحل وجوهرها وغايتها في التشريع المدني الفرنسي، كما الأساس الفلسفي الذي استندت إليه هذه النظرية، ليصبح حينها مقبولاً الفصل بين الشيء والمحل، فالمحل هو الشيء المنفق عليه في العقد وفق الاشتراطات القانونية وليس كل شيء هو شيء يطابق لما اعتبره المشرع المدني مقبولاً أن يكون محلاً للعقد. وبالتالي الشيء هو مفهوم مختلف عن المحل وإن كان العنصر الرئيس فيه، فالمحل بالضرورة هو شيء ولكن ليس كل شيء هو محل للعقد، فالشيء محل العقد هو الشيء المتوافق مع القانون. هنا الجانب الإبداعي للمشرع المدني الفرنسي، أمر لا ننكره مع احتفاظنا بالحق في تأطيره. ذلك أنه وفق القانون المدني الفرنسي السابق يجب أن يكون الشيء محل العقد قابلاً للتعامل التجاري⁽²²⁾ وغير مخالف للنظام العام وفق القانون المدني الجديد، محدداً لجهة نوعه على الأقل، ومقدراً أو قابلاً للتقدير⁽²³⁾، سواء أكان شيئاً حالاً أو مستقبلاً، طالما أنه يمكن التعامل به⁽²⁴⁾. وبالتالي فإن فكرة المحل في القانون المدني الفرنسي تتناول تحديد مواصفات الشيء محل العقد، من حيث القابلية للتعامل التجاري، والوجود والتحقق، والمشروعية. ولكن هل فكرة المحل هي الضامن لهذا التوجه؟ هنا تغدو الإجابة بالإيجاب أكثر حذراً! ذلك أن مختلف العناصر السابقة هي توضيح لاشتراطات الشيء محل العقد، التي بدورها تُعد من مضامين العقد، بمعنى أن هذا الشيء الذي هو محل العقد إنما هو جزء من مضمون أوسع هو مضمون العقد الذي ينطوي على شيء بمواصفات قانونية معينة. وبالتالي فالمضمون أعم من المحل، ليغدو المضمون هو الأعم لفكرة المحل الذي يتمثل في الجانب التطبيقي في الأداء الذي يتم وفق اشتراطات قانونية معينة⁽²⁵⁾.

2. إشكاليات السبب:

منذ نشأتها وفكرة السبب إن من حيث المفهوم أو الوظيفة، هي مثار نقاش كبير في

(22) Art. (1128). "Ancien CC", op, cit.

(23) "Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée". Art. (1129). "Ancien CC", op, cit.

(24) "Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi". Art. (1130). "Ancien CC", op, cit.

(25) هذا التكييف القانوني هو المؤسس لفكرة المضمون كما سنرى لاحقاً، وهو الأمر الذي كان يدفع العديد من رجال القانون المدني إلى مناقشة مضمون العقد كأحد شروط صحة العقد إلى جانب المحل والسبب حتى قبل صدور القانون المدني الجديد، راجع في ذلك،

X. Lagarde, entre actualités et principes, op, cit., nos 241s. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, op, cit, nos 264s. Pour une approche critique, v. J. Ghedin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, La formation du contrat, op, cit., nos 1s.

الفقه الفرنسي، ما بين مؤيد ومعارض لمفهوم أقل ما يوصف بالغرابة والتعقيد، ما دفع البعض للقول في السبب: «إن نحن شرحناه بشكل صحيح فنحن أخطأنا»⁽²⁶⁾. ما جعل هذه النظرية موضع انتقاد في المفهوم، وموضع تساؤل في مدى الحاجة إليها في النظام القانوني المدني الفرنسي.

2.1. سبب العقد المفهوم المعقد:

نظم المشرع المدني الفرنسي شرط السبب في القانون المدني الفرنسي السابق ضمن ثلاث مواد رئيسة⁽²⁷⁾، أو وضحت بأن الالتزام الذي لا سبب له أو له سبب غير صحيح أو غير مشروع لا يمكن أن يكون له أي أثر⁽²⁸⁾، مؤكداً بأن الاتفاق يكون صحيحاً حتى ولو لم يصرح فيه عن السبب⁽²⁹⁾، وأن السبب يكون غير مشروع عندما يحظره القانون أو حينما يكون مخالفاً للأداب أو النظام العام⁽³⁰⁾. وبالتالي فقد أطر القانون المدني السابق دور السبب في هذه النظرية وفق معطين رئيسين من حيث الوجود والشرعية، بأن أكد أن لا التزام إلا بسبب، مفترضاً وجود السبب صرح به أو لم يصرح، ومفترضاً مشروعية السبب ما لم يثبت العكس⁽³¹⁾. وقد وضع رعاة النظرية التقليدية فكرة السبب

(26) ضمن المفهوم المقارن، فإن فكرة السبب في القانون المدني الفرنسي شكلت بذات الوقت نقطة التقاء وافتراق لهذا القانون مع العديد من القوانين الأوروبية والغربية المناظرة، ذلك أن المفهوم ببعده الموضوعي المجرد، وإن اختلفت المسميات، لا يختلف عن نظرائه في التشريعات الغربية، في حين أنه يختلف وبعمق، في مضمونه الشخصي الذي توسع فيه المشرع الفرنسي بشكل وصل لحد المبالغة، ما وسم هذا المفهوم بالطبيعة المتأرجحة.

J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, op, cit, p. 25s. M.-Ph. Weller, 'La cause' dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations op, cit, p. 139. R. Schulze, Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat – Rapport de synthèse. Revue des contrats, 2013, n° 4, p. 1720. M. Lehmann, Le projet Catala et le droit allemand, Revue des contrats, 2007, n° 4, p. 1427. M. Latina Les derniers développements du droit européen du contrat, Revue des contrats, 2012, n° 1, p. 299.

(27) Section 4: De la cause. (Articles 1131 à 1133). "Ancien CC".

(28) «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet». (Articles 1131). "Ancien CC".

(29) «La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée». (Articles 1132). "Ancien CC".

(30) «La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public». (Articles 1133). "Ancien CC".

(31) هذه النصوص بمجملها، غالباً ما كانت تشير كثير نقاش في الفقه الفرنسي، فبعيداً عن كون المشرع الفرنسي السابق قد خلط، ضمن هذه المواد الثلاث بين نظريتي الالتزام والعقد، حيث تحدث في الأولى عن السبب في نظرية الالتزام، ليتناول في الثانية نظرية العقد. فإن هذا الخلط المفاهيمي لم يكن مجرد خلط مصطلحي عابر، وإنما هو تفسير واضح لطغيان نظرية الالتزام على نظرية العقد، واستيعاب الأولى للثانية، بحيث غابت نظرية العقد في نظرية الالتزام، الأمر الذي يمكن لحظه في العديد من مواد القانون المدني السابق.

A. Posez, Analyse du projet de réforme du droit des obligations, Le Droit Critique, 2015.
Document publié sur le site d'internet : <http://www.ledroitcritique.fr>. Analyse des dispositions

في القانون المدني السابق تأسيساً لفكرة مفادها أن لا التزام بدون سبب، وأن كل التزام له سبب يستند إليه في المقابل المادي المحسوس، ذي الطبيعة المباشرة والمنتظرة من الطرف الآخر، «النظرية التقليدية»، أو في الدافع الباعث للتعاقد ذي المفهوم غير المباشر «النظرية الحديثة». تحليل، بالرغم من عديد المحاولات الحداثية له لم يكن كافياً للإحاطة بمختلف جوانب الدافع للتعاقد، لاسيما في عقود الغرر التي يبرز فيها السبب بمكانة ثالثة في العقد، بين سبب الالتزام: المقابل في العقد، وسبب العقد: الباعث، وفكرة المخاطرة بحد ذاتها التي تحتاج لتوصيف دقيق في مكانها وطبيعتها ضمن العقد، هل هي سبب للعقد أم للالتزام؟ أو أن مكان تموضعها مختلف هنا؟

لقد انتقل الفقه والقضاء إلى توسيع مفهوم السبب ليتجاوز حدود المقابل بالمفهوم المجرد الصرف إلى مفهوم المقابل بالجدوى، بمعنى ضمن الفاعلية الاقتصادية لتحقيق الالتزام المقابل ومدى العائدية المرجوة من هذا الالتزام، بحيث تصبح المنفعة الاقتصادية للعقد من مفردات السبب في العقد، لكن ليست لحظة إبرام العقد وإنما لحظة تنفيذ العقد. وضمن هذا الإطار صدرت العديد من الاجتهادات القضائية التي ألغت العقد بالاستناد إلى مفهوم العائدية الاقتصادية لتنفيذ الالتزام، وليس مجرد وجود المقابل في الالتزام، سواء عندما يصبح هذا التنفيذ غير ذي فائدة أو عندما يفرغ هذا التنفيذ من جدواه بمجرد وجود شرط يقضي بذلك. عليه فإنه استناداً لغاية السبب وليس وجود السبب يمكن الحكم بصحة أو بطلان العقد، من حيث غياب المبرر، ومن حيث عدم إمكانية تحقق الالتزام المقابل أو عدم جدواه، واعتبار الالتزام المقابل غير موجود باعتبار أن الشرط المفروض أفقد السبب كل مضمون⁽³²⁾.

ضمن هذا التعقيد المتراكم تأتي فكرة إلغاء السبب بما يتوافق مع رغبة جانب من الفقه الفرنسي الذي اعتبر أن هذه الخصوصية ذات الفهم المعقد لمفهوم السبب في القانون الفرنسي تكاد تكون صعبة الفهم على الكثير من رجال القانون الغربي، وبالتالي ستكون فكرة السبب بمثابة عائق أمام انفتاح القانون الفرنسي أمام أوروبا لاسيما في إطار مساهمته في بلورة القانون الأوروبي للعقود، علماً بأن هجر مفهوم السبب لم يكن مدرجاً في استعراض الدوافع الخاصة بهذا القانون الجديد، بقدر ما كان مضمناً في إطار الرغبة في إعادة إحياء هذا القانون لاسيما لتعزيز جهة التنافسية لهذا القانون على المستوى الأوروبي، إيماناً من واضعي القانون المدني الجديد أن النصوص الحالية الحاكمة

du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Consulté le site d'internet : <http://www.ledroitcritique.fr/wp-content/uploads/201509//Analyse-du-projet-de-reforme-du-droit-des-obligations-2015.pdf>.

(32) Sur cette jurisprudence, voir, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, op, cit, n° 342.

لنظرية السبب ليست الأكثر توافقاً مع نظرية العقد في التشريع الفرنسي وفق رؤية وفلسفة المشرع المدني والمدرسة اللاتينية، وبما يتوافق مع غايات هذا المدرسة في الفكر القانوني الفرنسي، لا سيما لجهة تبسيط هذا القانون وتعزيز سمته التنافسية⁽³³⁾.

2.2. سبب العقد: الحاجة التشريعية:

إن المطلع على التطور الحاصل لمفهوم السبب فقهاً واجتهاداً، يدرك جيداً أنّ كلاً من الفقه والقضاء قد حاول تطوير هذا المفهوم مرات ومرات بشكل مبالغ فيه، لجعله متكيفاً مع متغيرات الظروف القانونية التي قد تصاحب العقد، منتقلين بهذه النظرية من البعد الموضوعي «المقابل في الالتزام» وفق مفهوم السبب المقابل للالتزام المعلن في العقد، إلى البعد الشخصي «الباعث على التعاقد» وفق مفهوم الدافع إلى التعاقد، دون أن ننسى الخلط القائم ما بين مفهوم الباعث، والدافع ومن ثم الغاية، وما رافقهما من نقاشات فقهية حادة في التكييف القانوني لكل منهما⁽³⁴⁾، إلى البعد الحداثي الذي استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية حديثاً المتمثل في «الجدوى من الالتزام» و«الجدوى من العقد»، وفق القراءة الحديثة لمفهوم المقابل المأمول من العقد⁽³⁵⁾، الأمر الذي أعاد ربط البعد الموضوعي

(33) Voir, le Rapport remis au Président de la République, op, cit. Ch. Larroumet et S. Bros, Traité de droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat, op, cit, p. 305s., nos 341s.

(34) بالرغم من أنّ الفقه قد درج على القول: إنّ سبب الالتزام هو عنصر موضوعي مرتبط بالعقد، وسبب العقد هو عنصر شخصي خارجي غير مرتبط بالعقد، فإننا نرى أنّ هذا قد لا يكون دوماً عين الحقيقة، فبالنسبة لنا سبب الالتزام وسبب العقد هما عنصران مرتبطان بالعقد، وإن كان التكييف القانوني للأول ثابتاً لا يتغير لربطه بمفهوم الالتزام بحد ذاته، والثاني متغير لربطه بمفهوم العقد، الذي قد تتعدد الغايات منه، ولكنه يبقى في حقيقته وجوهره عقداً، وكونه يختلف من شخص لآخر لا ينفي كونه جزءاً من العملية التعاقدية. فمن غير المعقول أنّ نتحدث عن مفهوم السبب في الالتزام ونربطه بالعقد الذي هو جزء أو شكل من أشكال الالتزام، وحينما نتحدث عن مفهوم السبب في العقد الذي هو جزء أصيل منه، نقول أنّه عنصر خارج عنه. وبالتالي فإنّ ارتباط سبب العقد بنية أحد المتعاقدين لا تعني أنّه عنصر خارج عن العقد بل هو مرتبط بهذا العقد، فهو نشأ وترتب نتيجة هذا العقد، علم به المتعاقد الآخر أو لم يعلم، ولا أدل على ذلك من أنّ المشرع يرتب بطلان العقد في حال عدم مشروعيتها أو انعدام المقابل له، أي في حال بطلان سبب الالتزام أو سبب العقد على السواء.

J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, op, cit, p. 657s.

(35) فمنذ حوالي خمس وعشرين سنة تم تجاوز المفهوم الحرفي المجرد لهذا المبدأ والمتعارف عليه تقليدياً بالمقابل في الالتزام، كما الشرعي في الالتزام، إلى مفهوم أكثر عصرنة وحدثة أوجدته محكمة النقض الفرنسية، التي تبنت العديد من الحلول القضائية، التي طورت من خلالها، هذا المفهوم عبر رسم حدود جديدة لمفهوم السبب، ليس بالمقابل وحسب، وإنما بالمنفعة والجدوى من التعاقد. وبالتالي أضحي للسبب مفهوم جديد يتجاوز المقابل لمفهوم الفائدة والجدوى كما المنفعة، الأمر الذي عزز من توجهه منتقدي نظرية السبب، وصولاً للقول بعدم جدواه وضرورة العمل على تجاوزه، وبأن الزمن قد تخطاه الأمر الذي يستوجب إلغاءه.

Sur cette jurisprudence, voir, D. Bakouche, Le contrôle de l'existence de la cause dans la jurisprudence de la Cour de cassation: l'abandon d'une subjectivisation? Lexbase La lettre juridique n°588 du 23 octobre 2014. N° Lexbase: N4240BUL. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, op, cit, n° 342.

بالبعد الشخصي للعقد، وزاد الأمر تعقيداً، من خلال النفخ بهذه النظرية وإلباسها أثواباً وحلولاً تصل حد الاصطناع لا لشيء ولكن بقصد الإبقاء عليها، ما أعاد طرح السؤال القديم الحديث هل فكرة السبب هي الضامن الوحيد للوصول إلى الغايات المرجوة من فكرتي المشروعية والمقابل؟ أم أن هناك أدوات قانونية أخرى يمكن لها أن تؤمن الوصول إلى ذات الغاية دون المرور بهذا المفهوم الفلسفي المعقد المسمى بالسبب؟ وهل الفكر التأصيلي لمفهوم السبب هو الموصِّل الحقيقي لمختلف النتائج المرجوة منه؟ وصولاً إلى استنتاج منطقي مفاده واجب بين السبب كمفهوم ومدى الحاجة إليه في القانون المدني الفرنسي، والسبب كتطبيق ومدى الحاجة إليه ضمن هذا القانون، وهل من المتصور وجود التزام خال من السبب.

الحقيقة التي لا خلاف عليها أن القانون ليس معنياً بالتأكد من وجود السبب وصحته ابتداءً، بل على العكس فإن هذين الأمرين مفترضان إلى حين ثبوت العكس الذي يبرز في الوجود المادي لهما في فكرة عدم المشروعية، فمن المعلوم يقيناً أن لا التزام بدون سبب علمنا به أو لم نعلم. حقيقة، لا جدال فيها، لكن ما يحق لنا أن نسأل عنه هل علم القانون بهذا السبب من حيث الوجود أو العدم هو شرط لصحة هذا السبب، بمعنى أنه إن لم يكن هناك سبب معلوم للقانون، هل يدل ذلك على أن الالتزام هو بدون سبب؟ وهل غياب السبب المعلوم في الالتزام ينفي وجوده حقيقة؟ وهل غياب السبب حقيقة ينفي وجود الالتزام، حتى مع موافقة الطرف الملتزم؟ وألا يعتبر تدخل المشرع في مفهوم السبب لجهة الإصرار على العلم بالوجود هو تدخل بالنوايا لجهة الوجود لحظة إنشاء العقد؟ ما يُعدُّ من حيث الأصل أمراً خارجاً عن نطاق القانون، الذي من المفترض أنه لا يهتم بالنية لجهة النية بالوجود وإنما يهتم بها لجهة الأثر. هذا التحليل، دفع الكثير من رجال الفقه المدني الحديث إلى القول بأن فكرة المشروعية أضحَت اليوم منفصلة عن فكرة السبب حتى في نظريته القائمة على الاعتبار الشخصي، بما فيها نظرية الباعث كما الدافع وحتى الغاية، ذلك أن القانون المدني الجديد، ومن خلال إعادة النظر في فكرة السبب الذي غاب عن أركان العقد الجديد⁽³⁶⁾، قد أعاد النظر بشكل غير مباشر في مفهوم النية كأحد المكونات

(36) "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 أربع هي: الرضا والأهلية والمح والسبب، والتي كانت تُعدُّ 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.

É. Savaux, Le contenu du contrat - Arts. 1127 - 1161 à 1170. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. 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.

الرئيسية لانعقاد العقد، بحيث إنه لم يُعدَّ يهتم بالنية من حيث الوجود أو العدم، وإنما بالأثر المترتب على التكييف القانوني لهذه النية من حيث حُسْنُها أو سُوءُها⁽³⁷⁾، بحيث إنه إذا كان المحتوى غير مشروع أو بني على سبب غير مشروع أو لا سبب له فإنَّ العقد يصبح باطلاً لا لانعدام النية بذاتها، بقدر ما هو لانعدام الأثر القانوني لهذه النية، ولا أدل على ذلك من أنَّ القانون المدني الجديد قد أورد العديد من التطبيقات القانونية لذلك، من حيث التأكيد بأنَّ شروط العقد أو الهدف منه لا يمكن أن يخالف النظام العام بغض النظر عن علم المتعاقدين⁽³⁸⁾، ومعتبراً بذات الوقت أنَّ عقود المعاوضة التي تبرم مضمناً للالتزامات وهمية لا أساس لها هي باطلة، كما هو حال كل شرط يرد في إطار العقود يكون الهدف منه تحليل أحد طرفي العقد من التزاماته الرئيسية⁽³⁹⁾.

