

المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة

أ.د. محمد عرفان الخطيب*

الملخص:

يقدم البحث محاولة أكاديمية تتناول توضيح الجوانب الحداثيّة للمبادئ التشريعية المؤطرة لنظرية العقد في القانون المدني الفرنسي: "مبدأ الحرية التعاقدية، مبدأ حسن النية، ومبدأ القوة الملزمة للعقد"، بعد التعديل الأخير لهذا القانون في عام 2016، بهدف تبيان مدى نجاح هذا التعديل في معالجة العيوب التشريعية التي كانت تعاني منها نظرية العقد في التشريع المدني السابق، كما يهدف إلى اطلاع رجال القانون والفقهاء العرب على هذه الجوانب الحداثيّة، سعياً للفت أنظارهم إليها، ومدى الحاجة لمراجعة الواقع الفعلي لهذه المبادئ في دولهم، وذلك وفق منهج قانوني تحليلي تأصيلي نقدي مقارنة، يحلّل الجانب التأصيلي لهذه المبادئ في القانون المدني الجديد من جهة، ويقارن برؤية نقدية، واقعها الحالي مع القانون المدني السابق من جهة أخرى، وفق خطة بحثية تتناول في عرضها التمهيدي، خصوصية فكرة «المبدأ العام» في القانون المدني المعدّل والإشكالية التي صاحبت تبنيه. وتعرض في مباحث ثلاثة متوالية للجوانب الحداثيّة لكل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة المؤطرة لنظرية العقد.

وقد بيّن البحث كيف أنّ واضعي القانون المدني الفرنسي الجديد، رغم أن منح صفة «المبدأ العام» لهذه المبادئ، لا يزال موضع نظر بين مؤيد ومعارض، قد أعادوا تطويعها مع المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، لجعل نظرية العقد أكثر استجابة لهذه المتغيرات. كما أبرز البحث الرؤية القانونية الجديدة التي وسمت نظرية العقد نتيجةً لهذه المبادئ، التي كما تستحق الإشادة في جوانب، تقتضي التصويب والمراجعة في جوانب أخرى.

وأكد البحث أن القانون الجديد كما منح الإرادة هامشاً أكبر في تحديد نوعية وطبيعة الالتزام، فإن عليه أن يعيد موقفه من حرية هذه الإرادة في تحديد الطرف المقابل في العملية التعاقدية، لما قد ينطوي عليه من معيار تمييزي مخالف للقانون، ومبيناً، أنه كما

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

وسَّع القانون من المظلة الحمائية لبدأ حسن النية لمختلف مراحل العقد، فعليه ألا يستبعد مرحلة إنهاء العقد من هذه الحمائية، آملاً منه أن يعيد النظر في موقفه الحالي وصولاً لمظلة حمائية عقدية مكتملة.

وأشاد البحث بالتوفيق الحرج الذي تبناه القانون الجديد بين القوة الملزمة للعقد والأمان العقدي، منبهاً بذات الوقت لخطورة ما قد يترتب عليه من حضور أكبر للقضاء في التنظيم المستقبلي للعقد، كطرف «تعاقدية» قد لا يكون مرغوباً به، وداعياً الفقه والقضاء والمشرع للمزيد من العمل، بغية عدم خروج هذا التوافق عن الغايات التشريعية التي وضع لها.

كلمات دالة: العدالة العقدية، التوازن العقدي، الأمان العقدي، الحرية التعاقدية، حسن النية، القوة الملزمة للعقد، القانون المدني الفرنسي.

تمهيد:

المطلع على نصوص القانون المدني الفرنسي الجديد، المعدّل بموجب قانون إصلاح العقود والإثبات رقم 31-2016 تاريخ 10/02/2016⁽¹⁾، يدرك جيداً رغبة المشرع الفرنسي في العمل - ما أمكن ذلك - على توضيح أحكام هذا القانون، لاسيما المرتبطة منها بنظرية العقد، جعلها أكثر تماسكاً ووضوحاً، الأمر الذي يمكن تلمسه بوضوح في المواد المفتاحية الخاصة بهذه النظرية التي حدد فيها المبادئ التشريعية المؤطرة لها، متبنياً بصريح النص المبادئ الإطارية الأكثر شهرة، الحاكمة لهذه النظرية، ونعني بذلك: مبدأ الحرية التعاقدية، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، وأخيراً مبدأ حسن النية⁽²⁾، مؤكداً التبنّي القانوني لهذه المبادئ، ومبيناً الحدود الجديدة التي رسمت لها في ضوء أحكام القانون المدني الجديد⁽³⁾.

(1) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: JO. 11 févr. 2016. "Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016", ratifiée par la Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. JO n° 0093 du 21 avril 2018. Pour plus d'informations voir: T. Revet, L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général, Revue des contrats (RDC), 2018, n° 7, p. 4. T. Andrieu et M-Ch. Dreux, La réforme du droit des contrats ratifiée: la cohérence et la sécurité juridique préservées, Gazette du Palais (GDP), 2018, n° 16, p. 13. M. Mekki, Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations. GDP, 24 oct. 2017, n° 305y0, p. 11. D. Mazeaud, Le nouveau droit des obligations: observations conclusives, RDC, 2018, n°0, p. 65. Réforme du droit des obligations, Un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Ed. Dalloz, 2016. P. Sirinelli et L. de Carvalho, Réforme du contrat d'édition, Commentaire de l'ordonnance du 12 novembre 2014. D, 2015, p. 498. J. Monéger, Le droit des contrats nouveau est arrivé. Loyers et Coprop, Le droit des contrats nouveau est arrivé, n° 4, Avril 2015, repère 4.

محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: «الثابت والمتغير»، «قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016 تاريخ 10/02/2016» - الجزء الأول [الاعتبار الشخصي] - الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، على التوالي: العدد (21)، مارس 2018، ص 239-301، العدد (22)، يونيو 2018، ص 355-417. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعية قضائية وصياغة تشريعية. لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، كلية القانون الكويتية العالمية، 2017، ملحق خاص، الجزء الثاني، نوفمبر 2017، ص 285 - 339. يجدر التنويه أنه، ولأغراض هذا البحث سيتم التذليل على هذا القانون باستخدام مصطلح: «قانون إصلاح نظام العقود» أو «القانون المدني المعدّل» «القانون الجديد»، أو مرادفاتهما باللغة العربية حسب الحال، وباللغة الفرنسية مصطلح:

«Ord, n° 2016-131, 10 févr. 2016» ou «Code Civil Modifié (CC. Modifié)».

(2) Arts. (1102-1104). "CC. Modifié", op, cit.

(3) يجدر التنويه إلى أنّ بعض الفقه ذهب إلى القول بتكريس المشرع المدني الفرنسي في القانون المدني المعدّل مبدأً جديداً يتعلق بالرضائية في العقود، وفق ما ذهب إليه نص المادة (1129) منه، التي أكدت أنه: «بالتوافق مع نص المادة (414-1) يجب أن يكون [الشخص] سليم العقل لأجل الوصول لالتزام صحيح في العقد»، في حين أنه، ومن خلال الربط القائم بين هذه المادة والمادة (414-1) المتعلقة بحماية القصر والمحجور عليهم، يتبين بوضوح أنها إنّما تركز على التوازن العقلي والنفسي للمتعاقد المفترض، كشرط من شروط صحة الرضا، الأمر الذي يرتبط بأهلية الشخص الممكنة للالتزام من عدمه، مما ينفى عنها

من هنا تأتي فكرة هذه الورقة البحثية التي تسعى لتوضيح الجوانب الحدائية للمبادئ التشريعية المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث، في ضوء التعديل الأخير للقانون المدني المنوه عنه أعلاه، من حيث توضيح طبيعة وخصوصية هذه المبادئ على نظرية العقد خاصةً، ونهج وفكر المدرسة اللاتينية للعقود عامةً، عبر دراسة قانونية تحليلية تأصيلية مقارنة لواقع هذه المبادئ في النصوص القانونية الجديدة، مع النصوص التي كانت حاکمةً لنظرية العقد في القانون المدني السابق⁽⁴⁾، بهدف تلمس مدى نجاح واضعي القانون المدني المعدل بهذا النهج الجديد، ومدى صواب نصوصه في سد مختلف الثغرات التشريعية التي كانت تعترى نظرية العقد في القانون المدني السابق، بشكل يعيد معه للقانون المدني الفرنسي مكانته الريادية في المنظومات القانونية الأوروبية والدولية⁽⁵⁾، أملاً في توضيح هذه الجوانب الحدائية لرجال القانون والفقهاء العرب، وسعيًا للفت أنظارهم إليها، ومدى الحاجة لمراجعة المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد في دولهم بما يستجيب وموقف المشرع المدني الفرنسي الجديد حيال هذه النظرية.

كل ذلك، عبر دراسة قانونية نقدية مقارنة، تُبرز الجانب التأصيلي والتحليلي لهذه المبادئ في القانون المدني الجديد من جهة، ولواقع حال ما كانت عليه في نصوص القانون المدني السابق⁽⁶⁾ ومشروع القانون المهيب للقانون المدني الجديد المتعارف بمشروع قانون

صفة المبدأ العام، وعليه لن يتم التطرق في البحث لهذه الحيثية ضمن المبادئ العامة، مما اقتضى التنويه 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 (II), op. cit.

محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: الاعتبار الشخصي..، مرجع سابق، ص 252 وما بعدها.

(4) عليه البحث لا يناقش فكرة المبدأ العام الاجتهادي أي المبادئ العامة التي ترسيها المحاكم القضائية العليا «محاكم القانون»، وإنما يعرض بشكل معمق للمبادئ الإطارية التشريعية التي وردت في نصوص القانون المدني الجديد ضمن هذا المفهوم. ولا يضير في ذلك أن هذه المبادئ تعود في جذرها التأصيلي لمؤسسة الاجتهاد القضائي، ولكننا هنا، إنما نعرض لها باعتبارها مبادئ قانونية تم تبينها بصريح النص من المشرع، ما أكسبها الصفة الرسمية، ونزع عنها الصفة الاجتهادية.

(5) يكاد لا يخلو أي كتاب أو مرجع قانوني يتعلق بمدخل علم القانون أو التقديم لنظرية القانون عمومًا من الإشارة إلى دور المنظومة القانونية الفرنسية في منظومة التشريعات العربية وتأثرها بها. راجع على سبيل المثال: حسن كيرة، المدخل إلى القانون - القانون بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص 246 وما بعد. راجع في القانون الفرنسي:

J. Carbonnier, Le Code civil des Français dans la mémoire collective, In 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 1045s.

(6) البعد المقارن للبحث يتناول الدراسة المقارنة للواقع التشريعي لنظرية العقد في القانون المدني السابق والقانون المدني المعدل ومشروع القانون المهيب للقانون المدني الجديد «مشروع قانون Terré»، بما يفيد الوصول إلى فهم أعمق وأدق لهذه النظرية في كينونتها وفلسفتها. وعلى ذلك يخرج عن نطاق المنهج

«Terré»⁽⁷⁾ من جهة أخرى، مستندين في ذلك، لعرض منهجي يتناول طبيعة وخصوصية كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة على حدة، بدءاً من مبدأ الحرية التعاقدية، مروراً بمبدأ حسن النية، وانتهاءً بمبدأ القوة الملزمة للعقد⁽⁸⁾، على أن يسبقهما مدخل توضيحي نبين فيه جدلية الإقرار بفكرة «المبدأ العام» في القانون الجديد، كون الإقرار تشريعياً بصفة المبدأ العام لهذه النقاط الثلاث، لم يكن موضع توافق فقهي كامل.

المقارن للبحث التقديم لدراسة قانونية مقارنة بين التشريع الفرنسي من جهة والتشريعات الغربية أو العربية المناظرة من جهة ثانية. وعليه ستكون القاعدة المرجعية للبحث معتمدة، بالدرجة الأولى، على المراجع البحثية الحديثة في القانون الفرنسي، مع الإشارة حين الحاجة إلى بعض المراجع العربية على سبيل الاستزادة والتدعيم.

(7) Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz, 2013. Document publié sur le site d'internet: http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

سيتم التدليل على مشروع القانون من خلال استخدام مصطلح: «مشروع القانون» ومرادفاتها باللغة العربية، ومصطلح: «Terré»⁽⁷⁾، للغة الفرنسية.

(8) يشار إلى أن القانون المدني المعدل قد رتب هذه المبادئ مبتدأً بمبدأ الحرية التعاقدية ومن ثم مبدأ القوة الملزمة للعقد، وأخيراً مبدأ حسن النية، غير أنه وللمقتضيات مخطط البحث الذي يتناول توضيح الجوانب الحدائية في موقف المشرع المدني الفرنسي، لاسيما حين التعرض لأثر القوة الملزمة للعقد التي تبرز في قضيتي التنفيذ والإنهاء، أثرنا التعديل في منهجية العرض البحثي لهذه المبادئ، من حيث البحث أولاً، بمبدأ الحرية التعاقدية، لننتقل بعدها لمبدأ حسن النية، قبل أن نختم بمبدأ القوة الملزمة للعقد.

مدخل توضيحي

جدلية التبني القانوني لفكرة «المبدأ العام»

بعد أن بيّن القانون المدني المعدّل الإطار الهيكلي والقانوني الحاكم لنظرية العقد، حرص على توضيح القواعد القانونية المؤطرة لهذه النظرية ضمن الفصل الأول من الباب الفرعي الأول من الكتاب الثالث من الباب الثالث منه⁽⁹⁾، إلا أنّ هذا التوجه، على الرغم من دلالاته، لم يكن حاسماً بالنسبة للعديد من رجال الفقه الفرنسي في تحديد الطبيعة القانونية لهذه القواعد، إنّ لجهة العنوان المحدد لهذا الفصل أو لجهة التوصيف القانوني للقواعد التي تضمنها هذا الفصل، مشككين بإمكانية وصف هذه القواعد بـ: «مبادئ عامة»، معتبرين أنّ القانون المدني المعدّل إنّما منح لهذه القواعد خصوصية معينة، من حيث كونها دون «المبدأ العام»، وإن كانت تقترب من «القاعدة المؤطرة»⁽¹⁰⁾. فمنذ وضعه، أثار العنوان المقرر لهذا الفصل «أحكام توضيحية» (Dispositions Liminaires)⁽¹¹⁾، العديد من ردود الفعل الفقهية والقانونية، بين مؤيد ومعارض، ليس فقط لمجرد استخدام القانون المدني المعدّل لمصطلح حديث جديد بخلاف المصطلح القانوني السابق لعنونة هذا الفصل الذي كان يسمى «أحكام تمهيدية» (Dispositions préliminaires)⁽¹²⁾، بل لكون التسمية الحديثة التي تبناها المشرّع المدني الفرنسي إنّما جاءت دون التوقعات! ذلك أنّ العديد من رجال الفقه الفرنسي كان يأمل أن يكون العنوان المقرر لهذا الفصل أكثر جرأة ومباشرة بإبراز مصطلح المبادئ «Principes» ضمن هذا العنوان، وفق ما تم استخدامه في مشروع القانون Chancellerie⁽¹³⁾ لعام 2008 الذي استخدم مصطلح: المبادئ التوجيهية «Principes Directeurs»⁽¹⁴⁾، أو وفق ما ذهب إليه مشروع القانون Catala⁽¹⁵⁾ لعام 2013 الذي

(9) Arts. (1101 à 1111-1). «CC. Modifié», op. cit.

(10) Pour plus d'informations voir, C. Pèrès, Observations sur «l'absence» de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, RDC, n° 3. 2015. Pp. 647-650. M. Mekki, Les principes généraux dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, D. 2015, p. 816. M. Mekki, La réforme au milieu du gué: Les notions absentes? Les principes généraux du droit des contrats, aspects substantiels, RDC, n° 3. 2015. Pp. 651-654. C-A de Vincelles, Les principes généraux relatifs au droit des contrats, In F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2009, p. 113s.

(11) Arts. (1101 à 1111-1), «CC. Modifié», op. cit.

(12) Arts. (1101 à 1107), Ancien Code civil 2016, (Ancien CC), op. cit.

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

(14) J. Ghestin, Observations sur le projet de réforme en droit des contrats, Petites affiches (PA), 12 févr. 2009, p. 5s.

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

استخدم مصطلح: أحكام عامة «Dispositions Générales»⁽¹⁶⁾، الأمر الذي دفع البعض للتشكيك في موقف المشرع المدني الفرنسي من طرح هذه الأفكار القانونية الإطارية لنظرية العقد بوصفها «مبادئ عامة» تحكم نظرية العقد أم مجرد «أطر مفاهيمية» ضمن هذه النظرية⁽¹⁷⁾، متسائلين عن الأسباب والمبررات الكامنة خلف ذلك، إذ إنّه من السذاجة الاعتقاد أنّ التعديل الذي تبناه المشرع الفرنسي الجديد في التوصيف القانوني لعنونة هذا الفصل إنّما هو وليد صدفة! مما جعل السؤال القائم على تحري وفهم الأسباب التي حملت المشرع المدني الفرنسي لتبني هذه الدلالة المصطلحية في عنونة هذا الفصل من جهة، كما الأسباب التي حملته على تجاهل تبني مصطلح «المبادئ العامة» في الدلالة على هذه المفاهيم الإطارية الحاكمة لنظرية العقد لديه من جهة أخرى، سؤالاً مشروعاً، يُهدد لفهم ومناقشة التخوفات التي حملته على تبني هذا التوجه المنتقد.

أولاً- حقيقة التبني القانوني لمصطلح «أحكام توضيحية»:

حالة التردد التي اعترت موقف المشرع المدني الفرنسي حيال عملية تحديد المصطلح القانوني المناسب لهذا الفصل والتوصيف القانوني للمواد التي تضمنها، طوال فترة التبني القانوني لنصوص هذا القانون، أوجدت تساؤلاً مشروعاً حول خلفية التبني القانوني لهذه التسمية المصطلحية أولاً، وصدقية وجود فكرة المبدأ العام ضمن مشتملاتها ثانياً.

1 - خلفية التبني القانوني لمصطلح «أحكام توضيحية»:

بالنسبة للعديد من رجال الفقه الفرنسي فإنّ اعتماد التسمية المصطلحية الخاصة ب: «أحكام توضيحية»، «Dispositions Liminaires»، بدلاً من «أحكام تمهيدية»، «Dispositions préliminaires»، ضمن هذا الفصل، إنّما جاءت منسجمة مع مشتملات مواد هذا الفصل الإحدى عشرة⁽¹⁸⁾ المتضمنة لتوضيحين رئيسيين يتعلقان بالحياة التعاقدية؛ الأول يتعلق بتوضيح المبادئ التوجيهية التي تقوم عليها نظرية العقد بشكل عام من حيث مبدأ الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد كما مبدأ حسن النية⁽¹⁹⁾، والثاني يتعلق بالتعريف بمفهوم العقد عامة ونماذج العقود المختلفة⁽²⁰⁾، بما فيها تلك التي كرسها الواقع العملي للتعاملات

(16) P. Dupichot, Les principes directeurs du droit des contrats, RDC, 2013, n° 3, Pp. 387-399.

(17) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, Arts. 1101 à 1105.

(18) Arts. (1101 à 1111-1), «CC. Modifié», op, cit.

(19) Ibid. Arts. (1102 à 1104).

(20) Ibid. Arts. (1105 à 1111-1).

القانونية الحديثة، بمعنى أنه لا يقدم في هذا الفصل مجرد أنه أحكام تمهيدية لهذه النظرية، بقدر ما يوضح الأطر المفاهيمية الخاصة بها، إن لجهة المبادئ التي توّطرها أو لجهة أشكال العقود التي يمكن أن تترجم بها هذه النظرية، باعتبار أن العقد هو محور هذه النظرية وبوصلتها، الأمر الذي بدا واضحاً في مواد هذا الفصل الإحدى عشرة التي بيّنت مادتها الأولى مفهوم العقد، وأوضحت موادها الثلاث التالية للأطر المفاهيمية التي تحكم هذه النظرية، في حين تولت المواد الست اللاحقة توضيح القواعد الخاصة بالتمييز بين العقود المسماة وغير المسماة والأشكال المختلفة التي يمكن أن يبرز فيها العقد⁽²¹⁾. كل ذلك بخلاف الحال لما كان عليه هذا الفصل في القانون المدني السابق الذي كان يقتصر على سبع مواد تناولت فقط التقديم التمهيدي لمفهوم العقد وبعض الأشكال التي يمكن أن يبرز فيها، دون تبيان المبادئ الإطارية العامة لهذه النظرية⁽²²⁾.

