تـــأملات فـي تعريـــف العـقد

Reflections on the definition of contract

شوقي بناسي: أستاذ محاضر أ
جامعة الجزائر1 – كلية الحقوق

تاريخ إرسال المقال: 2018/09/ 05 **تاريخ قبول المقال:** 2018/12 /02

ملخص

تتبنى النظرة اللاتينية الكلاسيكية فكرة التمييز بين العقد والاتفاق، وهو ما اختاره المشرع الجزائري في تعريفه للعقد في المادة 54 مدني وقد جاء مطابقا للمادة 1101 من القانون المدني الفرنسي، في حين أن هذا الأخير قد هجر هذه التفرقة على إثر تعديل 2016. وإذا كان العقد يتأثر بالمبادئ التي تحكم قانون العقود، فإن تعريف العقد في المادة 54 جاء ذي نزعة ذاتية موروثة عن القانون الروماني تركز على إنشاء الالتزامات الشخصية، على خلاف الفقه الإسلامي ذي النزعة الموضوعية الذي يركز على تحوّل محل العقد من حال إلى حال. ويبدو أن الصراع سيكون على أشده مستقبلا بين الشريعتين اللاتينية والأنجلوسكسونية في محاولة فرض تعريف للعقد على المستوى الأوروبي، طالما أن الاختلاف قائم بينهما على المستوى الاقتصادي، فالأولى ترى في العقد توافقا للإرادات، في حين أن الثانية تراه تبادلا للأداءات.

الكلمات المفتاحية: عقد – اتفاق – التزام – فقه إسلامي – قانون مقارن.

Abstract

The classic latin vision adopts the idea of the distinction between the contract and the agreement, a vision chosen by the Algerian legislator in his definition of the contract in the article 54 of the Civil Code, at the sharp image of the article 1101 of the Napoleonic Code, while this one has abanded this distinction further to the modification of 2016.

المؤلف المرسل: شوقي بناسي ، chawki4500@gmail.com

المنارة للاستشارات

The definition by the article 54 takes on a subjective trend inherited from the Roman law, on the contrary to the objective trend of the Islamic law. For that purpose, it seems that the conflict will be more intense in the future between the latin and the common-law legal systems, the first regards the contract as a consensus of wills, while the second considers it as an exchange of services.

Key words: Contract – Agreement – Obligation - Islamic law – Comparative law.

مقدمة

يمثل العقد أبرز وسيلة تعامل في المجتمع، ولا يُستغنى عنه في الحياة اليومية، إلا أن حقيقته عند رجال القانون – على الرغم من ذلك - لا تزال نسبية، فضبط مفهومه القانوني أمر صعب للغاية يختلف باختلاف التشريعات وما تتبناه من تصوّرات (ذاتية – موضوعية)، كما أن أساسه محل فلسفات متضاربة بعدما أفل نجم سلطان الإرادة (النافع- العادل، التضامن العقدي، الثقة المشروعة...)، أن مراحل تطوّره في تزايد مستمر بالنظر إلى تطوّر المجتمعات (من الأزمة إلى الازدهار)، وتخضع مبادؤه إلى تجاذبات الماضي والحاضر (الحرية العقدية، النزاهة العقدية...)، وتتنوّع تصنيفاته بحسب ما تفرزه الممارسات العقدية من معاملات جديدة لاسيما تلك الوافدة من البلاد الأنجلوسكسونية (الليزنغ، الفرنشزينغ...)، وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن "العقد قد أصبح صيغة سحرية، وهو اليوم موضوع تضخم لفظي حقيقي"[1].

ويبدو لأول وهلة أن موضوع "تعريف العقد" لا يطرح أي إشكال طالما أن المشرع قد عرّفه في المادة 54 مدني، وأن فقهاء نظرية العقد قد اعتادوا التعليق على هذا التعريف في مقدمات مؤلفاتهم بما يغني عن التطرّق لهذا الموضوع، والواقع أن الأمر على خلاف ذلك تماما، ذلك أن العقد ظاهرة اجتماعية ووسيلة للتبادل الاقتصادي في نفس الوقت، وهو بهذا المفهوم يخفي وراءه تصوّرات فلسفية تختلف من حيث المكان ومن حيث الزمان، مما يجعل ضبطه من الناحية القانونية أمرا صعبا للغاية، سواء من حيث تعريفه، أو من حيث تمييزه عن المفاهيم القانونية الأخرى، أو من حيث تحديد نطاقه[2].

لقد كان الحديث، إلى عهد قريب، عن العقد والاتفاق، هل هما مصطلحان مترادفان أم متمايزان؟ والواقع أنه لا يمكن اختصار الحديث عن تعريف العقد في هذه الجزئية، فالأمر أكبر من ذلك بكثير في ظل التوسّع الهائل لظاهرة التعاقد في الوقت المعاصر، فمن حيث الأشخاص لم يعد الأمر – في غالب الأحيان - مقتصرا على طرفين، بل أصبح التعامل شاملا لعدة أطراف ذوي مصلحة خالصة أو ذوي مصالح

المنارة للاستشارات

متعدّدة، مما جعل الفقه يتساءل: ما هو الوصف القانوني الدقيق لهذا النوع من العقود؟ أما من حيث المضمون فقد برزت ظاهرة عقود الاستهلاك مع ما أفرزته من تدخل مباشر للمشرع في تنظيم مضمون العقد لاسيما من خلال فرض التزامات على المتدخل – باعتباره الطرف القوي في العقد -، وهو الأمر الذي طرح إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لهذه الالتزامات، فهل هي التزامات قانونية أم التزامات عقدية؟ فهل كل ما في العقد عقديا، أم ليس كل ما في العقد عقديا؟ وبالنظر إلى انتشار ظاهرة "أخلقة المعاملات" برز تيار "التضامن العقدي" ونادى أنصاره بضرورة فرض واجب التعاون بين المتعاقدين، وهو ما أعاد النقاش حول التكييف القانوني لبعض العقود التي تقوم على مصالح متماثلة وعلى رأسها الشركة، فهل فعلا ينطبق عليها وصف "العقد" أم أنها تندرج ضمن تصنيف جديد باعتبارها نوعا من التصرفات الجماعية؟

وفي الحقيقة لا يقتصر موضوع تعريف العقد على الجوانب القانونية الفنية المحضة، إنما يمتد أيضا إلى مجال التصوّرات، وهو مجال واسع تختلف فيه الأفكار بحسب زوايا النظر تبعا للمعتقدات السائدة في كل مجتمع سياسيا واجتماعيا واقتصاديا وثقافيا ودينيا، فلاشك أن التطوّر الاقتصادي الهائل للبلاد ذات التقاليد الأنجلوسكسونية له انعكاسات كبيرة في تعريف العقد[3]، وهو ما يجعله يختلف عن تعريف العقد في البلاد ذات التقاليد اللاتينية المعروفة بولائها للقانون الروماني، وهو ما صعّب من مهمة وضع تعريف موحّد للعقد في البلاد الأوروبية [4]، ولاشك أيضا أن التأثر بأحكام الفقه الإسلامي – مثلما هو الشأن بالنسبة للقانون الأردني والإماراتي واليمني – يجعل التباين، في تعريف العقد، قائما بين التشريعات العربية المتأثرة - في غالبيتها - بالتشريع الفرنسي ذي التقاليد اللاتينية، وهو ما يطرح إشكالية توحيد التشريعات العربية[5]، بل أن هذه الظاهرة قد واجهت أيضا البلاد الأوروبية التي تنتمي لنفس العائلة أي العائلة اللاتينية – الجرمانية، على أساس أن التشريع الفرنسي ومن حذا حذوه متشبّع بالنزعة الذاتية، في حين أن التشريع الألماني ومن حذا حذوه متشبّع بالنزعة الموضوعية[6]، مما جعل التنافس قائما بين التشريعين على مرّ العصور، وازدادت حدتّه في الآونة الأخيرة بمناسبة السعي إلى توحيد التشريعات الأوروبية[7].

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فقد عرّف المشرع العقد في المادة 54 مدني على النحو الآتي[8]: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء"[9]، وبذلك يكون

المنارة للاستشارات

المشرع الجزائري قد وافق المشرع الفرنسي في إيراد تعريف للعقد[10]، وفي نفس الوقت يكون قد خالف المشرع المصري الذي لم يورد أي تعريف للعقد بعدما كان يعرّفه في المادة 122 من المشروع التمهيدي على النحو الآتي: "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها"[11]. والشيء الملفت للنظر في التشريع الجزائري هو مبادرة المشرع إلى وضع تعريف آخر للعقد في قانون الممارسات التجارية، فقد نصت المادة 4/3 "**عقد:** كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[12]. وبالنظر إلى التباين بين هذين التعريفين شكلا ومضمونا، وبالنظر أيضا للاعتبارات الفنية، والتصوّرات الفلسفية، والتقاليد القانونية المذكورة أعلاه، مع مراعاة المشاريع الفقهية الأوروبية المتعلقة بقانون العقود (لاسيما الفرنسية)، دون إهمال الازدواجية اللغوية (العربية – الفرنسية) والقانونية (القانون الوضعي – الشريعة الإسلامية) التي يعرفها التشريع الجزائري يتعيّن التساؤل - انطلاقا من المادة 54 مدني - عن موقع تعريف العقد في التشريع الجزائري في ضوء الحركة المتسارعة لظاهرة التعاقد والاتجاهات الحديثة في قانون العقود؟ ولاشك إن معالجة مثل هذا الموضوع تتطلّب اتباع المنهج التحليلي من أجل تحليل تعريف العقد الوارد في المادة 54 مدني - بالدرجة الأولى - باعتبار أن القانون المدني يمثل الشريعة العامة، مع عرضه للنقد والمقارنة في ضوء القوانين الحديثة والكتابات الفقهية الجديدة. وانطلاقا من المادة 54 مدني المذكورة أعلاه تكون معالجة هذا الموضوع من خلال الاعتماد على ركائز تعريف العقد في القانون المدني، فالعقد اتفاق (I)، منشئ للالتزام (II)[13].