ونعتقد أنَّ التوجه الحالي للقانون المدني الجديد، بالرغم من تعدد الانتقادات التي وجهت له، إنما له مبرراته القانونية، ذلك أنَّ اشتراط السبب كواحد من مكونات العقد إنما له، من وجهة نظرنا ارتباطان رئيسيان: الأول ظاهري و عام 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 إنه يعتبر أنَّ لكل التزام سبباً، وبالتالي لا يرهق 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.

وبالتالي، فإنَّ الإبقاء عليه كما هو عليه في التشريع المدني السابق إنما هو عيب تشريعي مفاده تأكيد المؤكد. بذات الوقت الذي يُقرُّ فيه القانون المدني الجديد أنه لا يمكن تصور

(37) J-L. Aubert et J-P. Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle, JCP, G, 1998. I. p. 152. J-M, Guéguen, Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D, 1999.352. D. Mazeaud, La cause, dans le code civil, 1804 - 2004. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz 2004, p. 451. G. Wicker, La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? D, 2015, p. 1557. R. Boffa, Juste Cause (et Injuste Cause). Brèves Remarques Sur Le Projet de Réforme Du Droit Des Contrats, Recueil Dalloz, 2015, 335-41. T. Genicon, Défense et illustration de la cause en droit des contrats. A propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations', D, 2015, p. 1551. H. Capitant, De la cause des obligations, op, cit.

(38) Art. (1162). "CC. Modifié", op, cit. Art. (1161). "Terré, projet de loi", op, cit.

(39) "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 - 1168. "Terré, projet de loi", op, cit.

وجود التزام دون سبب، وأنَّ السبب المفترض للالتزام هو مشروع بالضرورة كونه لا يمكن التأكيد مسبقاً من سرائر الناس، وفي حال تَبَّتْ العكس يصبح العقد باطلاً، إمَّا استناداً لمخالفته لقواعد النظام العام أو استناداً لانعدام وجود السبب، وكلا الفرضيتين أضحتا مشمولتين في الشرط الثالث من شروط انعقاد العقد المتمثل بالمحتوى المشروع والمؤكد. في ضوء ذلك، لا يجد كثير من رجال الفقه الغربي عموماً، وبعض رجالات الفقه الفرنسي خصوصاً غضاضة في القول بأنَّ هذه النظرية إنما ولدت ميتة، من حيث النشأة والاستمرارية، لا كونها لا تأصيل قانوني قوي لها وحسب، لكن كونها يمكن، بعيداً عن كل هذا التكلف والتعقيد، الاستغناء عنها لنظريات أكثر وضوحاً وبساطة. بمعنى أنه، وهذا ما يدخل في المنطق القانوني، لا يمكن الوصول إلى الحل غير المباشر إلا عند انتفاء الحل المباشر، ولا يمكن الانتقال إلى مبدأ الحل الاحتياطي في حال توافر الاعتبارات القانونية التي تمكن من الوصول إلى الحل بالطرق الرئيسية. ولعله يمكن البحث في مدى نجاعة هذه النظرية وفائدتها في التشريع المدني الفرنسي خصوصاً واللاتيني عموماً من خلال، لا فهم النظرية وحسب وإنما فهم الأدوار التي أوكلت لها، وهل هذه الأدوار هي أدوارٌ أصليةٌ لهذه النظرية لا يمكن النهوض بها إلا من خلالها، أم أنها أدوارٌ مصطنعةٌ حُمِلَتْ لها تكليفاً وشرحاً، في حين أنه وفي حقيقة الأمر، إنما تنهض بها نظريات أخرى ضمن هذا القانون هي الأقدر على حملها والمضي فيها. ولعل هذا ما دفع المشرع الفرنسي الجديد، بالرغم من اعتداده بثقافته اللاتينية حول هذه النظرية التي امتدت لما يزيد عن قرنين، ليعترف، -ولو مكرهاً بشكل غير مباشر- بأنَّ لا مكان لهذه النظرية في تشريعه الحالي، وأنَّ المحاولات التي يكتبها الفقه حتى حينه هي أقرب إلى نفع الروح في جسد ميت لا حياة فيه⁽⁴⁰⁾.

الفرع الثاني

نتائج التحول

مقارنةً مع موقف المشرع المدني السابق الذي أطر كلاً من نظريتي المحل والسبب في قواعد قانونية خاصة، يلاحظ من خلال استعراض المواد القانونية العشر المكونة للقسم الخاص بـ «محتوى العقد» في القانون المدني الجديد، الغياب شبه الكامل لاستخدام مصطلح «المحل» والكامل لمصطلح «السبب» من هذه النصوص القانونية، حيث استعاض عنهما القانون المدني الجديد بمفهوم محتوى العقد المشروع والمؤكد، ما يُبين تحوُّلاً للموقف التشريعي الفرنسي الحديث من كل من نظريتي المحل والسبب، وي طرح السؤال

(40) X. Lagarde, Sur l'utilité de la théorie de la cause, D, 2007, p. 740. T. Charles, Vers l'absence de cause le 14 janvier 2016. Publié sur Dalloz Actualité (<http://www.Dalloz-actualite.fr>).

حول طبيعة هذا التحول وحدوده، الذي باعتقادنا، كرس الوجود القانوني لنظرية قانونية جديدة هي نظرية: «محتوى العقد» المشروع والمؤكد التي حلت محل ركني المحل والسبب، وفق تصور قانوني جديد كرس فيه الوجود القانوني لمحل العقد من خلال إدماجه بمضمون العقد، وأعيد فيه الموقف القانوني من سبب العقد، عبر الهجر الشكلي والموضوعي لهذه النظرية لصالح نظرية: «المقابل المأمول» من العقد، ما يوجب التعرض لنتائج هذا التحول على المستوى الخاص بكل من نظريتي المحل والسبب، قبل العرض لنتائج على المستوى العام.

أولاً - على المستوى الخاص:

رغم أن المشرع المدني الجديد لم يشير لمفهوم مصطلح: «المحل» إلا في مادة وحيدة، إلا أن فكرة المحل ضمنت في مختلف المواد القانونية المكونة لهذا القسم، لكن بلمسة حدائية واضحة استتوعبت من خلالها محل العقد في مضمونه، الأمر الذي لا يمكن إسقاطه على نظرية السبب التي استبعدت كمصطلح ومضمون من محتوى العقد تاركة المجال لقادم جديد هو: «المقابل».

1. استيعاب محل العقد بمضمون العقد:

أكد القانون المدني الجديد أن الالتزام يكون لمحل قوامه أداء حال أو مستقبلي، وأن هذا الأداء يجب أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين، وبأن الأداء يكون قابلاً للتعين إما وفقاً للعقد أو العرف أو التعامل السابق بين الأطراف دون الحاجة لوجود عقد جديد بين الأطراف⁽⁴¹⁾.

والحقيقة إن ما يسترعي الانتباه في هذه المادة ملاحظتان رئيسيتان: إحداهما موضع نظر والأخرى موضع إشادة، ذلك أنه من الملاحظ أن المشرع المدني في النص الجديد ما زال يمزج بين نظرية العقد ونظرية الالتزام، حيث تناول نص المادة فكرة العقد، وتحدث فيها، وبذات الوقت عن الالتزام، مشيراً إلى أن: «الالتزام يكون له محل...»، والأولى أن يكون النص: «العقد يكون له محل...». وكنا نأمل لو أن المشرع تجاوز هذه الحيثية بالتدليل على العقد وليس الالتزام، لاسيما وأن باقي النصوص القانونية المتعلقة بهذه القسم إنما أشارت بوضوح إلى فكرة العقد وليس الالتزام. في الملاحظة الثانية، وبعيداً عن الخلط المصطلحي السابق، فقد عالج المشرع المدني الجديد محل العقد بطريقة أكثر حداثة، مستوعباً إياه في مضمون العقد⁽⁴²⁾. فالمدقق في النص القانوني الجديد يلاحظ أن

(41) Art. (1163). "CC. Modifié", op, cit.

(42) Pour plus d'informations voir, M. Fabre-Magnan, Critique de la notion de contenu du contrat, Revue des contrats, n° 03, p. 639. M. Béhar-Touchais, Le contenu du contrat 1, Revue des contrats, 2013,

المشروع عبر عن هذا المضمون من خلال مصطلح: «المحل» الذي مثله ب: «الأداء»، واضعاً شروطاً يجب تحققها في الأداء لا المحل. فمن حيث النص فإن لكل التزام محلاً قوامه أداء حال أو مستقبلي، ممكن ومعين أو قابل للتعين، وبالتالي أصبح لكل عقد مضمون ثابت مُعَبَّرٌ عنه بمحل العقد المتمثل بالأداء الذي بدوره يجب أن يكون ممكناً أو قابلاً للتعين، ما جعل المحل جزءاً ملتصقاً بالعقد ومرتبباً ارتباطاً وثيقاً بمضمونه، في حين أن الأداء المتمثل فيه المحل هو جزءٌ منفصلٌ عن العقد يُمثّلُ جانبه التطبيقي، ليصبح معه لكل عقد مضمون ثابت بمحل ثابت غير متغير، وأداء متغير منفصل عن العقد يُمثّلُ ترجمة الأداء المتفق عليه بين أطراف كل عقد الذي يتمثل بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تقديم خدمة. وبالتالي لم تُعد من الناحية القانونية، سمات الإمكانية والتعين أو القابلية للتعين هي من متعلقات محل العقد وإنما من متعلقات الأداء المتفق عليه في العقد، ما جعل محل العقد يقوم على الوجود والمشروعية، والأداء يقوم على الإمكانية والتعين وقابلية التعين.

عليه، وبخلاف الحال لما ذهب إليه القانون المدني السابق باعتبار محل العقد يتمثل إما بالالتزام بأداء شيء أو عمل أو الامتناع عن عمل⁽⁴³⁾، وبأن استعمال الشيء أو حيازته يمكن أن يكون محلاً للعقد⁽⁴⁴⁾، هجر المشروع المدني الجديد هذا التعدد لمفهوم المحل، مكرساً لفكرة واحدة هي «الأداء» الحالي أو المستقبلي، الممكن والمعين أو القابل للتعين⁽⁴⁵⁾. وحسباً فعل ذلك لأن هذه الأشكال الثلاثة إنما تُمثّلُ الجوانب التطبيقية للأداء المكون للمحل وليس المحل بذاته، ليعود المشروع ويؤكد بأنّه عندما تكون مواصفات الأداء غير محددة أو قابلة للتحديد بموجب العقد، فإنّ المدين يجب عليه أن يقدم أداءً بمواصفات تتوافق مع الآمال المشروعة المنتظرة من قبل الأطراف استناداً لطبيعة الأداء والعرف

n° 2, p. 756. V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat., op, cit, p. 6s. P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat: RTD civ. 1999, n° 4, p. 771s., qui distingue contenu obligationnel et contenu non obligationnel. V. F. Rouvière, Contenu du contrat: J.-Cl. contrats-distribution, fasc. 50, n° 8: l'opération contractuelle est une synthèse entre les utilités attendues (au sens matériel) et les engagements propres à les atteindre. J. Sénéchal, Le contenu des contrats, in O. Deshayes (sous dir.), Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011: SLC 2012, p. 133s. V. P. Malinvaud, Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes: op, cit, p. 2551s. Art. (1126). "Ancien CC", op, cit.

(43) Art. (1126). "Ancien CC", op, cit.

(44) Art. (1127). "Ancien CC", op, cit.

(45) L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. "CC. Modifié", op, cit. Art. (1163).

والمقابل لالتزامه، أي التزام المدين⁽⁴⁶⁾. أما عندما يكون الثمن أو أي عنصر من عناصر العقد قد تم تحديده بالاستناد إلى معيار غير موجود أو لم يعد له وجود أو لم يعد بالإمكان الوصول إليه، فإن هذا الأخير يتم استبداله بالمعيار الأكثر قرباً للمعيار المفتقد⁽⁴⁷⁾، وأضماً بعد ذلك، جوانب تطبيقية لتحديد الثمن في بعض أنواع العقود، كالعقود الإطارية وعقود تقديم الخدمات، حيث قضى في الأولى بإمكانية الطرفين الاتفاق على أن يحدد الثمن لاحقاً بشكل آحادي من قبل أحد الطرفين، مع تعهد هذا الأخير بتبرير هذا المبلغ في حال الاعتراض، وفي حال وجود تجاوز في تحديد الثمن، فيمكن للطرف المتضرر إمام الطلب من القاضي أن 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⁽⁴⁸⁾. في حين قضى في الثانية أنه، وبخلاف وجود اتفاق مسبق على إبرام العقد فإن السعر المقابل للخدمات يمكن تحديده من قبل الدائن، شريطة التزامه بالتبرير في حال الاعتراض، وللمدين في حال التعسف أن يحتج أمام القاضي للمطالبة بالتعويض عن الضرر⁽⁴⁹⁾.

2. استبعاد سبب العقد من مضمون العقد:

بالمقارنة مع نصوص القانون المدني السابق التي اعترفت بالوجود المصطلحي والقانوني لنظرية السبب ضمن أركان صحة العقد⁽⁵⁰⁾، لم يشر القانون المدني الجديد لهذا المصطلح في أي من مواده، بحيث سُجل الغياب الكامل لهذا الركن، إن لجهة التعداد القانوني لأركان صحة العقد، أو من حيث التسمية المصطلحية، ما جعل الموقف القانوني من حقيقة وجود أو انتفاء نظرية السبب ضمن القانون المدني الجديد موضع نقاش مستفيض من قبل الفقه الفرنسي، ما بين مُقرِّ باستمرار وجود النظرية ومعارضٍ لذلك⁽⁵¹⁾، حيث وجد

(46) Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. "CC. Modifié", op, cit. Art. (1166).

(47) Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus. "CC. Modifié", op, cit. Art. (1167).

(48) 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. "CC. Modifié", op, cit. Art. (1164).

(49) 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. "CC. Modifié", op, cit. Art. (1165).

(50) Section 4: De la cause. (Articles 1131 à 1133). "Ancien CC".

= (51) J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, op, cit, p. 487s. A. Fréneau, La fin de la cause

العديد من رجال الفقه الفرنسي في ربط مفهوم: «محتوى العقد» بفكرتي «التأكيد» و«المشروعية» امتداداً لذات النظرية الحاكمة لفكرتي المحل والسبب في القانون المدني السابق، وإن مع بعض التلطيف⁽⁵²⁾، مستنديين في ذلك للمبدأ الذي أقره القانون المدني الجديد بأن العقد لا يمكنه أن يخالف النظام العام لا من حيث اشتراطاته، ولا من حيث الهدف منه⁽⁵³⁾، وبالتالي وجوب توافق العقد من حيث اشتراطاته، الأمر الذي يُمثل البعد الظاهري للعقد مع النظام العام، ومن حيث هدفه، الأمر الذي يُمثل البعد الخفي غير المعلن منه مع النظام العام، ومستنتجين من ذلك ألاّ تبدل في الموقف التشريعي الفرنسي حيال هذه النظرية إلاّ في الجانب الشكلي لا الموضوعي، ذلك أنّ فكرة السبب، بالنسبة لهم، لا سيما المتعلق ببعدها الغائي، إنما وردت في الهدف من العقد الذي لا يمكن أن يخالف النظام العام. وعليه، فهم يرون أنّ القول بأنّ المشرع المدني الفرنسي الجديد قد هجر نظرية السبب، قول غير دقيق نظراً لأنّ المشرع المدني بالنسبة لهم تبني ذات الحلول التي كان يرتتها على السبب ضمن هذه النظرية، بحيث إنّ النص يهدف إلى الرقابة على مشروعية العقد من حيث الغاية المرجوة منه، وبالتالي النص من حيث الصياغة لا يفقد سوى لكلمة السبب التي لم يفقدتها مضموناً، ذلك أنّ مقابل كلمة السبب المتمثلة بالغاية موجوداً في النص، غير أنّه ونظراً لكون المشرع الفرنسي في عصر تبسيط المفردات القانونية، ورغبة منه في تلافي وضع عبارات قانونية ذات معاني متعددة، فقد تم تبني عبارة الهدف أو الغاية كمعبر عن السبب، ما يمكنه من تبني ذات المنهجية الفلسفية لفكرة السبب المستند لغاية العقد بعبارات أكثر وضوحاً⁽⁵⁴⁾، في حين ذهب البعض الآخر⁽⁵⁵⁾، ونحن منهم، إلى أنّ في هذا تكلف مبالغ فيه، فالمشرع بنص المادة موضع الاستشهاد لم يشير إلى السبب بقدر ما تناول مشروعية العقد في إطار المأمول منه الذي يجب ألاّ يخالف النظام العام، بالتالي المادة في بعدها العام تناقش مفهوم مشروعية العقد وليس سببية

mais la cause à la fin: subsistance de la notion en droit des assurances, Petites affiches, 2016, n° 85, p. 13. Pour la critique de la thèse néo-anti-causaliste, v. De l'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats: l'apport du droit administratif: Contrats, conc, consom. 2008, étude 11, spéc, n° 11 à 21. P. Catala, Deux regards inhabituels sur la cause du contrat. Defrénois 2008, p. 2365. Voir aussi, D. Mazeaud, Pour que survive la cause, en dépit de la réforme, Droit et patrimoine, 2014, n° 240, p. 38s. R. Boffa, Juste cause (et injuste clause), Dalloz, 2015, p. 335. X. Lagarde, L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes, op, cit, n° 70, p. 6.

(52) O. Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit français, D. 2008, p. 2607.

(53) Art. (1162). "CC. Modifié", op, cit.

(54) F. Chénéde, L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats: l'apport du droit administratif, Contratsconcurrence-consommation 2008, étude n° 11. D. Mazeaud, Pour que vive la cause, en dépit de la réforme ! Droit et patrimoine oct. 2014, p. 38. O. Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit français, op, cit, p. 2607.

(55) P. Catala, Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats, op, cit. L. Aynès, La cause, inutile et dangereuse, Droit et patrimoine oct. 2014, p. 40. Ch. Delangle, La fausse opposition de la cause objective et de la cause subjective, À propos de cass. com., 18 mars 2014, n°1229.453-, JCP, E, 2014, 1224.