وهنا يجدر العلم بأن مصطلح: «تمهيدية»، «Preliminaires»، لم يُهمل من قبل القانون المدني المعدل، فقد استخدمه المشرع المدني الفرنسي في المواد المفتاحية الثلاث لهذا الباب المتعلق بمصادر الالتزام، تحت مسمى: «مواد تمهيدية»، «Articles préliminaires»، التي بيّنت بصريح النص للمرة الأولى مصادر الالتزام في القانون المدني، من حيث التصرفات القانونية والوقائع القانونية والقانون، والتي أضاف إليها المشرع صراحة المصدر الرابع ذا الأصل الاجتهادي والمتعلق بالالتزام بالوفاء بالالتزام الطبيعي. وبالتالي، لم يُعدّ بالإمكان إعادة استخدام ذات المصطلحين مرتين على التوالي في الفصل نفسه⁽²³⁾، بذات الوقت الذي حافظ فيها المشرع المدني الفرنسي على التسمية المصطلحية لمفهوم «أحكام» «Dispositions»، في كلا القانونين كونها تؤدي ذات الدلالة القانونية المتعلقة بالطرح التقديمي للأطر والمفاهيم القانونية التي تستوعب هذه النظرية بين مشتملاتها⁽²⁴⁾.

صدقية الوجود الموضوعي لمفهوم «المبدأ العام»:

هذا التراجع في الدلالة المصطلحية لعنونة هذا الفصل وافتقاده لمصطلح «المبدأ» أولاً و«العام» ثانياً، فسّر من قبل بعض الفقه بوصفه تراجعاً من المشرع المدني الفرنسي عن اعتباره القواعد القانونية الواردة في هذا الفصل بمثابة «مبادئ عامة» توّطر النظرية التعاقدية⁽²⁵⁾ لاسيما بعد عديد الانتقادات التي وجهت لمشروع القانون (Chancellerie)

(21) Ibid. Arts. (1101 à 1111-1).

(22) Ibid. Arts. (1101 à 1107).

(23) Ibid. Arts. (1100 à 1100-2).

(24) G. Cornu, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, 2013, 10e éd, V° «Disposition».

(25) C. Pérès, Observations sur «l'absence» de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, op.cit. M. Mekki, Les principes généraux dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, op, cit.

عام 2008 الذي تبني هذه الدلالة المصطلحية، والخوف من أن يترتب على تبني هذه الدلالة المصطلحية والترتيب التسلسلي لعرض المواد القانونية الخاصة بهذه المبادئ إيجاد نوع من التراتبية القانونية الواجب احترامها، بما يمنحها، لاسيما مع عرضها في جسم القانون وفي مقدمته، دلالة قانونية إلزامية وترجيحاً قانونياً على النص القانوني، مما سيفتح الباب أمام التدخل القضائي بشكل واسع، الأمر الذي قد ينعكس سلباً على الاستقرار التعاقدوي والأمان القانوني⁽²⁶⁾!

تخوف فقهي يُمثل، في اعتقادنا وفي رأي غالبية الفقه الفرنسي، مبالغة غير محمودة وغير مبررة، ذلك أن غياب الإشارة الصريحة لمصطلح المبادئ في عنوان هذا الفصل لا يلغي حقيقة أن المواد الأربع المفتاحية لهذا الفصل قد تضمنت بالإضافة لتعريف العقد المبادئ المحورية الثلاثة التي تقوم عليها نظرية العقد، وأن المفاهيم حينما لا تقرأ بمسمياتها الصريحة إنما تقرأ بمضامينها الموضوعية، سواء من حيث مكانة وضعها في مقدمة أحكام هذا الفصل⁽²⁷⁾، أو من حيث حقيقة أن العديد من الأعمال التحضيرية المصاحبة للتعريف بهذا الفصل والأحكام الواردة فيه، أكدت وفي أكثر من مناسبة بصريح النص أن هذا الفصل سيحدد المبادئ العامة التي ستقوم عليها نظرية العقد في التشريع المدني الحديث، كما في التقرير الحكومي الأخير المقدم إلى مجلس الشيوخ الفرنسي⁽²⁸⁾ والمعد لتبرير النسخة الأخيرة من مشروع هذا القانون المعروف بقانون «Terré»⁽²⁹⁾، أو في الأسباب الموجبة لطرح القانون المشتمل على الجدولة القانونية الخاصة بتعديل منظومة التشريعات القانونية الفرنسية بما فيها المدنية ومنها المتعلقة بالقانون موضوع الدراسة، حيث أشار التقرير الحكومي إلى أن مشروع هذا القانون سينطوي على عنوان توضيحي يبين المبادئ التوجيهية للعقود⁽³⁰⁾، في حين إن الثاني أشار إلى أن القانون المدني المعدل سيوضح سيوضح المبادئ العامة لقانون العقود⁽³¹⁾.

(26) A. Ghazi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats, Brèves remarques sur le projet de la Chancellerie D. 2008, Chron. p. 2609. R. Cabrillac, Le projet de réforme du droit des contrats - Premières impressions, JCP, Général 2008, I, 190, spéc, n° 7.

(27) G. Rouhette, L'article premier des lois, In N. Molfessis (dir.), Les mots de la loi, Economica, 1999. p. 37s, spéc, n° 26.

(28) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op, cit., texte n° 25.

(29) «Terré», projet de loi, op, cit.

(30) Le projet de loi avait été enregistré à la présidence du Sénat le 27 novembre 2013, «Il ressort en effet que la loi envisagée a pour objet d'aborder à titre liminaire les principes directeurs (...) qui gouvernent le droit des contrats». Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, n° 175, préc.

(31) L'article 8 de la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015 énonce que le gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour affirmer les principaux généraux du droit des contrats. Loi, n° 2015-177, 16 févr. 2015, JORF, 17 févr. 2015, p. 2961.

كذلك فإنَّ ثبات الموقف الاجتهادي القضائي المستقر على تبني الدلالة القطعية لهذه المفاهيم بوصفها مبادئ عامة⁽³²⁾، يؤكد طبيعتها القانونية المصطلحية لا اللفظية، الأمر الذي أقرته وفي أكثر من مناسبة أعلى هيئة دستورية في الجمهورية الفرنسية بالنسبة لمبدأ الحرية التعاقدية على سبيل المثال⁽³³⁾. وعلى ذلك لا يمكن القول بأنَّ القانون المدني المعدل لم يَتَّعَ مفهوم المبدأ العام ضمن نصوص هذا الفصل، فالمبدأ قيل ضمناً وإن لم يقل صراحةً⁽³⁴⁾.

ثانياً- مدى مشروعية التخوفات الفقهية من إقرار فكرة «المبدأ العام»:

وجدت غالبية الفقه الفرنسي في المخاوف التي سبقت ضد فكرة إقرار المبدأ العام مبالغة صارخة، وتحميلاً للنص القانوني من جهة، والمبدأ العام من جهة أخرى، أكثر مما يحتملان، لاختلاف فكرة وفلسفة كلٍ منهما عن الآخر، ناهيك عن التمايز الغائي فيما بينهما.

1 - الاختلاف في الفلسفة:

إن اختلاف الفلسفة الخاصة بكل من المبدأ العام من جهة والنص القانوني من جهة أخرى إنما يتأتى من اختلاف ماهية كل منهما عن الآخر، فإنَّ كان النص القانوني يحدد الحل القانوني ويلزم القاضي به، فإنَّ المبدأ العام يُبيِّن للقاضي الإطار العام للحل الممكن دون أن يلزمه بحل قانوني بعينه، بمعنى أنَّ أحدهما وهو النص القانوني ذو دلالة قطعية في توضيح الحل القانوني الواجب التطبيق، بينما الثاني ونعني به المبدأ العام، فهو ذو دلالة إرشادية في توضيح الحل القانوني الممكن التطبيق لا الواجب التطبيق⁽³⁵⁾.

وبالتالي فإنَّ التطابق في الحل القضائي المستند إلى النص القانوني لا خيار فيه، بخلاف الحال بالنسبة للحل القانوني المستند إلى المبدأ العام الذي يقتضي من حيث الأصل اختلاف الحل باختلاف الحالة المعروضة لا اختلاف المبدأ، وبذلك يُبيِّن النص القانوني الحل ويفرضه على القاضي، في حين يقوم المبدأ العام على تبيان السبب في تبني القاضي لهذا الموقف القانوني دون ذلك أو غيره. وبذلك يكون الوزن النسبي للمبدأ العام

(32) V. par ex. Cass. Ire civ, 7 avr. 1987, n° 85-14976 : Bull. civ. I, n° 119. Cass. 2ème civ, 13 déc. 2007, n° 06-21649: Bull. civ. II, n° 264.

(33) Cons. const, déc. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC. JORF du 16 juin 2013, p. 9976. Voir aussi, 1ère civ. 7 avr. 1987, Bull, n° 119. J. Ghestin, La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, JCP, Général, 9 Septembre 2013 - n° 37.

(34) C. Pérès, Observations sur «l'absence» de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, op, cit.

(35) J. Ghestin, G. Loiseau et Y-M. Serinet, Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), La formation du contrat, LGDJ, 4e éd, 2013, n° 178.

في بلورة الحلول القانونية أعلى من نظيره المتعلق بالنص القانوني⁽³⁶⁾، مما يمنح القاضي قدرة على الخروج عن المحددات الحرفية للنص القانوني إلى المحددات الإطارية والميعارية لهذا النص المتوافقة مع غاية النص لا حرفيته، من خلال وضع هذا النص تحت مبدع المبدأ العام، للتأكد فيما إذا كان هذا النص يساعد على الوصول إلى هذه الغاية أم لا.

كذلك الحال، إذا كانت القاعدة التي تحكم العلاقة بين النصوص القانونية المختلفة تقوم على الترجيح في التطبيق للنص القانوني الخاص على العام، والنص القانوني الخاص الأكثر انطباقاً على النزاع المعروض أمام القاضي، فإنَّ العلاقة القائمة بين المبادئ العامة فيما بينها، لا تقوم على الترجيح والتغليب، وإنما تقوم على التوافق والتكامل بين هذه المبادئ دون الترجيح بينها، ذلك أنَّ هذه المبادئ لا تمنح حلولاً بعينها واجبة التطبيق مما ينفي احتمالية التضاد بينها، وإنما كل منها يقدم مروحة متعددة من الحلول الممكنة تبنيها، مما يمنح القاضي قدرة على الانتقاء والتوفيق بين مختلف الحلول المطروحة من هذه المبادئ للوصول إلى الحل الأمثل الذي يتناسب مع الواقعة المعروضة أمامه في ضوء التزامح المفترض بين هذه المبادئ على القضية موضوع النزاع، مما يمنح القاضي أفقاً رحباً في ابتكار الحل القانوني الذي قد يجاوز حدود دلالات النص القانوني اللفظية دون أن يجاوز حدود هذه الدلالات الغائية الكامنة في جوهر وفلسفة النص خاصة والقانون عامة⁽³⁷⁾، ذلك أنَّ العلاقة القائمة بين النص القانوني والمبدأ العام ليست قائمة على الترجيح القانوني للمبدأ العام على النص القانوني، فلا تعارض بينهما بالمطلق، وإنما تنطوي على إعادة تكييف فهم النص القانوني بما ينسجم مع المبدأ العام، باعتبار أن هذا الأخير هو القادر على إعادة الفهم هذه، والارتقاء بالنص القانوني إلى الغايات غير المقررة له وفق عباراته اللفظية النصية، وإنما المقررة وفق غاياته الاستشرافية، فمن غير الخافي أن لكل نص، بما فيها القانونية قراءة نصية لفظية آنية وقراءة نصية غائية استشرافية⁽³⁸⁾.

2 - الاختلاف في الغاية:

هذه العلاقة الاستيعابية للفهم المتبادل بين المبدأ العام من جهة والنص القانوني من جهة أخرى غدت اليوم قضية جدلية، يرى فيها البعض ارتقاءً إبداعياً لفهم النص القانوني من جانب القضاء، في حين يراها البعض الآخر تطويعاً غير محمود لدلالات النص القانوني وفق دلالات المبدأ العام ضمن رؤية اجتهاد قضائي غير رسمية، الأمر الذي قد يُمكن

(36) R. Dworkin, Prendre les droits au sérieux, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, PUF, coll. Léviathan, 1995, Pp. 84-85.

(37) Ibid., Pp. 84-85.

(38) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Arts. 1101 à 1105, op. cit.

القضاء، تحت راية المبدأ العام، من وضع أطر معيارية عامة لتطبيق النص القانوني خارج الإطار القانوني الرسمي المتمثل في التشريع، وربما تطبيق النص القانوني خارج الإطار التشريعي الغائي الذي أراده المشرع استناداً إلى مفهوم المبدأ العام، مما سيضعف من أرجحية النص القانوني في التطبيق، ويضعف من مفهوم الاستقرار التعاقدية والأمان القانوني⁽³⁹⁾! الموقف الذي نتفهمه دون أن نؤيده، ذلك أن المكنة الممنوحة للقضاء في وضع الأطر المعيارية لتطبيق النص القانوني ضمن غايات التشريع هي من صلب مهام القضاء الذي أثبت على مر عقود عديدة من الزمن أهليته وفاعليته في استنباط الحلول القضائية التي تشرح وتكمل النص القانوني، وليس أدل على ذلك من حجم النصوص القانونية ذات الأصل الاجتهادي التي تم تبنيها في نصوص القانون المدني المعدل⁽⁴⁰⁾.

ولذلك ذهب البعض إلى اعتبار أن هذا التجاهل العمدي للتعبير اللفظي الصريح لهذه العبارة المصطلحية إنما يكمن في رغبة واضعي القانون في التوفيق بين الأطر العامة التي تحكم العملية التعاقدية وقدرة القاضي على الدخول في هذه العملية التعاقدية وإعادة تأطيرها بما يتناسب مع مقتضيات العدالة التعاقدية بمفهومها العام لا الخاص، دون أن يصطدم بقاعدة قانونية بذاتها، أو بمبدأ قانوني وحيد، وإنما بجملة من المبادئ القانونية المؤطرة للعملية التعاقدية⁽⁴¹⁾.

وبالتالي فلا يكون أمام حالة تفاضلية بين مختلف هذه المبادئ وإنما أمام حالة تكاملية فيما بينها، فلا يعيق، على سبيل المثال، مبدأ القوة الملزمة للعقد مبدأ إعادة التوازن التعاقدية، بمعنى أن طرح هذا الفصل تحت عبارة لفظية صريحة لمصطلح المبدأ وبمواد قانونية تراتبية قد يجعل من المبدأ الأول على سبيل المثال يُشكّل سداً منيعاً يعوق أو يعارض قدرة القاضي على تكييف العملية التعاقدية مع المبدأ الثاني، وبالتالي تحول دون تدخل القاضي، حيث إن المشرع باعتماده عبارة «التوضيحية» «Liminaires»، بدلاً من «العامة» «Générales»، أو «التوجيهية» «Directeurs»، إنما أمكنه أن يحترم كينونة العقد وأن يوفق

(39) A. Ghazi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats, Brèves remarques sur le projet de la Chancellerie, op, cit.

(40) لاسيما بالنسبة للقواعد القانونية المتعلقة بالمرحلة التمهيدية للعقد، ومرحلة تنظيم العقد، ومثيالاتها المتعلقة بتنفيذ وإنهاء العقد، إضافة للنظريات التي تعترض عملية تنفيذ العقد، لاسيما المرتبطة بالظروف الطارئة وقواعد التعويض وعدم التنفيذ وغيرها من المواضيع التي لم يطرق لها القانون المدني السابق بالتقنين.

(41) Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op, cit, p. 2s.

بَيْنَ قُوَّةِ الْعَقْدِ الْمُلْزِمَةِ وَالتَّوَاظُنِ التَّعَاقُدي (42)، وَهُوَ الْأَمْرُ الَّذِي نُوَافِقُهُ، لِأَسِيْمَا أَنَّ الْفَلْسَفَةَ الْعَامَّةَ لِلْقَانُونِ كَلِيَّةٌ تَقُومُ عَلَى أَهْدَافٍ ثَلَاثَةٍ مِنْ بَيْنِهَا الْأَمَانُ التَّعَاقُدي، الَّذِي يَقْتَضِي التَّوْفِيقَ بَيْنَ مَخْتَلَفِ النُّصُوصِ وَالْمُبَادِيءِ الْحَاكِمَةِ لِلْعَمَلِيَّةِ التَّعَاقُديَّةِ.

وَعَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّ الْوُجُودَ الْقَانُونِيَّ لِلْمُبْدَأِ الْعَامِ إِلَى جَانِبِ النُّصِ الْقَانُونِيَّ لَا ضَيْرَ فِيهِ، بَلْ هُوَ أَمْرٌ صَحِيٌّ وَحَيَوِيٌّ لِإِكْتِمَالِ الرُّؤْيَا الْقَانُونِيَّةِ، فَكِلَاهُمَا يَسْهُمُ فِي بُلُورَةِ الرُّؤْيَا التَّشْرِيْعِيَّةِ لِلْقَاضِي فِي تَطْبِيقِ وَفَهْمِ الْقَاعِدَةِ الْقَانُونِيَّةِ الْوَاجِبَةِ التَّطْبِيقِ، دُونَ أَنْ يَكُونَ لِأَيِّ مِنْهُمَا الْغَلْبَةُ عَلَى الْآخَرِ بِالْعِلَاقَةِ بَيْنِهَا لَيْسَتْ بِالْمَطْلُوقِ تَغْلِيْبِيَّةٍ وَإِنَّمَا تَكَامُلِيَّةٌ (43)، وَهُوَ الْأَمْرُ الَّذِي حَرَصَ الْمَشْرَعُ الْمَدْنِيَّ الْجَدِيدَ عَلَى تَوْضِيْحِهِ مِنْ خِلَالِ ضَمَانَاتٍ إِطَارِيَّةٍ ثَلَاثَ تَحْكَمُ الْإِطَارَ الْعَامَ لِنَظَرِيَّةِ الْعَقْدِ فِي التَّشْرِيْعِ الْمَدْنِيَّ الْجَدِيدِ، نَعْرُضُ لَهَا تَبَاعاً.

(42) Ibid., p. 2s.

(43) Réforme du droit des obligations, Un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op, cit, p. 2s.

المطلب الأول

مبدأ الحرية التعاقدية والنظام العام

«كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد، حر في اختيار نظيره في العملية التعاقدية وتحديد مضمون وشكل العقد ضمن الحدود المقررة قانوناً. الحرية التعاقدية لا تسمح بالانتقاص من القواعد المرتبطة بالنظام العام»⁽⁴⁴⁾.

بموجب هذا النص يمكن القول بوضوح إن فكرة الحرية التعاقدية كمبدأ قانوني أقرت في نصوص القانون المدني المعدل صراحة بعد أن كانت مدرجة فيه ضمناً، ذلك أنه لم يكن بالإمكان القول إن القانون المدني السابق كان ينص عليها صراحة، وإن كان من المتفق عليه أنه كان يستوعبها مضموناً⁽⁴⁵⁾، دون أن ننسى أن القانون المدني المعدل، وبغض النظر عن الجدل الفقهي الذي تناول نصوص هذا الفصل من القانون، لم يمنحها بصريح النص صفة المبدأ، وإن كان الفقه متفقاً على منحها هذه الصفة، لاسيما بعد أن أقر المجلس الدستوري، بعد تردد طويل، منحها هذه الصفة بوصفها مبدأً دستورياً⁽⁴⁶⁾. كما لم يضع لها، القانون المدني المعدل، تعريفاً محدداً، متناولاً تحديد مفهومها من خلال تبيان الصور التي يمكن أن تبرز بها، والمحددات التي يمكن أن تقيدها⁽⁴⁷⁾، مما يوجب البحث في مبدأ الحرية التعاقدية من خلال الحديث عن الصور التطبيقية التي حددها القانون المدني المعدل لهذه الحرية، قبل التعرض للمحددات القانونية التي تقييد ممارستها التطبيقية.