I- العقد اتفاق

يبدو واضحا من تعريف العقد حسب المادة 54 مدني أن المشرع يعتبر العقد اتفاقا بين شخصين أو أكثر (1)، وهو ما يستلزم بالضرورة وجود مصالح معينة يهدف العقد إلى تحقيقها (2)[14].

1- **العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر:** يرى أحد الشرّاح، في قراءة تحليلية للمادة 54 مدني، أن الاتفاق يستلزم وجود شخصين مستقلين عن بعضهما البعض ومتساويين قانونا[15]. ويتطلب هذا التحليل تأمّلات في جملة من الأمور أهمها:

المنارة للاستشارات

من **ناحية أولى** بالنسبة لوجود شخصين مستقلين يُطرح مشكل تعاقد الشخص مع نفسه، فكيف يُعتبر تعاقدا مع أنه يضم شخصا واحدا، ومن ثم إرادة واحدة؟ لقد ذهب بعض الفقه، فعلا، إلى نفي الصفة التعاقدية عن هذا التصرف القانوني واعتبره تصرفا قانونيا أحاديا، بمعنى أنه تصرف ينطوي على إرادة منفردة جعلها القانون تنتج أثرا[16]، في حين أن جمهور الفقهاء يضفون عليه الصفة التعاقدية - وهو ما نؤيّده - على أساس إن الشخص قد تصرّف بصفتين مختلفتين، ومن ثم كانت الإرادة، الوحيدة ظاهريا، هي في الحقيقة تعبير عن إرادات أشخاص مختلفة[17]، والظاهر أن المشرع يتبنى هذا الرأي الأخير بدليل أنه قد أطلق مصطلح "التعاقد" على هذا التصرف القانوني في المادة 77 مدني، فهذه الأخيرة قد وضعت أصلا وهو عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه، واستثناءً من ذلك سمحت للموكل أن يرخص مقدّما للوكيل بالتعاقد لحساب نفسه أو إجازة (والصواب إقرار) هذا التعاقد بعد تمامه، كل ذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون وقواعد التجارة.

ومن **ناحية ثانية** جرت عادة بعض الشرّاح على وصف الهبة والوصية والوقف بـ "عقود التبرع" [18]، فهل هي فعلا عقود بالمعنى الفني القانوني؟ بالنسبة للهبة يظهر واضحا أن المشرع قد اعتبرها عقدا بنص صريح، إذ نصت المادة 1/206 من قانون الأسرة: "**تنعقد** الهبة بالإيجاب والقبول..." [19]، أما بالنسبة للوصية فهي تصرف بالإرادة المنفردة، بدليل أن القبول – حسب المادة 197 أسرة – يكون "صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي"، ومع ذلك فقد استعمل المشرع مصطلح "تحرير عقد" عند تصريح الموصي أمام الموثق حسب المادة 1/161 أسرة، ولكن الرجوع إلى النص الفرنسي يفيد أن المقصود بذلك هو (acte authentique) [20]. أما بالنسبة للوقف فقد نصت المادة 1/4 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف: "الوقف **عقد** التزام تبرع صادر عن **إرادة منفردة**". فمن الواضح أن هذا التعريف يصف الوقف بالعقد مع إقراره أنه صادر بالإرادة المنفردة، ولاشك أن هذا التعريف لا يتماشى إطلاقا مع المادة 54 مدني التي تعتبر العقد اتفاقا منشئا للالتزام، ويرجع سبب هذا التعارض إلى ازدواجية المصدر في المنظومة القانونية الجزائرية، فبينما تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لقانون الأوقاف (وهي تطلق مصطلح عقد في معناه العام على توافق الإرادتين وعلى الإرادة المنفردة)، يعتبر قـانون نـابليون مصدرا ماديا للقانون المدني (وهو لا يطلق مصطلح "عقد" إلا على توافق الإرادتين) [21].

المنارة للاستشارات

ومن **ناحية ثالثة** بالنسبة لوجود شخصين مستقلين يُطرح أيضا مشكل وجود عدة أشخاص، فهل يشكّل ذلك عقدا؟ إن المادة 54 مدني صريحة في أن وجود شخصين هو الحد الأدنى في العقد، ومن ثم يمكن تصوّر وجود أكثر من ذلك. ويجري الفقه على التمييز بين ما إذا كان المتعاقدون يتصرّفون باسم مصلحة خالصة لهم أو باسم مصلحة يتقاسمونها مع غيرهم من المتعاقدين. في الحالة الأولى نكون أمام "عقد متعدّد الأطراف" بالنظر لوجود مصالح بحسب عدد المتعاقدين، مثال ذلك العقد المبرم بين المدين ودائنيه لإعادة تنظيم ديونه نحوهم. وفي الحالة الثانية نكون أمام "عقد ذي طرف متعدّد" بالنظر لوجود مصلحتين فحسب رغم وجود أكثر من متعاقدين، مثال ذلك اجتماع عدة بنوك لتمويل مقترض واحد[22]. وإذا كان وجود شخصين هو الحد الأدنى في العقد، حسب المادة 54 مدني، فإن شركة الشخص الواحد لا تعتبر عقدا ولكنها "مؤسسة" تهدف إلى خرق مبدإ وحدة الذمة المالية وتسمح بإيجاد ذمة مالية تخصّص لنشاط معين(23)، فقد نصت المادة 2/564 تجاري: "إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة لا تضم إلا شخصا واحدة "كشريك وحيد"، تسمى هذه الشركة **"مؤسسة"** ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة"".

ومن **ناحية رابعة** بالنسبة للمساواة القانونية بين أطراف الاتفاق يُطرح مشكل عقود الاستهلاك وما شابهها التي تقوم أصلا على اللا مساواة المفترضة، فكيف تعتبر عقودا مع أنها تضم طرفين غير متساويين؟ إن المقصود بالمساواة، في هذا المقام، هو المساواة السياسية، أي المساواة المجردة، بمعنى أنها مساواة في الحقوق والواجبات بغض النظر عن المراكز الاقتصادية للأطراف، وبغض النظر عن معارفهم الفنية، ومدى قدراتهم على مناقشة بنود العقد، ومن ثم لم يجد المشرع حرجا في استعمال اصطلاح "عقد الإذعان" في المادة 70 مدني[24]، بل وهذا ما جعل المشرع يطلق اصطلاح "عقد" في المادة 4/3 من قانون الممارسات التجارية على الاتفاق الذي يربط بين طرفين أحدهما يذعن للآخر بحيث لا يمكن أن يحدث تغييرا حقيقيا في بنود العقد، إذ نصت على ما يلي: "**عقد**: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، وكأن المشرع قد لاحظ التوسّع الهائل لعقود الإذعان في الحياة العملية، فأراد أن يجعل منه الأصل في تعريف العقد، بدل التعريف المذكور في المادة 54 مدني، مما يُعد تجديدا حقيقيا لنظرية العقد[25].

المنارة للاستشارات

ومن **ناحية خامسة** إن اعتبار العقد اتفاقا، حسب المادة 54 مدني، ومن ثم القول بأنه توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر... يطرح مشكل الفرق بين الإرادة والرضاء؟ إن الإرادة قوة داخلية بمقتضاها يقرر الشخص أن يفعل أو لا يفعل، فهي ذات صبغة ذاتية ونفسية، وتمثل القوة والحرية لدى الشخص، في حين أن الرضاء هو إخراج هذه الإرادة للعالم الملموس عن طريق التعبير عنها، ويمثل علامة على التصرف الذي تم رضاؤه. ويظهر الفرق بينهما بوضوح عند الحديث عن عيوب الرضاء، إذ يشترط القانون لصحة العقد أن يكون الرضاء المعبّر عنه موافقا للإرادة الحقيقية لكل متعاقد[26]. وفي نفس السياق يخلط بعض الفقه بين الرضاء والتراضي، إذ يرى أنه قد "جرى العمل على تسمية عيوب الإرادة بـ (عيوب الرضاء)، **والواقع أن هذه التسمية غير دقيقة**، فقد يُفهم من عبارة عيوب الرضا أنه يُشترط أن يشوب العيب الإرادتين معا..."[27]. وفي الحقيقة أن "عيوب الرضاء" مصطلح صحيح لا غبار عليه، وهو لا يفيد تعيّب الإرادتين معا، إذ هناك فرق بين الرضاء والتراضي، فالأول يصدر من طرف واحد، في حين أن الثاني يصدر من طرفين.