العقد، أضف لذلك أنه من المعلوم أن نظرية السبب في القانون المدني لديها أبعاد متعددة، من حيث المقابل في الالتزام، إلى الدافع إلى التعاقد، إلى الباعث إلى التعاقد، ومن ثم إلى الغاية من التعاقد، وفق النظرية الحديثة المتعلقة بالمأمول من العقد وفق البعد الموضوعي ذي الاعتبار الشخصي، ولا يمكن بحال من الأحوال القول إن مختلف هذه الفرضيات إنما اختصرت في نص المادة والإحالة لمشروعية العقد لجهة الغاية منه، فنظرية السبب من حيث الوجود من جهة والمشروعية من جهة أخرى لا يمكن القول إنها تمثلت في هذه المادة، الأمر الذي يؤكد غياب المصطلح القانوني الخاص به، ما يؤكد أن ثمة تحولاً حقيقياً في موقف المشرع الفرنسي، للبناء على أساس نظرية قانونية جديدة تستوعب مفهوم المحتوى وتتجاهل مفهوم السبب.

ثانياً - على المستوى العام، تأسيس نظرية المحتوى وتلاشي نظريتي المحل والسبب:
بعيداً عن المزايدات القانونية والفقهية لموقف المشرع المدني الفرنسي الجديد، وبغض النظر عن موقفنا من التوجه الحداثي للمشرع المدني الفرنسي الحديث، فإن نظريتي المحل والسبب لم تعودا من مفردات نظرية أركان العقد في القانون المدني الجديد، والقول بخلاف ذلك فيه تقليل واضح من جهد تشريعي قارب السنوات العشر ابتداءً منذ بداية الحديث عن ضرورة تعديل القانون المدني الفرنسي لأهداف عديدة من أهمها تبسيط هذا القانون وتعزيز طبيعته التنافسية على المستوى المقارن⁽⁵⁶⁾. فاستعراض تطور موقف المشرع المدني من هاتين النظريتين خلال مراحل وضع القانون المدني الجديد، وفي مشروعات القوانين الثلاثة يثبت أن ثمة تحولاً شكلياً وموضوعياً في موقف المشرع المدني الفرنسي حيال هاتين النظريتين⁽⁵⁷⁾، باتجاه الاستعاضة عنهما بنظرية

(56) هذا الواقع التنافسي غير المريح أضحى بالنسبة للكثيرين، لاسيما فقهاء القانون الفرنسي المقارن من المدرسة الأنكلوسكسونية دليل سقم لهذا القانون لا عافية له، بوصفه أصبح قانوناً طارداً لا جاذباً، مؤكداً أنه في ظل نظام عالمي معلوم يغدو القانون نفسه في موضع تنافسي، كما يغدو غياب تحديثه وتطوره شكلاً من أشكال الانتحار التشريعي، ما يوجب العمل على تعديله بما يضمن تحفيز الشق الاقتصادي الخاص به، وبما يمكن المعنيين به من الرجوع إليه من خلال قواعد قانونية مكتملة تعزز الأمن القانوني التعاقدي لأطرافه، وهو الأمر الذي أكدت عليه وزيرة العدل الفرنسية آنذاك، Ch. Taubira في معرض ترويجها والدفاع عن مشروع القانون:

La chancellerie l'a priorisé dans son programme de justice du XXIème siècle: Pour que tous les citoyens et tous les acteurs économiques aient une compréhension précise du droit des contrats et des règles relatives au régime et à la preuve des obligations, le droit des contrats sera réformé pour le rendre plus accessible, plus attractif et mieux adapté aux enjeux économiques et judiciaires actuels. Communiqué de Presse sur présentation par le garde des sceaux du projet de modernisation et simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures du 27 novembre 2013.

(57) المستعرض لمشروعات القوانين السابقة لاسيما مشروع قانون (Chancellerie) لعام 2008 ومشروع قانون (Catala) لعام 2013، يدرك بوضوح حجم التحول في الموقف القانوني من هاتين النظريتين. راجع في ذلك،

أكثر وضوحاً وتواؤماً مع المحيط الأوروبي، في إطار أقلمة القانون المدني مع منظومة التشريعات المدنية الأوروبية ضمن الجهود القائمة لتقريب هذه القوانين ومحاولة التأسيس للقانون المدني الأوروبي⁽⁵⁸⁾، هي: «نظرية المحتوى» التي استوعبت فكرة المحل بقلب قانوني جديد، الأمر الذي يثبتته واقع التفسير المصطلحي لكلمة محتوى ونصوص القانون ذاته المكونة لهذا القسم من القانون وفق ما سبق بيانه، والتي استبعدت فكرة السبب مستعيضةً عنها بنظرية المقابل في العقد، وفق ما تمت الإشارة إليه سابقاً، وحسناً فعل المشرع المدني الفرنسي في ذلك. فالتحليل الذي ساقه أنصار الاتجاه المؤيد للإبقاء على نظرية السبب في التشريع المدني الفرنسي بالرغم من إمكانية القبول به شكلاً، إلا أنه يبقى تكييفاً مصطنعاً موضوعاً، الهدف منه الحفاظ على ماء وجه المشرع الفرنسي بالقول بأنه ما زال متشبثاً بنظريتي المحل والسبب في العقد، الأمر الذي نعتقد أن فيه تبسيطاً كبيراً لموقف المشرع الفرنسي الحديث. فالفقه يميل اليوم إلى إسقاط هذه النظرية على نظرية المحل والسبب، كوننا مازلنا في المرحلة الانتقالية للتشريع المدني الجديد، لكن الفقه والقضاء في الأيام القادمة، لن يبقيا مستندين في تبرير موقفهما حول صحة العقد، لأي منهما، لسبب بسيط مفاده انعدام النص عليهما في القانون المدني الجديد، وإنما سيؤسسان حكمهما على أسس هذه النظرية الجديدة القائمة على محتوى العقد، بعيداً عن نظريتي السبب والمحل.

فالنظرية الحاكمة لهذا التوافق مع النظام العام من عدمه، هي منذ اليوم نظرية محتوى العقد، وليس أي من نظريتي المحل أو السبب. فنظرية «محتوى العقد» ستشكل مستقبلاً، إلى جانب أخواتها في نظرية الرضا ونظرية الأهلية، مكونات نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث، ما سيرتب لزاماً على الفقه والقضاء العمل بشكل فاعل وكبير لتحديد مضامين هذا المفهوم الجديد. أما القول بأن التطبيق العملي لهذه

Un an d'application de la réforme des contrats, Quel impact sur la pratique notariale, op, cit, p, 55s. G. Rouhette, Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, op, cit, p. 183s. Projet de la Chancellerie, p. 4. Pour une approche critique. P. Malinvaud, Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes, op, cit, p. 2551s. D. Fenouillet, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres, op, cit, p. 297s., spéc, n° 34. R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions: JCP G 2008, n° 40, p. 190s., spéc, n° 10.

(58) Pour une approche critique, Voir, É. Lamaze, Bon anniversaire, cher Code civil, op, cit. J. Onno, Le modèle juridique français: un obstacle au développement économique ?, op, cit. Pour une comparaison avec le droit français, D. Mazeaud, La matière du contrat, in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet Sous Dir, Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 81s. G. Wicker, Force obligatoire et contenu du contrat, in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet Sous Dir, Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, préc., p. 151s. J-Ph. Dunand, B. Winiger, Le code civil français dans le droit européen, op, cit. Pp. 95 - 118.

النظرية (محتوى العقد)، يبرز بعض الجوانب التطبيقية لنظرية السبب أو المحل⁽⁵⁹⁾، فهذا لا يضير نظرية المحتوى بل بالعكس يؤكد صوابية موقف المشرع الفرنسي، كما إنَّ ذلك يثبت أنَّ هذه النظرية استطاعت أن تستوعب النظريتين، وتتلافى إلى حد كبير عيوبهما، لا سيما جانب الغموض المرتبط بنظرية السبب. وهنا الجانب الابتكاري في العمل التشريعي الفرنسي، ولو أنَّ المشرع الفرنسي وواضعيه لم يجدوا في وضع وتبني نصوص هذه النظرية الجديدة استجابة للجوانب الحداثية في العمل القانوني، وتلافياً للعديد من العيوب التشريعية التي كانت تعاني منها نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي لما انتقل المشرع المدني الفرنسي لهذه النظرية.

وعلى ذلك فإنَّ محتوى العقد لم يَعدْ يشمل مفهومي المحل والسبب، وإنما مفهوما المحل والمقابل، وهو الأمر المنتظر من القضاء الفرنسي أن يكرسه مستقبلاً بشكل أكثر فاعلية وقوة، لاسيما إذا ما أخذنا بعين الاعتبار واقع الاجتهاد القضائي الذي كرس كثيراً من الجوانب التطبيقية لهذه النظرية الحديثة، حتى قبل صدور التشريع المدني الجديد.

المطلب الثاني

محتوى العقد: المؤكد والمشروع

في معرض تحديده لمحتوى العقد المؤكد والمشروع عمَدَ المشرع المدني الفرنسي الجديد إلى وضع نصوص قانونية توضح الضوابط الحاكمة لفكرتي التأكيد والمشروعية لمحتوى العقد، بما يضمن تحقق السمتين كلتيهما حقيقةً لا وهماً، كما يؤمن عدم التحايل القانوني على أي منهما.

الفرع الأول

محتوى العقد «المؤكد»

ضمن هذه الفرضية أورد المشرع المدني الجديد العديد من الضوابط المعيارية الضامنة لتحقيق سمة التأكيد في محتوى العقد، إنَّ لجهة محل العقد أو لجهة المقابل في العقد.

(59) حيث مازال بعض الفقه الفرنسي، رغبة منه في التوفيق بين نظرية المحتوى المشروع ونظرية السبب، يحاول أن يجد حلاً وسطاً بين الأمرين بالقول، بأنه ليس هناك إلغاء للسبب بشكل كلي وإنما ثمة إعادة تموضع قانوني لفكرة السبب في لبوس قانونية جديدة تختلف عنه في جانب وتشبيهه في جانب آخر، لاسيما في البعد المادي للموس للسبب دون البعد الشخصي غير المحسوس. وبالتالي فإنَّ المشرع المدني الجديد تبني فكرة السبب في جانبها الموضوعي المحسوس، وابتعد وأنكر هذه الفكرة في جانبها الشخصي غير المحسوس.

F. Chénéde, La cause est morte... vive la cause ? op, cit. p. 107. M.-Ph. Weller, 'La cause' dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015, op, cit, p139.

أولاً- محل العقد والمحتوى المؤكد:

بعد أن بيّن المشرع المدني الجديد أنّ محل الالتزام هو إما أداء حالي أو مستقبلي، ممكن ومعين أو قابل للتعيين، بيّن متى يكون هذا المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، موضحاً بعد ذلك، ما هو المأمول من المدين في ضمان صحة تنفيذ الأداء المتوجب عليه.

1. تعيين محل الأداء:

أكد المشرع المدني الجديد أنّ الأداء موضوع الالتزام يكون إما معيناً وفق اتفاق الطرفين، الأمر الذي يُمثل القاعدة العامة، أو قابلاً للتعيين بموجب العقد أو العرف أو العلاقات السابقة بين المتعاقدين، دون الحاجة لأن يكون هناك عقد جديد بين الأطراف⁽⁶⁰⁾. كما شدد، أنّه في حال تم الاتفاق على تحديد عنصر أو أكثر من عناصر العقد بالاستناد إلى معيار غير موجود، أو لم يُعد له وجود، أو لم يُعد بالإمكان الوصول إليه، فإنّ هذا الأخير يتم استبداله بالمعيار الأكثر قرباً منه⁽⁶¹⁾.

بالتالي، فقد وضع المشرع المدني الفرنسي الجديد معايير رئيسة لتحديد الأداء في العقد، بحيث إنّ عملية التعيين يجب أن تكون بدايةً وفق العقد، وهي القاعدة الرئيسية في هذا المجال، وذلك وفق المبدأ القائم على أنّ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي ما التزم به الطرفان في تحديد الأداء موضوع العقد يُعدّ ملزماً لكلا الطرفين. وفي حال عدم تحديده بالعقد فيتم هذا التحديد من خلال العرف باعتباره يُمثل القاعدة المرجعية في تحديد هذا الأداء وفق مفهوم المماثلة، أو للعلاقات السابقة بين المتعاقدين باعتبارها تُمثّل المرجعية التعاقدية للاتفاقات القانونية المبرمة بين الطرفين. أما في حال الغياب المادي أو الافتراضي للمعيار المُمكن من تحديد عنصر أو أكثر من عناصر العقد، حينها لا يمكن القول ببطلان العقد، بل يجب اللجوء وقت ذاك إلى المعيار الأكثر قرباً من المعيار المُتقدّم، للوصول إلى إمكانية التعيين والتحديد في العقد. ومما لا شك فيه أنّ كل فرضية تنطوي على اشتراطات خاصة بها، فإنّ كانت فرضية العقد تُمثّل الأصل في عملية التحديد الذي يجب أن يعول عليه بدايةً، بحيث لا يمكن الركون لما يليه إلا في حال انتقائه، فإنّ اللجوء

(60) Art. (1163). "CC. Modifié", op, cit.

(61) Art. (1167). "CC. Modifié", op, cit.

أشار المشرع المدني الجديد ضمن هذه المادة لمعيار الثمن كعنصر من عناصر العقد الممكن تحديدها مستقبلاً، وذلك انسجاماً مع المواد القانونية الواردة في هذا القسم التي أقرت بإمكانية تحديده بصورة مستقبلية من قبل أحد المتعاقدين في بعض العقود الزمنية كالعقود الإطارية وعقود الخدمات. وما يهمننا في هذا التنويه أنّ على الطرف الذي سيقوم بتحديد الثمن مستقبلاً أن يبقى ملزماً بالمعايير التي حددتها المواد القانونية في تحديد الثمن وأي عنصر آخر من عناصر العقد، من حيث العرف، والتعامل السابق، والمعيار الأكثر قرباً من المعيار المُتقدّم. "CC. Modifié", op, cit. (1164 à 1165). Arts.

للعرف لا يتم إلا في حال إمكانية تطبيقه، كما في العقود العمالية والتجارية، ذات الأمر ينطبق على فرضية وجود تعامل سابق، حيث برأينا يقدم طبيعة العلاقة القائمة على التعامل السابق، حتى على العرف، لاسيما وأنّ المشرع قد قضى بتطبيق بنود التعامل السابق، دون الحاجة لإبرام عقد جديد، ومما لا شك فيه أنّ المشرع -في هذه العبارة- إنما يستند إلى العقد السابق الذي أبرمه الطرفان، ولا أدل على ذلك من تأكيد المشرع أنّ هذا التعامل السابق هو الذي يسري دون الحاجة لأن يكون هناك عقد جديد بين الأطراف، في حين أنّ البعد الاتفاقي الرضائي سيبرز كثيراً في توافق طرفي العقد على المعيار الجديد الذي سيحل محل المعيار المقتد الذي كان معولاً عليه في تحديد أحد عناصر العقد، وبخلاف ذلك سيكون المجال رحباً لتدخل القضاء لتحديد طبيعة المعيار المقتد وما هو المعيار الأكثر قرباً منه.

2. طبيعة التزام المدين في تنفيذ الأداء:

ضمن هذا الإطار، بيّن المشرع المدني الجديد أنّه عندما تكون مواصفات الأداء غير محددة أو قابلة للتحديد بموجب العقد، فإنّ على المدين أن يقدم أداءً بمواصفات تتوافق مع الآمال المشروعة المنتظرة من قبل الأطراف، بالاعتبار لطبيعة الأداء ذاته أو العرف أو المقابل لأدائه، أي أداء المدين⁽⁶²⁾.

والحقيقة حسناً فعل المشرع الفرنسي بهذا التحديد، بما يضمن الجانب الموضوعي لصحة الأداء في العقد في حال لم تشر أطراف العقد إلى تحديد هذا الأداء في العقد، وبالتالي فإنّ نص هذه المادة يتناول الفرضية التي تتعلق بإغفال المتعاقدين لتحديد الأداء في العقد، أي عندما سيتم تحديده بالاستناد للعرف أو للتعامل السابق بين الأطراف، ذلك أنّه يفترض في حال تحديده بالعقد أن يكون الطرفان قد اتفقا على جميع الأمور الخاصة بهذا الأداء. وقد اعتبر بعض الفقه أنّ عملية تحديد وتعيين الأداء في هذه الفرضية، ستفتح المجال رحباً لتدخل القضاء الذي يجب عليه أن يحدد متى يمكن اعتبار الأداء متوافقاً مع «الآمال المشروعة المنتظرة» (Attentes légitimes)، باعتبار أنّ هذه الأخيرة قد لا تكون منضبطة في هذا المجال⁽⁶³⁾. موقف، نعتقد أنّ فيه بعض الصدقية، بالرغم من أنّ المشرع الفرنسي قد حاول أن يضع لهذه الآمال المشروعة المنتظرة ضوابط موضوعية تؤطر قضية المطالبة من قبل المتعاقد الآخر، كما تؤطر عمل القاضي في تحديد الإطار العام لهذه الآمال المشروعة المنتظرة، من حيث إنها تحدد بالاستناد إلى طبيعة الأداء ذاته أو العرف أو المقابل لأداء المدين. وبالتالي فإنّ مختلف هذه المعايير ستجعل من عملية التقييم عملية موضوعية، وستحد بشكل كبير من أي تجاوزات محتملة من المتعاقد أو من القاضي.

(62) Art. (1166). "CC. Modifié", op, cit.

(63) Ph. Briand, La cotitularité des obligations, Droit et patrimoine, n° 258, mai 2016, p. 80.

ثانياً – المقابل في العقد والمحتوى المؤكد:

بعد أن حدد المشرع المدني الفرنسي محل الالتزام وبيّن معايير تعيينه، حرص على صدقية هذا الأداء لاسيما في عقود المعاوضة التي اعتبر فيها جدية المقابل في الأداء عنصراً جوهرياً في تحقق هذا العقد، قاضياً ببطلان العقد إذا كان المقابل في الأداء للطرف الملتزم في العقد عند انعقاد العقد وهمياً أو صورياً، كما اعتبر أن غياب التوازن في الأداءات في العقود الملزمة لجانبين سبب لبطلان العقد إذا أقره القانون، ليعود ويشدد بأن أي شرط ينطوي في جوهره على إلغاء الالتزام الرئيس للمدين يعتبر بحكم عدم، واضعاً بعد ذلك حكماً خاصاً لقضية التوازن العقدي في عقود الإذعان.

1. المقابل في الأداء، بين الحرية العقدية والعدالة العقدية:

حرص المشرع المدني الجديد على ضمان تحقق المقابل في الأداء من خلال ضمان وجوده في العقود الملزمة لجانبين عامة، والتأكد من عدالته في عقود المعاوضة خاصة، مرسياً بذلك مبدأ الحرية العقدية في تحديد المقابل في الأداء في العقود الملزمة لجانبين، والعدالة العقدية في تحديد المقابل في الأداء في عقود المعاوضة، مع تكريس التمييز في الطبيعة العقدية بين نوعين رئيسيين من العقود هما: عقود المعاوضة أولاً، والعقود الملزمة للجانبين ثانياً، واضعاً حكماً خاصاً لكل منهما.