(44) Art. (1102), «CC. Modifié», op. cit.

(45) وفق ما استقر عليه الموقف الفقهي والاجتهادي لمحكمة النقض التي منحت صفة المبدأ العام صراحة. Cass, 1^{ère} civ. 7 avr. 1987, Bull, n° 119.

(46) بقي المجلس الدستوري لفترة طويلة يرفض منحها صفة المبدأ العام، انطلاقاً من مقولة أنه لا يوجد في الدستور الفرنسي أي نص يقضي بدستورية هذا المبدأ، ليعود ويُلطّف من موقفه معتبراً أن لهذا المبدأ أصلاً دستورياً في إعلان حقوق الإنسان لعام 1789، ليستقر بعدها على اعتباره مبدأً دستورياً قائماً بذاته. راجع الأحكام الدستورية التالية على التوالي:

Cons. const, 03 août 1994, n° 94-348 DC. JORF du 6 août 1994, p. 11482. Recueil, p. 117. Cons. const. 17 janv. 2013, n° 2012-660 DC. JORF du 19 janvier 2013, p. 1327.

(47) Art. (1102), «CC. Modifié», op. cit.

نعتقد أن المشرع المدني الفرنسي حسناً فعل بعدم تبني تعريف محدد، ذلك أن التحديد القانوني لهذه الحرية يجب أن ينسجم مع مضمون تطبيقها كمبدأ وليس كمفهوم، باعتبار أن المبدأ غالباً ما يُستشف من صوره التطبيقية لا مفهومه المجرد، ناهيك عن أن فلسفة القانون المدني لا تتناول هذه الحرية لذاتها وإنما لتطبيقاتها والصور التي يمكن أن تبرز بها، بمعنى أن فكرة الحرية التعاقدية ببعدها المفاهيمي المجرد عن التطبيق لا تهم القانون كونها تدخل في التقييم الشخصي، ولذلك نجد أن المشرع المدني الفرنسي ومن قبله الفقه وكذلك الاجتهاد، لم يرقم أي منهم بتقديم تعريف مفاهيمي للحرية التعاقدية، بقدر ما عملوا على تبيانها من خلال الأطر التطبيقية لها، والمحددات التي تنظمها.

الفرع الأول الصور التطبيقية

أوضح القانون المدني المُعدَّل أنَّ لشخص المتعاقد الحرية في نقاط ثلاث: الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد، والحرية في تحديد نظيره في العملية التعاقدية، وأخيراً، الحرية في تحديد مضمون وشكل العقد المراد إبرامه. ومن غير الخافي أنَّ المشرِّع المدني الفرنسي من خلال هذه المحددات الثلاثة إنما بيَّن بشكل واضح الصور التطبيقية لهذا المبدأ، إنَّ من حيث حرية الإرادة في إنشاء الالتزام التعاقدية من عدمه، أو من حيث قدرتها على تحديد نوعية الالتزام لجهة شخص المتعاقد ومضمون الالتزام وشكله، مما يوجب تناول هاتين الصورتين على التوالي.

أولاً- الحرية في إنشاء الالتزام من عدمه:

انطلاقاً من إيمانه بأنَّ العقد هو المصدر الأهم للالتزام، منح القانون المدني المُعدَّل لشخص المتعاقد كامل الحرية في الدخول في الالتزام التعاقدية، مُبيناً أنَّ المبادرة في العملية التعاقدية قائمة على الحرية في التعاقد من عدمه، وأنَّه لا يمكن إجبار الشخص على الدخول في عملية تعاقدية لا يرغبها⁽⁴⁸⁾، موضحاً طبيعة وحدود الالتزام التعاقدية الذي قد تدخل فيه الإرادة من حيث إنشاء الالتزام أو تعديله أو تحويله أو إنهائه وفق التعريف الجديد الذي منحه القانون المدني المُعدَّل للعقد بكونه: «توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر لإنشاء أو تعديل أو تحويل أو إنهاء الالتزامات»⁽⁴⁹⁾، هاجراً بذلك التعريف التقليدي للعقد في القانون المدني السابق بكونه: «اتفاقية من خلالها يلتزم شخص أو أكثر أمام شخص بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل»⁽⁵⁰⁾، ومُلطفاً بذات الوقت من التعريف الموسَّع للعقد الذي كان مقترحاً بمشروع القانون لجهة كونه يشمل مختلف الآثار القانونية التي قد تتوافق عليها إرادة الأشخاص⁽⁵¹⁾، حاصراً إياها في الفرضيات الأربع المنوه عنها أعلاه.

(48) لا شك أنَّ القانون المدني المُعدَّل، بتكريسه لهذا المفهوم الموسَّع للحرية التعاقدية، إنَّما يعود بنا لأحكام الإعلان الفرنسي الشهير حول حقوق الإنسان والمواطنة لعام 1789، لاسيما المرتبطة منها بقضية الحريات بوصفها إحدى الحقوق الرئيسية الأربع التي يجب على أي مجتمع حمايتها واحترامها، كما حدَّد هذه الحرية التي يجب ألا تنطوي على الاعتداء على حقوق الغير.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Art. 2, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, Art. 4.

(49) Art. (1101), "CC. Modifié", op. cit.

(50) Art. (1101), «Ancien CC», op. cit.

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

ومما لا شك فيه أن القانون المدني المعدل، ومن خلال التعريف الجديد للعقد إنما وسَّع بشكل كبير من خيارات هذه الحرية لاسيما مع تطور المجتمع وحالة الانفتاح الاقتصادي والاجتماعي التي أفضت لبروز أشكال جديدة من التعاقد والالتزام لم تكن موجودة في القانون المدني السابق. لذلك لم يجنح التعريف الجديد للعقد إلى تحديد مخرجات الاتفاق بين المتعاقدين بالمخرجات التقليدية الثلاثة، وهي إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل⁽⁵²⁾، وإنما ترك المجال مفتوحاً لإرادة الأطراف، بذات الوقت الذي عالج فيه العقد من خلال التصرفات القانونية التي قد تقع على الالتزام وليس الالتزام بحد ذاته، بحيث ترك باب الالتزام الذي يمكن أن ينطوي عليه مضمون العقد مفتوحاً، ومُبيّناً التصرفات القانونية التي يمكن أن يخضع لها هذا الالتزام، من حيث الإنشاء أو التعديل أو التحويل أو الإنهاء، مع ميلنا للقول بأنَّ المشرِّع المدني الفرنسي إنما أورد هذه الفرضيات من باب التشبيه والتنويه أكثر منه من باب الحصر والتقييد⁽⁵³⁾.

ثانياً- الحرية في تحديد نوعية الالتزام:

ضمن هذه الفرضية قضى القانون المدني المعدل أن لشخص المتعاقد الحرية في تحديد شخص نظيره المستقبلي في العملية التعاقدية، وتحديد شكل العقد ومحتواه. والحقيقة إنَّ كانت الفرضية الثانية لا تثير كثير لغط، كونها تتعلق بالجانب المتبادل للإرادة المشتركة لتحديد شكل العقد ومضمونه بين طرفيه المستقبليين⁽⁵⁴⁾، فالأمر على خلاف ذلك في الفرضية الأولى التي قضت بمنح الحق للشخص، بإرادته المنفردة حرية تحديد الطرف الآخر في العقد، كونه يُدخل العملية التعاقدية في دائرة الاعتبار الشخصي، الأمر الذي لا يتوافق مع طبيعة الاعتبار الموضوعي لا الشخصي لهذه العملية⁽⁵⁵⁾. فمن غير الخافي أن مفهوم الاعتبار الشخصي في العقود المدنية غير مرحب به على إطلاقه وإنما يشكل الاستثناء، حيث إنَّ الأصل أن لا اعتبار شخصي في هذه العمليات التعاقدية، فمقدم الإيجاب لا يمكنه أن يفرض إبرام العملية التعاقدية بالاستناد إلى شخص المتعاقد الآخر،

(52) Ibid. Art. (1101).

(53) P.-H. Antonmattei, J. Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, Litec, 2013, n° 156. M. Fabre-Magnan, Le mythe de l'obligation de donner, RTD. civ, 1996, p. 88, n° 4.

(54) D. Mazeaud, Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, Rapport de synthèse présenté au 94^e congrès des notaires, Defrénois 1998, art. 36874. B. Fages, Nouveaux pouvoirs, Le contrat est-il encore la « chose » des parties? In D. Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2012, Pp. 153-161.

(55) D. Mainguy, Le contractant, personne de bonne foi, Réforme du Droit des contrats, Méthodologie, Actes de colloque, La Réforme du Droit des contrats, 1ère Journée Cambacérès: 3 juillet 2015, Montpellier, Presses de la Faculté de Montpellier, 2015, Pp. 83-107. D. Houtcieff, Contribution à l'étude de l'intuitu personae et considération de la personne du créancier par la caution, RTD. civ. 2003, n° 1, p. 3.

وإلا فإننا نكون قد دخلنا في دائرة التمييز المستند إلى الأشخاص وهو من المبادئ الرئيسية التي يحاربها القانون الفرنسي في العديد من القوانين بما فيها المدنية والاجتماعية⁽⁵⁶⁾، مما دفع بعض الفقه إلى حد الدعوة لإدخال مبدأ عدم التمييز ضمن محددات نظرية العقد درءاً لهذا الخطر⁽⁵⁷⁾.

وربما يقول البعض إن القانون المدني المعدل قد قيد ممارسة هذا الحق بعدم مخالفته للقانون، وفق ما ذيل القانون المدني المعدل نص هذه المادة. هذا الأمر وإن كنا نُقره، إلا أننا لا نعتبره كافياً لكي نتلافى من خلاله مختلف الهواجس التي قد يثيرها تطبيق هذه المادة، ذلك أننا وفق هذا النص ننتقل من الشرعية في قدرة الإرادة على تحديد المتعاقد الآخر، وكأن الأصل أن تكون هذه الحرية للمتعاقد الآخر ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، بمعنى أن الأصل الإباحة ما لم يوجد منع، في حين أننا نعتقد أن الموقف التشريعي في هذه الفرضية بالذات يجب أن يكون العكس، أي المنع ما لم يسمح القانون بخلاف ذلك. والفرق بين الأمرين بَيِّنٌ.

وعليه كنا نأمل لو أن القانون المدني المعدل قد استبعد من هذه المحددات المتعلقة بدور الحرية في العملية التعاقدية، تلك المتصلة بتحديد المتعاقد الآخر، ذلك أن هذا التبني سيجعل من هذا السبب أحد الموجبات المشروعة لعدم التعاقد، وهذا أمر باعتقادنا فيه نظر كبير. وربما يرى البعض، أن غاية المشرع من النص الحالي هو عدم إجبار الشخص على الدخول في عملية تعاقدية مع شخص لا يرغب به، وبالتالي تتناول هذه الفرضية عدم إلزامه على تقديم عرض لشخص معين بذاته، أو الدخول في عملية تعاقدية مع شخص بعينه، الأمر الذي تنفق معه، رغم اعتقادنا أن السياق القانوني للنص ودلالاته اللغوية لا تفي بذلك، وكان حري بالمشرع توضيح ذلك بشكل أكثر دقة.

الفرع الثاني

المحددات القانونية

بعد أن بيّن القانون المدني المعدل أن للشخص الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد، كما في اختيار نظيره في العملية التعاقدية، وتحديد مضمون وشكل العقد، أكد أن ممارسة هذه الحرية يجب أن تتم في حدود القانون والنظام العام⁽⁵⁸⁾، واضعاً بذلك قيدين رئيسيين على هذه الحرية: أحدهما ذو دلالة نصية محددة، والآخر ذو دلالة مصطلحية متجددة.

(56) J.-P. Desideri, Les discriminations dans le choix de son cocontractant, Droit et patrimoine (Dr. et patri). 1998, n° 60, p. 98.

(57) J. G. Rouhette proposant l'intégration d'un principe de non-discrimination, Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, RDC, 2007, p. 1393, spéc, n° 4.

(58) Art. (1102), "CC. Modifié", op. cit.

أولاً- المحدد النصي:

قضى القانون المدني المعدّل أنّ ممارسة الحرية التعاقدية بتطبيقاتها الثلاثة يجب أن تتم ضمن الحدود المقررة قانوناً⁽⁵⁹⁾، حيث إنّ القانون بمفهومه النصي سيشكل قيداً على ممارسة هذه الحرية. ومما لا شك فيه أنّ مفهوم القانون إنّما يجري هنا على إطلاقه، بحيث إنّّه لا يشترط فيه أن يكون محصوراً بدلالات القانون المدني ولا حتى القانون الخاص، فجميع النصوص القانونية الواردة ضمن المنظومة القانونية الفرنسية بقسميها العام والخاص، إنّما تشكل قيداً واجب الاحترام من قبل هذه الحرية لا يمكنها أن تتجاوزه. وهنا تبرز مجموعة القوانين ذات الطبيعة الحمائية من جهة، وذات الخصوصية الإلزامية من جهة أخرى، كقديدين رئيسيين على هذه الحرية، حيث يمكن أن يندرج في المجموعة الأولى سلسلة القوانين الاجتماعية، كقانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، إضافة لقانون حماية المستهلك وبعض النصوص الحمائية في قانون الإيجار، في حين يمكن أن نصيف في المجموعة الثانية القوانين الخاصة بالتأمين بمختلف أنواعه وبعض أنواع الرهن، حيث تشكل هذه القوانين بمجموعها قيداً على الحرية التعاقدية، فمنها ما يُقيد مفهوم حرية الشخص في التعاقد من عدمه، بحيث يكون الشخص مجبراً بقوة القانون على التعاقد، كما في عقود التأمين الإلزامي على المركبات والمنازل⁽⁶⁰⁾، ومنها ما يلغي إلى حد كبير مبدأ الحرية في اختيار المتعاقد الآخر، كما في قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي⁽⁶¹⁾ وحتى في قانون حماية المستهلك⁽⁶²⁾، ومنها ما يلغي دور الإرادة في تحديد مضمون وشكل العقد المحدد مسبقاً من قبل القانون، كما في غالبية عقود الإيجار والتأمين والعمل والرهن وغيرها من العقود التي يحدد القانون جانباً كبيراً من أشكالها ومضامينها.

أضف لذلك أنّه لا يمكن قراءة هذا الإقرار من المشرّع المدني الفرنسي لهذا المحدد القانوني بصريح النص، كواحد من المقيّدات لمفهوم الحرية التعاقدية إلا في ضوء فهم الفلسفة القانونية لنظرية العقد في التشريع المدني الحديث، بما يفيد الإقرار بأولوية التطبيق القانوني للقواعد الحمائية والإلزامية في مواجهة مفهوم الحرية التعاقدية⁽⁶³⁾، بحيث لا يمكن لأحد أن ينكر الهامش الموسّع الذي بدأت تحتله هذه القوانين على حساب المفهوم

(59) Ibid. Art. (1102).

(60) Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016. JORF. 11 févr. 2016. F. Patris, Réforme du droit des contrats et contrat d'assurance, L'Essentiel Droit des assurances, 2016, n° 05, p. 3. Ord. n° 2016-56, 29 janv. 2016, relative au gage des stocks: JORF. 30 janv. 2016.

(61) C. Froger-Michon et A. Reygrobellet, Réforme du droit des obligations: quels impacts en droit du travail? op, cit.

(62) G. Paisant, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi no 95-96 du 1er février 1995, Dalloz, 1995, Chron. p. 99.

(63) D. Redon, et B. Gauclère, Réforme du droit des contrats: le déséquilibre significatif fait son entrée dans le Code civil, Analyse juridique, Magazine Option Finance, 14 mars 2016.

الليبرالي للحرية التعاقدية⁽⁶⁴⁾. وعلى ذلك مخطئ من يعتقد أن هذه الحرية لاتزال تتمتع بهذا الجانب الفردي الليبرالي الرحب، فقد أضحت مُقيّدة بكثير من المحددات، حيث إنَّ الهامش المتاح لها يمكن وصفه اليوم بالتواضع، لاسيما في حال تنازع الاختصاص في الولاية بينها وبين النصوص القانونية الحمائية والإلزامية. استنتاج ليس بالجديد، إلا أن توسعه المتزايد على حساب الحرية الفردية هو الجديد.

ثانياً- المحدد المصطلحي:

ضمن هذه الفرضية قضى القانون المدني المعدل أنه لا يجوز للإرادة التعاقدية أن تحيد عن القواعد المتعلقة بالنظام العام. والمدقق في الصياغة القانونية لهذه المادة يدرك جيداً حجم التحول في الموقف القانوني الفرنسي في التعاطي القانوني مع هذا المفهوم كمحدد لهذه الحرية، لاسيما لجهة ربط هذا المحدد بالقواعد المتعلقة بالنظام العام لا النصوص القانونية المرتبطة به، والفرق بين الأمرين بيّن، ذلك أن القانون المدني المعدل، ومن خلال هذه الصياغة قد وسّع من فكرة النظام العام في المنظومة القانونية الفرنسية، بحيث لم تُعد ترتبط بالنص القانوني المقنن، بقدر ما أضحت ترتبط بالقاعدة القانونية كمفهوم، مما سمح بأن يكون هناك دور ابتكاري فاعل للاجتهاد القضائي في تحديد دلالات هذا المفهوم⁽⁶⁵⁾. ففكرة النظام العام كمحدد لهذه الحرية لن تتعلق بعد اليوم بنصوص القوانين المرتبطة بالنظام العام، وفق التوجه المستقر في نص المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي⁽⁶⁶⁾، وإنما بالقواعد القانونية المكونة لهذا المفهوم سواء أكانت ذات دلالة تشريعية رسمية أم اجتهادية قضائية، مما سيجعل هذه الحرية تخضع، تحت فكرة النظام لقيدين: أحدهما نصي مقنن، والآخر اجتهادي غير مقنن، مما سيبرز نظاماً عاماً مزدوج الهوية، 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 غير مجتزأة وإنما متطورة ومتغيرة يسهم الاجتهادي القضائي في بلورتها وصقلها منذ بداية تكوينها النصي، وإن تقييدها بمحدد رسمي مقنن أمر يجافي منطق الأمور، مما يوجب أن يكون ارتباط النظام العام كمحدد لهذه الحرية متوافقاً معها كمفهوم أكثر منها كنص⁽⁶⁷⁾، علماً بأننا نعتقد أن هذه الرخصة في التوسع بمفهوم النظام من النص إلى القاعدة وفق دلالة المفهوم، لا تشمل

(64) A. Coure et A. Reygrobellet, Le projet de réforme du droit des obligations: incidences sur le régime des cessions de droits sociaux, Bulletin Joly Sociétés, 2015, n° 05, p. 247.

(65) 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 op, cit, p. 8.

(66) Art. (6), Code civil Actuel 2018.

(67) D. Mainguy (dir.), Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op, cit. Pp. 36-39. Cass. 1re civ, 29 oct. 2014, n° 13-13309, D, 2015, p. 535, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki.

مختلف الاتفاقات الخاصة، وإنما فقط العقود التي وردت في الفصل المخصص للعقد، بمعنى أن القانون المدني المعدل 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 مُقيّد مرتبط بنصوص القوانين المتعلقة بالنظام العام، ويشمل باقي أنواع الاتفاقات الخاصة مع التأكيد بعدم مخالفة شروط وأهداف أي منهما للنظام العام⁽⁶⁸⁾.

وهنا يُلاحظ بأن القانون المدني المعدل لم يشير إلى مفهوم الآداب العامة الذي نوهت إليه المادة السادسة من القانون المدني الحالي، التي قضت بضرورة احترام الاتفاقات الخاصة للنصوص المرتبطة بالنظام العام والآداب العامة، والذي سبق تبنيه في مشروع القانون (Chancellerie) لعام 2008⁽⁶⁹⁾ ولعل القانون المدني المعدل إنما أراد من وراء هذا الهجر، تبياناً أنه لم يُرد الانتقال بمفهوم الآداب 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، دون أن يعني استبعاد هذا المفهوم من النصوص الحاكمة للعقد باعتباره لم يعد قيداً على الحرية التعاقدية، ذلك أن العملية التعاقدية بوصفها تدخل ضمن الاتفاقات الخاصة، تبقى محكومة بنص المادة السادسة التي تتناول مختلف أشكال الاتفاقات دون أن ننسى أن مفهوم الآداب العامة، وهذا ما نعتقده، أضحى بالمجتمعات الغربية مفهوماً نسبياً شديداً التغيير والتأثر بالمحيط الأوروبي عامة، حيث إن الإبقاء عليه كمحدد عام لمجمل الاتفاقات الخاصة بدلاً من العقود يبدو أكثر مناسبة مع هذه المرحلة من التطور المجتمعي والثقافي في المجتمع الفرنسي خاصة والغربي عموماً⁽⁷⁰⁾.