ومن **ناحية سادسة** إن العقد باعتباره توافقا للإرادات بين شخصين أو أكثر يطرح مشكل ما إذا كان كل مضمون العقد تعاقديا؟ إن الجواب يكون بالنفي طبقا لقاعدة (ليس كل ما في العقد عقديا)، بدليل إن العقود المسماة تضم قدرا من الالتزامات المفروضة قانونا، فمثلا في عقد البيع يوجد الالتزام بالتسليم والالتزام بضمان العيوب الخفية، كما يوجد في عقود الاستهلاك الالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة وهي التزامات قانونية، وفي المقابل للمتعاقدين تنظيم العقود عن طريق البنود العقدية كبند المنع من التصرف وبند التعويض الاتفاقي وغيرهما من البنود، بل ولهما الزيادة أو الإنقاص أو الإسقاط لبعض الأحكام القانونية بحسب ما إذا كانت تتعلق بالنظام العام أم لا[28].

2- **العقد اتفاق حول مصالح معينة:** يرى أحد الشرّاح، في قراءة تحليلية للمادة 54 مدني، أن الاتفاق يستلزم أن تكون لأطرافه مصالح متباينة، بمعنى أن تكون مصلحة أحد الأطراف مغـايرة لمصلحة الطرف الآخر[29]. ويتطلب هذا التحليل التأملات التالية:

من **ناحية أولى** يطرح وجوب تعارض المصالح بين الأطراف المتعاقدة مشكل التكييف القانوني للشركة، فكيف تعتبر عقدا مع أنها تقوم أساسا على وجود مصلحة مشتركة بين الشركاء لا على مصالح متباينة؟ الواقع أن تباين المصالح بين الأطراف أمر غير متفق عليه في الفقه، إذ يرى بعض الفقه أنه مجرد محاولة لتضييق

المنارة للاستشارات

دائرة العقد نادى بها فقهاء القانون العام من أمثال الأستاذ (Duguit)، ولكن وجود المصالح المتطابقة لا يمنع من أن نكون أمام علاقة التزام نشأت بتوافق الإرادات(30)، خاصة وأننا أمام معاملات تتم بالتراضي وتحكمها المبادئ العامة للعقد من حيث التكوين والآثار[31]. في حين رأى جانب آخر من الفقه أن الشركة ليست عقدا باعتبارها لا تقوم على فكرة المصالح المتباينة، وإنما هي تصرف أحادي جماعي على أساس أن آثارها القانونية مرتبطة بمجموع من التعابير عن الإرادة مضمونها متطابق لأنها تعبّر عن هدف واحد[32]. ويظهر أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الأول إذا اعتبر الشركة عقدا حسب المادة 416 مدني[33].

إن حصر دائرة العقد في نطاق المصالح المتباينة محل نظر– في اعتقادنا – من عدة نواح: من **ناحية أولى** إن حصر مجال العقد في المصالح المتباينة دون المصالح المشتركة أمر غير معروف عند فقهاء القانون الخاص، بل قال به بعض فقهاء القانون العام من أمثال الأستاذ (Duguit)، الذي كان يميّز بين العقد الذاتي والاتفاق الجماعي والاتفاق الاتحادي، ولا يعترف بصفة العقد إلا للنوع الأول بالنظر إلى قيامه على فكرة المصالح المتباينة، في حين أن النوعين الثاني (كالشركات والجمعيات) والثالث (كاتفاقيات العمل الجماعية والزواج) لا يتمتعان بصفة العقد بالنظر إلى قيامهما على فكرة تنظيم المصالح المتماثلة للوصول إلى هدف مشترك[34]. ومن **ناحية ثانية** إن التمييز بين المصالح المتباينة والمصالح المتماثلة أمر نسبي، فمثلا في عقد البيع – وهو مثال على المصالح المتباينة – هناك مصلحة مشتركة وهي تحقيق صفقة مربحة لكل من البائع والمشتري، وفي المقابل نجد في الشركة – وهي مثال على المصالح المتماثلة – مصالح متباينة، فكل شريك يحرص على تقديم أقل حصة ممكنة مع الفوز بأكبر ربح ممكن[35]. ومن ناحية ثالثة إن واجب التعاون قد أصبح مفروضا في كل العقود بغض النظر عن اختلاف المصالح، متباينة كانت أم متماثلة، وهو ما يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقد[36]. ومن **ناحية رابعة** هناك تيار فقهي قوي يدعو إلى فكرة التضامن العقدي، فالعقد كالمؤسسة الصغيرة أين يجب أن يعمل كل متعاقد في إطار هدف مشترك يمثل مجموع الأهداف الفردية التي يسعى إلى تحقيقها كل متعاقد[37]. ومن **ناحية خامسة** هناك شك في اعتبار القرارات المنشئة لشخص اعتباري كالشركات والجمعيات تصرفات انفرادية جماعية، فهناك من الفقه من يرى – بحق - أنها ذات صبغة عقدية، غاية ما في الأمر أن خصوصيتها تكمن في دمج المصالح المتطابقة في مصلحة جماعية لتحقيق هدف تعاوني[38]، وعلى هذا الأساس ألحقها جانب من الفقه بما يُعرف بـ: "عقد- تعاون"[39].

المنارة للاستشارات

ومن **ناحية ثانية** إذا كان الراجح هو انطباق وصف العقد على الاتفاق سواء كانت المصالح متباينة أو متماثلة، فإن السؤال يُطرح فيما يتعلق بطبيعة هذه المصالح، فهل هي بالضرورة مصالح مالية أم يمكن أن تكون مصالح غير مالية؟ لقد جرت عادة كثير من الفقهاء على القول بأن الاتفاقات المتعلقة بالمصالح غير المالية لاسيما الأحوال الشخصية كالزواج لا تعتبر عقودا لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية[40]، في حين أن أقلية من الفقهاء رفضت التسليم بهذا التضييق في دائرة العقد، واعتبرت أن دائرة العقد شاملة للمعاملات المالية والأحوال الشخصية[41]. لقد استند أنصار التضييق من دائرة العقد على حجتين: من **ناحية أولى** إن هذه الاتفاقات ليس من شأنها أن تنشئ روابط يكون الأداء محل الالتزام فيها ذا قيمة مالية، ذلك أن الالتزام علاقة قانونية ذات قيمة مالية. ومن **ناحية ثانية** إن آثار هذه الاتفاقات لا دخل لإرادة الأطراف فيها، وإنما القانون هو الذي يختص بتحديدها. أما أنصار توسيع دائرة العقد فيرون أن الحجتين المذكورتين أعلاه مردودتان: من **ناحية أولى** ليس في القانون ما يوجب أن يكون الالتزام الناشئ عن العقد ذا قيمة مالية، فالاتفاق يكون ملزما قانونا ولو لم تكن للدائن سوى مصلحة معنوية، وإن الضرر الذي يصيب الدائن في هذه الحالة عند إخلال المدين بالتزامه يكون قابلا للتعويض. ومن **ناحية ثانية** إن تدخل المشرع لتحديد آثار التصرف لا ينفي عن هذا الأخير صفة العقد، غاية ما في الأمر أن هناك بعض المسائل التي تتعلّق بالنظام العام، ومن ثم توجّب تنظيمها بنصوص آمرة تعمل على تقييد حرية الأطراف من حيث آثار التصرف. لاشك أن هذه المسألة تحتاج إلى بسط وتحليل لا يتسع المقام لذكره، ونكتفي بالإشارة إلى ملاحظتين مهمتين: من **ناحية أولى** لا يميّز الفقه الإسلامي بين المصالح المالية وغير المالية فيما يخص العقد، وعلى هذا الأساس استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح "عقد الزواج"، وهو ما سار عليه قانون الأسرة[42]. ومن **ناحية ثانية** هناك تجاه قوي في الفقه القانوني يؤيّد امتداد وصف العقد للاتفاق المتعلق بالمصالح غير المالية، ومن ثم الاعتداد بتمييز جديد هو التمييز بين العقود المتعلقة بالذمة المالية والعقود غير المتعلقة بالذمة المالية، ويبدو إن ظاهرة "العقدنة" تسير في هذا الاتجاه[43].

وجدير بالذكر أن أحد الشرّاح رأى أن نص المادة 54 مدني معيب كونه يهمل دور ركني المحل والسبب في تعريف العقد[44]، إلا أن بعض الفقه الحديث يرى أن هذا القول يخلط بين تعريف العقد وأركان العقد، فالمشرع الفرنسي – وهو ما ينطبق على المشرع الجزائري - لم يهدف إلى وضع تعداد لأركان العقد، وإنما أراد تعريف العقد بجوهره، أي بمعياره الذي ينطبق على جميع العقود، وهو كونه "اتفاق"، أي توافق

المنارة للاستشارات

للإرادات، ولكن هذا التوافق لا يكوّن العقد إلا إذا اتجه إلى إنشاء التزام(45). والواقع أن هناك أسلوبين في تعريف العقد، أحدهما تعريفه من خلال التركيز على العنصر الجوهري الذي يمثل القاسم المشترك بين كل العقود على اختلاف أنواعها، والآخر تعريفه من خلال بيان أركانه الأساسية التي يقوم عليها، وواضح أن المشرع قد اختار الأسلوب الأول تبعا للمشرع الفرنسي.