1.1. المقابل في الأداء والحرية العقدية:

تتناول هذه الفرضية العقود الملزمة لجانبين والتي عرفها القانون المدني الجديد بكونها التي يلتزم فيها الطرفان بشكل متبادل⁽⁶⁴⁾، بحيث إن أساس التزام أي طرف هو التزام الطرف الآخر، من حيث الوجود لا التكافؤ. وعليه اعتبر المشرع المدني الجديد أن عدم التعادل في الأداءات في هذه العقود ليس سبباً لبطلان العقد، ما لم يعتبره القانون كذلك، ذلك أن الأصل في هذه العقود ليس فكرة التعادل في المقابل في الالتزام، بقدر ما هي وجوده بذاته من عدمه، فهذه العقود تقوم على مجرد وجود التزامات متقابلة بين الطرفين، دون أن يشترط بالضرورة أن تكون متوازنة فيما بينها، فقد يكون أحد الالتزامين لا يكافئ الآخر ويبقى العقد قائماً. بالرغم من ذلك أقر المشرع المدني أن هذه القاعدة لا تسري على إطلاقها، بحيث إنّه حين يقضي القانون بضرورة توافر التكافؤ في الأداءات، حينها يغدو هذا الافتقاد سبباً لبطلان العقد، وهو ما ينقلنا للفرضية الثانية التي تتناول فئة محددة من العقود الملزمة للجانبين، ونعني بها عقود المعاوضة التي تجاوز فيها المشرع فكرة وجود الأداء المقابل لفكرة التكافؤ في الأداء.

(64) Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.... Art. (1106). "CC. Modifié", op. cit.

1.2. المقابل في الأداء، والعدالة العقدية:

تتناول هذه الفرضية عقود المعاوضة التي عرفها المشرع المدني الفرنسي الجديد بكونها التي يتلقى كل طرف تعاقدية من الآخر مقابلاً للأداء الذي يقوم به⁽⁶⁵⁾، واستناداً لفكرة المقابل المتكافئ التي شكلت جوهر هذا التعريف، قضى القانون ببطلان عقود المعاوضة إذا كان المقابل في الأداء للطرف الملتزم في العقد عند انعقاد العقد وهمياً أو تافهاً، وأضعاً بذلك شرطين رئيسيين لتحقيق البطلان في عقود المعاوضة هما: تحقق وهمية وتفاهة الالتزام المقابل أولاً، لحظة انعقاد العقد ثانياً، بحيث إنَّ انتفاء أي من هذين الشرطين يجعل من الادعاء بالبطلان في غير محله.

1.2.1. المقصود بمفهومي الوهمية والتفاهة في الأداء:

لم يعرف القانون المدني الجديد المقصود بمفهومي الوهمية والتفاهة، تاركاً للفقه والقضاء تحديد التوصيف المفاهيمي لكل منهما، وإن كان يفهم من صفة الوهمية مخالفة الأداء المعلن عنه في العقد للأداء الحقيقي المتفق عليه بين الطرفين، ما يدخل هذه الالتزامات في مبدأ الصورية، بحيث إنَّ هذا الأداء لا يعبر عن حقيقة الأداء المتفق عليه بين الطرفين، ما يجعله مخالفاً للأداء الحقيقي المتفق عليه، في حين أنَّ صفة التفاهة في الأداء، لا تخفي حقيقة هذا الأداء وإنما تصل فيه لحد التفاهة أو عدم المقابلة المفرطة، ما يجعل من الأداءات المتقابلة لطرفي العقد غير متكافئة بالطلق. فالوهمية في الالتزام المقابل تبحث فيما يجاوز حدود العقد، لمفهوم العائدية أو الجدوى من الالتزام المقابل بالنسبة للملتزم الآخر، ما يبرز مفهوم الجدوى والمنفعة في تقييم الالتزام المقابل⁽⁶⁶⁾، في حين أنَّ سمة التفاهة في المقابل، تسمح بعيداً عن وجود المقابل في تحديد مدى كفاية هذا المقابل، ما يسمح بتحقيق المقارنة بين التزامات الطرفين، وإقرار مبدأ التقابل في الالتزامات العقدية أولاً، والتناسبية بين هذه الالتزامات ثانياً، بما يضمن التوافق بينها، وبالتالي الإقرار بغياب المقابل في حال تفاخته تجاه الالتزام المقابل⁽⁶⁷⁾.

(65) Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure ... Art. (1107). "CC. Modifié", op. cit.

(66) بالاستناد لهذا المفهوم، عمدت محكمة النقض الفرنسية إلى إبطال العقد المسمى: «عقد الإدارة» لانعدام السبب، كون الشخص المنوط به هذه المهمة يشغل ذات المنصب في كلا الشركتين، وبأن طبيعة عمله تقتضي عملية التنظيم هذه وفقاً للعقد المبرم بينه وبين شركة الشخص الواحد، وبالتالي فإنَّ عملية الإدارة هي جزء من مهامه الرئيسية في العقد. كما اعتبرت أنَّ الأداء المقابل يكون وهمياً، عندما يفترض القانون ذاته هذه الفرضية بحيث إنَّ الالتزام لم يكن معلوماً بالقانون، ولكن إمكانية تطبيقه معدومة، كما في الالتزام القانوني الذي يتحول إلى التزام طبيعي، أو في حوالة الحق الموجود غير الممكن الوصول إليه لإعسار المدين.

Cass. com, 23 oct. 2012, n° 11 - 23376; Bull. Civ. IV, n° 190 ; D, 2013. 686, note D. Mazeaud ; RTD civ. 2013. 112, obs. B. Fages ; Revue des contrats, 2013 / 4, p. 1321, note Th. Génicon...

(67) على أساسه أقرت محكمة النقض الفرنسية ببطلان عقود التوريد الحصري، بالاستناد إلى القول بأنَّ =

1.2.2. زمن تقدير مفهومي الوهمية والتفاهة في الأداء:

اشتراط المشرع المدني الفرنسي تحقق صفتي الوهمية والتفاهة في الأداء المقابل لحظة انعقاد العقد. موقف قانوني نتفق فيه مع توجه المشرع المدني، سيما وأن تقدير التكافؤ في الأداءات المتقابلة إنما يقدر لحظة انعقاد العقد الذي لم يعد يخضع لمبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة فقط، وإنما لمبدأ العدالة العقدية الذي يشترط احترام مبدأ التوازن العقدي في الالتزامات المتقابلة لطرفي العقد، ضمن هذا النوع من العقود خاصة، باعتبارها لا تستند إلى أن أساس التزام أي طرف هو التزام الطرف الآخر كما هو الحال في العقود الملزمة لجانبين عامة، وإنما أساس التزام الطرفين هو تكافؤ هذا الالتزام مع الالتزام المقابل، وهنا الفارق الجوهرية في النظرة التشريعية المدنية لوجه التمايز بين هذين النوعين من العقود، ما يسجل تراجعاً لنظرية العدالة العقدية في العقود الملزمة لجانبين على حساب نظرية الحرية العقدية وتعزيز مفهوم سلطان الإرادة في هذه الفرضية. بذات الوقت الذي يسجل حضوراً لافتاً لنظرية العدالة العقدية في عقود المعاوضة على حساب نظرية الحرية العقدية. وبالتالي فإن كان الطرفان أحراراً في تحديد شروط العقد والالتزامات المترتبة والناشئة عنه في العقود الملزمة لجانبين، إلا أنهما وفقاً لتوجه المشرع المدني الجديد غير أحرار في فرض التزامات غير متكافئة بينهما في عقود المعاوضة، ما يسجل بروزاً واضحاً لفكرة العدالة العقدية في هذه العقود أمام انحسار واضح لفكرة الحرية العقدية ضمن هذه الفرضية. بالمقابل، فإن انعدام هذا التوازن أو التكافؤ بعد إبرام العقد، لا يطعن في صحة هذا العقد، وإنما يخضع حين ذلك للتكييف القانوني الخاص به، من حيث وجود خطأ من أي من طرفي العقد لإعمال نظرية الفسخ، أو عدم وجود ذلك لإعمال نظرية التعطيل أو الانفساخ حسب الحال⁽⁶⁸⁾.

وبالتالي فإن المشرع في هذه الاشتراطات إنما يقيس صدقية العقد بالاستناد لصدقية وجدية الأداءات المتقابلة التي تمثل الجانب المادي للموس للالتزامات الطرفين، لا لدوافع الالتزام في الأداء التي تمثل الجانب الشخصي غير المعلن للالتزامات الطرفين. وهنا يأتي

= الالتزام الحضري المقر للموزع لا يتناسب البتة مع الالتزام المقر على المورد الذي اتسم التزامه بالتفاهة، لاسيما وأن التزام هذا الأخير كان مضموناً من قبل موردين آخرين التزموا قبله بذات الالتزام وبذات الكيفية، ما جعل التزامه دون سبب مقابل.

Cass. Com., 14 oct. 1997, n° 95 - 14285 et 8 fév. 2005, n° 03 - 10749; Bull. civ. IV, n° 21. D. Mazeaud, note préc., n° 3.

(68) Th. Genicon, Caducité pour disparition de la cause: requiem pour une immortelle ? Revue des contrats, 2016, n° 01, p. 11. G. Wicker, La suppression de la cause et les solutions alternatives (Rapport français), La réforme du droit des obligations en France, op, cit, p. 107. N. Dissaux, La cause se meurt, vive la caducité ! Cass. civ. 1ère 30 octobre 2008. pourvoi no 07 - 17646. Petites affiches, 2009, n° 49, p. 11.

هذا التوجه الجديد من المشرع المدني الفرنسي متسقاً مع التوجهات القضائية في هذا المجال وفي هذا الإطار الذي تجاوز فكرة سبب العقد إلى فكرة شخصنة المقابل في الالتزام لجهة الانعقاد أولاً، وفي العقد لجهة التنفيذ ثانياً، من حيث إسقاط البعد الشخصي الغائي على المدلول الموضوعي لفكرة المقابل في الالتزام والعقد، لكن الأول لحظة انعقاد العقد، والثاني ممتد للحظة تنفيذ العقد وفق المأمول منه، وذلك من حيث، ليس النظر إلى الالتزام ببعده الموضوعي وحسب، بل النظر إليه في إطار الغاية المرجوة منه وفق مقتضيات إرادة المتعاقد في العقد، ما جعل من فكرة السبب كركن من أركان العقد قاصرة عن الإحاطة بهذا الحيز الزمني الممتد من الانعقاد إلى التنفيذ، ما لم يتم إلباسها ثوباً قانونياً جديداً هو: «المقابل المأمول» من العقد عند تنفيذه لا لحظة انعقاده، ليصبح «المقابل الكفاء» أداة تقييم لصحة انعقاد العقد، و«المقابل المأمول» أداة تقييم لصحة تنفيذ العقد⁽⁶⁹⁾. ولا أدل على ذلك من اشتراط المشرع المدني تحقق مفهومي صدقية الأداء وجديته لحظة انعقاد العقد، وفاعلية وجدوى الأداء لحظة تنفيذ العقد، ما يسمح بالقول بأن المشرع المدني الفرنسي بهذا التعديل، إنما يكرس التوجه القضائي المستقر حول الترجمة الموضوعية لفكرة تتجاوز مفهوم السبب في الالتزام، إلى فكرة المقابل في العقد، بحيث إن فقدان الجدية والصدقية في المقابل يجعل العقد غير صحيح. وعلى ذلك فإن المشرع في هذه العقود يتجاوز فكرة: «سبب الالتزام المقابل المجرد»، لفكرة: «وجود المقابل الحقيقي والجدوي»، والتي تقضي بأن سبب الالتزام الموضوعي في العقد هو التزام الطرف الآخر الحقيقي والجدوي.

وعليه، فإن انتفاء وجود المقابل في الالتزام بسبب صفته الوهمية أو التافهة يجعل العقد غير صحيح، فلكل التزام، التزام مقابل يعادله ويكافئه، وغياب هذه الفرضية في عقود المعاوضة ينسف فكرة عقد المعاوضة من أساسها التي تقوم على تقديم شيء مقابل شيء آخر وفق التعريف الذي منحه المشرع لها، ما يسجل وضوحاً في الموقف التشريعي الجديد للانتقال من: «نظرية السبب» إلى «نظرية المقابل». فالمشرع المدني السابق استخدم عبارة السبب غير الصحيح أو انعدام السبب، بشكل يشترط معها وجود المقابل بغض النظر عن تحققه فعلاً أو حتى جدواه بالنسبة للمتعاقد الآخر، بشكل جعل حقيقته تتناول وجوده من عدمه وصحته من عدمه، لا جدواه وفاعليته للمتعاقد الآخر، بشكل يمكن القول إن المشرع المدني السابق كان يتحدث عن سبب الالتزام لا المقابل في العقد، خالطاً في هذه الفرضية بين الأمرين ومعمماً سبب الالتزام على المقابل بالعقد، بشكل يلغي فاعلية هذا الأخير ويضر بشكل كبير في مصلحة المدين، لا سيما وأن الأهمية التي يعول

(69) D. Mainguy (dir.), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, éd, Dynamiques du droit, Faculté de droit et science politique Univ. de Montpellier, 2016. Pp. 117 - 118.

عليها في عقود المعاوضة هي ليست للمقابل في الالتزام وإنما للمقابل في العقد، والفرق بين الأمرين واضح وبيّن، في حين أنّ المعطين الجديدين حول الوهمي والتافه، يمكنان من تجاوز المفهوم الموضوعي والتقليدي الرسمي لفكرة المقابل، إلى فكرة الجدوى من المقابل، لا سيما حينما يكتف هذا المقابل في إطار المزية التي يمكن الحصول عليها من العقد. وبالتالي التأكد من فاعلية هذا العقد ليس من حيث وجود المقابل، وإنما جدواه وتحقق النتيجة المرجوة منه فعلاً وفق التطبيق الصحيح لبنود العقد، وبما يفي بالغاية التي تم على أساسها قبول الالتزام أولاً والعقد ثانياً.

بالتالي فإنّ الارتكاز على فكرة المنفعة المنتظرة بدلاً من المقابل المجرد، سوف تنقل البحث في هذه النظرية لأفاق جديدة، وسوف تغلق الحديث عن السبب بمفهومه التقليدي وحتى الشخصي، باعتباره أحد أركان انعقاد العقد، فالبحث سيكون مستقبلاً في إطار فهم دور المقابل كمبرر للالتزام في مختلف مراحل العقد، لا سيما لحظة انعقاد العقد، في إطار المنفعة المنتظرة، لا المقابل المقدم بحد ذاته.

2. المقابل في الأداء، والشروط المبالغ فيها:

ضمن هذا الإطار تناول المشرع المدني الجديد قضية الشروط العقدية المبالغ فيها، وفق محورين: الأول ذو دلالة عامة، يتناول الشرط المعفي من الالتزام، بالتأكيد على أنّ كل شرط ينطوي في جوهره على الحرمان من تحقق التزام المدين يعتبر غير مكتوب⁽⁷⁰⁾، والثاني ذو دلالة خاصة، يتناول الشروط المخلة بالتوازن العقدي في عقود الإذعان⁽⁷¹⁾، والمتعارف عليها اصطلاحاً بـ: «الشروط التعسفية»⁽⁷²⁾.

2.1. الشرط المُحل من الالتزام:

قضى المشرع المدني الفرنسي أنّ أي شرط يقوم في جوهره على الحرمان من تحقق

(70) Art. (1170). "CC. Modifié", op, cit. Notons qu'une clause réputée non écrite est, en droit français, une clause abusive, contraire à la loi.

(71) "Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation". Art. (1171). "CC. Modifié", op, cit.

(72) يجدر التنويه أنّ المشرع المدني الجديد لم يشر في نصوص هذا القانون لمصطلح: «الشروط التعسفية» ولم يستخدمه ضمن نصوصه، وإن كان قد أشار إليه ضمناً من حيث المفهوم والآلية، علماً بأنّ هذه الشروط كمفهوم ومصطلح مدرجة في المنظومة القانونية للقانون الخاص الفرنسي، لا سيما في قانون الاستهلاك والقانون التجاري. كما أنّ تقرير رئيس الجمهورية المهد لهذا القانون، قد أشار إليه في أكثر من موقع. عليه، فقد تم استخدام هذا المصطلح ضمن هذا العنوان البحثي، ما اقتضى التنويه. D. Mainguy (dir.), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, éd, Dynamiques du droit, Faculté de droit et science politique Univ. de Montpellier, 2016, p120 - 123.

التزام المدين لا ينتج أي أثر⁽⁷³⁾. والحقيقة، إنَّ التوقف عند هذا الشرط الذي أدخله المشرع المدني الفرنسي للمرة الأولى بشكل مقنن يستدعي ملاحظات عدة، إنَّ لجهة المفهوم، أو لجهة النطاق والأثر.

2.1.1. لجهة المفهوم:

من الملاحظ أنَّ المشرع المدني الفرنسي وجرياً على عاداته لم يشر إلى تعريف واضح لهذه الشروط، كما لم يقدم مؤشراً قياسياً لها يمكن الاستناد له، بالرغم من ذلك فإنَّ هذا المفهوم يَعدُّ الشكل المقابل للشرط المعفي من المسؤولية المدنية التعاقدية، والمتعارف عليه بالشرط المعفي من التعويض القائم على صحة الاتفاق المسبق بين طرفي العقد لإعفاء أحدهما من التعويض المقرر في حال عدم قيامه بتنفيذ التزامه وتحقق شروط الإعفاء، بحيث لا يضمن المدين هذا التعويض في الفرضيات المتفق عليها، كل ذلك ما لم يكن الضرر المتحقق نتيجة وجود الغش المعبر عن سوء النية المفسد للعملية التعاقدية برمتها، أو الخطأ الجسيم المعبر عن تجاوز حدود المألوف في الالتزام المرتبط بفكرة الشخص المعتاد. والحقيقة إنَّ كانت هذه النظرية في تَكُونِها وفلسفتها تدين بذلك للاجتهاد القضائي⁽⁷⁴⁾، فإنَّ النظرية الحديثة المتعلقة بالإعفاء من الالتزام «التزام المدين بتحقيق التزامه»، هي كذلك ذات أصل اجتهادي، وتمثل الجانب المتطور لفكرة الإعفاء من المسؤولية بشكل عام، لا سيما بعد الاجتهاد القضائي المتعارف عليه بقضية كزوموست⁽⁷⁵⁾، لكن ليس في إطار التعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ العقد أو التنفيذ المعيب له، وإنما في إطار الاتفاق على تحديد الالتزامات التعاقدية بين الطرفين، التي تبيّن التزامات الطرفين، وبذات الوقت ومن خلال هذه الشروط تفرغ التزام أحد الطرفين من أي التزام.