كذلك يجدر التنويه إلى أن القانون المدني المعدل قد أسقط كذلك مبدأ احترام الحريات والحقوق الأساسية كمحدد إضافي على هذه الحرية، بخلاف التوجه الذي تبناه مشروع القانون الممهّد لهذا القانون⁽⁷¹⁾ الذي كان قد أقرّ به إلى جانب فكرة النظام العام. من حيث النص بأن ممارسة هذه الحرية 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

(68) Art. (1162). «CC. Modifié», op, cit.

(69) 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.

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

(71) Le texte s'inspirait du projet Terré (art. 3 et 4). G. Rouhette, proposant l'intégration d'un principe de non-discrimination, Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, op, cit., p. 1371, n° 43.

تحقيقه⁽⁷²⁾، ومقيداً هذه الحماية بقيدتين رئيسيين هما، النص الصريح على هذه الحقوق والحريات بموجب نصوص قانونية مقننة، وارتباطه بأشخاص القانون الخاص⁽⁷³⁾، مقراً بذات الوقت بإمكانية وقوع مثل هذه الاعتداءات عليها على سبيل الاستثناء، مقيداً ذلك بأمرين في غاية الأهمية، الأول يتعلق بحماية المصالح المشروعة، والثاني يرتبط بمفهوم التناسبية بين الاعتداء والهدف المراد الوصول إليه⁽⁷⁴⁾، متبنيًا في ذلك توجه الاجتهاد القضائي المستقر لهذا المبدأ بين ممارسة الحق والإضرار بالغير⁽⁷⁵⁾، 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⁽⁷⁶⁾، حيث كان من المأمول أن يتبنى القانون الجديد بصريح النص هذا المفهوم ذي الأصل الاجتهادي⁽⁷⁷⁾، إلا أنه تجاهل هذا النص مكتفياً بالقيّد 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 تحديث القانون المدني الفرنسي المطلوبة على المستوى الأوروبي، والتي غالباً ما وَبَحَتْ المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المشرع المدني الفرنسي على تقصيره في هذا الجانب⁽⁷⁸⁾.

(72) Art. (1102). «Terré», projet de loi, op, cit F. Marchadier, Le contrôle du contrat au regard des droits fondamentaux: une question qui ne se pose pas et dont la réponse est évidente? RDC, 2016, n° 8, p. 518.

(73) في الحقيقة، إذا كانت الغاية من القيد الأول المتعلق بحماية الحريات بموجب نصوص قانونية مقننة، مفهومة ظاهرياً لجهة وضع الحد لأي تدخل قضائي في هذه الفرضية القائمة على النص الصريح، وإن كان، باعتقادنا، يمكن أن يبقى هذا التدخل قائماً في معرض الشرح والتفسير أولاً، وفي معرض التحول القضائي ثانياً، إلا القيد الثاني المتعلق بارتباط هذه الحريات والحقوق بالعلاقة بين أشخاص القانون الخاص، تبدو مستغربة بعض الشيء، لاسيما أنه من المعلوم أن القانون المدني لا يتناول سوى العلاقات التي ترد ضمن أشخاص القانون الخاص من حيث الأصل، وعلى سبيل الاستثناء لأشخاص القانون العام، الذين يقبلون بالتعامل معهم كأحد أشخاص القانون الخاص. بالتالي فإن أية علاقة مع أشخاص القانون العام، ستجعل هذه العلاقة خارجة عن نطاق القانون المدني خاصة، والقانون الخاص عامة، وحسباً فعل القانون المدني المعدل حينما أسقط هذه الفرضية من بين محددات الإرادة في العملية التعاقدية، متجاهلاً هذا القيد غير المبرر.

(74) D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, PA, 1998, n° 117, p. 12.

(75) Cass. com, 17 juin 1997 : JCPE, 1997, II, note D. Legeais.

(76) D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, op. cit.

(77) هذا النص، لو تم تبنيه، كان سيمثل الدخول الحقيقي والفعلي كما الرسمي والصريح لنظرية الحقوق والحريات الأساسية في منظومة العقود المدنية، بوصفها قيداً جديداً، صريحاً وواضحاً على مفهوم الحرية التعاقدية، لجهة عدم التعدي 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 لتناول هذه الحقوق والحريات على فكر وفلسفة المشرع المدني الفرنسي.

A- A. Hyde, Les atteintes aux libertés individuelles par contrat, Essai d'une théorie, Thèse, Université Paris I, 2012, p. 47s.

(78) Pour une vue d'ensemble, 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, p. 113, spéc. p. 115.

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية والمظلة التعاقدية

«العقود يجب مناقشتها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية، هذا المبدأ من النظام العام»⁽⁷⁹⁾. قضى القانون المدني المعدل بأن العقود يجب مناقشتها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية، معتبراً ذلك من متعلقات النظام العام⁽⁸⁰⁾، ومؤسساً بذلك لمبدأ عام جديد يحكم مختلف أنواع العقود التي تندرج ضمن هذا الفصل، لاسيما أن هذه المادة اتبعت بمجموعة من المواد القانونية التي تُبين الأشكال القانونية المختلفة للعقود. هذا الموقف القانوني الجديد يستحق الإشادة لاسيما لجهة النص الصريح على هذا المبدأ ضمن القواعد العامة لنظرية العقد من جهة، وشموليته لغالبية مراحل العملية التعاقدية من جهة ثانية، وإن كان لا يخلو من انتقاد، لاسيما لجهة الخصوصية التي ميزت هذا المبدأ لجهة المفهوم أولاً، ونطاق التطبيق ثانياً.

الفرع الأول

خصوصية المفهوم

لهذا النص التشريعي الجديد دلالات متعددة، يمكن حصرها في بعدين اثنين: الأول يتعلق بالناحية الشكلية، فيما يرتبط الثاني بالناحية الموضوعية. **أولاً- من الناحية الشكلية:**

وردت أحكام هذه المادة بشكل مستقل ضمن الأحكام القانونية العامة التي تتناول نظرية العقد بشكل عام، وقبل البحث في أنواع العقود الأخرى والقواعد القانونية الخاصة بتشكيلها على اختلاف مسمياتها، مما جعل أحكام هذه المادة شاملة لمختلف أنواع وأصناف العقود، لتصبح قاعدة قانونية تنطبق على مختلف العقود التي يمكن أن تندرج تحت هذه النظرية. موقف لم يكن يُشار إليه بهذه الصراحة والوضوح في القانون المدني السابق، حيث لم ترد الإشارة إليه سوى في الأحكام القانونية الخاصة بآثار الالتزام فقط، وليس ضمن الأحكام العامة للعقود، من حيث التأكيد على أن الاتفاقات التي تعقد بشكل قانوني يجب أن تنفذ بحسن نية⁽⁸¹⁾، في حين إن الاجتهاد القضائي كان هو من يتولى توسيع هذا المبدأ على مختلف مراحل العملية التعاقدية⁽⁸²⁾.

(79) Art. (1104). "CC. Modifié", op, cit.

(80) Ibid. Art. (1104).

(81) Art. 1134, "Ancien CC".

(82) Sérandour, La jurisprudence au secours de la loi, «Cass. 3e civ, 12 sept. 2012», op, cit.

وبذلك، فإنَّ القانون المدني المعدَّل إنما سجَّل تطوراً مهماً في التعاطي العام مع هذا المبدأ بمحورين اثنين: أولهما لجهة إدراجه ضمن القواعد العامة للعقود وليس ضمن الأحكام الخاصة بآثار الالتزام، وثانيهما لجهة توسعة مروحة هذا المبدأ لتشمل مختلف مراحل العملية التعاقدية من حيث التكوين والإبرام والتنفيذ، بعد أن كانت تقتصر على مرحلة التنفيذ فقط في القانون المدني السابق، ومرحلتَي التكوين والتنفيذ فقط في مشروع القانون⁽⁸³⁾، بذات الوقت الذي حافظ فيه على حدية وجدية الصياغة القانونية التي تبين صرامة الموقف التشريعي الفرنسي حيال هذه القضية، لاسيما في السياسة الجزائية المدنية التي اتخذها حيال مخالفة هذا المبدأ أو عدم احترامه⁽⁸⁴⁾، معتبراً إياه من النظام العام.

موقفٌ، على الرغم من اعتقادنا بأهميته، إلا أنه يحتاج إلى مزيد من التوضيح لاسيما لجهة توضيح الآثار المترتبة عليه، من حيث تحديد دلالة مصطلح النظام العام هنا، فإنَّ كان المعنى يفيد بالضرورة أنه لا يجوز للأطراف تجاهله أو الالتفاف حوله، أو أن يتنصل طرف من هذا الالتزام، فهل يمكن القبول بالتنازل اللاحق للتمسك بهذا الحق، بمعنى أنه إنَّ كان النص يشير إلى عدم إمكان الاتفاق المسبق على الإعفاء من هذا الالتزام، فهل يمكن لهما أو لأي منهما أن يعفي الطرف الآخر من هذا الالتزام لاحقاً؟!

المشرع المدني الفرنسي لم يجب عن هذا السؤال، على الرغم من اعتقادنا بإمكانية ذلك، ما دمنا نتحدث عن حقوق خاصة وليست عامة، بالتالي فإنَّ توصيف المبدأ بمفهوم النظام العام على إطلاقه، يحتاج إلى إعادة نظر، أو على الأقل إعادة التكييف القانوني لهذه العبارة بما يفيد بأنَّ المقصود بالنظام العام هنا هو النظام العام الحمائي المقارب لما هو موجود في القوانين الاجتماعية على سبيل المثال.

ثانياً- من الناحية الموضوعية:

من الملاحظ هنا أنَّ القانون المدني المعدَّل بقي مخلصاً لموقفه المبدئي من حيث الابتعاد عن تبني تعريف محدد لهذا المبدأ، متمسكاً بالموقف التقليدي القائم على التدليل على هذا المبدأ من خلال الصور التطبيقية التي يمكن أن يبرز بها، وهو الموقف الذي نتفق معه، كونه يسير ضمن التوجه العام لواسعي القانون من حيث التقليل ما أمكن من المعايير ذات الدلالة الذاتية، والاعتماد على الموضوعية منها، حيث إنَّ مبدأ حسن النية يبرز في الصور التطبيقية لا في المفهوم بحد ذاته، أي أنه يمكن الحكم على التصرفات التي يقوم بها الشخص بحسن أو سوء نية من خلال مظاهرها الخارجية لا دوافعه الذاتية، علماً بأنَّ المشرع المدني الفرنسي كان قد حاول سابقاً وضع مؤشر تعريفى لهذا المفهوم في

(83) Art. (1103) "Terré", projet de loi, op, cit.

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

مشروع قانون (Chancellerie) لعام 2008، حينما قرّن هذا المفهوم بجانب تنفيذي يتعلق بالسلوك الذي يتوجب على الشخص اتباعه وليس على المفهوم بحد ذاته، حينما أشار إلى أنّ على طرفي العقد التصرف بحسن نية⁽⁸⁵⁾، دون أن يحدد المقصود بهذا التصرف، مما عرّض مشروع القانون آنذاك لانتقادات عديدة، أقلها عمومية هذا المصطلح وعدم وجود ضوابط فعلية له، مما عدّه الكثيرون عامل إخلال بالاستقرار التعاقدية، كونه سيّجّل هذا المبدأ مؤشرات شخصية غير موضوعية، إذ كيف يمكن أن نحدد معيار التصرف بحسن نية في ضوء مؤشرات عامة غير منضبطة، وقد دفعت مختلف هذه الانتقادات المشرّع المدني الجديد إلى هجر هذا المؤشر المادي العام إلى مؤشرات مادية ملموسة، ولكن ذات دلالات خاصة محددة يمكن ضبطها وتحريها بشكل أكثر دقة⁽⁸⁶⁾.

كذلك الحال فإنّ التكييف القانوني لهذا المبدأ أثار العديد من التحفظات، لجهة اعتباره يدخل ضمن مفهوم الالتزام التعاقدية أو الواجب التعاقدية، بمعنى هل على طرفي العقد الالتزام بالتعاقد بحسن نية أم واجب التعاقد بحسن نية؟ هذا أمر لا نعتقد أنّ القانون المدني المعدّل قد أجاب عليه إجابة واحدة، إنّما كان ثمة إجابات متعددة، بحيث يمكن القول إنّ الالتزام العام بالتعاقد بحسن نية يدخل في إطار الالتزام التعاقدية العام، في حين أنّ الالتزام الخاص باحترام هذا المبدأ ببعض مراحل العقد إنّما يدخل في إطار الواجب الخاص، لاسيما بعدما قرّنه القانون المدني المعدّل بصفة الإلزام كما في المرحلة السابقة على التعاقد على سبيل المثال⁽⁸⁷⁾، علماً بأنّ احترام هذا المبدأ القائم على عدّه واجباً أشدّ قوة منه القائم على احترامه بوصفه التزاماً، باعتبار أنّ الأخير لا يوجد فيه مؤيد جزائي. والحقيقة رغم اتفاقنا مع هذا التوصيف، إلا أنّنا نعتقد أنّه لا يخرج عن الجدل الفقهي، نظراً لأنّ المشرّع وضع المبدأ العام للاحترام القائم على الالتزام، وحين التفصيل في الجانب التطبيقي لهذا المبدأ القائم على التحديد المفصل تبني الواجب، مما يجعل من إمكان تطبيق احترام المبدأ بوصفه واجباً أشدّ دلالة منها بوصفه التزاماً، والتي لا يمكن تصور تبنيها خارج المحددات التي بينها المشرّع.

الفرع الثاني

نطاق التطبيق

خلافاً لما هو قائم في القانون المدني السابق الذي كان يقصر نطاق تطبيق مبدأ حسن النية على تنفيذ العقود⁽⁸⁸⁾، فإنّ التوجه القانوني الجديد قد وسّع من نطاق هذا المبدأ مؤكداً بأنّ العقود يجب التفاوض حولها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية، باعتبار ذلك

(85) Art. 18 Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi, op, cit.

(86) الرجاء مراجعة الفقرة اللاحقة المتعلقة بـ: "نطاق التطبيق"، من هذا البحث.

(87) Art. (1112 al 1), "CC. Modifié", op. cit.

(88) Art. 1134, "Ancien CC".

من مبادئ النظام العام⁽⁸⁹⁾، مغفلاً بذات الوقت شمول هذا المبدأ للمرحلة المرتبطة بانتهاء العقد، وبذلك يكون القانون المدني المعدل إنما اتخذ من نطاق التطبيق الخاص بهذا المبدأ، مواقف ثلاثة: الأول اتسم بالحدائثة، ونعني بذلك الجانب المتعلق بالتفاوض على العقود وتكوينها، والثاني اتسم بالمحافظة، ونعني به الجانب المتعلق بتنفيذ العقود، بينما الثالث اتسم بالتجاهل، ونعني بذلك الجانب المتعلق بإنهاء هذه العقود. وباعتبار أن الجانب الحدائثي هو ما يهمننا في هذا البحث، فإننا سنتناوله بالشرح الموسع مكتفين بمجرد الإشارة لموقف المشرع المدني الفرنسي من الحاليتين الأخيرتين، آملين منه أن يتخذ موقفاً أكثر جرأة حولهما لاسيما المرتبطة بإنهاء العقد، علماً بأنه من الصعوبة بمكان فهم المبررات التي حدت بالمشرع الفرنسي لتجاهل هذه الفرضية، لاسيما أن الاجتهاد القضائي المستقر يُقر بشمولية مبدأ حسن النية لهذه المرحلة، ونعتقد أنه كان حري بالمشرع الفرنسي تضمين هذه الفرضية ضمن مشتملات مبدأ حسن النية⁽⁹⁰⁾.

بالنسبة للموقف الحدائثي ضمن هذه الفرضية، الأمر الذي يهمننا في هذا البحث، فإنَّ مختلف المراحل التمهيديّة المتصلة بالعملية التعاقدية أضحت محكمة حكماً بمبدأ حسن النية، مما يمكننا أن نميز بين مرحلتين: الأولى سابقة على التعاقد تتناول مفهوم التفاوض على العقد المستقبلي، والثانية ممهدة للتعاقد تتضمن مفهوم الأفضلية في التعاقد، في الفرضيتين أكد المشرع بوضوح، وإن ببعض التمايز، على احترام مبدأ حسن النية.

أولاً- المرحلة التفاوضية:

ضمن هذه المرحلة التفاوضية أكد المشرع أن مجمل الأعمال التفاوضية الممهدة لمشروع العقد المستقبلي محكمة جبراً بمبدأ حسن النية، إن من حيث الطرح والداوات والمتابعة وحتى الإنهاء⁽⁹¹⁾، بمعنى أنه وإن كانت هذه المرحلة تخضع للحرية في الشروع بها من عدمه، إلا أنها محكمة حتماً حال الشروع بها بمبدأ حسن النية. هنا يمكن تسجيل ملاحظتين مهمتين في موقف القانون المدني المعدل، الأولى تتعلق بطبيعة الالتزام بمبدأ حسن النية خلال هذه المرحلة التفاوضية وحدوده، بينما تتناول الثانية جانبه التطبيقي.

1 - طبيعة الالتزام بمبدأ حسن النية وحدوده:

بين المشرع المدني الجديد بصريح النص أن الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية خلال هذه المرحلة ليس مجرد التزام نص عليه في القانون، وإنما هو التزام واجب التطبيق، وكأنَّ

(89) Art. (1114), "CC. Modifié", op. cit.

(90) D. Mainguy, Le contractant, personne de bonne foi, La réforme du droit des contrats: actes de colloque, 1ère Journée Cambacères, 3 juillet 2015, Univ. Montpellier, 2015, p. 83.

(91) Art. (1112 al 1), "CC. Modifié", op. cit.

القانون المدني المعدل ضمن هذه الفرضية ميز بين مجرد الالتزام باحترام مبدأ حسن النية كمبدأ عام، وواجب احترام تطبيق هذا المبدأ ضمن هذه الفرضية كحالة خاصة، لاسيما لجهة استخدام مصطلح: «يجب حكماً»، «Ils doivent impérativement»، كما أن المشرع لم يربط هذا الوجوب بمبدأ الالتزام كمفهوم، وإنما ربطه به كتصرف، ففي حين أشار في المبدأ العام أن العقود يجب أن يتم التفاوض حولها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية، أشار هنا إلى أن هذه التصرفات يجب حكماً أن تستوفي متطلبات مبدأ حسن النية، وليس المبدأ بذاته. إن هذه العبارة، «المتطلبات»، «Aux exigences»، لها دلالات تنفيذية وتطبيقية واسعة في هذا المجال، ويمكن اعتبار أنها تمثل الجانب التطبيقي لهذا المبدأ الذي تمت الإشارة إليه في مشروع قانون (Chancellerie) لعام 2008⁽⁹²⁾، لا بوصفه مبدأ عاماً وإنما تطبيق خاص، ذلك أنه في حال ثبت عدم احترام هذا المبدأ، فإن ذلك يوجب الحق في المطالبة بالتعويض، ضماناً لاحترام تطبيق هذا المبدأ وليس جزاءً لعدم الاستمرار في هذه التصرفات، بمعنى أن التعويض المستحق إنما هو نتيجة للإخلال بمبدأ حسن النية وليس لعدم إتمام العملية التعاقدية المأمولة⁽⁹³⁾.