وللإشارة فإن اصطلاح "اتفاق" معروف أيضا في قانون المنافسة، ويعبّر عنه باللغة الفرنسية (Entente)، ولكن دلالته تختلف عما هو معروف في القانون المدني، فالتشابه في المصطلحات لا يعني بالضرورة التشابه في المضامين، ومن ثم فهو متميّز عن العقد(46)، وقد استعمله المشرع في المادة 6 من القانون المذكور أعلاه عند تناوله موضوع الممارسات المقيّدة للمنافسة، فنصت المادة المذكورة على حظر "الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات **والاتفاقات الصريحة أو الضمنية**"، ويظهر أن المقصود به هو اتجاه إرادة مؤسسات مستقلة تقرّر تنسيق سلوكياتها في السوق، وهو يكون محظورا عندما يهدف أو يمكن أن يهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحدّ منها أو الإخلال بها[47]. إن العقد باعتباره اتفاقا أي توافق إرادتين أو أكثر يتميّز عن "الاتفاق" في قانون المنافسة في أن هذا الأخير هو في الحقيقة سلوك إرادي بين المؤسسات، ومن ثم فهو لا يتضمن بالضرورة تعبيرا عن الإرادة مثلما هو الشأن في العقد، وإنما يفترض وجود تنسيق واقعي استراتيجي تجاري بين المؤسسات على مستوى السوق[48]. والأكثر من هذا فإن "الاتفاق" في قانون المنافسة لا يتضمن "إنشاء التزام"[49] وهي الركيزة الثانية في تعريف العقد حسب المادة 54 مدني.

II- العقد اتفاق منشئ للالتزام

يظهر من تعريف العقد في المادة 54 مدني أن العقد اتفاق منشئ للالتزام، وهو ما يمثل الركيزة الثانية في تعريف العقد، وهو بهذا المعنى يمثل النوع بالنسبة للاتفاق الذي يمثل الجنس (1)، فالالتزام أثر للعقد (2).

1- **العقد نوع والاتفاق جنس:** إن العقد اتفاق، ولكنه ليس أي اتفاق مهما كانت طبيعته، وإنما هو اتفاق يحدث أثرا قانونيا، وهذه هي الركيزة الجوهرية الثانية في العقد. ويتمثل هذا الأثر على وجه الدقة، حسب المادة 54 مدني، في إنشاء التزام بمنح أو التزام بفعل أو التزام بعدم فعل شيء ما، فهو من هذه الزاوية اتفاق منشئ للالتزام[50].

إن هذا التحديد يجعل العقد أضيق نطاقا من الاتفاق، ذلك أن الاتفاق هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وهذا الأثر يتمثل – في مجال الالتزام - في إنشاء

المنارة للاستشارات

التزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه، في حين أن العقد، حسب المادة 54 مدني، ينشيء الالتزام فحسب، فكل عقد هو اتفاق، في حين أن كل اتفاق ليس هو بالضرورة عقدا، ذلك أن الاتفاق قد يرتب نقل الالتزام كما هو الشأن في الحوالة، أو تعديله كما هو الشأن في إضافة أجل جديد، أو انقضاءه كما هو الشأن في الوفاء[51]. وبهذا الصنيع يكون المشرع قد رأى أن العقد نوع من الاتفاق، فالاتفاق يمثل الجنس، في حين أن العقد يمثل النوع، وهكذا تكون علاقة العقد بالاتفاق، في نظر المشرع حسب المادة 54 مدني، كعلاقة "نوع" بـ "جنس" أكثر اتساعا من حيث النطاق[52]. إن التمييز بين "العقد" و"الاتفاق"، الذي تبناه المشرع الجزائري تبعا للمشرع الفرنسي، هو في الحقيقة موروث عن الأستاذين (Domat) و (Pothier)، فقد كان الأول يرى إن الاتفاق اسم عام يتضمن كل أنواع العقود من أي طبيعة[53]، وكان يعرّف الاتفاق على أنه تراض بين شخصين أو أكثر لإنشاء تعهدات بينهم أو إنهائها أو تغييرها[54]. وكان الثاني يعرّف العقد على أنه اتفاق بمقتضاه يلتزم شخصان كل منهما نحو الآخر أو يلتزم شخص منهما نحو الثاني بمنح شيء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء(55). وتكمن أهمية التفرقة بين العقد والاتفاق – عند أنصارها - في مسألة الأهلية، فالأهلية المطلوبة في العقد تختلف عن تلك المطلوبة في الاتفاق، فهي أوسع مدى في العقد مما يستلزم في الاتفـاق، والواقع أن هذا التحلـيل غير دقيق، بل هو خاطئ على الأقـل من ناحيتين[56]:

من **ناحية أولى** إن الأهلية المطلوبة قانونا لا تتوقف على طبيعة الأثر هل هو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو انقضاؤه، وإنما تتوقف على طبيعة التصرف ومدى خطورته، فمثلا الهبة والبيع والإيجار كلها عقود منشئة للالتزامات، ومع ذلك فإن الأهلية المطلوبة في كل منها تختلف من عقد إلى آخر، فهي أهلية التبرع في الهبة بالنسبة للواهب، وأهلية التصرف في البيع بالنسبة للبائع والمشتري، وأهلية الإدارة في الإيجار بالنسبة للمؤجر، بل إن هذه الأهلية تختلف في العقد الواحد، فتشترط أهلية التبرع بالنسبة للواهب باعتبار أن التصرف يضرّه ضررا محضا، في حين يُكتفى بأهلية التمييز بالنسبة للموهوب له باعتبار أن التصرف ينفعه نفعا محضا. ومن **ناحية ثانية** إن بعض الاتفاقات التي يترتب عليها نقل الالتزام أو تعديله أو انقضاؤه تشترط فيها أهلية أكبر من الأهلية المطلوبة في بعض العقود، فمثلا يشترط في حوالة الحق، بالنسبة للمحيل والمحال له، إذا كانت بمقابل أهلية التصرف باعتبارها بيعا، فهي في هذه الحالة تصرف يدور بين النفع والضرر، وتشترط أهلية التبرع، بالنسبة للمحيل،

المنارة للاستشارات

إذا كانت دون مقابل باعتبارها هبة، فهي في هذه الحالة تصرف ضار ضررا محضا، في حين أن الإيجار وهو عقد ومع ذلك لا يشترط فيه، بالنسبة للمؤجر، إلا أهلية الإدارة.

ويظهر أن القانون الإنجليزي، حسب بعض الفقه الكلاسيكي، يميّز هو الآخر بين العقد (contract) والاتفاق (agreement)، ويعتبر العقد نوعا من الاتفاق(57). وتعليل ذلك أن للاتفاق خمسة أنواع في القانون الانجليزي وهي: أ- اتفاق ناقل للملكية، ويسمى (conveyance) إذا كان منصبا على نقل ملكية عقار معاوضة، ويسمى (assignment) إذا كان منصبا على نقل ملكية غير عقارية معاوضة، ويسمى (gift) إذا كان منصبا على نقل الملكية تبرعا. ب- اتفاق ينهي حقا موجودا كالإبراء (release) والترك (abandonment). ج- اتفاق ينشئ مركزا قانونيا ثابتا (status) مثل الزواج. د- اتفاق ينشئ حقا عينيا كالارتفاق أو الرهن. هـ- اتفاق ينشئ التزاما وهو الذي تنطبق عليه اصطلاح العقد (contract) [58]. ولكن على خلاف هذه النظرة الكلاسيكية ينظر القانون الانجليزي المعاصر للعقد نظرة اقتصادية، فهو بمثابة تبادل للأداءات، وهذه العملية الاقتصادية هي التي تصنع العقد أكثر من فكرة توافق الإرادات، وعلى هذا الأساس لا يعتبر التصرفات التبرعية عقودا[59].

إن غالبية الفقه الحديث ترى عدم الفائدة من التمييز بين العقد والاتفاق، فهما مترادفان، فكل عقد هو اتفاق، وكل اتفاق هو عقد[60]، والدليل على ذلك أمران: من **ناحية أولى** إن المشرع نفسه تجاوز التمييز المذكور في المادة 54 مدني وأطلق صراحة اصطلاح "عقد" على اتفاقات غير منشئة للالتزام، فمثلا نجده يستعمل اصطلاح "عقد الحوالة" في المادة 248 مدني بالنسبة لحوالة الحق، وفي المادة 253 مدني بالنسبة لحوالة الدين، مع أنهما لا تؤديان إلى إنشاء الالتزام، بل هما منظمتان في الباب الرابع: انتقال الالتزام. ومن **ناحية ثانية** إن الاتفاق الذي يترتب عليه نقل الالتزام أو تعديله أو انقضاؤه يخضع لذات الأحكام التي يخضع لها العقد مثلما هو منظم في المواد من 54 إلى 123 مدني، فلا يوجد تنظيم قانوني خاص بالاتفاق من حيث التكوين أو الآثار[61].