فالمسألة لا ترتبط بالتعويض وإنما بالالتزام، والفرق بين الأمرين بيّن جلي، ذلك أنَّ الشرط المعفي من المسؤولية، إنما يكون بعد قيام الشخص بالالتزام المفروض منه، دون أن يضمن النتيجة المتحققة منه، بينما في الشرط المعفي من الالتزام، المدين لا يقوم من حيث الأصل بتنفيذ التزامه أصالة كونه معفياً منه⁽⁷⁶⁾. ومما لا شك فيه، أنَّ وجود مثل هذا

(73) Art. (1170). "CC. Modifié", op, cit.

(74) Forcée par les juges depuis 1993. Civ. 1ère, 24 février 1993, Bull, n° 88.

(75) Com., 22 octobre 1996, Chronopost, n° 93 -18632. Sur l'évolution de cette jurisprudence voir, Cass. Civ. 1ère, 23 février 1994, Com., 9 juillet 2002, n°99 -12.554. Ch. Mixte, 22 avril 2005, n°02 -18.326 et n°03 -14.112. Com., 9 juin 2009, n°08 -10.350. D. Bakouche, Le contrôle de l'existence de la cause dans la jurisprudence de la Cour de cassation: l'abandon d'une subjectivisation, op, cit.

(76) على سبيل المثال، لو فرضنا أنَّ ثمة عقد تنظيف بين شركة لتنظيف الملابس وأحد الزبائن الذي أحضر لها قميصاً عليه بقعة زيت لتنظيفه، ووضعت شركة التنظيف شرطاً مفاده أنها غير مسؤولة في حالة عدم إزالة بقعة الزيت، وبالفعل وبعد أن قامت الشركة بعملية التنظيف بقيت البقعة بسبب عدم استخدامها للمنظفات الخاصة بإزالة البقع ما يُمثل وفق المفهوم العام لالتزامات الطرفين خطأً جسيماً، وحين المطالبة =

الشرط يجعل من التزام الطرف المقابل في العقد غير ذي أساس، بمعنى أن أحد الأطراف ملتزم في العقد والثاني من الناحية الشكلية ملتزم، في حين أنه من الناحية الفعلية غير ملتزم كون الشرط أعفاه من التزامه، ما يجعل أحد الالتزامين دون مقابل موجود حقيقة، فهو ليس وهمياً بمعنى وجود التزام آخر بديل عنه، وليس تافهاً بمعنى أن هذا الالتزام لا يتناسب مع التزام الطرف الآخر، وإنما هو من حيث المفهوم التزام غير متحقق الوقوع، ما ينسف العملية التعاقدية برمتها، الأمر الذي جعل المشرع المدني يعتبره غير مكتوب، وهذا ما يؤكد القول إن المشرع ابتعد في هذا التوصيف عن نظرية سبب العقد لنظرية المقابل في العقد، ذلك أنه لم يعتبره بمثابة سبب العقد وإنما بمثابة المقابل للعقد، فلو طبقنا فكرة سبب العقد، لكان في هذه الفرضية أمام عقد باطل لانعدام السبب، بينما المشرع طبق عليه فكرة المقابل في العقد، معتبراً الشرط غير موجود والعقد ساري المفعول، بحيث يجب تطبيق الالتزام المقابل المتفق عليه واعتبار الشرط كأنه لم يكن.

2.1.2. لجهة النطاق والأثر:

إن نطاق تطبيق هذه المادة⁽⁷⁷⁾ لا يقتصر على شكل معين من العقود، إنما يشمل كافة أشكال العقود بغض النظر عن تصنيفها، سواء أكانت ضمن طائفة العقود الرضائية أو العقود الرسمية، أو العقود العينية أو عقود المساومة أو عقود الإذعان، أو تلك المتعلقة بالعقود الإطارية والعقد الفوري والعقد الزمني⁽⁷⁸⁾. فالنص القانوني أتى على إطلاقه ويجب احترامه وفق هذا المحتوى، وبالتالي فأى شرط يرد على العقد وقت إبرامه أو وقت نفاذه يُحل المتعاقد الآخر من تنفيذ التزامه الذي يعد كأن لم يكن، ولا ينتج أي أثر قانوني، وإن كان العقد يبقى نافذاً، وفق الاشتراطات التي اتفق عليها المتعاقدان قبل وضع هذا الشرط، ما يوجب على المدين الذي يتذرع بوجود مثل هذا الشرط أن يقوم بتنفيذ الالتزام المفروض عليه وفق العقد المتفق عليه بعيداً عن الشرط المحل من الالتزام. ومن غير الخافي أن تقدير حدود وطبيعة هذا الشرط، لاسيما لجهة التكييف القانوني

بالتعويض دفعت الشركة بالشرط المتعلق بتحللها من تنفيذ هذا الالتزام، وبالتالي فإن الشرط يُعد نافذاً في هذه الفرضية، ذلك أنه في هذه الفرضية، فإن الشرط لا يتعلق بالإعفاء المرتبط بالتعويض وإنما بالإعفاء المرتبط بالالتزام، بينما لو لم يكن هذا الشرط موجوداً فعلى الشركة تنفيذ التزامها باستعمال مواد التنظيف الخاصة بإزالة البقع، فإن كانت قد قامت بذلك وبالرغم من ذلك بقيت البقعة فإن الشركة تضمن التعويض، ما لم يكن هناك شرط معفي من المسؤولية أو التعويض.

D. Mainguy (dir.), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, éd, Dynamiques du droit, Faculté de droit et science politique Univ. de Montpellier, 2016. p. 117s ; 119s. D. Bakouche, Le contrôle de l'existence de la cause dans la jurisprudence de la Cour de cassation: l'abandon d'une subjectivisation ? op, cit.

(77) Art. (1170). "CC. Modifié", op, cit.

(78) Arts. (1107 à 1111- 1). "CC. Modifié", op, cit. Arts. (1107 à 1110). "Terré, projet de loi", op, cit.

إنما يخضع لتقدير القاضي الذي من خلال اطلاعه على بنود وشروط العقد يمكن له أن يستشف ما إذا كان ثمة شرط يمكن اعتباره محلاً للطرف الآخر من التزامه من عدمه، فالطرف المقابل في العقد له الحق بالمطالبة بإلغاء الشرط، والقاضي لديه الإمكانية لتقدير صحة المطالبة من عدمها.

2.2. الشرح المُخل في الالتزام:

بخلاف الفرضية السابقة التي تناولت الشرط المحل من الالتزام، فإنَّ هذه الفرضية تتناول الشرط المحل بشكل فاضح بالتوازن العقدي بين أطراف العقد في عقود الإذعان، من حيث التأكيد بأنَّ كل شرط يرد في هذه العقود يفضي إلى إحداث عدم توازن واضح في الحقوق والواجبات بين أطراف العقد يُعدُّ غير مكتوب، علماً بأنَّ تقدير عدم التوازن المبالغ فيه لا يتناول موضوع الالتزام الرئيسي للعقد أو المقابل المالي للالتزام⁽⁷⁹⁾. وبالتالي فهذه المادة تتناول الشروط المخلة بالالتزام بشكل فاضح في هذه العقود، ما يطرح السؤال حول واقع هذه الشروط في غير هذه العقود، لا سيما العقود الرضائية، الأمر الذي يوجب البحث فيما يفهم صراحة من النص وفق دلالاته اللفظية، وما يفهم منه ضمناً وفق دلالاته الاعتبارية.

2.2.1. في الدلالة الصريحة، الشرط المخل بالالتزام في عقود الإذعان:

عرف القانون المدني الجديد عقود الإذعان بكونها العقود التي لا تخضع شروطها العامة للمفاوضات، أو تحدد بصورة مسبقة من أحد الطرفين⁽⁸⁰⁾. ووفق هذا التحديد الجديد لم يُعدَّ يقتصر هذا المفهوم على العقود التي تُستبعد شروطها الجوهرية من المناقشة، وإنما أضحت التي تستبعد شروطها العامة من المفاوضات، ليتجاوز المشرع المدني الجديد مفهوم الشروط الجوهرية الوارد في القانون المدني السابق لمفهوم الشروط العامة في القانون المدني الجديد، التي باعتبارنا إنما تشمل كامل شروط العقد الجوهرية وغير الجوهرية، باستثناء ما نص القانون على استثنائه صراحة وهما: الالتزام الرئيس موضوع العقد والمقابل المالي في العقد. وبذلك أخرج المشرع المدني الجديد من التذرع بعدم التوازن العقدي أي ادعاء يتناول محل العقد المتفق عليه، أو المقابل المالي للخدمات التي قد يلتزم بها أحد المتعاقدين لصالح الآخر. موقفٌ نتفق معه؛ كون هذه العقود بحد ذاتها، إنما تقوم فكرة الإذعان فيها، على القبول المطلق غير المشروط بعناصر العقد الجوهرية التي لا مكان للتفاوض فيها، وهما الالتزام الرئيس موضوع العقد والمقابل المالي في العقد.

(79) Art. (1171). "CC. Modifié", op, cit.

(80) "Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties". Art. (1110). "CC. Modifié", op, cit.

بالتالي فقد سجل القانون المدني الجديد، مقارنة مع القانون المدني السابق، تحولاً لافتاً في تحديد المقصود بعقود الإذعان إنَّ لجهة التوسيع أو لجهة التضييق، فهو قد وسع من مفهوم الشروط الجوهرية "Les stipulations essentielles"، لمفهوم الشروط العامة «Les conditions générales»، وضيق الحيز المتعلق بهما من المناقشة الحرة «La libre discussion»، إلى المفاوضة «La négociation»، الذي يشمل دلالة قانونية أكثر جدية من مفهوم المناقشة، بذات الوقت الذي ضيق من نطاق الحماية القانونية لهذه العقود، والتي استبعد منها كلاً من الالتزام الرئيس موضوع العقد والمقابل المالي في العقد. ومما لا شك فيه، أنَّ على القضاء واجب تحديد وتبيان الحدود الفاصلة بين مختلف هذه المفاهيم الجديدة، والتي تعتبر بحق مسألة غاية في الأهمية لتحديد التوصيف القانوني لهذه العقود، فبناءً على هذا التحديد تتحدد الحماية من عدمها. كما أنَّ عليه كذلك، تحديد معيار الخلل الفاضح الموجب لتطبيق أحكام هذه المادة، ذلك أنَّ القانون المدني الجديد لم يقدم معايير ثابتة ومحددة له.

2.2.2. في الدلالة الضمنية، الشرط المخل بالالتزام في العقود الرضائية:

إنَّ كان يفهم من نص المادة السابقة أنَّ الشروط التي تُحدث خللاً تعاقدياً مبالغاً فيه تُعدُّ غير صحيحة طالما أنها وردت في عقود الإذعان، فإنَّه من الطبيعي الاستنتاج أنَّ ذات الشروط لا قيمة لها إذا وقعت في العقود العادية. كما أنَّ الاستنتاج بأنَّ الشروط التي تُحدث خللاً تعاقدياً غير مبالغ فيه تبقى صحيحة طالما أنَّها وردت في عقود الإذعان، لكن هل ذات الحكم الأخير ينطبق على غيرها من العقود لاسيما الرضائية منها. في الحقيقة فإنَّ النص القانوني السابق لا يسعف في الإجابة عن ذلك، وإنَّ كنا نميل إلى عدم الاعتداد بها في هذه الفرضية، وبالتالي وجوب اعتبارها باطلة، استناداً لتطبيق أحكام المادة المتعلقة بالإكراه المستند إلى وضعية التبعية التي يكون فيها أحد المتعاقدين في مقابل الآخر، والتي درج الفقه الفرنسي على تسميته بـ: «الإكراه الاقتصادي»⁽⁸¹⁾، المستند إلى

(81) علماً بأنَّنا لا نتفق مع تسميته بـ: «الإكراه الاقتصادي»، ذلك أنَّ المشرع المدني الفرنسي لم يتبنَّ هذه التسمية مطلقاً، بل اعتمد في تكييف هذا الإكراه، وفي مختلف المشروعات القانونية الممهدة للقانون المدني الجديد، على مبدأي الحاجة والتبعية. بذات الوقت تخلى القانون المدني الجديد عن مفهوم الحاجة بشكل كامل، مقتصرًا على تبني مفهوم التبعية، من حيث الإشارة إلى مفهوم «عدم الاستقلالية» بشكل عام، التي تتجلى بمظاهر عديدة من بينها الاقتصادي والاجتماعي وغيرهما.

Art. (1143). CC. Modifié", op, cit. Art. (1142). "Terré", projet de loi, op, cit. p. 47s. H. Barbier, Le vice du consentement pour cause de violence économique ou abus de faiblesse, op, cit. C. Nourissat, La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien ? Dalloz, 2000, Chron, p. 369. B. Montels, La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTD. com. 2002, p. 417. J-P. Chazal, La contrainte économique: violence ou lésion ? op, cit. p. 879.

استغلال وضع الحاجة التي يوجد فيها المتعاقد الآخر بالحصول منه على التزامات لم يكن ليحصل عليها في غياب هذه الحالة من الخشية⁽⁸²⁾.

وعليه، إن كان من الطبيعي الاستنتاج أن الشروط التي تحدث خللاً توازنياً مبالغاً فيه لا قيمة لها إذا وقعت في عقود الإذعان والعقود العادية من باب أولى، فإن هذه الشروط طالما أنها أحدثت خللاً وإن كان غير مبالغ فيه فهي إن بقيت صحيحة في عقود الإذعان إلا أنها تعتبر لا قيمة لها في العقود العادية، وحين ذاك يمكن المطالبة بالتحلل منها أو حتى إبطال العقد بالاستناد إلى مفهوم الإكراه القائم على الحاجة. ومما لا شك فيه أن الأثر المترتب على التمسك بأحكام هذه المادة يختلف عن الأثر المترتب على التمسك بالشروط التعسفية في عقود الإذعان؛ ذلك أن هذه الشروط لا قيمة قانونية لها طالما أنها وردت في عقود الإذعان أو العقود العادية، وبالتالي فهي باطلة حكماً مع بقاء العقد صحيحاً، في حين أن هذه الشروط في حال تحققها في حالة الإكراه القائم على الحاجة لا يمكن المطالبة بالتحلل منها والإبقاء على العقد، وإنما يمكن المطالبة بإبطال العقد بناءً على دعوى قضائية، لا لكون الشرط بحكم عدم بقوة القانون، وإنما بسبب الإكراه الواقع على المتعاقد، وذلك، بعكس الحال في فرضية الشروط المتعلقة بالإخلال بالتوازن العقدي والتي قضى القانون بعدم صحتها بقوة القانون دون الحاجة للطلب القضائي.

ومما لا شك فيه، أن القانون المدني الجديد بموجب هذا النص إنما أعاد النظر في المروحة الحمائية الضامنة لتوازن الالتزامات العقدية بين طرفي العقد، في عقود الإذعان خاصة والعقود عامة لاسيما الرضائية منها. وعليه، وبعد أن كانت فكرة الشروط التعسفية تقتصر على بعض العقود ذات الطبيعة الخاصة لاسيما في بعدها الحمائي، كعقود الاستهلاك وبعض العقود الاقتصادية كعقود التوريد والمنافسة، إضافة لبعض العقود ذات الدلالة الاجتماعية كعقود الإيجار والعمل، فإن هذه القواعد انتقلت اليوم من الخاص إلى العام، لتدرج بشكل واضح ضمن أحكام نظرية صحة العقد، كواحدة من المبادئ التي تحكم العقود كافة وليس شكلاً واحداً من هذه العقود. أمرٌ بالنسبة لنا لا ضير فيه، بل هو دليل عافية وصحة للنظرية العامة للعقد، كونه يُثبت أن هذه الأخيرة قادرة على استيعاب الجوانب الحدائية وليست مقفلة على نفسها، الأمر الذي يضع حداً للكثير من التوجهات الفقهية التي ادعت انكماش هذه النظرية على حساب نظريات عقدية خاصة⁽⁸³⁾.

(82) Art. (1143). "CC. Modifié", op, cit. Pour plus d'informations voir, F. Dournaux, La réforme des vices du consentement, op, cit. H. Barbier, La violence par abus de dépendance, op, cit.

(83) Pour une théorie générale des contrats spéciaux voir, E. Savaux, La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux, Petites affiches, 2012, n° 238, p. 4. E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? op, cit, notamment, p. 27s, 44s, 230s, 232s. J-L. Aubert et J-P. Chazal, Théorie de la cause et justice

الفرع الثاني محتوى العقد «المشروع»

وفق النص القانوني الجديد لا يجوز للعقد أن يخالف النظام العام لا من حيث اشتراطاته ولا من حيث الهدف منه، ما يوجب فهم المقصود بفكرة النظام العام في القانون المدني الجديد ومحددات التزام العقد باحترام هذا النظام.

أولاً - محتوى العقد ومبدأ المشروعية:

وفق التعديل الأخير قضت المادة 1162 من القانون المدني الجديد بأن على العقد احترام النظام العام⁽⁸⁴⁾، بذات الوقت الذي تقضي فيه المادة السادسة منه والتي لا تزال سارية المفعوم بأنه لا يمكن للاتفاقيات الخاصة أن تلتف على القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة⁽⁸⁵⁾. ما جعل مبدأ المشروعية المحدد لمحتوى العقد في القانون المدني الجديد مؤطراً بقيددين: الأول يتعلق بالنظام العام والثاني يرتبط بالآداب العامة⁽⁸⁶⁾.

contractuelle, op, cit. p. 152. J-P. Chazal, De la théorie générale à la théorie critique du contrat, Revue des contrats, 2003, p. 27s.

علماً بأننا نميل للترجيح بأن هذه القاعدة الخاصة التي أوضحت تُمثّل المبدأ العام الذي يحكم مختلف أشكال عقود الإذعان بما فيها عقود الاستهلاك، لا يمكن اعتبارها امتداداً لنظرية الشروط التعسفية التي توجد في بعض أنواع العقود كعقود الاستهلاك، بل هي أوسع منها، ذلك أن نطاق تطبيق هذه المادة يشمل مختلف عقود الإذعان بما فيها المرتبط بعقود الاستهلاك، بذات الوقت الذي لا يمكن فيه القول بأن كافة عقود الاستهلاك هي إذعان بالمعنى الحرفي. بالرغم من ذلك، فلا يمكن إنكار أثر فكرة عقود الاستهلاك على وضع هذه النظرية في النظرية العامة للعقود.

F. Bicheron, N'abusons pas de la clause abusive, Gazette du Palais, 30 avril 2015, n° 120, p. 24.

(84) Art. (1162). "CC. Modifié", op, cit.