كذلك، من الملاحظ أن القانون المدني المعدل قد شدد على بقاء هذا الالتزام في مختلف مراحل هذه المفاوضات، إما من حيث المبادرة والمداولة والفسخ⁽⁹⁴⁾، مغفلاً اشتراطه في مرحلة الاستمرار، حيث يرى العديد من رجال الفقه الفرنسي أنه كان حرياً بالقانون الجديد ذكر ذلك في هذه المرحلة أيضاً، لاسيما أنه في الفقرة الثانية من هذه المادة تحدث عن فسخ العقد الخاطيء الذي قد يكون بسوء نية أو بدونها⁽⁹⁵⁾، مما يوجب التأكيد على الفصل بين مفهوم سوء النية بحد ذاته، ومفهوم الاستمرارية الخاطئة⁽⁹⁶⁾، فالأمران مختلفان، مما يُعدُّ - من وجهة نظرنا - نقصاً تشريعياً يوجب التصحيح.

2 - الجوانب التطبيقية:

رغبة من المشرع المدني الجديد في تدعيم وجوب احترام هذا المبدأ فقد أورد القانون الجديد جانبين تطبيقيين لهذا المبدأ، يتعلق الأول بالالتزام بالإعلام⁽⁹⁷⁾، فيما يرتبط الثاني بالالتزام بالكتمان⁽⁹⁸⁾.

(92) Art. 18 Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi, op. cit.

(93) N. Molfessis, La formation du contrat - Arts. 1111 à 1129, op. cit.

(94) Art. (1112). "CC. Modifié", op. cit. La négociation peut-elle tout ? GDP, n° Hors-serie. 2018, n° 6, p. 4.

(95) Ibid.

(96) F. Leduc, La perte de chance, Rapport de synthèse, PA, 31 oct. 2013, p. 51.

(97) Art. (1112-1), "CC. Modifié", op. cit. M. Fabre-Magnan, Le devoir d'information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme, JCP G 2016, p. 706.

محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: «الثابت والمتغير»، الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، مرجع سابق، ص 266 وما بعدها. يوسف شندي، مرجع سابق، ص 462 وما بعدها.

(98) Art. (1112-2), "CC. Modifié", op. cit.

محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص 267 وما بعدها. يوسف شندي، مرجع سابق، ص 474 وما بعدها.

2.1 - الالتزام بالإعلام:

أكد القانون المدني المعدل أن على المتعاقد الذي يعلم أو يفترض به العلم بمعلومات جديدة بالاعتبار للحصول على رضا الطرف الآخر أن يخبر بها هذا الأخير، ما دام أن هذا الأخير لا يعلم بها أو كان المتعاقد الآخر موضع ثقة بالنسبة له. وبخلاف ذلك يمكن مساءلة المتعاقد المقصر بالتعويض، مع إمكان المطالبة ببطلان العقد في حال كان هذا التقصير سبباً في الوقوع في إحدى حالات عيوب الإرادة⁽⁹⁹⁾، علماً بأن القانون المدني المعدل لم يطلق هذا الالتزام على مجمله، وإنما قيّد من نطاق تطبيقه الالتزام بالإعلام المتعلق بقيمة الخدمة، معتبراً أن المعلومات التي تنطوي على أهمية خاصة في التعاقد هي تلك المرتبطة بمحتوى العقد وصفات المتعاقدين، كما شدد التأكيد بأن أياً من المتعاقدين لا يمكنه أن يحد أو يقيّد من هذا الالتزام أو أن يعفي نفسه منه⁽¹⁰⁰⁾.

وعلى ذلك يمكن القول إن هذا الالتزام له جانب قانوني غير محسوس يتعلق بالالتزام بالإعلام بحد ذاته، وجانب قانوني محسوس يتعلق بالعناصر الواجب على المتعاقدين أن يبنوا معلوماتهم حولها، مع التأكيد على أن هذا الالتزام ببعديه المحسوس وغير المحسوس لا يمكن الالتفاف حوله، نظراً لأن المشرع أكد أن الطرفين لا يمكنهما تقييد أو استبعاد هذا الالتزام، ولكن هل يمكن اعتبار هذا المبدأ من متعلقات النظام العام كما هو الحال بالنسبة لمبدأ حسن النية؟

في الحقيقة، لا نعتقد ذلك، ذلك أنه وإن كان يمكن القول إن كل اتفاق مسبق على استبعاده يُعدّ باطلاً ولا قيمة له، إلا أن التنازل اللاحق عن التمسك به مستقبلاً يبقى -في رأينا- قائماً، وهذا بخلاف مفهوم القواعد المرتبطة بالنظام العام، وهو -في رأينا- السبب وراء عدم تكييف القانون المدني المعدل له بمفهوم النظام العام، خلافاً لما ذهب إليه بالنسبة لمبدأ حسن النية الذي عدّه صراحة من متعلقات النظام العام، دون أن ننفي تحفظنا على هذا التكييف الذي سبق وبَيَّنَّاه، منوهين بضرورة أن يعيد المشرع المدني الفرنسي النظر في تكييفها كونها من متعلقات الحق الخاص لا العام⁽¹⁰¹⁾.

(99) Art. (1112-1), "CC. Modifié", op. cit. D. Houtcieff, Le vendeur n'est de bon conseil que s'il s'informe. GDP, 10 avril 2018, n° 3, p. 24. M. Mekki, Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information, GDP, 2016, n° 14, p. 15. Y-M. Laithier, La perte de chance: arme de dissuasion contre la rétractation fautive de la promesse unilatérale de vente? RDC, 2015, n°04, p.9.

(100) Art. (1112-1), "CC. Modifié", op. cit.

(101) الرجاء مراجعة الفقرة المعنونة: "خصوصية المفهوم" ضمن القسم المتعلق بمبدأ حسن النية من هذا البحث.

2.2 - الالتزام بالكتمان «السرية»:

بَيَّنَّ المشرِّعُ المدني الجديد أنَّ الاستخدام أو التسريب غير المرخص لمعلومات تتسم بالسرية تم الحصول عليها بمعرض المفاوضات الممهدة للتعاقد يوجب التعويض⁽¹⁰²⁾. بالتالي كرس المشرِّعُ الالتزام بالمحافظة على السرية، من حيث منع أي من المتعاقدين من الاستخدام غير المصرح به لمثل هذه المعلومات، سواء بهدف الاستفادة الشخصية أو لمجرد الإعلام عنها، حتى ولو لم تكن ثمة مصلحة شخصية من وراء هذا الكشف، وبالتالي فالمشرِّعُ كرس مفهوم الحماية لهذه المعلومات بالاستناد إلى طبيعتها السرية الصرفة وليس بالاستناد إلى طبيعة الاستفادة منها، علماً بأنَّ هذا الالتزام لا يحتاج إلى وجود شرط السرية أو اتفاق السرية أثناء المراحل التفاوضية للاستفادة منه، بمعنى أنَّ هذا الالتزام، بموجب نصوص القانون المدني المُعدَّل أضحى اليوم ذا دلالة قانونية واجبة التطبيق بحكم القانون دون الحاجة للتذرع بوجود نص اتفاقي بَيَّنَّ يثبت هذا الالتزام⁽¹⁰³⁾، وإنَّ كان على القضاء مستقبلاً توضيح مفهوم ودلالات هذه السرية وحدودها، وما هي المعلومات التي تعتبر سرية من عدمها، لاسيما في حال عدم التصريح الصريح بَيَّنَّ الطرفين حول طبيعة وخصوصية المعلومات المتداولة أثناء هذه المرحلة، وبالتالي لا نعتقد أنَّ هذا الشرط يمكن له أن يغني عن شرط أو اتفاق السرية الذي درجت العديد من العقود الاقتصادية لاسيما ذات الطابع الدولي على تبنيه⁽¹⁰⁴⁾.

وهنا يجب أن نثني على موقف القانون الجديد الذي أعاد النظر في التموضع القانوني للالتزام الخاص بمبدأ الإعلام المسبق، حيث كان مشروع القانون يعالج هذا الالتزام ضمن القواعد القانونية الخاصة بصحة انعقاد العقد، وتحديداً ضمن القواعد القانونية التي تبحث في الركن الأول لانعقاد العقد المتعلق بالرضى⁽¹⁰⁵⁾، مما كان محل انتقاد كبير من جانب العديد من رجال الفقه الفرنسي، لاسيما في ضوء التكييف القانوني الذي منحه مشروع القانون لقواعد المساءلة القانونية في حال عدم الالتزام بقواعد هذا الالتزام،

(102) Art. (1112-2), "CC. Modifié", op. cit.

(103) Pour plus d'informations voir: A. Latreille, Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat, 1ère et 2ème partie, PA 2006, n° 156, p. 4s; n° 157, p. 4s. S. Gorrias, Le défi: la confiance dans les relations d'affaires. GDP, 2017, n° Hors-serie, p.82.

محمد عرفان الخطيب، مرجع سابق، ص 270 وما بعدها.

(104) Pour plus d'informations voir, M. Bühler, Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux, Revue de Droit des Affaires Internationales, 2002, n° 3/4, p. 359s.

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

بحيث إنّه كان يناقش قضية تُعدُّ من مدرجات العملية التعاقدية، وتطبق عليها قواعد المسؤولية غير التعاقدية «التقصيرية»⁽¹⁰⁶⁾، بل إنّه قد استخدم مصطلح المتعاقدين وليس الطرفين، وكأننا أمام حالة تعاقدية وليست تفاوضية⁽¹⁰⁷⁾، في حين إنَّ الالتزام بالإعلام من الواجبات التي تفرض قبل إبرام العقد، والأولى بحثه في القسم الخاص بالمرحل السابقة على التعاقد، مع احترام التكييف القانوني الخاص به من حيث كونه متصلًا بالعملية التفاوضية؟ ويخضع لقواعد المسؤولية غير التعاقدية بين أطراف مشروع عقد وليس متعاقدين، وهو الأمر الذي تنبه له واضعوا القانون الجديد، وإن كنا نأمل لو أنَّ واضعي القانون المدني المعدَّل قد عالجوا الالتزام بالإعلام المسبق في قاعدة قانونية عامة ضمن الأحكام العامة لنظرية العقد، تبين أنَّ هذا الالتزام إنَّما يُمثل التزامًا قانونيًا على طرفي العملية التعاقدية المستقبلية، يمكن أن يُحكم بأحكام المسؤولية غير التعاقدية في حال كان هذه الالتزام يدخل في المراحل التمهيديّة السابقة لانعقاد العقد، ويمكن أن يُحكم بأحكام المسؤولية التعاقدية في حال كونه تجاوز مراحل التمهد، بوصفه من المراحل التي تدخل في إطار المراحل الممهدة لانعقاد العقد، لاسيما أنَّ القانون المدني المعدَّل وفي معرض تعرضه لعيوب الإرادة في العملية التعاقدية، - لاسيما منها المرتبط بالتدليس - تعرض لمبدأ حسن النية، من حيث التأكيد أنَّه في حالات التدليس التي تنطوي على التحايل أو الكذب أو الكتمان المتعمد لمعلومات يجب على المتعاقد أن يدلي بالمعلومات المطلوبة منه بموجب القانون وبما يتوافق مع مبدأ حسن النية⁽¹⁰⁸⁾.

(106) من الجدير ذكره أن مصطلح المسؤولية التقصيرية «La responsabilité délictuelle»، لم يعد ضمن مفردات القانون المدني الفرنسي الحديث، الذي استعاض عنه بمصطلح: «المسؤولية غير التعاقدية «La responsabilité extracontractuelle»، علما بأن هذا الهجر المصطلحي، ليس الأول، بل سبقته محاولات فقهية عديدة حثت المشرع الفرنسي على هجر الربط لنظرية المسؤولية المدنية مع البعد التقصيري القائم على مفهوم الجريمة وشبه الجريمة، لمفهوم العقد وخارج العقد، الأمر الذي تبناه المشرع الفرنسي في مشاريع قوانين سابقة على التعديل الحالي للقانون موضوع الدراسة. ومما لا شك فيه أن هذا الهجر لمصطلح المسؤولية التقصيرية لمصطلح المسؤولية غير التعاقدية، مع تفرغ نظرية المسؤولية المدنية الحديثة في القانون المدني بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية غير التعاقدية، ببعديه الإرادي وغير الإرادي، إنما ينسجم بشكل كبير مع الإطار الفلسفي لنظرية الالتزام القائمة على البعد الإرادي للالتزام «التصرف القانوني» والبعد اللاإرادي له «الواقعة القانونية»، الأمر الذي كرسه المشرع في تعديل القانون لعام 2016، الأمر الذي تم إعادة التأكيد عليه في مشروع قانون تعديل المسؤولية المدنية لعام 2017. راجع في ذلك،

Arts. (1100 à 1100-2), «CC. Modifié». Projet de réforme de la responsabilité civile Mars 2017. Propos recueillis par C. Kleitz, interviewé J-J. Urvoas, Ministre de la Justice, GDP, 2017, n° 11, p. 10.

(107) M. Mekki, Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information, GDP, 2016, n°14, p. 15s.

(108) Art. (1137), «CC. Modifié», op. cit.

ثانياً- المرحلة التمهيديّة:

تتناول هذه الفرضية حالتي الوعد الملزم لجانب واحد والوعد بالتفضيل، بوصفهما يمثلان فصلاً في الالتزام التعاقدية أعلى من مرحلة التفاوض وأدنى من مرحلة الإبرام، من حيث حق المستفيد بالحلول أو المطالبة بإبطال العقد في حال التعاقد مع الغير سيئ النية، إضافة للتأكيد على حق الغير بالاستعلام المسبق لاستجلاء حقيقة نية المستفيد المستقبلية.

1 - المستفيد، والحق في الحلول:

أكد المشرع المدني الفرنسي أنّ النية من حيث حسنها أو سوءها، تلعب دوراً مفصلياً في تحديد الجزاء القانوني المترتب في حال الإخلال بالالتزام القانوني القائم على الالتزام بالتعاقد مع الشخص المستفيد من قبل الواعد أو مقدم الشرط، مؤكداً أنّ أي عقد يبرم مع الغير لا ينتج آثاراً قانونية معتبرة من حيث الأصل، ما دام هذا الأخير سيئ النية، الأمر الذي يُعدّ تطبيقاً لمبدأ قانوني وفقهي مستقر مفاده أنّ سوء النية يفسد كل شيء⁽¹⁰⁹⁾ وإنّ كان القانون المدني المعدّل قد مايز في النتائج المترتبة على التعاقد مع الغير سيئ النية ما بين الوعد الملزم لجانب واحد من جهة والوعد بالتفضيل من جهة أخرى، متشدداً في الفرضية الأولى أكثر منه في الثانية.

فوفقاً لنص الفقرة الثالثة من النص القانوني المنظم لأحكام الوعد الملزم لجانب واحد⁽¹¹⁰⁾، عدّ القانون المدني المعدّل أنّ العقد المبرم ضمن هذه الفرضية باطل، وبالتالي لا وجود قانوني له، دون أنّ يفسر مفهوم البطلان المقرر هنا⁽¹¹¹⁾، بينما عدّ وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة المنظمة لأحكام الوعد بالتفضيل، بأنّ العقد المبرم في هذه الفرضية لا يُعدّ باطلاً، وإنّ كان بإمكان المستفيد أن يحرك دعوى البطلان في مواجهة هذا العقد⁽¹¹²⁾. وبذلك يتضح أنّ ثمة تبايناً واضحاً في الجزاء القانوني المترتب على كل منهما، في حال

(109) C. Grimaldi, Proposition de modification de l'article 1137, alinéa 2, du Code civil relatif à la réticence dolosive, RDC, 2017, n°6, p. 175. O. Deshayes, Le dol dans la formation du contrat chasse toutes clauses limitatives d'indemnisation. RDC, 2017, n° 2, p. 20.

(110) Art. (1124), "CC. Modifié", op. cit.

(111) لم يوضح القانون المدني المعدّل مفهوم البطلان في هذه الفرضية، وهل يقصد به البطلان المطلق أو النسبي؛ وإنّ كان واقع الحال يفيد مفهوم البطلان النسبي، ولكن هل يفيد البطلان النسبي مع اشتراط رفع الدعوى أو بدون ذلك؟ بمعنى أنّ المستفيد يمكنه أن يُعدّ العقد بالنسبة إليه غير منعقد بالضرورة دون الحاجة لدعوى قضائية؟ وهذا هو التوجه الذي نميل إلى تربيحه، والذي يمكن أن نطلق عليه استثناءً مصطلحاً: «البطلان النسبي التلقائي» الذي يتم بقوة القانون وبمجرد التمسك به.

(112) Art. (1123), "CC. Modifié", op. cit.

انتهاك هذا المبدأ من خلال التعاقد مع الغير؛ الأول، يقوم على البطلان القانوني المفترض بحكم القانون دون الحاجة لرفع الدعوى أو المطالبة القضائية به، والثاني، يتعلق بصحة العقد وضرورة العمل على المطالبة ببطلانه. ومما لا شك فيه أن هذا التمايز له مبرراته لاسيما في ضوء طبيعة الالتزام القانوني في كل منهما والمركز القانوني لكل طرف في هذه العملية، ذلك أن الوعد الملزم لجانب واحد قد عدّه القانون المدني المعدّل أعلى من العقد التمهيدي، بكونه عقداً تاماً مكتمل الأركان معلقاً على شرط واقف هو قبول المستفيد، الأمر الذي لم يرق له التوصيف القانوني للوعد بالتفضيل.

1 - الغير، والحق في الاستعلام:

رغبة من المشرع المدني الجديد في حماية حق الغير حسن النية في التعاقد في حال وجود الوعد بالتفضيل، فقد منحه إمكان الحصول على الموافقة الكتابية الصريحة والمسبقة من قبل المستفيد خلال فترة معقولة، وبخلاف ذلك، يُعدُّ السكوت بمثابة الموافقة الضمنية، الأمر الذي يحرم المستفيد في حال تحققه من التمسك بخياري الحلول محل الغير في العقد المبرم أو المطالبة ببطلان العقد⁽¹¹³⁾، سواء أكان العقد يتضمن شرط الكتمان أم لا يتضمنه، وذلك بخلاف الحال بالنسبة لمشروع القانون الذي كان يعفي المستفيد من التدخل أو الرد في حال كان العقد ينطوي على أي من هذين الشرطين⁽¹¹⁴⁾.

وبعيداً عن الانتقادات التي وجهت لهذا الاشتراط، من جهة فاعليته⁽¹¹⁵⁾، لاسيما لجهة كونه يُعري موقف الغير، مما قد يُشكل حافزاً للمستفيد للمضي قدماً في العقد في حال تردده، ما قد يُضيق فرصة التعاقد على الغير ضمن فرضية التردد من المستفيد، الأمر الذي لا نتفق معه، ذلك أن غايته التشريعية بالنسبة لنا تسمو على ذلك، لاسيما لجهة تكريسه لمفهوم حسن النية في العلاقات قبل التعاقدية بما سيعزز من الموقع القانوني للغير في مواجهة المستفيد في حال المنازعة، ولعل ذلك هو ما دفع القانون المدني المعدّل لاعتبار سكوت المستفيد بمثابة الموافقة التي تغلق الباب التعاقدية وتحرمه من الحق بالمطالبة بإبطال العقد أو الحلول محل الغير، مكتفياً بإقرار الحق بالمطالبة بالتعويض فقط، إلا أن السؤال الذي نعتقد أنه كان أولى بالقانون المدني المعدّل توضيحه إنما يتعلق بالمدة الزمنية لهذه الفترة المعقولة وما هي محدداتها، حيث لم يضع القانون، ومن قبله مشروع القانون، لها زمناً محدداً، كذلك بالنسبة للغير الذي يجب أن يحصل على موافقة مكتوبة من المستفيد قبل المضي بإجراءات التعاقد مع الواعد محل المستفيد، السؤال ما هي هذه الطريقة؟ هل يقصد بها رسالة عادية أو رسالة مسجلة أو رسالة مسجلة مع إشعار العلم

(113) Ibid.

(114) Art. (1125). "Terré", projet de loi, op, cit.

(115) M. Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations. Entre vices et vertus, op, cit. p. 10.

بالوصول، و نعتقد أنه كان حرياً بالقانون المدني المعدل توضيح مختلف هذه النقاط .