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقد أصبح نص المادة 1101 مدني، بعد تعديل 2016، على النحو الآتي: "**العقد توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر موجّه لإنشاء، تعديل، نقل أو إنهاء التزامات**"[62]. يبدو أن المشرع الفرنسي قد أراد بهذا التعريف الجديد هجر التفرقة الكلاسيكية بين العقد والاتفاق وقد استعمل تقنيتين في سبيل تحقيق هذا الهدف، فمن **ناحية أولى** استغنى عن اصطلاح "اتفاق"، ومن **ناحية ثانية** أعطى تعريفا واسعا للعقد يشتمل على إنشاء التزامات، تعديلها، نقلها أو إنهائها. وتأكيدا على هجر التفرقة بين العقد والاتفاق أصبحت المادة 1103 مدني فرنسي تنص على

المنارة للاستشارات

القوة الملزمة للعقود بعدما كانت المادة 1/1134 مدني فرنسي – قبل التعديل – تنص على القوة الملزمة للاتفاقات. ولكن مع ذلك يظهر أن المشرع الفرنسي لم ينجح في القضاء، بصورة كاملة، على التفرقة بين العقد والاتفاق، فقد بقي التمييز بينهما قائما، فالعقد يمثل توافق الإرادات على إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهائها، في حين أن الاتفاق يمثل توافق الإرادات على إحداث أثر قانوني من غير الأثر المترتب على العقد، فمثلا إنشاء حق عيني أصلي كالانتفاع أو الارتفاق أو حق عيني تبعي كالرهن الرسمي ينطبق عليه وصف الاتفاق لا وصف العقد[63]. إن ما أقدم عليه المشرع الفرنسي من تعديل للمادة 1101 مدني قد أوجد عدم انسجام مع المادة 1103 مدني المتعلقة بالقوة الملزمة للعقود على أساس أن العقد بقي متميزا عن الاتفاق، في حين أن المادة 1103 مدني تشير إلى القوة الملزمة للعقود دون الاتفاقات، وبمفهوم المخالفة فإن الاتفاقات ليست لها قوة ملزمة، وهي نتيجة غير مقبولة إطلاقا مادام أن الاتفاقات ترمي، هي الأخرى، إلى إحداث أثر قانوني. لقد رأى أحد الفقهاء – بحق – ضرورة تعديل المادة 1103 مدني والعودة إلى الصياغة القديمة التي كانت تنص على القوة الملزمة للاتفاقات، فمادام إن المشرع الفرنسي قد فضّل استبقاء التفرقة بين العقد والاتفاق الموروثة عن الأستاذ (Domat)، فلماذا لا العودة أيضا إلى الصياغة القديمة للمادة 1/1134 مدني الموروثة هي الأخرى عن الأستاذ (Domat)؟[64]

2- **العقد اتفاق والالتزام أثر:** لقد عاب بعض الفقه الجزائري على التعريف المذكور في المادة 54 مدني خلطه بين تعريف العقد وتعريف الالتزام[65]. والواقع أنه لا يوجد خلط بينهما وغاية ما في الأمر أن المشرع قد أخذ بالتصوّر الذاتي في تعريف العقد، وهو تصوّر يقوم على النظر للعقد كتوافق للإرادات منتج للالتزامات، فالعبرة بما يرتبه العقد من التزامات شخصية على كلا الطرفين في العقود الملزمة للجانبين أو على أحد الأطراف في العقود الملزمة لجانب واحد، سواء كانت التزاما بمنح أو بفعل أو بعدم فعل شيء ما[66]. وتعود جذور التصوّر الذاتي للعقد إلى القانون الروماني، فقد اهتم هذا الأخير كثيرا بفكرة الالتزام، وحرص فقهاؤه على بيان مصادر الالتزام، وقد حصرها الفقيه (Gaius) في العقد والجريمة ومصادر أخرى مختلفة، ومن ثم كان تصوير العقد على أنه مصدر للالتزام، وهي ذات الفكرة التي أخذ بها (Justinien)، وانتقلت إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم لاسيما الأستاذ (Pothier)، فقد حرص على تصوير العقد على أنه اتفاق يرتب التزاما بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، وهو التعريف الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي في المادة 1101 ونقله عنه حرفيا القانون المدني الجزائري.

المنارة للاستشارات

إن تحليل تعريف العقد - وفق التصوّر الذاتي - يكشف على ثلاث حقائق مهمة وهي على التوالي[67]: من **ناحية أولى** يهتم هذا التعريف بمسألة توافق الإرادات، فجوهر العقد هو كونه اتفاقا، أي هو توافق للإرادات بين شخصين أو أكثر، فالأولوية في تعريف العقد تعطى للإرادة وهي ظاهرة نفسية يعبّر عنها الشخص لتجسيدها ماديا في العالم الخارجي. ومن **ناحية ثانية** يركز هذا التعريف على مرحلة تكوين العقد، فمركز ثقل العقد لا يكمن في مرحلة تنفيذه، وإنما يكمن في مرحلة تكوينه، فاللحظة الفارقة في العقد هي لحظة تكوينه، إذ هي التي ستسمح بإنتاجه لآثاره المتمثلة في الالتزامات. ومن **ناحية ثالثة** يطغى على التصوّر الذاتي للعقد الاعتداد بالإرادة الباطنة احتراما لإرادة المتعاقدين، فهي المعبّر الحقيقي عن مرادهم[68].

وتترتب على الأخذ بالتصوّر الذاتي للعقد جملة من النتائج المهمة ذات الأثر الكبير على مبادئه الأساسية وتفاصيل أحكامه أبرزها ما يلي: من **ناحية أولى** عدم اهتمام هذا التصوّر بتوازن الأداءات العقدية، بل يهتم فقط بضمان رضاء سليم عند المتعاقدين خاليا من عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه. ومن **ناحية ثانية** عدم جعل الغبن كشرط عام لصحة العقد، وإنما يحصره في حالات معينة كعقد بيع العقار (المادة 358 مدني) أو عقد القسمة العقارية (المادة 732 مدني). ومن **ناحية ثالثة** ترتيب عيوب الرضاء بحسب ارتباطها بالإرادة الباطنة، فالأولوية للغلط (المواد 81-85 مدني) ثم التدليس (المادتان 86-87 مدني) وأخيرا الإكراه (المادتان 88-89 مدني). ومن **ناحية رابعة** الاهتمام بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير العقد في حال وجود عبارات غامضة (المادة 2/111 مدني). وبناء على ما تقدّم يرى الفقه الحديث إن العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه[69]. إن هذا التعريف يتطلّب بعض الملاحظات:

من **ناحية أولى** يظهر إن العقد مصدر للالتزام إذ يؤدي إلى إنشاء التزام، ولكنه لا يقتصر على ذلك فهو يؤدي أيضا إلى نقل الالتزام أو تعديله أو انقضائه، وعلى الرغم من وضوح هذه المسألة إلا أن عادة الفقه قد جرت على الاقتصار على دراسة إنشاء الالتزام دون بقية الآثار لاسيما عند الحديث على موضوع القوة الملزمة للعقد، فهذه القوة في نظرهم ترتبط بفكرة أن العقد ينشئ التزامات يتعيّن على الأطراف تنفيذها[70]، مع أن إنشاء الالتزام ما هو إلا مضمون من المضامين الممكنة للعقد التي تربط الأطراف، والصواب أن يُقال أن العقد ينشئ قاعدة قانونية جديدة – مهما كان مضمونها – تُفرض على الأطراف مثلما تُفرض القاعدة القانونية التي يضعها المشرع[71]، ومن ثم تتعيّن التفرقة، بالنسبة لآثار العقد من حيث المضمون، بين المضمون

المنارة للاستشارات

الالتزامي للعقد والآثار غير الالتزامية للعقد، فالأول يشمل إنشاء الالتزام وما يترتب على ذلك، في حين أن الثاني يشمل الأثر الناقل للعقد والمعدّل والانقضائي[72].

ومن **ناحية ثانية** إن تعريف العقد على أنه توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه لا يعني، في نظرنا، زوال كل فرق بينه وبين الاتفاق إلى الدرجة التي يجعل منهما مصطلحين مترادفين، فالاتفاق أعم من العقد إذ هو يشمل كل توافق للإرادات على إحداث أثر قانوني من غير الآثار المذكورة أعلاه التي تترتب على العقد، فمثلا توافق الإرادات على إنشاء حق عيني كالانتفاع أو الارتفاق ينطبق عليه وصف "الاتفاق" وليس وصف "العقد"، ذلك أن الأمر لا يتعلق بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه[73]. ومع ذلك يُلاحظ أن هذه التفرقة تبقى تفرقة أكاديمية غير ذات فائدة عملية بحكم أن الاتفاق، في هذه الأحوال، يبقى خاضعا للتنظيم القانوني للعقد.