(85) On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. (Art. 6). "CC. Modifié", op, cit.

(86) يجدر التنويه إلى أن القانون المدني الجديد قد أسقط مبدأ احترام الحريات والحقوق الأساسية كمحدد إضافي لمفهوم المحتوى المشروع، بخلاف التوجه الذي تبناه مشروع القانون، الذي كان يقضي بأن ممارسة الحرية التعاقدية لا يمكن أن تنطوي على أي اعتداء على الحريات والحقوق الأساسية المعترف بها في نص قابل للتطبيق على العلاقات بين أفراد القانون الخاص، ما لم يكن هذا الاعتداء ضرورياً لحماية مصالح مشروعة وبما يتناسب مع الهدف المراد تحقيقه، ومقيداً هذه الحماية بقيددين رئيسيين: هما النص الصريح على هذه الحقوق والحريات بموجب نصوص قانونية مقننة، وارتباطها بأشخاص القانون الخاص، مقراً بذات الوقت بإمكانية وقوع مثل هذه الاعتداءات عليها على سبيل الاستثناء، ومقيداً ذلك بأمرين إضافيين في غاية الأهمية: الأول يتعلق بحماية المصالح المشروعة، والثاني يرتبط بمفهوم التناسبية بين الاعتداء والهدف المراد الوصول إليه، متبنياً في ذلك توجه الاجتهاد القضائي المستقر لهذا المبدأ بين ممارسة الحق والإضرار بالغير، ومؤسساً لنظرية قانونية جديدة لمفهوم التناسبية، كانت ستشكل تحولاً قانونياً لمفهوم التعسف في استعمال الحق الذي اعتمدت عليه كثير من التشريعات في تفسير تبني مفهوم الاعتداء على حقوق الغير، حيث كان من المتوقع أن يتبنى القانون المدني الجديد بصريح النص هذا المفهوم ذا الأصل الاجتهادي، الذي لو تم تبينه، تمثل الدخول الحقيقي والفعلي كما الرسمي والصريح لنظرية الحقوق والحريات الأساسية في منظومة العقود المدنية، باعتبارها قيداً جديداً صريحاً وواضحاً على مفهوم الحرية التعاقدية، لجهة عدم التعدي

1. مبدأ المشروعية والنظام العام:

ضمن هذه الفرضية، ربط المشرع المدني الجديد مشروعية محتوى العقد بالتوافق مع النظام العام في مادتين مفصليتين إحداهما محدثة، قضت باحترام محتوى العقد للنظام العام «L'ordre public» ببعده غير المقتن ك: «مفهوم»⁽⁸⁷⁾، والأخرى ألزمت كافة العقود الخاصة باحترام القوانين المرتبطة بالنظام العام «Lois qui intéressent l'ordre public»، ببعده المقتن ك: «نص»⁽⁸⁸⁾، ما يسجل تحولاً لافتاً في موقف المشرع المدني الفرنسي من مبدأ مشروعية محتوى العقد، كونه لم يعد يحصره بفكرة النظام العام المقتن كما كان عليه الحال في القانون المدني السابق، وإنما -إضافة لذلك- في الأطر العامة غير المقتنة المكونة لهذا المفهوم، بحيث إن النظام العام كمحدد لمشروعية المحتوى لم يعد يتعلق بنصوص القوانين المرتبطة بالنظام العام، وفق التوجه المستقر في نص المادة السادسة من القانون

على هذه الحقوق والحريات، بوصفها ذات دلالة مدنية مرتبطة بالقانون الخاص، بعد أن كان الفقه والتشريع يميلان لاعتبارها مقصورة على القانون العام، وهو ما يمثل ارتداداً للفلسفة الأوروبية في تناول هذه الحقوق والحريات على فكر وفلسفة المشرع المدني الفرنسي، إلا أن القانون المدني الجديد تجاهل هذا النص، مكتفياً بالقيود القائم على فكرة النظام العام، الأمر الذي نأسف له، إلى جانب العديد من رجال الفقه الفرنسي الذين وجدوا في هذا النص استجابة للعديد من اشتراطات تجديد وتحديث القانون المدني الفرنسي المطلوبة على المستوى الأوروبي، والتي غالباً ما وُجِّهت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المشرع المدني الفرنسي على تقصيره فيها.

“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. 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 Le texte s'inspirait du projet Terré (art. 3 et 4). Voir. G. Rouhette, Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, op, cit, n° 43. D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, Petites affiches, 1998, n° 117, p. 12. N. Belley, L'émergence d'un principe de proportionnalité. Les Cahiers de droit. V. 38, n° 2, 1997, p. 245 -313. Ph. Barral, Existe-t-il un véritable contrôle de proportionnalité en droit privé ? étude comparative franco-allemande. Petites affiches, 30 sept. 1998. Sur le site d'internet: <http://www.theses.fr/2013STRAA010>. N. Molfessis, Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat. Petites affiches. 1998, n° 117. p. 21. V. Goessel-Bihan, Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel: présentation générale. Petites affiches. 2009, n° 46. p. 62. S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, in. Revue internationale de droit comparé. Vol. 54, n° 3, 2002. Pp. 881 -884. Sur le site d'internet: http://www.persee.fr/doc/ridc_00352002_3337-_num_54_3_17824. Une réforme du droit des contrats qui bouscule certains principes, L'Opinion, 2015. Voir le site d'internet: <http://www.lopinion.fr/edition/politique/reforme-droit-contrats-qui-bouscule-certains-principes-23997>. L. Maurin, Contrat et droits fondamentaux, LGDJ, 2012, p. 32s. A- A, Hyde, Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Essai d'une théorie, thèse en Droit. Paris 1, 2012, p. 47s. Aubert de Vincelles, Les principes généraux relatifs au droit des contrats, In F. Terré (Dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008, p. 113, spéc. p. 115. Pour une étude d'ensemble de la jurisprudence, v. J. Ghestin, G. Loiseau et Y-M. Serinet, La formation du contrat, T. 1, Le contrat, Le consentement, op, cit, spéc, 549s, p. 409s, et les réf. citées.

(87) Art. (1162). “CC. Modifié”, op, cit.

(88) (Art. 6). “CC. Modifié”, op, cit.

المدني الفرنسي⁽⁸⁹⁾، وإنما بالقواعد القانونية المكونة لهذا المفهوم سواء أكانت ذات دلالة تشريعية رسمية أو اجتهادية قضائية، ما سيجعل مبدأ المشروعية محتوي العقد يخضع، تحت فكرة النظام العام لقيدين: أحدهما نصي مقنن يُمثله المشرع الفرنسي، والآخر اجتهادي غير مقنن يُمثله القضاء الفرنسي، ما سيمنح الاجتهاد القضائي دوراً فاعلاً في توسيع وتضييق فكرة هذا النظام العام، من خلال تحديد دلالات هذا المفهوم⁽⁹⁰⁾، مما سيرز نظاماً عاماً مزدوج الهوية لفكرة النظام العام! أحدهما ذو دلالة قضائية غير مكتوب، والآخر ذو دلالة نصية مقننة، الأمر الذي لا يُخفي العديد من رجال القانون الفرنسي خشيتهم منه، وهو ما لا نتفق معه، ذلك أن فكرة النظام العام هي فكرة موحدة ليست مجتزأة ولا ثابتة، وإنما هي فكرة متطورة ومتغيرة، يساهم الاجتهاد القضائي في بلورتها وبقائها منذ بداية تكوينها النصي، وإن تقييدها بمحدد رسمي مقنن أمرٌ يجافي منطق الأمور، مما يوجب أن يكون ارتباط النظام العام، كمحدد لهذه الحرية متوافقاً معها كمفهوم أكثر منها كنص⁽⁹¹⁾. ولذلك نرى أن موقف المشرع المدني الجديد كان موفقاً إلى حد كبير، علماً بأننا نعتقد أن هذه الرخصة في التوسع بمفهوم النظام من النص إلى القاعدة وفق دلالة المفهوم العام، لا تشمل مختلف الاتفاقات الخاصة، وإنما فقط العقود التي وردت في الفصل المخصص للعقد، بمعنى أن القانون المدني الجديد كرس مفهومين لفكرة النظام العام، أحدهما موسع يرتبط بالقواعد المتعلقة بالنظام العام، ويشمل شكلاً محدداً من الاتفاقات الخاصة هي الواردة في الفصل المخصص للعقود من هذا القانون، والآخر مقيد مرتبط بنصوص القوانين المتعلقة بالنظام العام، ويشمل باقي أنواع الاتفاقات الخاصة، مع التأكيد بعدم مخالفة شروط وأهداف أي منهما للنظام العام⁽⁹²⁾.

2. مبدأ المشروعية والآداب العامة:

بخلاف الحال لفكرة النظام العام، لم يشر القانون المدني الجديد في نص المادة 1162⁽⁹³⁾ - التي تناولت مفهوم مشروعية محتوى العقد - لمفهوم الآداب العامة، ما يطرح السؤال

(89) (Art. 6). "CC. Modifié", op, cit.

(90) M. Mekki, La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats, aspects substantiels, op, cit. M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (I), op, cit, p. 8.

(91) Pour une illustration, D. Mainguy (dir.), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, éd, Dynamiques du droit, Faculté de droit et science politique Univ. de Montpellier, 2016. Pp. 36 -39. Cass. 1re civ, 29 oct. 2014, n° 13 -13309, Dalloz, 2015, p. 535, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki.

(92) Art. (1162). "CC. Modifié", op, cit.

(93) Art. (1162). "CC. Modifié", op, cit.

حول إمكانية اعتبارها أحد محددات مبدأ مشروعية محتوى العقد، لاسيما وأنَّ المشرع الفرنسي كان قد سبق ونص عليها في مشروع القانون (Chancellerie) لعام 2008 الذي كان يشترط لتحديد مبدأ المشروعية في العقود عدم مخالفة العقد للنظام العام من جهة والآداب العامة من جهة أخرى⁽⁹⁴⁾. تحفظ تشريعي، يبرز أنَّ ثمة إعادة تموضع في موقف المشرع المدني لاعتبار الآداب العامة من محددات مشروعية محتوى العقد، لا لجهة إنكار هذا المحدد، وإنما لجهة التلطيف منه، لاسيما وأنَّ المشرع المدني الحالي أبقى على نص المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بضرورة احترام الاتفاقات الخاصة، بما فيها العقود المنصوص عليها في المادة المنوه عنها أعلاه، للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة⁽⁹⁵⁾، حيث نعتقد أنَّ المشرع أراد بهذا الموقف التعامل مع مفهوم الآداب العامة بطريقة خاصة، من حيث عدم اعتباره كـ: «مفهوم» من محددات مبدأ مشروعية محتوى العقد، ومنح هذه الخصوصية فقط لمفهوم النظام العام. بذات الوقت الذي اعترف للآداب العامة كـ: «قواعد قانونية» بتأطير مفهوم مشروعية هذا المحتوى، بحيث إنَّ النظام العام كمفهوم وتقنين هو محدد أول لمشروعية محتوى العقد، في حين أنَّ الآداب العامة كتقنين، لا كمفهوم، هي محدد ثانٍ لمشروعية العقد، وبالتالي فالمشرع المدني الجديد لم يُردِّ الانتقال بمفهوم الآداب العامة من النص إلى القاعدة كما فعل بالنسبة لمفهوم النظام العام، ليبقى مفهوم الآداب العامة ذا دلالة واحدة مرتبطة بالنص لجميع أنواع الاتفاقات الخاصة سواء المتصلة بالعقود أو غيرها، والنظام العام ذا دلالة نصية محددة مرتبطة بالمشرع واجتهادية مرتبطة بالقضاء الذي يستطيع أن يتوسع في هذا المفهوم.

ولا يضير ذلك ما ذهب إليه بعض الفقه من التلطيف من هذا التحول، بالقول بأنَّ مفهوم الآداب العامة يُعدُّ مُستوعباً في مفهوم النظام العام في بعض الحالات⁽⁹⁶⁾، لذلك لم يشر المشرع إلى مفهوم الآداب العامة ضمن محددات مشروعية المحتوى مكتفياً بالإشارة

(94) La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. Toutefois, il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Art. 16. Est illicite le contrat prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Art. 88. Pour une vue d'ensemble, Note de présentation du projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats. Document publié sur le site d'internet: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf. C. Pérès, 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), Dalloz, 2009, Chron, p. 381.

(95) Art. (6). "CC. Modifié", op, cit.

(96) M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (I), op, cit, n° 41, p. 8. D. Mainguy (dir.), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, éd, Dynamiques du droit, Faculté de droit et science politique Univ. de Montpellier, 2016. p. 114s.

لمفهوم النظام العام، باعتباره مُستوعباً لمفهوم الآداب العامة. موقفٌ تحليلي نتحفظ عليه، ذلك أنه ليس جميع مشتزمات مفهوم الآداب العامة تدخل في مفهوم النظام العام، فهناك منها ما هو منفصل عن مفهوم النظام العام، وإن حدث تداخل بين المفهومين وقرر المشرع حماية بعض المفاهيم المرتبطة بالآداب العامة التي تتعلق بالنظام العام، فهو لا يمنحها الحماية القانونية في هذه الفرضية لكونها من مكونات الآداب العامة وإنما من مكونات النظام العام، ذلك أنّ جذر القاعدة يختلف عن توصيف القاعدة، ففي اللحظة التي يعتبرها القانون جزءاً من النظام العام تصبح قاعدة مرتبطة بالنظام العام لا بالآداب العامة، وعلى هذا التكييف القانوني الجديد تتم حمايتها لا على أساس جذرها التأصيلي⁽⁹⁷⁾.

وحسناً فعل المشرع المدني الفرنسي، فالنظام العام بفلسفته وروحه هو مفهوم قانوني سيادي يرتبط بحماية الدولة للحقوق المرتبطة بحقوق المجتمع، في حين أنّ الآداب العامة إنما هي مفهوم قانوني سيادي يرتبط بحماية الدولة للحقوق المرتبطة بحقوق الأفراد، لذلك فضل المشرع ربط مشروعية العقد بالنظام العام كمفهوم وتقنين لارتباطه بالنظام العام، وبالآداب العامة كنص لارتباطها بحقوق الأفراد. هذه الأخيرة التي شهدت حديثاً تحولات مفصلية كبرى ذهبت لتغليبها على العديد من القيم المجتمعية التي كانت راسخة في الضمير المجتمعي الغربي والتي لا تزال تسجل جدلاً مجتمعيّاً كبيراً في مجتمعات هذه الدول، لا سيما في قضايا زواج المثليين والمعاشرة غير الشرعية⁽⁹⁸⁾، ما جعل من ربط الآداب العامة بالنص القانوني ضرورة قصوى لتأمين عدم الاختلاف في تحديد ما يدخل ضمن مكونات الآداب العامة وما يخرج عنها. ضرورة لا يستلزمها مفهوم النظام العام، وذلك لما سبق بيانه من أسباب.

ثانياً- مبدأ المشروعية، والمحتوى الموضوعي:

بالرجوع لنص المادة 1162 من القانون المدني الجديد المؤطرة لمبدأ المشروعية في العقد، نلاحظ أنها شددت على احترام العقد -كاشتراطات وكهدف- للنظام العام، ما جعل هذا الأخير مقيداً لمبدأ مشروعية المحتوى، من حيث الشروط التي يمكن أن ينطوي عليها العقد، الأمر الذي يُمثل الجانب الموضوعي الملموس لهذا المحتوى، ومن حيث الغاية منه، الأمر الذي يُمثل الجانب الشخصي غير الملموس لهذا المحتوى. أمرٌ لم يكن ليثير كثير استغراب، وربما كان سيُعدُّ امتداداً لذات القواعد الحاكمة لنظرية السبب في القانون المدني السابق لولا الحضور الواضح لنظرية المحل التي تُتملُّ الجانب الموضوعي الملموس للالتزام

(97) J-L. Souriaux, Le destin fabuleux d'une épithète: la reviviscence du sens juridique des bonnes mœurs, op, cit, p. 1273.

(98) J-L. Souriaux, Le destin fabuleux d'une épithète: la reviviscence du sens juridique des bonnes mœurs ? Revue des contrats, 2005, n° 4, p. 1273.

ضمن مشتملات هذا المحتوى، وغياب نظرية السبب التي تُمثّل الجانب الشخصي غير الملموس للالتزام فيه، مع بروز نظرية المقابل التي حلت محل نظرية السبب في بعدها المادي، ما عزز من الطبيعة الموضوعية لهذا المبدأ على حساب الطبيعة الشخصية.

1. محتوى العقد وتكريس مبدأ المشروعية الموضوعي:

استناداً لنص المادة 1162 من القانون المدني الجديد يجب أن تتوافق اشتراطات العقد مع النظام العام⁽⁹⁹⁾، ومما لا شك فيه أنّ العبارة المصطلحية «الاشتراطات» إنما تُمثّل الجانب الظاهر من التزامات أطراف العقد التي يمكن للقاضي أن ينظر فيها بشكل مادي ملموس لتحديد مدى توافقتها مع النظام العام، سواء في إطاره النصي أو المصطلحي، كما توافقهما بالتبعية للنصوص القانونية المتعلقة بالأداب العامة وفق ما سبق بيانه. ومن غير الخافي أنّ التحليل القانوني لمبدأ المشروعية هنا لا يتناول بحال من الأحوال فكرة وجود الأداء موضوع المحل أو حتى مشروعية هذا الأداء، كما لا يتناول الاشتراطات التي ترتبط بتنفيذ هذا الأداء من حيث الإمكانية والتحقق والتعيين، أو كونها متناسبة أو غير متناسبة، أو حتى قضية وجود الاشتراط المقابل وإمكانية تحققه من عدمها، لتعلق مختلف هذه الفرضيات بفكرة محتوى العقد المؤكد، لا مشروعيته⁽¹⁰⁰⁾. فمبدأ المشروعية الذي نبحث فيه هنا، إنما يتناول توافق مختلف هذه الفرضيات السابقة بعد تحققها مع النظام العام من عدمه، بمعنى هل هي تتعارض مع النظام العام أم لا؟ فما يعنينا هنا، ليس وجود هذه الاشتراطات من عدمها وإنما مشروعيتها، والفرق بين الأمرين كبير.

ولمّا كانت هذه الاشتراطات لها وجود مادي محسوس يمكن تلمسه من خلال العقد أو الاتفاق المبرم بين أطرافه، لذلك يغدو تقييم مشروعيتها مستنداً بالضرورة لدلائل مادية ملموسة في العقد يمكن للقاضي تلمسها من خلاله، ما يجعل عملية تكييفها ذات دلالة موضوعية وليست شخصية، بشكل تصبح قضية العلم في هذه الفرضيات ليست مجرد افتراض وإنما واقع حسي حقيقي قائم بذاته. فالشخص الذي يدعي بعدم مشروعية هذه الاشتراطات عليه تقديم الدلائل المادية التي تُمكن القاضي من تحديد وتقييم صفة المشروعية من عدمها في هذه الاشتراطات.