كما يؤخذ على النص الحالي، أنه لم يوضح الموقف القانوني حيال العقد الذي يبرم مع الغير حسن النية، فما هو مصير العقد في هذه الفرضية؟ وما هي الخيارات المتاحة أمام المستفيد حيال ذلك؟ هل له الحق بالمطالبة بالحلول محل الغير؟ أم له الحق بالمطالبة بالتعويض؟ ويرى البعض أن من الواجب تطبيق القواعد الاجتهادية المستقرة والخاصة بعقد البيع لاسيما في قضية التعويض عن الضرر، متمسكين بنص المادة التالية المتعلقة بالشرط بالفضل التي منحت المستفيد في حال إخلال الواعد بالتزاماته بالحق بالتعويض عن الضرر⁽¹¹⁶⁾.

بالنسبة لنا، هذا الرأي، على الرغم من وجاهته، إلا أنه يبقي الصورة غير مكتملة، ذلك أن القواعد الواردة في هذا الفصل إنما تمثل القواعد العامة لنظرية العقد التي من المفترض أن تنصوي تحتها مختلف أشكال العقود بما فيها عقد البيع، وإن القبول بتبني قواعد خاصة في جانب معين وتعميمها على مختلف قواعد العقود الأخرى التي تختلف في كثير من المضامين عن مثيلاتها أمر فيه نظر، لذلك نعتقد أنه كان حرياً بالقانون المدني المعدل أن يكون أكثر وضوحاً حيال هذه النقطة، لاسيما أنه كان أكثر جرأة في توضيح هذه القواعد لدى تناوله للقواعد الخاصة بالوعد بالفضل، على الرغم من أن مدى قوته القانونية هي دون نظيرتها الخاصة بالوعد بالبيع⁽¹¹⁷⁾.

(116) Ibid., p. 9.

(117) نعتقد أنه لو أن القانون المدني المعدل قد قسم المادتين المتعلقتين بالوعد بالفضل والوعد الملزم لجانب واحد لثلاث مواد، عالج في الأولى الأحكام الخاصة بالوعد الأحادي، وتناول في الثانية مثيلاتها المتعلقة بالوعد بالفضل، وعرض في الثالثة للأحكام العامة المنطبقة على كل من الوعد بالفضل والوعد الأحادي، لكان عالج هذا الموضوع بصورة أكثر منهجية.

المطلب الثالث

مبدأ القوة الملزمة للعقد والأمان التعاقدى

«العقود المبرمة بشكل قانوني تأخذ مكان القانون بالنسبة لمبرمها»⁽¹¹⁸⁾

من غير الخافي أن مبدأ القوة الملزمة للعقد ليس بالمفهوم الجديد على القانون المدني الفرنسي، فالقانون المدني السابق كان ينص على المبدأ ذاته، من حيث التأكيد على أن العقود التي تُكوّن بشكل قانوني تأخذ حكم القانون بالنسبة لمن أجزاها، وذلك تطبيقاً للمبدأ القانوني القائم على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين⁽¹¹⁹⁾، وإن كان القانون المدني المعدّل قد أعاد التوضع القانوني لهذا المبدأ، بوضعه ضمن المبادئ العامة التي تحكم نظرية العقد عامةً، وليس مبدأً فرعياً يتناول تحديد قوة العقد ضمن القسم المخصص للبحث في آثار العقد⁽¹²⁰⁾، ليتعدى في ضوء أحكام هذا القانون فكرة آثار العقد إلى مختلف المراحل التعاقدية، وليُضفي عليه العديد من الجوانب الحداثيّة الهادفة لتحقيق الأمان التعاقدى لطرفي العقد، إن لجهة انعقاد العقد أو تنفيذه ضماناً للتوازن التعاقدى بين طرفيه، أو لجهة المطالبة بالتنفيذ البديل عن الالتزام التعاقدى في حال فسخ العقد، حرصاً على تأمين أكبر قدر من العدالة التعاقدية لطرفيه.

الفرع الأول

القوة الملزمة للعقد والتوازن التعاقدى

رغم إقرار القانون المدني المعدّل بالقوة الملزمة للعقد، إلا أنه حرص على ألا تُخل هذه القوة بمبدأ التوازن التعاقدى⁽¹²¹⁾ بين طرفيه، لاسيما فيما يتعلق بطبيعة الالتزامات المترتبة عليهما، إن من حيث صدقية وجود هذه الالتزامات، أو من حيث شفافية الالتزام بها.

أولاً- صدقية وجود الالتزام:

أكد القانون المدني المعدّل أن كل التزام يجب أن يقابله التزام محدد أو قابل للتحديد، وأن على المدين، في حال كانت مواصفات الالتزام المقابل غير محددة أو غير قابلة للتحديد بموجب

(118) Art. (1103), "CC. Modifié", op. cit.

(119) G. Rouhette, La force obligatoire du contrat, Rapport français, In Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises, LGDJ, 1987, p.27. J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, 1993, n°252s. L. Cadiet, Une justice contractuelle, l'autre, In Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle, LGDJ, 2001, p.177.

(120) J.-S. Borghetti, La force obligatoire des contrats, Dr. et patri, n° 258, mai 2016, p. 67. p. 53.

(121) A.-S. Choné-Grimaldi, Le projet de réforme de la responsabilité civile: observations article par article, GDP, 2017, n° 23, p. 16s. S. Le Gac-Pech, Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil. PA, 2016, n° 162-163, p. 7s. F

العقد، أن يقدم التزاماً بموصفات تتوافق مع الآمال المشروعة المنتظرة من قبل الأطراف بالاعتبار لطبيعة الالتزام أو العرف أو المقابل لالتزامه، أي التزام الدائن⁽¹²²⁾، مميزاً بذلك في النتائج القانونية المترتبة على فقدان الالتزام المقابل بين العقود ذات الالتزام المتبادل وعقود المعاوضة، معتبراً أن عدم وجود الالتزام المقابل ليس شرطاً كافياً لإبطال العقد في الأولى ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽¹²³⁾، ومؤكداً بأن غياب المقابل الحقيقي والفعلي للالتزام لحظة انعقاد العقد في الثانية يجعلها باطلة⁽¹²⁴⁾.

ومن غير الخافي أن تشدد المشرع في نوعية العقاب بالنسبة لعقود المعاوضة له ما يبرره كونها تقوم على الالتزامات النفعية المتقابلة، كذلك فقد عدّ المشرع أن كل شرط يرد في إطار العقود كافة، بهدف إعفاء أحد طرفي العقد من التزاماته الرئيسية هو شرط باطل⁽¹²⁵⁾. بالتالي فإن جميع النصوص السابقة إنما تهدف إلى التأكيد على التوازن التعاقدية بين التزامات طرفي العقد، لجهة أن يكون لكل التزام قائم التزام مقابل حقيقي تحت طائلة بطلان العقد بحكم القانون أو بالطلب.

ثانياً - صدقية شفافية الالتزام:

أورد القانون المدني الفرنسي حالات متعددة، يمكن تأطيرها في محورين رئيسين: الأول يتناول حظر الشروط التعسفية في العقود كافة، والثاني يتناول الحق بفسخ العقود التي تتم تحت تأثير الإكراه القائم على الحاجة.

1 - حظر الشروط التعسفية:

حظر القانون المدني المعدّل الشروط التعسفية في العقود المدنية، لاسيما منها عقود الإذعان معتبراً أن كل شرط يرد في هذه العقود يفضي إلى إحداث عدم توازن واضح بين الحقوق والواجبات بين أطراف العقد يُعدُّ غير مكتوب، علماً بأن تقدير عدم التوازن المبالغ فيه لا يتناول موضوع الالتزام الرئيسي للعقد أو المقابل المالي للالتزام⁽¹²⁶⁾. ومما لا شك فيه أن القانون المدني المعدّل بموجب هذا النص إنما وسّع من المروحة الحمائية الضامنة لتوازن الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد، مما يُمثل تقييداً مبرراً لقدرة إرادة أحد طرفي العقد في فرض شروطه على الطرف الآخر، من خلال أمرين اثنين: الأول يتمثل في التعريف القانوني الذي منحه القانون المدني المعدّل لهذه العقود، والثاني يتعلق بغزو القواعد الخاصة للنظام العام لنظرية العقد.

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

(123) Ibid. Art. (1168).

(124) Ibid. Art. (1169).

(125) Ibid. Art. (1170).

(126) Ibid. Art. (1171).

1.1 - خصوصية التعريف:

إن كان التحديد الذي منحه القانون المدني المعدل لعقود المساومة لا يثير لغطاً كثيراً، من حيث تعريفها بكونها العقود التي تتم مناقشة شروطها بحرية بين الأطراف، فإنَّ التعريف الذي منحه القانون المدني المعدل لعقود الإذعان يستحق التوقف من حيث اعتبارها بمثابة العقود التي لا تخضع شروطها العامة للمفاوضات، وتحدد بصورة مسبقة من أحد الطرفين⁽¹²⁷⁾، وذلك بخلاف توجه مشروع القانون الذي عرفها بكونها العقود التي لا تخضع شروطها الجوهرية للمناقشة الحرة بين الطرفين وتحدد مسبقاً من قبل أحد الطرفين⁽¹²⁸⁾. وبالتالي فإنَّ المشرع وسَّع من مروحة هذه العقود، بكونها لم تعد تقتصر على العقود التي تُستبعد شروطها الجوهرية من المناقشة، وإنما أضحت التي تستبعد شروطها العامة من المفاوضات، ليتجاوز المشرع مفهوم الشروط الجوهرية لمفهوم الشروط العامة، التي باعتقادنا إنَّما تشمل كامل شروط العقد الجوهرية وغير الجوهرية، مع العلم بأنَّ مشروع القانون كان قد قصر نطاق تطبيق الشروط الجوهرية على مرحلة المناقشات، في حين أنَّ القانون المدني المعدل قد قصر نطاق تطبيق الشروط العامة على مرحلة المفاوضات لا المناقشات.

بالتالي فقد سجَّل القانون المدني المعدل، مقارنة مع القانون المدني السابق من جهة ومشروع القانون من جهة أخرى، تطوراً مهماً 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 المفاوضات «La négociation»، الذي يشمل دلالة قانونية أكثر جدية من مفهوم المناقشة، ومما لا شك فيه أنَّ على القضاء واجب تحديد وتبيان الحدود الفاصلة بينهما، 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 الخلط الفاضح الموجب لتطبيق أحكام هذه المادة، ذلك أنَّ القانون المدني المعدل لم يقدم معايير ثابتة ومحددة له، وإنَّ كان قد ضيق من نطاقه، بحيث إنَّه يشمل مختلف نواحي الالتزام القانوني بين الطرفين باستثناء المتعلق منها بموضوع الالتزام الرئيسي أو ما يمكن تسميته بمحل العقد، مستبعداً كذلك من نطاقه المقابل المالي للالتزام، وبذلك أخرج المشرع من التدرع بعدم

(127) Ibid. Art. (1110).

(128) “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 stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l’une des parties”. Art. (1108). “Terré”, projet de loi, op. cit.

التوازن التعاقدية أي ادعاء يتناول محل العقد المتفق عليه، أو المقابل المالي للخدمات التي قد يلتزم بها أحد المتعاقدين لصالح الآخر.

1.2 - الانتقال من الخصوصية إلى العمومية:

الحقيقة، وبغض النظر عن التخوفات العديدة حول هذه النظرية، فقد أثبتت هذه المادة أنّ القواعد الحمائية الخاصة استطاعت أن تجد لها مكاناً ضمن المبادئ العامة، فبعد 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⁽¹²⁹⁾، فإنّ هذه القواعد انتقلت اليوم من الخاص إلى العام، لتُدرج بشكل واضح ضمن أحكام النظرية العامة للعقد، كواحدة من المبادئ العامة التي تحكم العقود كافة وليس شكلاً واحداً من هذه العقود. أمرٌ بالنسبة لنا لا ضير فيه، بل هو دليل عافية وصحة للنظرية العامة، كونه يُثبت أنّ 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 تعاقدية خاصة⁽¹³⁰⁾، علماً بأننا نميل للترجيح بأنّ هذه القاعدة الخاصة التي أضحت تمثل 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 أنّ نطاق تطبيق هذه المادة يشمل مختلف عقود الإذعان بما فيها المرتبط بعقود الاستهلاك، علماً بأنّ عقود الاستهلاك كافة لا يمكن اعتبارها عقود إذعان بالمعنى الحرفي لها، على الرغم من ذلك فلا يمكن إنكار أثر فكرة عقود الاستهلاك على وضع هذه النظرية في النظرية العامة للعقود⁽¹³¹⁾.

2 - الحد من إكراه الحاجة «الإكراه الاقتصادي»:

إنّ كان يُفهم بمفهوم المخالفة لتفسير نص المادة السابقة المتعلقة بعقود الإذعان أنّ الشروط التي تحدث خللاً تعاقدياً غير مبالغ فيه تبقى صحيحة؟ ما دام أنّها وردت في عقود الإذعان، فالمشرّع في المادة السابقة لم يحد ما هو مصير هذه الشروط في حال وردت في العقود العادية لاسيما المساومة منها، هل تبقى صحيحة؟ في الحقيقة لم يجب القانون المدني المعدل عن ذلك، وإنّ كنا نميل إلى عدم الاعتداد بها في هذه الفرضية،

(129) D. Fenouillet, La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives: un pas en avant, deux pas en arrière! RDC, 2005, n° 3, p. 718.

(130) Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, L'Essentiel Droit des contrats, 2017, n° 04, p. 8s. J.-L. Aubert. J.-P. Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle, JCP, Général, 1998, I. p. 152.

(131) F. Bicheron, N'abusons pas de la clause abusive, GDP, 30 avril 2015, n° 120, p. 24.

وبالتالي وجوب اعتبارها باطلة، ولكن تحت أي مستند؟!

نعتقد هنا أنه يمكننا تطبيق 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»⁽¹³²⁾ التي أدخلها المشرع المدني الفرنسي للمرة الأولى في التقنين المدني الفرنسي، مؤكداً أن هذا الإكراه يتحقق عندما يقوم أحد الأطراف متعسفاً من وضع التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر بالحصول منه على التزامات لم يكن ليحصل عليها في غياب هذه الحالة من الخشية، ويحصل بذلك على امتياز مبالغ فيه⁽¹³³⁾. وعليه، إن كان من الطبيعي الاستنتاج بأن الشروط التي تحدث خللاً توازنياً مبالغاً فيه لا قيمة لها إذا وقعت في عقود الإذعان والعقود العادية من باب أولى، فإن هذه الشروط ما دام 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 ما دامت 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 بفسخ العقد بناءً على دعوى قضائية، لا اعتبار الشرط بحكم عدم بقوة القانون، بعكس الحال في فرضية الشروط المتعلقة بالإخلال بالتوازن التعاقدية التي قضى القانون بعدم صحته بقوة القانون دون الحاجة للطلب.

(132) علماً بأننا لا نتفق مع تسميته بـ: «الإكراه الاقتصادي»، ذلك أن المشرع المدني الفرنسي لم يتبن هذه التسمية مطلقاً، بل اعتمد في تكيف هذا الإكراه على مبدأ الحاجة والتبعية في مختلف المشاريع القانونية الممهدة للقانون المدني المعدل، بذات الوقت الذي تخلى هذا الأخير عن مفهوم الحاجة بشكل كامل، بحيث أضحت تنطوي تحت مفهوم التبعية بشكل عام، من حيث الإشارة إلى مفهوم عدم الاستقلالية بشكل عام، بما فيها البعدان الاقتصادي والاجتماعي وغيرهما. Art. (1143). CC. Modifié, op. cit. Art. (1142). "Terré", projet de loi, op. cit. E. Savaux, Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats, RDC, 2015, n° 03. H. Barbier, Le vice du consentement pour cause de violence économique, Dr. et patri, 2014, n° 240, p. 50s. B. Fages, La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018, RDC, 2018, n° 1, p. 15.

(133) Art. (1143). "CC. Modifié", op. cit. Pour plus d'informations voir, F. Dournaux, La réforme des vices du consentement, Dr. et patri, n° 258, mai 2016, p. 57. H. Barbier, La violence par abus de dépendance, JCP G, 2016, 421.

الفرع الثاني

القوة الملزمة للعقد والعدالة التعاقدية

بعد أن حدد القانون المدني المعدل قاعدته الذهبية القائمة على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين⁽¹³⁴⁾ وبأنه لا يمكن تعديله أو نقضه إلا بالاتفاق المشترك، أو للأسباب التي يسمح بها القانون⁽¹³⁵⁾، وبأن العقود لا تلزم فقط بمنطوقها وإنما بما يشملها مفهوم الإنصاف أو العرف أو القانون⁽¹³⁶⁾، عاد وأكد أن هذه القوة الملزمة لاسيما في العقود ذات التنفيذ المتراخي، إنما تخضع لبعض الاستثناءات، منتصراً بذلك لفلسفته المدنية القائمة على أن الأصل في التنفيذ هو التنفيذ العيني.

أولاً- لجهة التنفيذ:

أورد القانون المدني المعدل ثلاثة أنواع لهذه العقود هي على التوالي: العقود الإطارية والعقود ذات التنفيذ المتعاقب وأخيراً عقود الخدمات، حيث عرّف العقد الإطاري بالعقد الذي يتفق من خلاله المتعاقدان على العناصر الرئيسية لعلاقتهما التعاقدية المستقبلية⁽¹³⁷⁾. وعرّف العقد ذا التنفيذ المتعاقب بكونه العقد الذي تنفذ فيه التزامات-على الأقل أحد الطرفين- وفق مراحل زمنية متعاقبة⁽¹³⁸⁾، في حين إنه لم يعرف المقصود بعقود الخدمات. وباعتبار أن الزمن، بما يحمله من متغيرات متوقعة وغير متوقعة، يشكل عاملاً جوهرياً في تنفيذ هذه العقود فقد وضع القانون المدني المعدل قواعد قانونية خاصة تؤمن تحقيق التوازن التعاقدية خلال فترة تنفيذ هذه العقود، حيث يمكن الإشارة لفرضيتين أساسيتين تبرزان الموقف الحدائي للقانون المدني المعدل في هذه العقود المتراخية، هاتان الفرضيتان وإن بدتا متناقضتين ظاهرياً، إلا أنهما متكاملتان فعلياً كونهما يمنحان أحد المتعاقدين أثناء تنفيذ هذه العقود الحق بتحقيق أو إعادة تحقيق العدالة التعاقدية، إما بحكم الاتفاق أو بحكم القانون.

1 - العدالة التعاقدية والحق الاتفاقي في التثبيت المستقبلي للثمن من جانب واحد:

أقر القانون المدني المعدل أن تحديد الثمن في بعض العقود الزمنية لا يُعد شرطاً أساسياً لانعقادها، وبأنه يمكن أن يُترك تحديده لإرادة الطرفين المستقبلية أو لإرادة أحدهما بشكل مستقل، الأمر الذي يخالف الثوابت القانونية التقليدية في تحديد الثمن في العقود المدنية، لجهتين: الأولى كونه قبل بصحة انعقاد العقد دون تحديد الثمن العنصر الرئيسي

(134) Art. (1103). "CC. Modifié", op. cit.

(135) Ibid., Art. (1193). Art. (1194). "Terré", projet de loi, op. cit.

(136) Ibid., Art. (1194). Art. (1195). "Terré", projet de loi, op. cit.

(137) Ibid., Art. (1111).

(138) Ibid. Art. (1111-1 al. 2).

في عقود البيع، والثانية كونه منح الحق لأحد طرفي العقد بتحديد الثمن مستقبلاً بإرادته المنفردة، ما يُعدُّ بمثابة خرق فاضح لمفهوم العدالة التعاقدية بين طرفي العقد⁽¹³⁹⁾.

فقد قضى القانون المدني المعدل أنه في العقود الإطارية بإمكان الطرفين الاتفاق على أن يحدد الثمن لاحقاً بشكل أحادي من قبل أحدهما، مع تعهد هذا الأخير بتبرير هذا المبلغ في حال الاعتراض، وفي حال وجود تجاوز في تحديد الثمن، فيمكن للطرف المتضرر إماماً المطالبة القضائية بالتعويض نتيجةً للمبالغة في تحديد المقابل، أو بفسخ العقد عند الاقتضاء. الموقف ذاته، تم تبنيه كذلك في عقود الخدمات وإن بشكل مختلف، حيث ذهب النص إلى أنه في هذه العقود، وبانعدام وجود اتفاق مسبق عند إبرام العقد فإن السعر المقابل للخدمات يمكن تحديده من قبل الدائن، شريطة التزامه بالتبرير في حال الاعتراض، وللمدين في حال الاعتراض الحق بالمطالبة القضائية بالتعويض⁽¹⁴⁰⁾.