ومن **ناحية ثالثة** إن اصطلاح "توافق الإرادات" يتطلّب - بالضرورة - وقوع التعبير عن هذه الإرادات وتبادلها وتطابقها، وبذلك تتميز الإرادة المعبّر عنها في العالم الخارجي عن مجرد النوايا الكامنة في النفس البشرية، وهذا ما تؤكّده المادة 59 مدني في بيان حقيقة التراضي، إذ نصت على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما (الصواب إرادتيهما) المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ومن **ناحية رابعة** إن "توافق الإرادات" لا ينتج أثره من إنشاء للالتزام أو نقله أو تعديله أو انقضائه إلا لأن القانون قد اعترف له بذلك في الحدود المسطّرة له، ومن ثم كان الأثر ينسب للقانون، فيُقال "أثر قانوني"، ويترتب على ذلك أن القانون قد يجيز للقاضي أن يتدخل لتعديل بنود العقد بما قد يخالف إرادة الأطراف، كما هو الشأن بالنسبة للحوادث الطارئة (المادة 3/107 مدني)، والشروط التعسفية في عقود الإذعان (المادة 110 مدني)، وتعديل التعويض الاتفاقي - الشرط الجزائي – (المواد من 184 إلى 187 مدني).

وبناء على ما تقدّم نؤيّد تعريف العقد على أنه توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر يرمي إلى إحداث أثر قانوني، على أن تؤخذ عبارة "أثر قانوني" في معناها الواسع، فتشمل الالتزامات - باعتبارها مقابلا للحقوق الشخصية - والحقوق العينية، بل والحقوق الذهنية، ولكن بالنظر إلى أن المشرع ينظم العقد ضمن مصادر الالتزام، فإنه من الأولى إبراز هذه الخاصية في التعريف مع اتباعها بما يفيد عدم الاقتصار عليها من أجل إعطاء معنى واسع للعقد يتجاوز فكرة الالتزام، وبناء على هذه

المنارة للاستشارات

الملاحظة نعرّف العقد، وفق الطريقة اللاتينية التي يتبناها المشرع، على أنه: **توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر يرمي إلى إنشاء التزام أو إحداث أي أثر قانوني آخر**[74].

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فقد ورد تعريف العقد – بمعناه الخاص(75) - في مصنفات فقهاء المذاهب الأربعة[76]، فقال العلامة الجرجاني الحنفي: "العقد: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا". وقال القاضي ابن رشد المالكي "العقد هو الإيجاب والقبول"، وقال الإمام الزركشي الشافعي: "ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي"، وقال العلامة أحمد القاري الحنبلي: "العقد: واحد العقود، وهو المعاملة التي يلتزمها الأطراف بربط الإيجاب بالقبول"[77]. إن التعريف الشائع عند الفقهاء المعاصرين هو ما ذكره صاحب مرشد الحيران في المادة 262 على النحو الآتي: "**العقد عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه**"[78]. ويظهر من هذا التعريف أن العقد من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتيهما، ولما كانت هاتان الإرادتان خفيتين وجب إظهارهما عن طريق التعبير عنهما بصورة متقابلة، وهو ما يسمى بالإيجاب والقبول، فالأول تعبير عن الإرادة في إبرام العقد والثاني تعبير عن الموافقة على ذلك، ومتى حصل ذلك قام الارتباط بينهما ارتباطا يثبت له أثر في المعقود عليه، ففي البيع مثلا تنتقل ملكية المال المبيع إلى المشتري ويصبح مالكا ويستحق البائع الثمن ويصبح مالكا له[79].

يقوم التصوّر الموضوعي في تعريفه للعقد على النظر إليه كارتباط بين الإيجاب والقبول يحدث أثره في المعقود عليه، فالعبرة بالتحوّل الذي يطرأ على موضوع العقد فينقله من حال إلى حال أخرى، فمثلا في عقد البيع يتحوّل المبيع من ملك البائع ليصبح ملكا للمشتري[80]. إن هذا التصوّر الموضوعي هو مما تميّز به الفقه الإسلامي عن القانون الروماني، فقد جاء هذا الأخير مصبوغا بصبغة ذاتية ظهر أثرها واضحا في التشريعات اللاتينية، في حين أن الفقه الإسلامي جاء مصبوغا بصبغة موضوعية ظهر أثرها في التشريعات الجرمانية والأنجلوسكسونية، فالعقد ليس مجرد منشئ للالتزامات، بل هو تصرف شرعي قولي يقلب الموضوع من حال إلى حال، فالعبرة في تعريف العقد ليست في إبراز مصدرية العقد للالتزام، وإنما في بيان تحوّل موضوع العقد من حال إلى أخرى[81].

ويظهر من خلال المادة 1/311 من القانون المدني الألماني أنها تسير في هذا الاتجاه[82]، فقد استنتج الفقه من خلالها أن العقد هو توافق شخصين أو أكثر حول موضوع ذي مصلحة قانونية[83] أو هو تلاقي تعبيرين عن الإرادة (أو أكثر) يتطابقان فيما بينهما ويوجّهان لإنتاج آثار قانونية[84]. وفي اعتقادنا إن أهم ما يمكن استنتاجه من

المنارة للاستشارات

خلال هذين التعريفين يكمن في ثلاثة أمور: **الأول** إن العقد في القانون المدني الألماني لا يخرج عن فكرة توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني، فهو يدور – عموما - حول نفس الفكرة المعروفة في التشريعات اللاتينية. **الثاني** إن العقد في القانون المدني الألماني لا يعتبر – خلافا للقانونين الجزائري والفرنسي - نوعا من الاتفاق، وإنما هو نوع من التصرف القانوني. **الثالث** بروز النزعة الموضوعية في تعريف العقد من خلال الإشارة إلى التعبير عن الإرادة (مثلما هو مذكور في التعريف الثاني)، والإشارة إلى "الموضوع ذي المصلحة القانونية" (مثلما هو مذكور في التعريف الأول).

إن تحليل تعريف العقد وفق التصوّر الموضوعي يظهر ثلاث حقائق مهمة[85]: من **ناحية أولى** يهتم هذا التعريف بظاهرة التعبير عن الإرادة، فالمسألة ليست مجرد توافق للإرادات، وإنما تتجسّد هذه الإرادات في شكل مادي يتمثل في الإيجاب والقبول ويشكلان ركن التراضي عند ارتباطهما. ومن **ناحية ثانية** يركّز هذا التعريف على مرحلة تنفيذ العقد، لأن الأثر الجوهري للعقد يظهر في هذه المرحلة، فالعبرة بانتقال موضوع العقد من حال إلى أخرى. ومن **ناحية ثالثة** يطغى على التصوّر الموضوعي للعقد الاعتداد بالإرادة الظاهرة احتراما لمبدإ استقرار المعاملات[86].

وتترتب على الأخذ بالتصوّر الموضوعي للعقد جملة من النتائج المهمة ذات الأثر الكبير على مبادئه الأساسية وتفاصيل أحكامه أبرزها ما يلي: من **ناحية أولى** اهتمام هذا التصوّر بظاهرة التوازن العقدي نتيجة ارتباطه بموضوع العقد، فلا يكفي الاهتمام بضمان رضاء سليم عند المتعاقدين خاليا من عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه. ومن **ناحية ثانية** توسيع دائرة الاهتمام بالغبن والشروط الفاسدة ومحاربة الربا. ومن **ناحية ثالثة** ترتيب عيوب الرضاء بحسب ارتباطها بالإرادة الباطنة، فالأولوية للإكراه ثم التدليس وأخيرا الغلط. ومن **ناحية رابعة** الأصل في الكلام الحقيقة ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة، ولا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح، وإذا خفي الأمر حكم بالظاهر فهو دليله في الأمور الباطنة ويقوم مقامه.

ولاشك عندنا أن تعريف العقد في الفقه الإسلامي ذي النزعة الموضوعية أدق من تعريفه في التشريعات اللاتينية ذات النزعة الذاتية الموروثة عن القانون الروماني، ويظهر ذلك في عدة نواح[87]: من **ناحية أولى** إن اصطلاح "ارتباط" أدق من اصطلاح "توافق" لأن العقد لا يقوم بمجرد توافق إرادتي طرفي العقد، بل لابد من التعبير عن الإرادتين وتفاعلهما، فالعبرة بالارتباط الناتج عن التوافق. ومن **ناحية ثانية** إن اصطلاح "الإيجاب والقبول" أدق من اصطلاح "إرادتين"، لأن الإرادة ظاهرة نفسية، أي قوة كامنة في النفس البشرية والتعبير عنها هو الذي يخرجها من العالم الباطني ويجسّدها

المنارة للاستشارات

ماديا في العالم الخارجي في شكل إيجاب وقبول وهما عنصرا ركن التراضي. ومن **ناحية ثالثة** إن القبول لابد أن يأتي حالة كون الإيجاب قائما لم يسقط لسبب من الأسباب، وهو ما تبرزه بوضوح عبارة "ارتباط الإيجاب بالقبول"، في حين لا يظهر هذا المعنى من عبارة "توافق إرادتين أو أكثر". ومن **ناحية رابعة** إن التركيز على فكرة "إحداث الأثر الشرعي في المعقود عليه" أدق من التركيز على فكرة "إنشاء الالتزام" لأن هذه الفكرة تكتفي بالإشارة إلى آثار العقد نظريا، فيلتزم البائع بنقل الملكية ويلتزم المشتري بدفع الثمن، في حين أن الفكرة الثانية تجسّد تنفيذ العقد عمليا من خلال تحوّل محله من حال إلى حال، فيصبح المبيع ملكا للمشتري بعدما كان ملكا للبائع. ومن **ناحية خامسة** إن عبارة "إحداث الأثر الشرعي في المعقود عليه" تظهر المحل الذي يقع عليه ارتباط الإيجاب والقبول، وهو "المعقود عليه"، وهي المسألة التي لم يشر إليها التعريف القانوني للعقد إطلاقا.