(99) Art. (1162). "CC. Modifié", op, cit.

(100) يشار إلى أنّ هذا التحليل لا يتناول مبدأ المقابل الموضوعي الذي سبق تناوله في معرض البحث عن محتوى العقد المؤكد، والذي حل محل نظرية السبب في جانبها الموضوعي المرتبط بنظرية السبب، وإنما يتناول مبدأ المقابل المشروع المتوافق مع النظام العام، من حيث الاشتراطات والغاية. راجع الفقرة المعنونة: «ثانياً-المقابل في العقد والمحتوى المؤكد» من هذا البحث.

2. محتوى العقد وتحجيم مبدأ المشروعية الشخصي:

في الشق الثاني من المادة 1162 من القانون المدني الجديد المؤطرة لمبدأ مشروعية المحتوى، يؤكد المشرع المدني الفرنسي بالأخص خلاف هدف العقد النظام العام، بغض النظر عن كون هذا الهدف معلوماً أو مجهولاً بالنسبة لجميع أطراف العقد⁽¹⁰¹⁾، بما يفيد بأنّ على العقد، من حيث الهدف احترام النظام العام، بحيث لا يكون هدفه مخالفاً لهذا النظام، الأمر الذي وجد فيه بعض الفقه الفرنسي توجهاً من المشرع المدني الفرنسي لتكريس نظرية السبب في جانبها الشخصي. استنتاجٌ، وإن كان مقبولاً في جانب، إلا أنّه يثبت في الجانب الآخر التحول الذي سبق وبيناه في موقف المشرع الفرنسي من نظرية السبب لجهة هجره لهذه النظرية، ذلك أنّ نظرية السبب في التشريع الفرنسي السابق كانت تقوم على احترام هذه النظرية في بعدها الشخصي منذ بداية العملية التعاقدية وحتى نهايتها، بمعنى أنّ فكرة السبب في بعدها الشخصي هي فكرة تأسيسية لا تقتصر على موافقة العقد للنظام العام من حيث الهدف منه، بل هي أوسع من ذلك بكثير، حيث تتناول قضية وجود السبب من عدمه أولاً، وقضية مشروعية هذا السبب لجهة الدافع للتعاقد، بمعنى الباعث على التعاقد، ثانياً. وأخيراً قضية مشروعية هذا السبب في البعد الغائي الخاص من التعاقد المتعلق بغاية العقد بالنسبة لكل متعاقد، لا الهدف من العقد، ثالثاً.

فمن المعلوم أنّ الهدف من العقد هو ما يمكن اعتباره الهدف القريب المأمول من العقد ذي الطابع الموضوعي الذي من المفروض أن يصارح أطراف العقد فيه بعضهم البعض، في حين أنّ الغاية من العقد إنما تتمثل في الهدف البعيد ذي الطابع الشخصي من التعاقد الذي يرتبط بالجانب الشخصي لكل متعاقد لا الجانب الموضوعي للعقد، والتي بالضرورة لا تحتاج ولا يشترط فيها المصارحة بين جميع أطراف العقد. وعلى ذلك نجد أنّ المشرع المدني الجديد في الجانب الخاص بالبعد الشخصي لمشروعية المحتوى إنما قيد هذه المشروعية بالفكرة الأكثر التصاقاً بالعقد والأقل تعلقاً بالجانب الشخصي لأطراف العقد، وهي هدف العقد، مستبعداً مختلف الأطر ذات الدلالة الشخصية الصرفة، كما في وجود السبب من عدمه، ومشروعية الدافع للتعاقد إضافة لمشروعية البعد الغائي للعقد. وبالتالي فإنّ القانون المدني الجديد بتوجهه هذا، إنما حجم بشكل كبير من البعد الشخصي لمبدأ المشروعية، بحيث لم يقبل منه سوى الجانب الشخصي الأكثر التصاقاً بعملية تنفيذ العقد من حيث الهدف منه، والأكثر موضوعية في التقييم من حيث كونه من مخرجات العملية التعاقدية انتهاءً لا ابتداءً، بل إنّ المشرع الفرنسي، وربة منه في

(101) Art. (1162). "CC. Modifié", op, cit.

تحجيم البعد الشخصي لقضية توافق هدف العقد مع النظام العام وأثره على العملية التعاقدية، اعتبر أنّ هدف العقد يجب أن يتوافق مع النظام العام بغض النظر عن قضية العلم بهذا الهدف من عدمه، مفترضاً العلم بالضرورة لأطراف العقد بهذا الهدف بغض النظر عن قضية العلم اليقيني، مقنناً بذلك التوجه القضائي المستقر حول مسألة علم أو عدم علم أطراف العقد بعدم مشروعية هدف العقد، وبالتالي تمسك هؤلاء بمبدأ حسن النية لتعطيل مسألة توافق هدف العقد مع النظام العام، بما فيها إمكانية دفع بطلان العقد في ضوء إعمال قاعدة احترام المركز القانوني للمتعاقد حسن النية في العقد⁽¹⁰²⁾.

(102) La cour de cassation dans un arrêt du 7 octobre 1998 est venue affirmer qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pu connaître du caractère illicite ou immoral du motif déterminant du contrat.

الخاتمة:

تناول البحث توضيح الثابت والمتغير في نظرية صحة العقد وفق الاعتبار الشخصي لهذه النظرية المتعلقة بأطراف العقد، ونظيره الموضوعي المتعلق بالعقد ذاته موضوع العملية التعاقدية، من خلال دراسة قانونية تحليلية تأصيلية مقارنة للنصوص الحاكمة لنظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي السابق والجديد، حيث عرضنا من خلالها للتطورات التي شهدتها هذه النظرية في القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديلات الأخيرة التي أقرها المشرع المدني الفرنسي بموجب القانون المدني الجديد، مبرزين الجانب التأصيلي والتحليلي لهذه النظرية من جهة، وموضحين مختلف الجوانب الحداثية والآثار التي تترتب بموجب القانون المدني الجديد على نظرية صحة العقد في التشريع الفرنسي الجديد، من جهة ثانية. كل ذلك من خلال العرض للثابت والمتغير في هذه النظرية في ضوء التطورات الأخيرة لهذا القانون شكلاً وموضوعاً، ما بين المفهوم الرباعي لأركان هذه النظرية في القانون المدني السابق، والثلاثي في القانون المدني الجديد. وقد بيّن البحث أنه وإن كان ثمة ثبات في العديد من ركائز هذه النظرية، إلا أنه وبذات الوقت، ثمة تغيير وتحوّل في هذه الركائز.

أولاً - الثابت .. الاعتبار الشخصي في نظرية العقد:

رغم عديد التعديلات القانونية الهامة والحيوية التي تمت على نظرية العقد في جانبها الشخصي المتعلق بالرضا والأهلية، إلا أنها جميعها بقيت في الإطار التشريعي والفقهى المتعارف عليه والمستقر في فكر ونهج المدرسة الفرنسية، بحيث إنّ القانون المدني الجديد جاء بالعديد من التعديلات الشكلية والموضوعية في هذه النظرية، إما ليوضح الموقف القانوني من بعض جوانب هذه النظرية. وبالتالي، يزيل الغموض عنها كما في ركن الرضا أو ليكمل النقص التشريعي الحاصل في هذه النصوص كما في ركن الأهلية، واضعاً في الفرضية الأولى مبدأ الرضائية في صلب النصوص القانونية الحاكمة لهذه النظرية، ومقديماً لنظرية صحة الرضا بصورة أكثر منهجية واتزاناً، إنّ من حيث العرض الكلي والعام لهذه العيوب، أو التفصيلي والتحليلي لكل عيب من هذه العيوب، مفصلاً للجوانب الاقتصادية لنظرية العيب في كل من عيبي الغلط والإكراه، وموسعاً لنظرية الغلط لتستوعب نظرية الباعث التي كانت حتى عهد قريب من متعلقات نظرية السبب، كما تبنى المشرع للمرة الأولى كذلك فكرة التدليس السلبي، إضافة لمفهومي الإكراه الاقتصادي والإكراه القانوني، في حين أنه في الفرضية الثانية أكمل وبشكل لافت النقص الذي كان يعتري ركن الأهلية في التعاقد، إنّ في التعاقد أصالة أو التعاقد نيابة، معيداً

للقانون المدني اعتباره «المشروع العام» لفكرة الشخص بمفهومه الطبيعي والاعتباري، وواضعاً نظرية قانونية شبه مكتملة للتعاقد نيابة، واضعاً وللمرة الأولى إطاراً قانونياً متكاملاً لهذه النظرية في صلب أحكام أركان نظرية صحة العقد، مفصلاً في القواعد القانونية الخاصة بأهلية هذه النيابة وأشكال النيابة، ومميزاً بين حالتها التي تجاوزت حدود النيابة والتصرف دون النيابة، علماً بأنَّ المشروع المدني الجديد، وفي الفرضيتين نجح وإلى حد كبير في التوفيق بين الدلالة النصية للتشريع وجذره القضائي، من حيث تبني العديد من الحلول القضائية التي استقر عليها الاجتهاد القضائي، ناقلاً الحكم القضائي من حيز الاجتهاد إلى حيز التقنين، ما أعاد لنظرية العقد طبيعتها النصية، بعد أن كانت تُعاب بطابعها الاجتهادي في مدرسة قانونية قائمة بالأصل، على التقنين لا الاجتهاد.

ثانياً- المتغير... الاعتبار الموضوعي في نظرية العقد:

بينَ البحث أنَّ المشروع المدني الجديد تبني نهجاً جديداً في معالجة الاعتبار الموضوعي للعقد، حيث لم يشر التقنين المدني الفرنسي الحديث لمفهوم المحل والسبب ضمن مفرداته القانونية التي تؤطر أركان العقد، بحيث إنهما، نصياً لم يُعدَّ لهما وجود فعلي في التقنين المدني الفرنسي المتعلق بنظرية العقد، وحل محلها مفهوم جديد هو محتوى العقد بسميته: المؤكد والمشروع، الذي عزز بدوره من جانب الاعتبار الموضوعي المستند لفكرة المحتوى المتمثل بالأداء المؤكد والمشروع، بذات الوقت الذي أسقط فيه الاعتبار الشخصي للمحتوى من خلال إسقاط نظرية السبب من مفرداته، والاستعاضة عنها بفكرة: «المقابل المتوقع والمأمول» الذي يجب بدوره أن يكون حقيقياً ومشروعاً، ما مكنَ الاعتبار الموضوعي لصحة العقد اليوم من تجاوز مختلف الإشكاليات القانونية والفقهية التي كان ينطوي عليها ركنا المحل والسبب، لاسيما المرتبط بالطبيعة المتعددة لمفهوم السبب بين سبب العقد وسبب الالتزام، وما شكل إعادة تموضع للقانون المدني الفرنسي مع منظومة القوانين الأوروبية ذات العلاقة، وجعله أكثر تناغمًا وتوافقاً مع هذه المنظومة. بالتالي، فإنَّ التعليل القانوني لصحة العقد الشكلية والموضوعية لم تُعدَّ تصاغ بعد اليوم، وفق الدلالات اللفظية لأي من مفهومي المحل والسبب، فالعقد سيغدو مطعوناً في صحته، بالاستناد لافتقاده للمحتوى المؤكد أو المشروع. حقيقةً، لا مجال للطعن بها مطلقاً في الجانب المصطلحي، وإن كان الحديث لا يزال قائماً فيها في الجانب التحليلي.

إلا أنه، وبعيداً عن هذا الجدل، فإننا نميل إلى التأكيد بأنَّ المشروع المدني الفرنسي، ونظراً للتطور الكبير الذي طرأ على نظريتي المحل والسبب، لاسيما الأخيرة منهما، قد تجاوز

بمراحل عديدة مفهوم السبب وفق الفكرة التأصيلية التي أسس عليها ومن أجلها، بحيث إنَّ الواقع الفعلي لهذا المفهوم في الوقت الحالي قد تجاوز ذلك بكثير، ما جعل الاجتهاد القضائي يحاول أن يمنح السبب أدواراً أقل ما قيل فيها أنها مصطنعة. بالتالي، إنَّ التحول الحالي في الموقف التشريعي الفرنسي لنظرية العقد في شقها الموضوعي ليس مجرد تحول مصطلحي وحسب، وإنما هو تحول فقهي وموضوعي في المضمون في فهم هذه النظرية والأبعاد المأمولة منها، وما عملية الربط التحليلي التي تتم اليوم بين مفهومي المحل والسبب ونظرية محتوى العقد المؤكد والمشروع، واختلاف الرؤى الفقهية بين هذا التوجه أو ذاك، إلا نتيجةً طبيعيةً لدور الفقه في تحليل النصوص القانونية وأبعادها ضمن المرحلة الانتقالية التي تتعلق بانتهاء مرحلة تشريعية وبداية مرحلة تشريعية جديدة.

وقناعتنا، أنَّ القول الفصل في ترسيخ جذور هذه النظرية الجديدة في المنظومة التشريعية المدنية الفرنسية من عدمه، إنما هو للقضاء، وتحديدًا لحكمة النقض الفرنسية في ضمان الرقابة على حسن تطبيق القواعد القانونية المؤطرة لهذا المحتوى الموضوعي نصاً ومضموناً، الأمر الذي نأمل تحققه في القريب العاجل.

المراجع⁽¹⁰³⁾:

أولاً - باللغة العربية:

1. الكتب:

- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007.
- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- عاطف النقيب، نظرية العقد، المنشورات الحقوقية "صادر"، ط2، بيروت، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري،
 - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.
- نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبد المنعم فرج صده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- مصطفى الجمال، رمضان أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- نبيل إبراهيم سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، بمناسبة مرور مائتي عام على القانون الفرنسي، الطبعة الأولى، الدار العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000.

(103) نظرًا لتعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علمًا بأن كافة المراجع مسددة في متن البحث.

- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الأحكام العامة للتطبيقات العملية للنظام العام العقدي، تأصيل قواعد القانون المدني في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، بدون دار نشر، 2013.

2. الأبحاث:

- فاطمة الفلسفي، دور السبب الشخصي في العقود، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة العراقي، العدد رقم 21.
- طلبة وهبة خطاب، مقابل الالتزام بالوعد في القانون الانجلوأمريكي مع دراسة مقارنة للسبب في القانونين المدني المصري والفرنسي، مجلة كلية العلوم الإدارية، مجلد رقم 6.
- أحمد رفعت خفاجي، الصورية في التصرف القانوني، دراسة فقهية فلسفية لمحنة معاصرة، مجلة مصر المعاصرة، مجلد 47، العدد 286، 1956.
- درماش ابن عزوز، نظرية السبب والعدالة العقدية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد رقم 11، السنة 2012.

ثانياً – باللغة (الفرنسية) Français:

I. Articles:

• Spéciaux:

- A. Fréneau, La fin de la cause mais la cause à la fin: subsistance de la notion en droit des assurances, Petites affiches, 2016, n° 85.
- B. Edelman, De la liberté et de la violence économique, Dalloz, 2001, n° 29.
- B. Fages, Autour de l'objet et de la cause, Revue des contrats, 2006, n° 1.
- B. Montels, La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTD. com. 2002.
- C. Grimaldi, Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots, D, 2015.
- C. Nourissat, La violence économique, vice du consentement: beaucoup de bruit pour rien? Dalloz, 2000, Chron.

- C. Wicker et N. Ferrier, La représentation, JCP, G, 2015, suppl. au n° 21.
- Ch. Delangle, La fausse opposition de la cause objective et de la cause subjective, À propos de cass. com., 18 mars 2014, n°12-29.453, JCP E 2014, 1224.
- D. Mazeaud:
 - La cause, dans le code, civil, 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz 2004.
 - Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin? In La nouvelle crise du contrat, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Dalloz, 2003.
 - Pour que survive la cause, en dépit de la réforme, Droit et patrimoine, 2014, n° 240.
 - Régime de la violence économique, Dalloz, 2002.
- E. Chevreau:
 - La cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain. Revue des contrats, 2013, n° 1.
 - Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015.
 - L'objet et la cause dans les projets français de réforme du droit des contrats, communication à l'occasion du colloque sur Les avant-projets de réforme du droit des obligations, Saint-Jacques de Compostelle, févr. 2011.
 - Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats, Revue des contrats, 2015, n° 03.
- F. Chénéde:
 - L'équilibre contractuel dans le projet de réforme, Revue des contrats, 2015, n° 3.
 - L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats: l'apport du droit administratif, Contratsconcurrence-consommation 2008, étude n° 11.
 - La cause est morte... vive la cause ? Contrats, conc. consom. 2016, dossier 4, n° 5.

- F. Dournaux, La réforme des vices du consentement, Droit et patrimoine, n° 258, mai 2016.
- F. Rouvière, Contenu du contrat: J.-Cl. contrats-distribution, fasc. 50, no 8: l'opération contractuelle est une synthèse entre les utilités attendues (au sens matériel) et les engagements propres à les atteindre.
- G. Guerlin, Le dol implique toujours la malhonnêteté. L'essentiel Droit des contrats, 2016.n°5.
- G. Loiseau, La consécration de la violence économique, Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, dir. Ph. Stoffel-Munck, Dalloz, 2015.
- G. Wicker:
 - La suppression de la cause et les solutions alternatives (Rapport français), La réforme du droit des obligations en France, 5e journées franco-allemandes, dir. R. Schulze et alii, Société de législation comparée, 2015.
 - La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot? D, 2015.
- G.-J. Martin et J.-B. Racine, Objet du contrat: J.-Cl. civ., fasc. 10, art. 1126-1130, nos 2 et s.
- H. Barbier, La violence par abus de dépendance, JCP, G, 2016, 421.
- H. Barbier, Le vice du consentement pour cause de violence économique, Droit et patrimoine, 2014, n° 240.
- J. Klein, Le consentement - Arts. 1128 à 1143. JCP, G, Supplément au n° 21, 2015.
- J. Maury, Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, Revue internationale de droit comparé. 1951.
- J. Rochfeld, Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français, Revue des contrats, 2013, n° 4, n° 16.
- J. Sénéchal, Le contenu des contrats, in O. Deshayes Sous Dir, Le droit commun européen de la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011: SLC 2012.
- J.-P. Chazal:
 - Violence économique ou abus de faiblesse, Droit et patrimoine, 2014, n° 240.
 - La contrainte économique: violence ou lésion ? Dalloz, 2000.