ومن غير الخافي أن القانون المدني المعدل، إنما يكرس واقع الاجتهاد القضائي الذي خرج في إطار هذه العقود عن الفلسفة التقليدية للمشرع الفرنسي القائمة بحظر تحديد الثمن بالإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد، مقراً بإمكانية أن يكون تحديد الثمن من قبل الطرفين، وسامحاً لهما بالاتفاق على ذلك⁽¹⁴¹⁾، علي خلاف واقع الحال في نصوص القانون المدني السابق⁽¹⁴²⁾. وإن كان القانون المدني المعدل لم يحدد ضمن هذه الفرضيات متى يتم تحديد الثمن، هل هو قبل انعقاد العقد أو بعده؟ وإن كان واقع الحال، ومن خلال فهم الآثار المترتبة على المطالبة للطرف المتضرر في حال المبالغة في التحديد توحى بأن هذه الإمكانية يمكن أن تتم في أية مرحلة، وهو موقف لا نعتقد أنه يتسق مع سياق تنفيذ العقود، وكنا نأمل لو أن القانون المدني المعدل قد حدد هذه المرحلة بشكل أكثر دقة في هذا الجانب، أضف لذلك أن القانون المدني المعدل لم يشير إلى إمكان إنهاء العقد في حال الخلاف بين الطرفين على تحديد هذا الثمن، والتكييف القانوني المقرر له، فهل سيتم

(139) C. Grimaldi, La fixation du prix. RDC, 2017, n° 4, p. 558. S. Pellet, Fixation unilatérale du prix: une prérogative bien obscure! L'Essentiel droit des contrats, 2016, n° 03, p. 5s.

(140) Art. (1164). Art. (1165). "CC. Modifié", op. cit.

علماً بأن مشروع القانون كان يتيح للمتضرر، إضافة لما سبق، الحق بطلب الحكم بإعادة النظر في تحديد الثمن بالاستناد إلى العرف أو السوق أو المصلحة المشتركة للطرفين، غير أن المشرع الفرنسي أثار إلغاء هذه الإمكانية، معتبراً أن القاضي في هذه الفرضية سيصبح طرفاً ثالثاً في العقد.

"Dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, ... En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à voir réviser le prix en considération notamment des usages, des prix du marché ...". Arts. (1163-1164). "Terré", projet de loi, op. cit. Voir, L. Archambault et D. Faucher, Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ? GDP, 2017, n° 18, p. 18s.

(141) Quatre arrêts du 1er Décembre 1995. Cass. AP., n° 91-15.578, Bull. 1995. PA, n° 7 p. 13. Cass. AP., n° 91-19.653, Bull. 1995. PA, n° 8 p. 15. Cass. AP., n° 91-15.999, Bull. 1995. PA, n° 7 p. 13. Cass. AP., n° 93-13.688, Bull. 1995. PA, n° 9. p. 16.

(142) Art. 1591. «Ancien CC».

تكييفه بوصفه يدخل في نطاق الفسخ بسبب خطأ المدين أم التعسف في استعمال الحق من قبل الدائن، تاركاً الأمر للقضاء ليقول كلمته حيال ذلك.

أخيراً، يجدر التنويه إلى أن القانون المدني المعدل، وعلى خلاف التوجه الذي كان معتمداً في مشروع القانون والاجتهاد القضائي المستقر⁽¹⁴³⁾ قد استبعد العقود ذات التنفيذ المتعاقب من هذه الرخصة، ليبقيها خاضعة للقواعد العامة التي تحكم تحديد الثمن بشكل مسبق تحت طائلة بطلان العقد، وهو الأمر المستغرب، والذي كنا نأمل لو أن القانون المدني المعدل قد أبقى عليه نظراً لخصوصية وطبيعة هذه العقود التي تقترب كثيراً، لاسيما في عملية التحديد المستقبلي للثمن، من العقود الإطارية وعقود الخدمات، وعليه فإن هذه الرخصة لأنها لا تتناول مختلف العقود الزمنية لا يمكن اعتبارها من القواعد العامة، وكنا نأمل لو أن القائمين على القانون المدني المعدل بقوا منسجمين مع الفلسفة الخاصة بالعقود الخاصة أو المسماة، بأن يوردوا هذه الأحكام في الباب المخصص للعقود المسماة بدلاً من أن يذكروها في إطار القواعد المحددة للنظرية العامة للعقود⁽¹⁴⁴⁾.

1 - العدالة التعاقدية والحق القانوني بإعادة التفاوض التعاقدية من جانب واحد:

أكد القانون المدني المعدل أنه إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام العقد جعلت من تنفيذه مرهقاً بشكل حاد بالنسبة لأحد طرفيه، فلهذا الأخير الذي لا يقبل تحمل هذه المخاطر، الحق في أن يُطالب بإعادة مناقشة بنود العقد مع المتعاقد الآخر، بذات الوقت الذي يستمر فيه في تنفيذ التزاماته خلال هذه المرحلة، وفي حال رفض المتعاقد الآخر أو فشلت هذه المفاوضات، فيمكن لأطراف العقد أن يقوموا بفسخ العقد وفق الشروط والمدة التي يتفقون عليها، أو أن يطلبوا بموجب اتفاق مشترك من القاضي المباشرة في إعادة تحديث العقد مع الظروف المستجدة. بخلاف ذلك، يمكن لأحد الأطراف أن يطلب من القاضي أن يضع نهاية لهذا العقد، بالتاريخ والشروط التي يحددها القاضي⁽¹⁴⁵⁾. وبذلك

(143) "Dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation...". Art. (1163). "Terré", projet de loi, op. cit. Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix : JCP, Général 1995, II, 22371, note J. Ghestin.

(144) هذه الملاحظة تنطبق حتى على التعريفات الخاصة بهذه العقود، فمن المعلوم أن هناك فارقاً كبيراً بين ذكر التعريف العام للعقد الذي يتضمن المعايير التي تنطبق على مختلف العقود التي يجب ذكرها في النظرية العامة للعقود، والتعاريف الخاصة التي تتناول جانباً معيناً من العقود التي يتوجب -في رأينا- ذكرها في القسم الخاص بها ضمن العقود الخاصة، كما فعل المشرع المدني السابق على سبيل المثال في تعريفه لعقد البيع وعقد المقايضة وعقد الإيجار وعقد الوكالة وغيرها. راجع في القانون المدني الفرنسي الحالي: المواد التالية على التوالي: (1582-1702-1708-1984).

(145) Art. (1195). "CC. Modifié", op. cit. N. Molfessis, Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats, op. cit.

يكون القانون المدني المعدل، وبعد أن أرسى الاجتهاد القضائي قواعدها الخاصة⁽¹⁴⁶⁾، قد تبنى بصريح النص نظرية الظروف الطارئة بوصفها إحدى الذرائع التي يمكن للمدين أن يتمسك بها لإعادة النظر في تنفيذ الالتزام المترتب عليه تجاه الدائن، معدلاً بذات الوقت العديد من القواعد الاجتهادية التقليدية التي كانت تنظمها من جهة، ومانحاً للإرادة المنفردة بعداً حدثاً جديداً في حيثيات هذه النظرية.

فمن المعلوم أن هذه النظرية لم تكن تعترف بدور الإرادة المشتركة في جانبها الودي في تفعيل هذه المبادرة، على الأقل ضمن النص القانوني السابق، بحيث لم تكن لتعتبر هذه المرحلة من المراحل التي يُعتد بها في إطار فض الخلاف الناجم عن هذه الظروف، سواء من خلال التفاوض المشترك لأطراف العقد، أو الطلب من القاضي للتدخل في هذه العملية الخلافية، كذلك لم يكن القانون المدني السابق يسمح للطرف الذي لا يقبل بمثل هذه الشروط بالمطالبة قضاءً بإنهاء العقد⁽¹⁴⁷⁾، وهما الأمران اللذان تجاوزهما القانون المدني المعدل مانحاً الإرادة المنفردة دوراً أكثر فاعلية في تحريك عملية تعديل بنود العقد، سواء في حال الوصول لاتفاق مشترك بالطرق الودية أو القضائية، أو حتى في إنهاء العقد، بحيث جعل هذه العملية تمر بثلاث مراحل، فإما أن يتفق الطرفان ودياً على تعديل بنود العقد، أو أن يلجأ للقاضي للقيام بهذه المهمة، وفي حال فشل المحاولتين السابقتين، فحينها يمكن للطرف المتضرر أن يطلب من القاضي فسخ العقد⁽¹⁴⁸⁾. وإن كان ثمة سؤال يطرح، حول إلزامية هذه التراتبية، بمعنى أنه في حال حدوث مثل هذه الظروف الطارئة، هل للمتعاقد المتضرر أن يلجأ إلى مطالبة القاضي بفسخ العقد مباشرة دون المرور بالمرحلتين السابقتين؟ أم أن على الطرف المتضرر من هذه الظروف الاحترام والتقيد بهذه التراتبية؟ ثم كذلك، ما هو التكييف القانوني لعملية إنهاء العقد من قبل الطرف المتضرر نتيجة لهذه الظروف الطارئة هل هو فسخ، وفق المفهوم القانوني للفسخ القائم على وجود خطأ المتضرر، أم الانفساخ القائم على وجود السبب الأجنبي؟، لاسيما أننا والحال هنا في مرتبة رمادية بين الأمرين فنحن لا يمكن لنا أن نُقر بوجود خطأ من قبل المدين، ولا يمكن لنا أن نقبل كذلك بالانفساخ، وبالتالي تحلل المدين نهائياً من التزاماته، كوننا لم نرق بعد لمفهوم القوة القاهرة، ذلك أن تبني أي من المفهومين له على العقد تبعات لا يمكن إغفالها، لجهة تحديد المسؤولية ومن ثم الحق في التعويض عن الضرر، ذلك أن القانون المدني المعدل لم يتكلف عناء توضيح مختلف هذه النقاط الخلافية فيما سبق،

(146) P. Ancel, La force obligatoire, Jusqu'ou faut-il la défendre? In D. Mazeaud, La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2012. Pp. 163-179.

(147) P. Stoffel-Munck, La réforme en pratique, la résiliation pour imprévision, Actualité juridique contrats d'affaires, 2015, p. 262.

(148) D. Houtcieff, Interprétation du droit: c'est déjà demain! GDP, 9 janv. 2018, n° 1, p. 29.

تاركاً الإجابة على مختلف هذه التساؤلات للقضاء الذي نعتقد أنه سيميل لتكييفها في إطار مبدأ سقوط العقد (Caducité) الذي أرسى المشرع المدني الفرنسي نصوصه للمرة الأولى في هذا القانون⁽¹⁴⁹⁾، على الرغم من ذلك لا نعتقد أن سكوت القانون المدني المعدل عن التكييف القانوني سيكون موفقاً، ونرى أنه كان حرياً به توضيح موقفه تجاه ذلك، مادام أنه تبنّاها صراحة.

ثانياً- لجهة الفسخ:

قضى القانون المدني المعدل بأنّ للدائن الحق بعد إخطار المدين بالمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام إلا إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً أو أضحي هناك عدم تناسب واضح بين تكلفة هذا التنفيذ بالنسبة للمدين والنفع الحاصل للدائن⁽¹⁵⁰⁾، واضعاً بذلك حداً لحالة التردد التي كانت تعتري فكرة الالتزام بالتنفيذ العيني أولاً، والتنفيذ الجبري ثانياً في التشريع المدني الفرنسي، فالقانون المدني السابق لم يكن يشير لهذين المفهومين بالوضوح الكافي، إذ لم تكن هناك مواد قانونية تتناول هذين المفهومين صراحة ضمن النظرية العامة للعقد، فقط مادة وحيدة تناولت مبدأ التنفيذ الجبري ضمن نظرية الالتزام فيما يتعلق بالشرط الفاسخ في العقود ذات الالتزام المتبادل⁽¹⁵¹⁾، مفقداً بذات الوقت لأي نص قانوني واضح وصريح يلزم المدين بالتنفيذ الجبري، ملزماً إياه بالتنفيذ بحسن نية دون أن يحدد طبيعة هذا التنفيذ جبراً أو اختياراً.

هذا الموقف في القانون المدني المعدل، وإن لم يشهد تطوراً صريحاً وملحوظاً لجهة فكرة التنفيذ الجبري، الذي خلا من نص قانوني صريح حوله⁽¹⁵²⁾، إلا أنه وبالمقابل شهد تطوراً واضحاً وصريحاً في تبني مفهوم التنفيذ العيني، لا التنفيذ بمقابل، فكثيراً من الفقه الفرنسي لم يكن يتردد في الإشارة إلى موقف المشرع المدني السابق الضبابي حيال هذه النقطة، كونه كان يشير إلى أنّ كل التزام بالعمل أو بالامتناع عن عمل ينتهي بتأدية العمل والضرر في حال عدم التنفيذ من قبل المدين⁽¹⁵³⁾، ما فهم منه أنّ عدم التنفيذ بحد ذاته لا ينطوي من حيث الأصل على المطالبة بالتنفيذ العيني من قبل المدين، وإنما القدرة على المطالبة بالتعويض، وهو الموقف الذي عارضته محكمة النقض الفرنسية بشدة مؤكدة على أنّ الأصل في التنفيذ هو التنفيذ العيني وليس التنفيذ بمقابل، ما حمل المشرع المدني الجديد لتبنيه، وإن مع بعض التلطيفات.

(149) Les Sanctions: La Nullité (Arts. 1178 à 1185). La Caducité (Arts. 1186 à 1187), «CC. Modifié», op.

cit. M. Mekki, Fiche pratique: la caducité, entre l'excès et le défaut. GDP, 2017, n° 6, p. 12.

(150) Art. (1221), «CC. Modifié», op. cit.

(151) Art. (1184), Ancien CC», op. cit.

(152) Art. (1104), «CC. Modifié», op. cit. Art. (1134). "Ancien CC", op. cit.

(153) Art. (1142), «Ancien CC», op. cit.

1 - المبدأ:

بتأكيده على أن للدائن الحق بالمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام ما لم يصبح هذا التنفيذ مستحيلًا، أو أضحي هناك عدم تناسب واضح بين تكلفة هذا التنفيذ بالنسبة للمدين والنفعة الحاصل للدائن⁽¹⁵⁴⁾، يمكن القول بأن القانون المدني المعدل وضع مبدأ عامًا من شقين: أحدهما ذو دلالة مباشرة، والآخر ذو دلالة غير مباشرة، فالقانون أقر بصريح النص وبدلالة مباشرة على حق الدائن بالمطالبة بالتنفيذ العيني، أي تنفيذ الالتزام ذاته، الأمر الذي يفهم منه، بدلالة غير نصية وغير مباشرة، أن على المدين جبرًا لا اختياريًا تنفيذ الالتزام عينه، مما دفع البعض للقول بأن المشرع المدني الفرنسي في هذا النص القانوني وضع مبدأين متلازمين: الأول واضح وصريح يتعلق بالتنفيذ العيني، والثاني مضمّر غير صريح يتعلق بالتنفيذ الجبري لهذا الالتزام العيني⁽¹⁵⁵⁾، نظرًا لأن المدين ليس له الخيار بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل كما كان واقع الحال في التشريع المدني السابق، فمما لا شك فيه أن هذا الأخير حينما يطلب من المدين التنفيذ بمقابل عند عدم تنفيذ الالتزام، إنما يترك له الخيار باللجوء إلى التنفيذ العيني، الأمر الذي أغلق عليه الباب القانون المدني المعدل حينما ألزم المدين بالتنفيذ العيني مادام كان ذلك ممكنًا، مؤكدًا أنه في حال رفض المدين الامتثال لهذا التنفيذ يمكن للدائن، في إطار مهلة ونفقة معقولة، أن يقوم بالتنفيذ العيني سواء بمفهومه الإيجابي أو السلبي، أي يمكنه أن يقوم هو بذاته بتنفيذ ذات الالتزام المتوجب على المدين الذي امتنع عن تنفيذه، أو أن يقوم بناءً على إذن مسبق من القاضي، بهدم وإزالة ما تم القيام به انتهاكًا للالتزام المدين القائم على الامتناع، مع احتفاظه في كلتا الحالتين بالحق بمطالبة المدين بالتعويض عن المبالغ التي أنفقت لهذه الغاية، كما يمكنه كذلك أن يطلب من القضاء بأن يقوم المدين مسبقًا بدفع المبالغ الضرورية للتنفيذ أو الإزالة.

وبذلك يكون القانون المدني المعدل قد لطف إلى حد كبير من الإجراءات القانونية المتعلقة بالتنفيذ بمفهوم الحلول مقارنة مع نصوص القانون المدني السابق، ذلك أنه لم يعد يشترط الحصول على الإذن المسبق في التنفيذ الإيجابي المرتبط بتنفيذ الالتزام ذاته المترتب على المدين الناكل، فالرقابة القضائية في هذه الفرضية تأتي بصورة لاحقة، لاسيما في حالة مطالبة الدائن بالنفقات المترتبة على هذا التنفيذ، ورفض هذا الأخير لتسديد مبالغ التنفيذ أو الاعتراض على ما قام به الدائن، وإنما يشترطه فقط في حال التنفيذ السلبي، من حيث الحصول على الإذن المسبق في حال التدمير أو الإزالة، ذلك لعدم إمكان الرجوع عن مثل هذه التصرفات من جهة والخشية من التعسف الممكن في ارتكابها من قبل الدائن.

(154) Art. (1221), «CC. Modifié», op. cit.

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

2 - التلطيفات:

إلى جانب المبدأ القائم على التنفيذ العيني، ذكر القانون المدني المعدل نوعين من التلطيفات التي تحد من القدرة على المطالبة به وذلك وفق مفهوم الاستحالة، الأولى ذات دلالة فعلية من حيث عدم الإمكانية الفعلية للقيام بالتنفيذ، لكون الالتزام الواجب تنفيذه ببساطة لم يعد ممكناً القيام به، لزواله أو لأمر خارج عن إرادة المدين، والثانية ذات دلالة مجازية بعدم الإمكانية لكون الالتزام غير ممكن إجبار المدين على القيام به رغم إمكان قيامه به فعلاً.

2.1 - الاستحالة الفعلية:

أكد القانون المدني المعدل أنه لا يمكن مطالبة المدين بالتنفيذ العيني إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلًا حقيقةً، مشيرًا إلى واحدة من أهم حالات هذه الاستحالة وهي المتعلقة بالقوة القاهرة، حيث إنَّ هذه القوة فيما إذا اجتمعت أركانها، من حيث عدم إمكان توقعها لحظة إبرام العقد وعدم إمكان دفع النتائج المترتبة عليها وثبوت ديمومتها، أصبح المدين في حل من التزاماته⁽¹⁵⁶⁾.

والحقيقة إنَّ القانون المدني المعدل بهذا النص، إنما أدخل بشكل فعلي مفهوم القوة القاهرة في نصوصه، من حيث توضيح مفهومها وأركانها، ذلك أنَّ القانون المدني السابق لم يكن يشير إلى مفهومها وطبيعتها، وإنما فقط إلى الأثر الذي ترتبه على الالتزامات التعاقدية حال تحققها، من حيث التأكيد أنها تلغي أي حق في التعويض⁽¹⁵⁷⁾، بينما القانون المدني المعدل قد بيّن طبيعة هذه القوة وأثرها على العقد، من حيث التمييز بين الآثار المترتبة عنها بحسب طبيعتها المؤقتة أو الدائمة، مميّزًا بذلك بين مفهوم الظروف الطارئة ومفهوم القوة القاهرة، حيث إنَّ الأولى تُجمّد تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ما لم يكن لهذا التجميد أثر على تنفيذ العقد، فحينها يمكنها أن تنهي العقد، مقتربةً بذلك من الحالة الثانية التي تنهي فيها القوة القاهرة العقد مباشرة، دون الحق بالمطالبة بالتعويض.