ويظهر – في اعتقادنا - أن منهجية تعريف العقد في الفقه الإسلامي تختلف عن منهجية تعريفه في الفقه القانوني اللاتيني المعاصر، فقد أخذ هذا الأخير بمنهجية تعريف العقد من خلال التركيز على عنصره الجوهري – وهو توافق الإرادات - الذي ينطبق على كل العقود على اختلاف أنواعها، في حين إن الفقه الإسلامي أخذ بمنهجية تعريف العقد من خلال الحرص على بيان أركانه الأساسية، وهي تتمثل – عند جمهور الفقهاء - في الصيغة، والعاقدين، والمعقود عليه.

خاتمة

لقد سلك المشرع الجزائري مسلك المشرع الفرنسي فأورد تعريفا للعقد في المادة 54 مدني، ولكن تأثره بالمادة 1101 من القانون المدني الفرنسي جعله حبيس النظرة اللاتينية الكلاسيكية التي تميّز بين العقد والاتفاق، وهو ما أوجد عدم انسجام مع بقية المواد التي لا تميز بينهما نتيجة تأثرها بمصدر آخر هو القانون المدني المصري الذي كان مشروعه التمهيدي يتضمن تعريفا حديثا للعقد، مستمدا من المشروع الفرنسي – الإيطالي، يقضي على كل اختلاف بين العقد والاتفاق، وهو ما تفطن له المشرع الفرنسي مؤخرا إثر تعديل 2016، إذ أعاد النظر في تعريف العقد، وبادر إلى القضاء على كل تفرقة بين العقد والاتفاق. ومن الملفت للنظر أن المشرع قد أورد تعريفا آخر للعقد في المادة 4/3 من قانون الممارسات التجارية سنة 2004 ينطبق على تعريف عقد الإذعان وكأن المشرع قد لاحظ أن هذا النوع من العقود هو الذي أصبح الأصل في التعامل بين الأشخاص، ومع ذلك لم يواصل المشرع هذه الخطوة الجريئة بدليل أنه بموجب تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05 -10 اكتفى بإدخال تعديل شكلي على

المنارة للاستشارات

المادة 54 مدني، مما يوحي أنه يعتبر هذه المادة هي الأصل في تعريف العقد، في حين أن المادة 4/3 من قانون الممارسات التجارية محصورة النطاق وهي مجرد تعريف لعقد الإذعان في إطار الممارسات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين أو بين هؤلاء المستهلكين.

والواقع إن تعريف العقد أكبر بكثير من مجرد التفرقة بين العقد والاتفاق المذكورة في المادة 54 مدني، وإنما هو يعبّر عن التقاليد السائد في مجتمع ما، فتعريف القانون المدني الفرنسي جاء معبّرا عن النزعة الذاتية الموروثة عن القانون الروماني، ومن ثم كان على المشرع أن يتبنى التعريف السائد في الفقه الإسلامي إذ هو المعبّر عن ذاتيته وشخصيته، ولكن الأمر ليس بهذه السهولة، طالما أن تعريف العقد يرتبط أشد الارتباط بالمبادئ الأساسية لقانون العقود، ومن ثم كان تبني التعريف السائد في الفقه الإسلامي يتطلب بالضرورة تبني مبادئه الأساسية وهو ما يتطلب إعادة نظر جذرية في القانون المدني عموما وقانون العقود خصوصا.

ويطرح تعريف العقد، في وقتنا المعاصر، إشكالا حادّا على المستوى الأوروبي بالنظر إلى الاختلاف السائد بين الشريعة اللاتينية والشريعة الأنجلوسكسونية طالما أن الاختلاف بينهما هو اختلاف في النزعة السائدة، وما يترتب على ذلك من مبادئ تحكم قانون العقود، فالصراع على أشده بين النزعتين الذاتية والموضوعية، وما زاد في حدة هذا الصراع هو التباين في المستوى الاقتصادي، فالدول الأنجلوسكسونية تنظر إلى العقد نظرة اقتصادية فهو بمثابة تبادل للأداءات أكثر من اعتباره توافقا للإرادات كما هو سائد في الدول اللاتينية، ولعل هذا الاختلاف هو الذي جعل مبادئ القانون الأوروبي للعقد، والمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية تتفادى إيراد أي تعريف للعقد، وهو الذي دفع – أيضا - بعض الفقه إلى القول باستحالة وضع تعريف للعقد. ولاشك عندنا إن التعريف السائد في الفقه الإسلامي هو أحسن تعريف للعقد، لاسيما وأنه ذو نزعة موضوعية تتماشى مع النظرة السائدة في التشريعات الحديثة ذات الاقتصاد القوي على غرار البلاد الجرمانية والبلاد الأنجلوسكسونية، ويبدو إن التشريعات اللاتينية ستذعن، مستقبلا، لهذه النزعة آجلا أم عاجلا، ولاشك أن ذلك يتطلب إصلاح نظرية العقد بصورة شبه جذرية.

المنارة للاستشارات

الهوامش

1- Mustapha Mekki, Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, RDC, 2006, n°2, p.300.

2- Jacques Ghestin, La notion du contrat, D. 1990, chron, p.147.

3- يكاد القانون الإنجليزي المعاصر أن يقصر العقد على تبادل الوعود، أي على التعهدات المستقبلية، ومن ثم فإن البيع الفوري لا يعتبر عقدا، لاسيما وأن قانون العقود الإنجليزي تسيطر عليه فكرة حماية الرغبات المشروعة للمتعاقدين، وهو ما لا يمكن تصوّره إلا في التعهدات المستقبلية. أما بالنسبة للقانون الأمريكي فيرى الفقهاء أنه ينظر للعقد أيضا على أنه عملية تبادل اقتصادي، وهو يميّز بين نوعين من العقود: العقد "الكلاسيكي" والعقد "العلائقي"، فالأول يمثل العملية الاقتصادية الصغيرة، فلا ينشئ علاقات إلا فيما بين الأطراف، وهو لا يتضمن مفاوضات مسبقة وآثاره تكون فورية، أما الثاني فله أهمية اقتصادية كبيرة، وتسبقه مفاوضات مطوّلة، وآثاره تمتد إلى عدد معتبر من الأشخاص، ويُبرم لمدة طويلة، وإعادة التفاوض حوله دائمة. انظر:

Muriel Fabre-Magnan, Droit des obligations, T1 Contrat et engagement unilatéral, PUF, 3e éd, 2014, p.160-161. Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 7e éd, 2015, p.216.

4- Guido Alpa, *Le contrat « individuel » et sa définition*, RIDC, 1988, n°2, p.328.

5- انظر في التعريف بمشروع توحيد القانون المدني في البلاد العربية: تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، ملتقى دولي في 24 و 25 نوفمبر 2015، حوليات جامعة الجزائر1، عدد خاص، 2015. انظر على وجه الخصوص: الطيب زروتي، قراءة لمشروع القانون المدني العربي الموحد، ص160.

6- لم يضع القانون الألماني تعريفا للعقد، وقد عالجه من زاويتين: **الزاوية الأولى** باعتباره نوعا خاصا من التصرف القانوني، وهو بهذه الصفة منظم في الكتاب الأول. **والزاوية الثانية** باعتباره مصدرا للالتزامات، وهو بهذه الصفة منظم في الكتاب الثاني(3)، وفي كلا الكتابين لم يضع المشرع الألماني تعريفا للعقد مثلما هو الحال في القانون المدني الفرنسي. وبالرجوع إلى المادة 1/311 مدني ألماني – التي تقع في القسم الثالث: علاقات الالتزامات الناشئة عن العقود (من الكتاب الثاني) - نجدها تنص على أن إبرام عقد بين الأطراف ضروري لإنشاء التزام بمقتضى تصرف قانوني وكذا تعديل مضمون التزام ما لم يقض القانون بخلاف ذلك. انظر:

Michel Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2e éd, 2004, p.1.

7- Martin Oudin, Un droit européen … *Pour quel contrat ? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé*, RIDC, 2007, n° 3, p. 476.

8- كانت المادة 54 مدني (قبل تعديل 2005) تنص على ما يلي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وبمقارنة هذا النص مع ما ورد في الترجمة

المنارة للاستشارات

الفرنسية يظهر أنه قد سقط جزء من النص العربي، وهو ما قام المشرع بتداركه بموجب القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدّل ويتمّم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدّل والمتمم. ج ر 2005، ع 44، مؤرخة في 26 يونيو 2005.