- J-L. Aubert. J-P. Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle, JCP, G., 1998, I.
- J-L. Fourgoux, L'abus de dépendance économique, Gazette du Palais, 13 février 1997.
- J-M, Guéguen, Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D, 1999.352.
- M. Béhar-Touchais:
 - Le contenu du contrat 1, Revue des contrats, 2013, n° 2.
 - Le déséquilibre significatif dans le Code civil, JCP G 2016, 391.
- M. Fabre-Magnan, Critique de la notion de contenu du contrat, Revue des contrats, n° 03.
- M. Frison-Roche, Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique, RTD. Civ, 1998.
- M.-Ph. Weller, 'La cause' dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015 (Commentaire allemand), La réforme du droit des obligations en France, 5e journées franco-allemandes, dir. R. Schulze et alii, Société de législation comparée, 2015.
- N. Dissaux:
 - La cause se meurt, vive la caducité ! Cass. civ. 1ère 30 octobre 2008. (pourvoi no 07-17646). Petites affiches, 2009, n° 49.
 - La représentation: notion, Blog Réforme du droit des obligations, dir.
- G. Chantepie et M. Latina, billet du 29 avr. 2015, <http://reforme-obligations.Dalloz.fr/2015/04/29/la-representation-notion/> [consulté le 03/06/2016].
- O. Tournafond, Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit français, D, 2008.
- P. Catala, Deux regards inhabituels sur la cause du contrat. Defrénois 2008, art. 38866.
- Ph. Didier, La représentation dans le nouveau droit des obligations, JCP G 2016, 580.
- Ph. Malinvaud, Le contenu du contrat dans l'avant-projet chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes, D, 2008.

- T. Charles, Vers l'absence de cause le 14 janvier 2016. Publié sur Dalloz Actualité (<http://www.Dalloz-actualite.fr>)
- Th. Genicon, Caducité pour disparition de la cause: requiem pour une immortelle? Revue des contrats, 2016, n° 01.
- Th. Genicon, Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots, Revue des contrats, 2015, n° 3.
- V. Forti, L'absorption de l'objet par le contenu du contrat. Petites affiches, n° 218, 2014.
- V. Varet, La nullité du contrat pour cause illicite, Revue de la recherche juridique, 2001.
- X. Lagarde, L'objet et la cause du contrat, entre actualités et principes, Petites affiches, 2007, n° 70.
- X. Lagarde, Sur l'utilité de la théorie de la cause, D, 2007.
- Y-M. Laithier, Remarques sur les conditions de la violence économique, Petites affiches, 2004, n° 233, p. 6 et n° 234.
- **Généraux:**
 - A. Bénabent, Th. Revet, D. Mazeaud, et autres, La réforme du droit des contrats: quelles innovations, Revue des contrats, n° Hors-série, 2016.
 - A. Ghazi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la chancellerie, Dalloz, 2008, Chron.
 - B. Demont, Le regard du praticien sur la réforme du droit des contrats et des obligations, Revue Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, dossier 9.
 - B. Fages, Quelques évolutions contemporaines du droit des contrats à la lumière des Principes de la commission Lando, D, 2003.
 - B. Haftel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation. Gazette du Palais. 2015, n° 120.
 - C. Aubert De Vincelles, B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, J. Rochfeld, Droit européen des contrats: évolutions et circonvolutions, In Dossier Droit européen des contrats: à la recherche du temps perdu, Droit et patrimoine, n° 165, déc. 2007.

- C. Pérès, 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), Dalloz, 2009, Chron.
- Ch. Jamin, D. Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2012.
- Ch. Jamin, Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction. In La nouvelle crise du contrat, sous la direction du Ch. Jamin, D. Mazeaud, Dalloz, 2012.
- Ch. Krampe, Les principes directeurs du Code civil Allemand. Le code civil français et le dialogue des cultures juridiques. Colloque de Beyrouth des 3, 4 et 5 mai 2004, ed. Bruylant, 2008.
- Ch. Lavabre, Eléments essentiels et obligation fondamentale du contrat, RJDA, 1997, chr. 291.
- D. Bakouche, Le contrôle de l'existence de la cause dans la jurisprudence de la Cour de cassation: l'abandon d'une subjectivisation? Lexbase La lettre juridique n°588 du 23 octobre 2014. N° Lexbase: N4240BUL.
- D. Cohen, La bonne foi contractuelle: Éclipse et renaissance, in Le code civil, Le passé, Le présent, L'avenir, Dalloz, 2004.
- D. Fenouillet, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres: présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, Revue des contrats, 2009.
- D. Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009, Chron.
- D. Mazeaud:
 - La matière du contrat, in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet Sous Dir, Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003.
 - Observations conclusives, Revue des contrats. 2016, n° Hors-série.
 - Présentation de la réforme du droit des contrats, étude sous Ord, n° 2016-131, 10 févr. 2016. Gazette du Palais, 2016, n° 83.
- G. Alpa, L'avenir du contrat: aperçu d'une recherche bibliographique, Revue internationale de droit comparé. 1985.
- G. Loiseau et A. Martinon, La réforme du droit des contrats est arrivée ! Les Cahiers Sociaux. 2015. n° 272.

- G. Notté, Du droit à l'oubli au temps perdu... Cahiers de droit de l'entreprise, n° 4, Juillet 2015, éditorial 4.
- G. Rouhette, Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, Revue des contrats, 2007, p. 1371, n° 43.
- H. Battifol, La crise du contrat et sa portée, Arch. ph. dr, Tome. XIII, 1968, .
- H. Emaire et A. Maurin, Droit français et principes du droit européen des contrats, Petites affiches, 2004.
- H. Magloire, La Question de La Définition Du Contrat En Droit Prive: Essai D'une Théorie Institutionnelle', Juridical Tribune, 4.1 2014.
- J. Eroulez et D. Blanc, La longue marche vers un droit européen des contrats, D, 2007.
- J. Ghestin:
 - L'utile et le juste dans les contrats, Arch. phil. dr, T. 26, 1981.
 - L'utile et le juste dans les contrats, D, 1982.1.
 - La notion de contrat, D, 1990.147.
- J. Mestre, Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi, RTD. Civ, 1996. 898.
- J-F. Hamelin, Les devoirs de se renseigner et d'information: Blog Dalloz, Obligations, 2015, <http://reform-obligations.Dalloz.fr>.
- J-G. Belley La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme, Les Cahiers de droit, vol. 26, n° 4, 1985.
- J-L. Halpérin, 'Deux cents ans de rayonnement du code civil des Français ?', Les Cahiers de droit, 46.1-2 2005.
- J-L. Sourieux, Le destin fabuleux d'une épithète: la reviviscence du sens juridique des bonnes mœurs ? Revue des contrats, 2005, n° 4.
- J-P. Chazal, De la théorie générale à la théorie critique du contrat, Revue des contrats, 2003.
- J-Ph, Dunand, B. Winiger, Le code civil français dans le droit européen, éd. Bruylant. 2005.
- J-S. Borghetti, Réforme du droit des contrats: un projet s'en vient, l'autre s'en va. D, 2015, 1376. La réforme projetée du droit des contrats, Colloque organisé par le centre Obligations, Biens, Marchés (OBM), sous la direction des professeurs O. Tournafond et F. Bicheron. Université de Paris XII. 18. JCP,2014. G, Supplément au n° 21, 2015.

- L. Aynes, Le devoir de loyauté, Archives de philosophie du droit, 2000.
- L. Cadet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats, In Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, p. 7, spéc, n° 5.
- M. Alby, J. Bouffard et S. Chaudouet, Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun, La réforme du droit des contrats: Actes de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015.
- M. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD. Civ 1995.
- M. Latina, Les derniers développements du droit européen du contrat, Revue des contrats. 2012, n° 1.
- M. Lehmann, Le projet Catala et le droit allemand, Revue des contrats, 2007, n° 4.
- M. Marcadé, Cours élémentaire de droit civil français, T. 4, Cotillon, 1850, 4e éd., n° 1126.
- M. Mekki, Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information. Gazette du Palais. 2016. n° 14.
- M. Mekki,
 - L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire. Dalloz, 2016, n° 9.
 - La formation du contrat et la réforme du droit des obligations. Entre vices et vertus. Sur le site d'internet: <http://www.mekki.fr>.
 - Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations D, 2015, 816.
 - Réformer le droit des contrats. Du mythe à la réalité, note n° 9. Fondation Jean-Jaurès. Thémis, Observatoire justice et sécurité, 23 mai 2014.
- M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (I à XI). Petites affiches. 2016. V. Les numéros suivants: 26 févr. 2016; Petites affiches, 7 mars 2016; Petites affiches, 14 mars 2016; Petites affiches, 22 mars 2016; Petites affiches, 30 mars 2016; Petites affiches, 4 avr. 2016; Petites affiches, 13 avr. 2016; Petites affiches, 21 avr. 2016; Petites affiches, 26 avr. 2016; A 6 mai 2016, p. 10 à 21 et Petites affiches, 13 mai 2016, n° 096.

- N. Belley, L'émergence d'un principe de proportionnalité. Les Cahiers de droit. Vol. 38, n° 2, 1997.
- N. Molfessis:
 - Droit des contrats: l'heure de la réforme. JCP. G, n° 7, 16 Février 2015.
 - Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat. Petites affiches. 1998, n° 117.
- O. Anselme-Martin, Etude critique du devoir d'exécuter les obligations de bonne foi, Petites affiches, 22 janvier 1997.
- O. Deshayes, La formation des contrats, Revue des contrats. 2016, n° Hors-série.
- O. Lando, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences, Revue des contrats, 2006, n° 1.
- O. Tournafond, Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats: commentaire passionné et critique, Droit et Patrimoine, 2014, n° 241.
- P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat: RTD civ. 1999, no 4.
- P. Catala (dir.), La documentation française, 2005. D. Mazeaud, Droit des contrats: réforme à l'horizon !, Dalloz, 2014, p. 291, n° 4.
- P. Catala, Il est temps de rendre au code civil son rôle de droit commun des contrats, JCP 2005.
- P. Jourdain, Le devoir de "se" renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement), D, 1983.
- P. Sirinelli et L. de Carvalho, Réforme du contrat d'édition, Commentaire de l'ordonnance du 12 novembre 2014. D, 2015.
- P-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. 13, Paris, 1827.
- Ph. Barral, Existe-t-il un véritable contrôle de proportionnalité en droit privé ? étude comparative franco-allemande. Petites affiches, 30 sept. 1998. Sur le site d'internet: <http://www.theses.fr/2013STRAA010>.
- Ph. Briand, La cotitularité des obligations, Droit et patrimoine. n° 258, mai 2016.

- Ph. Malaurie, Le code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte, JCP, éd. G, 2002, no 6.
- Ph. Rémy, Réviser le titre III du Livre troisième du Code civil? Revue des contrats, 2004, p. 1169 et s., spéc.
- Ph. Stoffel Munck, Autour du consentement et de la violence économique, Revue des Contrats, 2006, n° 1.
- R. Boffa, Juste Cause (et Injuste Cause). Brèves Remarques Sur Le Projet de Réforme Du Droit Des Contrats, Recueil Dalloz, 2015, 335–41.
- R. Cabrillac,
 - L'avenir du Code civil, JCP, G, 2004, I.
 - Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions: JCP G 2008, no 40, p. 190 et s., spéc. no 10.
- R. Legeais, M. Pédamon, C. Witz, Code civil Allemand, BGB Bürgerliches Gesetzbuch. Dalloz, 2010. Articles, §311-§314.
- R. Schulze, Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat – Rapport de synthèse. Revue des contrats, 2013, n° 4.
- R-J. Pothier, Traité des obligations, 1761, réédition Dalloz, 2011, no 2, no 6.
- S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, in. Revue internationale de droit comparé. Vol. 54, n° 3, 2002.
- Th. Genicon, Défense et illustration de la cause en droit des contrats, À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Dalloz, 2015.
- V. Goesel-le Bihan, Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel: présentation générale. Petites affiches. 2009, n° 46.
- V. Heuzé, A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats, JCP 2002. I.
- V. Valais, La réforme du code civil: quels enjeux pour nos contrats. D. IP/IT, mai 2016.

II. Ouvrages :

• Spéciaux:

- A-S. Lucas-Puget, Essai sur la notion d'objet du contrat, LGDJ, 2005.

- C. Aubert de Vincelles, Les principes généraux relatifs au droit des contrats, In F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008.
- C. Lucas de Leyssac, L'obligation de renseignements dans les contrats, in l'information en droit privé, LGDJ, 1978.
- Ch. Larroumet et S. Bros, Traité de droit civil, t. 3, Les obligations, Le contrat, 7e éd., Economica, 2014.
- D. Bonnet, Cause et condition dans les actes juridiques, LGDJ, 2005.
- D. Mazeaud, La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence, In Liber amicorum Christian Larroumet, Economica, 2010.
- H. Capitant, De la cause des obligations, Dalloz. Paris 1923.
- J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2016.
- J. Hauser, Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, thèse, Paris, LGDJ, 1971.
- M. Planiol, La cause du contrat, Traité élémentaire de droit civil, T. II, 11e éd., LGDJ, 1931.
- N. Dissaux et Ch. Jamin, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil. éd, Dalloz. 2016.
- Ph. Simler, Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations. Inclus: Avant-projet de réforme de la responsabilité civile. LexisNexis. 2016.
- **Généraux:**
 - A. Bénabent, Droit civil, Les obligations, 13e éd., Montchrestien, LGDJ, 2013.
 - E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? LGDJ, 1997.
 - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil: Les obligations, 11e éd., Dalloz, coll. Précis, 2013.
 - G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil. Dalloz, 2016.
 - H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde,
 - les grands arrêts de la jurisprudence civile II. "Obligations, contrats spéciaux, sûretés", Dalloz, 13ème éd, 2015.

- les grands arrêts de la jurisprudence civile I. “Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions”, Dalloz, 13ème éd, 2015.
- J. Ghestin, G. Loiseau et Y-M. Serinet, Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), La formation du contrat, T. 1, Le contrat, Le consentement, LGDJ, 4e éd., 2013.
- J-L Halpérin, Histoire du droit privé français depuis 1804, éd. Presse universitaire de France. 2012.
- L. Maurin, Contrat et droits fondamentaux, LGDJ, 2012.
- M. Béhar-Touchais, Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l’obligation avec le nouveau Code civil roumain Régime de l’obligation, T 82, V II. Bibliothèque de l’Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne. Ed : IRJS, 2017.
- Ph. Rémy, Droit des contrats: questions, positions, propositions, in Le droit contemporain des contrats, Paris, Economica, 1987.
- Ph. Stoffel-Munck, Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit des obligations, LGDJ, 2015.

III. Colloques, Etudes et Rapports :

• Acte, et Colloques :

- La réforme du droit des contrats: Actes de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, (dir. D. Maiguy,), Montpellier, Univ. de Montpellier, 2015.
- La réforme projetée du droit des contrats, Colloque organisé par le centre Obligations, Biens, Marchés (OBM), sous la direction des professeurs O. Tournafond et F. Bicheron. Univ. de Paris XII. 18. JCP, G, 2014. Supplément au n° 21, 2015.

• Rapports :

- Annual Reports, Doing Business: 2004 to 2016 Banque mondiale. <http://www.worldbank.org/en/publication/reference>.
- Rapport au nom de la Commission Mixte Paritaire du 13 mai 2014, Assemblée Nationale n° 1933 et Sénat n° 529.
- Rédaction Lextenso, La réforme du droit des contrats: quelles innovations, Gazette du Palais, n° 12, 2016.

• **Etudes :**

- Critiques Constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations: parfaire sans défaire. Sous la coordination scientifique de M. Mekki, avec les contributions de F. Bicheron, N. Blanc, R. Boffa, Ph. Chauviré et B. Haftel. Gazette du Palais, éd, spécialisée, 29 et 30 avril 2015, n° 119 à 120.
- La réforme du droit des contrats, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. 1re éd. Gualino, Hors collection. 2016.
- Livre Blanc, Réforme du droit des obligations, Impacts sur les contrats d'affaires et informatiques. Extraits des déférents articles, Dossier Spéciale, mai 2016, éd, Dalloz. 2016.
- Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats: articles choisis. Revue des contrats, septembre. 2015, n° 3.
- Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, éd, Dalloz. 2016.
- Un an d'application de la réforme des contrats, Quel impact sur la pratique notariale, 1re éd, Collectif, Editeur : Defrénois. Collection : Expertise Notariale. 2017.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
355	الملخص
356	تقديم
356	المطلب الأول - صحة العقد: من نظريتي المحل والسبب إلى نظرية المحتوى
356	الفرع الأول - أسباب التحول: إشكاليات مفهومي المحل والسبب
357	أولاً - على المستوى المشترك
357	1 - الأصل المشترك
360	2 - الغاية المشتركة
360	2.1 - تأصيل فكرة المشروعية في المحل والسبب
361	2.2 - تأصيل فكرة المقابل في المحل والسبب
362	ثانياً - على المستوى الخاص
362	1. إشكاليات المحل
363	1.1. محل العقد ... محل الالتزام «الخلط غير المبرر»:
364	1.2. مفهوم الشيء بين فكرتي المحل والمضمون، «التكييف المصطنع»
365	2. إشكاليات السبب
366	2.1. سبب العقد، المفهوم المعقد
368	2.2. سبب العقد: الحاجة التشريعية
371	الفرع الثاني - نتائج التحول
372	1. استيعاب محل العقد بمضمون العقد
374	2. استبعاد سبب العقد من مضمون العقد
378	المطلب الثاني - محتوى العقد: المؤكد والمشروع
378	الفرع الأول - محتوى العقد «المؤكد»
379	1. تعيين محل الأداء:
380	2. طبيعة التزام المدين في تنفيذ الأداء:
381	1. المقابل في الأداء، بين الحرية العقدية والعدالة العقدية
382	1.1. المقابل في الأداء والحرية العقدية

382	1.2. المقابل في الأداء، والعدالة العقدية
382	1.2.1. المقصود بمفهوم الوهمية والتفاهة في الأداء
383	1.2.2. زمن تقدير مفهومي الوهمية والتفاهة في الأداء
385	2. المقابل في الأداء، والشروط المبالغ فيها:
385	2.1. الشرط المخل من الالتزام
386	2.1.1. لجهة المفهوم
387	2.1.2. لجهة النطاق والأثر
388	2.2. الشرط المخل في الالتزام
388	2.2.1. في الدلالة الصريحة، الشرط المخل بالالتزام في عقود الإذعان
389	2.2.2. في الدلالة الضمنية، الشرط المخل بالالتزام في العقود الرضائية:
391	الفرع الثاني - محتوى العقد «المشروع»
391	أولاً - محتوى العقد ومبدأ المشروعية
392	1. مبدأ المشروعية والنظام العام
393	2. مبدأ المشروعية والآداب العامة
395	ثانياً - مبدأ المشروعية والمحتوى الموضوعي
396	1. محتوى العقد وتكريس مبدأ المشروعية الموضوعي
397	2. محتوى العقد وتحجيم مبدأ المشروعية الشخصي
399	الخاتمة
402	المراجع