على الرغم من ذلك، فإنَّ القانون المدني المعدل وبخلاف ما كان عليه الحال في القانون المدني السابق، قد أقرَّ بأنَّ المدين يبقى مسؤولاً عن التنفيذ حتى في حال حصول القوة القاهرة في حالتين حدثيتين اثنتين: إحداهما ذات طبيعة اتفاقية، حال وجود شرط اتفاقي مسبق يضمن فيه المدين تنفيذ الالتزام حتى في حال حصول القوة القاهرة، والأخرى ذات طبيعة قانونية مقررة من قبل المشرع الذي عدَّ المدين مسؤولاً عن التنفيذ ومطالباً به في حال حصلت هذه القوة بعد إخطاره وقبل قيامه بالتنفيذ⁽¹⁵⁸⁾.

(156) Art. (1218), «CC. Modifié», op. cit.

(157) Art. (1148), «Ancien CC», op. cit.

(158) Art. (1351), «CC. Modifié», op. cit.

والحقيقة بالنسبة لنا وإن كان الحكم على هذه الشروط لا يزال باكرًا، وتقييم مدى صواب موقف القانون المدني الفرنسي المعدل تجاه هذه الاستثناءات، إلا أنه يمكن أن نسجل تحفظين لا يخلوان من مصداقية على كل منها، الأول من أن يدخل البعد الاتفاقي هذه الشروط ضمن نطاق الشروط التعسفية أو المبالغ فيها⁽¹⁵⁹⁾، أو تلك التي تحكمها قواعد الإكراه المبني على الحاجة⁽¹⁶⁰⁾، وبالتالي يسهل الطعن في صحتها، مما يفقد هذا الاستثناء أية قيمة قانونية عند المطالبة بالتنفيذ⁽¹⁶¹⁾، والثاني يرتبط بالبعد القانوني المتعلق بإمكانية مساءلة المدين عن التنفيذ حتى في حالة وقوع القوة القاهرة مادام أن هذه القوة وقعت بعد إخطاره بالتنفيذ، فالحقيقة حُق لنا أن نسأل عن السند القانوني في مساءلة المدين عن نتائج القوة القاهرة وصحة التنفيذ إذا تمت بعد الإخطار لا قبله، علمًا بأن مفهوم القوة وركيزتها الرئيسية تستند إلى عدم التوقع وعدم إمكان الدفع الذي يرد في جميع الفرضيات سواء قبل الإخطار أو بعده، أما إن كان مناط هذه المساءلة كون المدين تأخر أو تلكأ في التسليم بعد الإخطار وقبل وقوع القوة القاهرة، فإن المساءلة هنا لا تبني على أساس تحمله لتبعات القوة القاهرة بقدر ما تبني على تحمله نتيجة تقصيره أو تراخيه في التنفيذ، والفرق بين الأمرين لا يحتاج إلى كثير شرح وتعليق، ولذلك نعتقد لو أن المشرع لم يشير إلى هذين الاستثنائيين لكان موقفه أكثر صوابًا مما هو عليه الآن.

2.2 - الاستحالة المجازية:

عديدة هنا هي الفرضيات التي يمكن أن تنطوي تحت مفهوم هذه الاستحالة، منها ما هو تقليدي يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق والموازنة بين المنفعة والمضرة، ومنها ما يتعلق بمفهوم التضارب بين التنفيذ العيني للالتزام والاعتداء على الحريات الشخصية التي توسع الاجتهاد القضائي في توضيح الجوانب التطبيقية لها، والتي وإن أغفل الإشارة إليها القانون المدني المعدل، إلا أن فرضياتها تبقى قائمة في الاجتهاد القضائي، وكنا نأمل لو أن القانون المدني المعدل قد أشار إليها، لاسيما أن مشروع القانون كان قد حاول إدخال مفهوم التناسبية بين الحرية التعاقدية والحريات والحقوق الشخصية⁽¹⁶²⁾، الأمر الذي تراجع عنه للأسف المشرع المدني الفرنسي لاحقًا⁽¹⁶³⁾.

(159) Ibid, Art. (1171).

(160) Ibid, Art. (1143).

(161) الرجاء مراجعة الفقرة المعنونة: «صدقية شفافية الالتزام» ضمن القسم المتعلق بمبدأ القوة الملزمة للعقد والتوازن التعاقدية من هذا البحث.

(162) L. Leveneur, Le forçage du contrat, In Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat? Dr. et patri, 1998, n° 98, p. 69s.

(163) الرجاء مراجعة الفقرة المعنونة: «المحدد المصطلحي، فكرة النظام العام»، ضمن القسم المتعلق بالمحددات الموضوعية لمبدأ الحرية التعاقدية من هذا البحث.

إلا أنه بعيداً عما سبق، فقد أدخل المشرع المدني الجديد تطبيقاً جديداً لمفهوم الاستحالة المجازية يستند للدلالة الاقتصادية لمفهوم التنفيذ، من حيث المقاربة بين التكلفة الاقتصادية التي سيتحملها المدين في حال إجباره على التنفيذ والمنفعة الاقتصادية التي ستؤول للدائن في حال التنفيذ، بحيث إنه إذا تبين وجود عدم تناسب مبالغ فيه بين التكلفة والمنفعة، فطغت الأولى على الثانية، حين ذاك يمكن للمدين أن يتمسك بعدم التنفيذ العيني وينقلب التنفيذ إلى تنفيذ بمقابل بقوة القانون⁽¹⁶⁴⁾.

ومن غير الخافي أن التبني القانوني لهذا المفهوم الحداثي من الاستحالة المجازية في القانون المدني المعدل، إنما هو نتاج تأثر المدرسة اللاتينية للعقد بالفكر الأنكلوسكسوني في إطار ما يمكن تسميته بـ: «نظرية التحليل الاقتصادي للعقد» التي أخذت رواجاً كبيراً ضمنه، كونها ترجح المفهوم الاقتصادي للالتزام على المفهوم القانوني⁽¹⁶⁵⁾، بحيث توزن الالتزامات القانونية بمعيار اقتصادي لا قانوني، الأمر الذي يعارضه جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسيين، ويرون فيه شكلاً من أشكال التحلل من الالتزامات التعاقدية بالتعويض ذا الدلالة الاقتصادية، الأمر الذي يمكن أن يساء استخدامه بشكل كبير، ما يطرح السؤال بشكل كبير حول القيمة القانونية للالتزام بالعقد كضمانة قانونية للدائن للوصول إلى التنفيذ التعاقدى المتفق عليه⁽¹⁶⁶⁾.

لذلك ورغبة من المشرع المدني الفرنسي للتلطيف من الآثار السلبية التي قد تترتب على تطبيق هذه الرخصة للمدين، شدد على أن من يملك تحديد مفهوم عدم التناسب المبالغ فيه بين القيمة الاقتصادية للعقد، «التكلفة» والقيمة القانونية للالتزام «المنفعة» هو القضاء، وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى فسخ العقد بصورة منفردة وفقاً لإرادة المدين، بل يتطلب الأمر أن يقول القضاء كلمته في هذا المجال بداية، بحيث لا يمكن التدرع بهذا التنفيذ بمقابل ما لم يتحقق شرطان متكاملان: الأول إقرار القاضي أن هناك عدم تناسب بين التكلفة والمنفعة، والثاني أن هذه الحالة من عدم التناسب بين القيمتين وصلت حداً من الجسامية يمكن معه الانتقال بالتنفيذ من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، ومما لا شك فيه أن على القضاء في قادم الأيام الإجابة على كثير من التساؤلات التي ستتناول التطبيق العملي لهذه الفرضية في التشريع المدني الفرنسي لاسيما في العقود ذات الطبيعة الاقتصادية، التي تُعدُّ فيها القيمة الاقتصادية للعقد على درجة كبيرة من الأهمية لطرفي العقد، «المدين والدائن».

(164) Art. (1221), «CC. Modifié», op. cit.

(165) A. Zecevic-Duhamel, La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP G, 2001. I. p. 300.

(166) بين البحث وفي أكثر من نقطة بحثية مدى تأثر المدرسة الفرنسية للعقد بالفكر الاقتصادي الأنكلوسكسوني الحديث، لاسيما فيما يتعلق بمفهوم الإكراه المصطلح على تسميته بـ: «الإكراه الاقتصادي»، كما في نظرية الأسباب التعسفية، ناهيك عن نظرية الظروف الطارئة، وغيرها من النقاط الأخرى. الرجاء مراجعة الفقرة المعنونة: «القوة الملزمة للعقد والتوازن التعاقدى»، والفقرة المعنونة: «القوة الملزمة والعدالة التعاقدية»، ضمن القسم المتعلق بمبدأ القوة الملزمة للعقد والأمان التعاقدى من هذا البحث.

الخاتمة:

قدّم البحث محاولة أكاديمية تأصيلية سعت لتوضيح الجوانب الحداثية للمبادئ التشريعية المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث، في ضوء التعديل الأخير للقانون المدني، عبر دراسة قانونية تحليلية تأصيلية مقارنة أبرزت الجانب التأصيلي والتحليلي لهذه المبادئ في القانون المدني الجديد من جهة، وواقع حال ما كانت عليه في نصوص القانون المدني السابق من جهة أخرى، وفق عرض منهجي تناول في محثه التمهيدي خصوصية فكرة «المبدأ العام» في القانون المدني المعدل والإشكالية التي صاحبت هذه الفكرة، من حيث التبني والرفض، وصولاً إلى التوافق الفقهي على اعتبارها ضمانات إطارية تنظم العملية التعاقدية. وعرض البحث، بعد ذلك، في مباحث ثلاثة متوالية، لطبيعة وخصوصية كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة على حدة، إن من حيث مبدأ الحرية التعاقدية وارتباطها بفكرة النظام العام، أو مبدأ حسن النية ومطلته التعاقدية الممتدة، وأخيراً مبدأ القوة الملزمة للعقد والأمان التعاقدية.

وبينّ البحث كيف أنّ واضعي القانون المدني الجديد، وبعيداً عن الجدل الفقهي حول القبول بتكييفها القانوني ضمن مفهوم المبدأ العام من عدمه، قد أعادوا تطويعها، كمبادئ مفصلية ضمن نظرية العقد، بهدف إعادة مواءمة هذه الأخيرة مع المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية في المجتمع الفرنسي خصوصاً والأوروبي عموماً، ولجعلها أكثر استجابة لهذه المتغيرات، مقدمين بذلك رؤية قانونية وفلسفية أكثر جرأة واتساعاً، وأخيراً أكثر أماناً لهذه المبادئ، وهي جرأة برزت في كيفية التعاطي القانوني مع مبدأ الحرية التعاقدية والنظام العام، من حيث التوفيق بين الدور الليبرالي للإرادة بمفهومها الفردي المستقل، والوظيفة القانونية ذات الدلالة الاجتماعية والاقتصادية للعقد، مقرين بذلك العديد من المبادئ القانونية التي يمكن فيه للإرادة بمفهومها المنفرد التحكم في مصير العقد، والجوانب التي يجب فيها احترام الضوابط القانونية التي أقرها المشرع.

وقد اتضح هذا الاتساع في الحدود الجديدة التي تبناها واضعو القانون لتطبيق مبدأ حسن النية في العملية التعاقدية، والتطبيقات القانونية الخاصة به، معممين المظلة التعاقدية لهذا المبدأ على مختلف مراحلها، بدءاً من التفاوض فالتكوين وصولاً للتنفيذ. كما برز الأمان في محاولة التوفيق بين فكرتين متنازعتين، هما إلزامية العقد والأمان التعاقدية، والتأكد من عدم غلو إحداهما على الأخرى في مختلف مراحل العقد، بدءاً من التكوين مروراً بالإبرام، وصولاً إلى التنفيذ وانتهاءً بالفسخ، وذلك بضمان التوازن التعاقدية بين طرفي العقد خلال مرحلة التكوين والإبرام، كما ضمان العدالة التعاقدية

بين طرفيه خلال مرحلة تنفيذ الالتزامات التعاقدية في حال استمرارية التنفيذ، أو في حال التوقف عن ذلك نتيجة الفسخ.

رغم ذلك، أكد البحث أن هذه الرؤية التشريعية الجديدة، بمواصفاتها الثلاث: الجراحة، والاتساع والأمان، لا تعني بحال من الأحوال كمالها، موصياً بتصويبها في جوانب عديدة، ذلك أنها رؤية رغم جرأتها تحتاج إلى تشذيب، تحديداً فيما يتعلق بدور الإرادة في تحديد الطرف المقابل في الالتزام التعاقدية، هدفه تحجيم دور الإرادة في هذه العملية، لاسيما حينما يستند هذا التحديد إلى معيار شخصي، ما يدخله في دائرة الأعمال التمييزية المحظورة قانوناً. ذات التشذيب تمنيناه كذلك، في حث المشرع الفرنسي على إعادة الاعتبار لمبدأ احترام الحريات والحقوق الأساسية كمحدد إضافي على هذه الحرية التعاقدية، نظراً لدوره في حماية الحقوق والحريات الأساسية للفرد، بعد أن أسقطه من نصوصه، بخلاف مشروع القانون الممهد له الذي كرسه.

كذلك، فإن هذه الرؤية رغم اتساعها بقيت غير مكتملة، حيث أغفلت من نطاقها مرحلة فسخ وإنهاء العقد، الأمر الذي تمنينا على المشرع المدني الفرنسي إعادة النظر فيها، كونها لا تخرج عن أن تكون جزءاً لا يتجزأ من مراحل العقد، التي يجب أن تكون مشمولة بمظلة حسن النية، شأنها شأن باقي مراحل العقد، أملين منه بذلك أن يُصحح موقفه، ويتجاوز بذلك حدود التطبيق المنقوص لهذا المبدأ.

أخيراً فإن هذه الرؤية التشريعية رغم جانبها الأمان، بقيت غير آمنة، كونها ستحمل زائراً قلماً كان مرحباً به في التشريع الفرنسي هو: «القاضي»، الذي سيغدو، في إطار رقابته على مفاهيم عديدة، كالأمن التعاقدية، والاستقرار التعاقدية، والعدالة العقدية... طرفاً ثالثاً في العقد، قد يضعف من هذه المفاهيم بالنسبة لنظرية العقد وفكرة القوة الملزمة للعقد، ما يوجب دوراً أكثر فاعلية من الفقه في توضيح مختلف هذه الفرضيات، ورقابة أكثر صرامة من قبل محكمة النقض على أذرعها القضائية لعدم الشطط في هذا التدخل، بما يخرجها عن الغايات المحددة له. ومن فوقها، تحريماً أكثر دقة للمشرع عن مدى نجاح هذا التبني التوفيقية الحرج، في إطار الإبقاء أم التعديل أو الإنهاء.

موصفات ثلاث، قادم الأيام، هو من سيحدد، ليس مداها فقط، وإنما... بقاؤها أو العدول عنها جميعها أو بعضها.

المراجع⁽¹⁶⁷⁾:

أولاً- باللغة العربية:

- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 2، الجزء الثاني، نوفمبر 2017.
- يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 2، الجزء الثاني، نوفمبر 2017.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1 وج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: «الثابت والمتغير»، «قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016 تاريخ 2016/02/10». الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، على التوالي: العدد (21)، مارس 2018، العدد (22)، يونيو 2018.

ثانياً- باللغة الأجنبية:

Français:

I. Articles:-

- B. Fages, La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018, Hors-serie, Revue des contrats (RDC), 2018, n° 1.
- B. Haftel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation. Gazette du Palais (GDP). 2015, n° 120.
- C. Barrillon, La cession de contrat en voie de consécration, GDP, 9 juin 2015, n° 160.
- C. Grimaldi, Proposition de modification de l'article 1137, alinéa 2, du Code civil relatif à la réticence dolosive, RDC, 2017, n° 6.
- C. Pérès, Observations sur « l'absence » de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, RDC, n° 3. 2015.

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

- D. Houtcieff, Interprétation du droit : c'est déjà demain ! GDP. 2018, n° 1.
- D. Houtcieff, Le vendeur n'est de bon conseil que s'il s'informe, GDP, 2018, n°3.
- D. Mazeaud, Le nouveau droit des obligations : observations conclusives. RDC, 2018, n° Hors-serie.
- D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, Petites affiches (PA), 1998, n°117.
- E. Savaux, Retour sur la violence économique, avant la réforme du droit des contrats, RDC, 2015, n° 03.
- F. Bicheron, N'abusons pas de la clause abusive, GDP, 2015, n° 120.
- F. Chénéde, L'équilibre contractuel dans le projet de réforme, RDC, 2015, n°3.
- F. Dournaux, La réforme des vices du consentement, Droit et patrimoine (Dr. et patri), n° 258, 2016.
- G. Alpa, Les principes directeurs dans les avant-projets de réforme européens, RDC, 2013, n° 1.
- H. Barbier, La violence par abus de dépendance, JCP G. 2016.
- J.-S. Borghetti, La force obligatoire des contrats, Dr. et patri, n° 258, 2016.
- L. Archambault et D. Faucher, Le juge judiciaire, troisième partie au contrat? GDP, 2017, n° 18.
- M. Caffin-Moi, Pacte de préférence et promesse unilatérale de contrat, L'Essentiel droit des contrats, 2016, n° 03.
- M. Latina, Application de la réforme du droit des contrats dans le temps: vers la convergence des droits. GDP, 2017, n° 6.
- M. Mekki, Fiche pratique: la caducité, entre l'excès et le défaut, GDP, 2017, n°6.
- M. Mekki, La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats, aspects substantiels, RDC, 2015, n° 3.
- M. Mekki, Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations. GDP, 2017, n° 36.
- O. Deshayes, Le dol dans la formation du contrat chasse toutes clauses limitatives d'indemnisation. RDC, 2017, n° 2..
- Rédaction Lextenso. Ph. Stoffel-Munck, Le nouveau droit des obligations: les questions en suspens. RDC, 2018, n° 1.
- S. Gaudemet, Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 fév. 2016, JCP G. 2016.

- S. Gorrias, Le défi: la confiance dans les relations d'affaires, GDP, 2017, n° Hors-serie..
- T. Andrieu, et M-Ch. Dreux, La réforme du droit des contrats ratifiée: la cohérence et la sécurité juridique préservées, GDP, 2018, n°16.
- T. Revet, L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général, RDC, 2018, n°7.
- Th. Revet, Une philosophie générale ? RDC, avr. 2016, n° Hors-série, n°112.

II. Ouvrages, Thèse et Etudes:

- B. Mercadal, Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016, Francis Lefebvre, 2016.
- Droit des contrats Bilan de la réforme et loi de ratification, Collectif Editions Législatives, 2018.
- E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?, LGDJ, 1997.
- F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. II, Dalloz, 12e éd., 2008.
- G. Chantepie, M. Latina, Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil. Dalloz. 2ème éd. 2018.
- J. Carbonnier, Flexible droit, LGDJ, 2001.
- J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, La formation du contrat, I., Le contrat, le consentement, LGDJ, 4e éd., 2013.
- L. Maurin, Contrat et droits fondamentaux, LGDJ, 2012.
- Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018. RDC, Hors-serie, 2018, n°7.
- L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires 2018. Collectif Dalloz. Hors collection, 2018.
- M. Latina, La réforme du droit des contrats en pratique. Sous la direction de M. Latina. Dalloz - Thèmes & commentaires, 2017.
- O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article. LexisNexis, 2016.
- S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, LGDJ, 2000.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
183	الملخص
185	تمهيد
188	مدخل توضيحي - جدلية التبني القانوني لفكرة «المبدأ العام»
196	المطلب الأول - مبدأ الحرية التعاقدية والنظام العام
197	الفرع الأول - الصور التطبيقية
199	الفرع الثاني - المحددات القانونية
204	المطلب الثاني - مبدأ حسن النية والمظلة التعاقدية
204	الفرع الأول - خصوصية المفهوم
260	الفرع الثاني - نطاق التطبيق
215	المطلب الثالث - مبدأ القوة الملزمة للعقد والأمان التعاقدية
215	الفرع الأول - القوة الملزمة للعقد والتوازن التعاقدية
220	الفرع الثاني - القوة الملزمة والعدالة التعاقدية
229	الخاتمة
231	المراجع