9- إن هذا التعريف مستمد – كما هو واضح – من تعريف قانون نابليون المذكور في المادة 1101 مدني فرنسي، ونصها كالآتي:

« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

10- لايزال كثير من الفقهاء العرب يردّدون مقولة إن التعريف ليس من اختصاص المشرع، وإنما هو من اختصاص الفقه والقضاء، مع إن هذا الكلام قد تجاوزه الزمن، وأصبح التعريف التشريعي ظاهرة ملموسة في كل التشريعات الحديثة وهذا باعتراف الفقه المعاصر، وهو يحقق فائدتين: فائدة شكلية تتمثل في إعطاء معنى موحّد للمصطلح، وفائدة موضوعية تتمثل في السماح بتحديد الخصائص المميزة للمفهوم. انظر:

Gérard Cornu, Les définitions dans la loi, Mélanges J. Vincent, 1981, p.77. Anne Danis-Fatôme, La définition légale, Etudes offertes à G. Viney, LGDJ, 2008, p.275.

قارن العربي بلحاج إذ يقول: "إن المشرع الجزائري رغم آخر التعديلات التشريعية المهمة مازال يتجه إلى تعريف العقد، وهو **عيب تشريعي** كان يستحسن تداركه، لأن ذلك **من مهام الفقه والقضاء**". مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1 المصادر الإرادية، دار هومة، 2014، ص91، هامش رقم4.

11- كان الغرض من هذا التعريف هو نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئا واحدا اقتداءً بالمشروع الفرنسي- الإيطالي. انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1 مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000، ص150.

12- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر 2004، ع 41 مؤرخة في 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم.

13- قارن غنيمة خيار لحلو، إذ استنتجت من التعريف المذكور في المادة 54 مدني أن "العقد عبارة عن **اتفاق**... وأنه **يستوجب تواجد أكثر من إرادة**". محاضرات في مادة الالتزامات. تكوين العقد، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013/2012، ص8. ولاشك إن هذا الاستنتاج ناقص، فلم يشر إلى الركيزة الثانية في تعريف العقد وهي إنشاء الالتزام. انظر علي فيلالي إذ يقول: "ويتضح من هذا التعريف القانوني أن العقد هو **اتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية**". الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2013، ص45. وفي اعتقادنا إن الأدق أن يقال اتفاق منشئ للالتزام، لأن المشرع اقتصر في تعريفه للعقد على هذا الأثر دون الآثار القانونية الأخرى.

14- إن مصطلح "عقد" (Contrat) مستمد من مصطلح "contractus" المعروف في اللغة اللاتينية، وهو نفسه مشتق من كلمة "contrahere" والذي يدل على معاني "rassembler" و"réunir" و"conclure".

المنارة للاستشارات

أما مصطلح اتفاق" (Convention) فهو مستمد من المصطلح اللاتيني "conventio" المشتق هو الآخر من كلمة "convenire" الذي يدل على "venir ensemble, d'où être d'accord".

15- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص45.

16- René Demogue, Traité des obligations en général. I, sources des obligations, T1, Paris, Rousseau & Cie, 1923, p.105 et s.

17- Gabriel Marty et Paul Raynaud, Droit civil, T II, 1er V Les obligations, Sirey, 1962, p.67. Muriel Fabre-Magnan, op. cit, p.187.

18- رابح عبد المالك، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2017.

19- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج ر 1984، ع 24، مؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم. ويلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تساءلوا بخصوص التصرفات التبرعية – وعلى رأسها الهبة – هل تنعقد بإيجاب وقبول أم بالإيجاب وحده؟ ففي الرأي الأول تعد الهبة عقدا وتنعقد بالإيجاب والقبول، أما في الرأي الثاني فتعد تصرفا بالإرادة المنفردة، لأن الإيجاب وحده هو ركن الهبة أما القبول فشرط لثبوت الملك للموهوب له لا لوجود الهبة. انظر: علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، دار الفكر العربي، مصر، 2009، ص48.

20- انظر في إشكالية الإزدواجية اللغوية: الازدواجية اللغوية القانونية في بلدان المغرب العربي، ملتقى دولي في 2 و 3 أفريل 2012، حوليات جامعة الجزائر1، عدد خاص، 2012. انظر على وجه الخصوص:

Ghenima Lahlou-Khiar, Le bilinguisme juridique en Algérie et l'effectivité de la règle de droit, p. 270 et s.

21- قانون رقم 91-10 مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتعلق بالأوقاف، ج ر 1991، ع 21، مؤرخة في 8 مايو 1991، المعدل والمتمم. انظر في إشكالية الازدواجية القانونية: تعايش الأنظمة القانونية في القانون الجزائري والمقاربات الجهوية للقانون، ملتقى دولي في 24 و 25 نوفمبر 2015، حوليات جامعة الجزائر1، عدد خاص، 2015.

22- Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats, PUF, 2014, p.20.

23- Jacques Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, Rev. D'économie industrielle, n° spécial, Economie des contrats : Bilan et perspective, 92, 2000, p.85.

24- يقول **الأستاذ علي فيلالي:** "والمقصود بالمساواة في هذا الشأن هو المساواة المجردة أي المساواة السياسية كأن يكون للمتعاقدين نفس الحقوق منها الحق في التعاقد، الحق في الامتناع عن التعاقد، الحق في تحديد مضمون العقد...الخ بغض النظر عما إذا كانت ظروف الشخص صاحب هذا الحق – الاقتصادية الاجتماعية وغيرها – تسمح له أو لا تسمح بالتمسك فعلا بحقه". الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص45، هامش رقم2.

المنارة للاستشارات

25- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2016، ص555. انظر في نفس الاتجاه: علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، 2018، ص22، إذ كتب يقول: "ويبدو أن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك حين قام – مثلا – من خلال المادة 3 من القانون رقم 04-02 بوضع تعريف جديد للعقد، كأن التعريف الذي تضمنته المادة 54 مدني لا يتلاءم مع المعطيات الجديدة".

26- Marie-Arme Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD civ, 1995, p.573. M. Fabre-Magnan, op. cit, p.160.

27- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص7.

28- François Collart Dutilleul, Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p.232.

29- على فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص45.

30- Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité de droit civil français, T6 Obligations par Paul Esmein, 2e éd, LGDJ, 1952, p.18.

31- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1995، ص55، هامش رقم1.

32- Voir: Gabriel Roujou de Boubée, Essai sur l'acte juridique collectif, LGDJ, 1961. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, Droit civil, Les obligations, T1 L'acte juridique, Armand Colin- Delta, 10e éd, 2002, p.388.

33- يقول **الأستاذ علي فيلالي**: "ويظهر أن المشرع الجزائري تأثر بالقانون الفرنسي، علما أن هذا الأخير كان لا يعتد إلا بالعقد كمصدر للالتزامات متأثرا في ذلك بفلسفة المذهب الفردي". الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص46.

34- Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2e éd, T1, p.280.

35- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ط2، 1998، ص129.

36- Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, Traité de droit civil, T1 : Le contrat – Le consentement, LGDJ, 4e éd, 2013, p.210.

37- René Demogue, Traité des obligations en général, T6, 1931, n°3.

38- Claude Brenner, Acte juridique, Rép. Dalloz, civ, 2013 (actualisation : juin 2016), n°177.

39- Suzanne Lequette, Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat, 2012, Economica, n° 69 et s.

40- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص151. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974، ص51. علي فيلالي، المرجع الالتزامات، النظرية العامة للعقد، السابق، ص47. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص92.

المنارة للاستشارات

41- سليمان مرقس، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2 الالتزامات، مج1 نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة السلام، جمهورية مصر العربية، ط4، 1987، ص61. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج1 مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1968، ص78. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، ص51. وانظر في الفقه الفرنسي:

Marcel Planiol et Georges Ripert et Paul Esmein, op. cit, p27.

42- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص47، هامش رقم3.

43- Muriel Fabre-Magnan, op. cit, p.202.

44- فريزة نسير، إعادة النظر في التفكير التقليدي لمفهوم العقد، المجلة الجزائرية، 2016، ع 4، ص201.

45- Jacques Ghestin, *La notion du contrat*, op. cit, p.147. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, op. cit, p.44.

46- أمر رقم 03 – 03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر 2003، ع 43 مؤرخة في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم. انظر في التمييز العقد و"الاتفاق" في مفهوم قانون المنافسة:

Emmanuelle Chaudel, Entente et concours de volonté. De la dénaturation à l'harmonie, D. 2004, p.1970. Youcef Guenzoui, Entente et contrat : le trouble notionnel, RTD com, 2006, p.273.

47- Rachid Zouaimia, Le droit de la concurrence, Belkeise, p.72.

48- Bruno Oppetit, Le consentement sans échange : le concours des consentements, in L'échange des consentements, RJ com, nov. 1995, p.70.

49- Marie-Arme Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet, Droit de la concurrence, Dalloz, 2006, p.148 et s.

50- يُلاحظ إن قانون الموجبات والعقود اللبناني يميّز هو الآخر بين العقد والاتفاق، إذ نصت المادة 165 على إن: "الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقدا". انظر: عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص83.

51- يقول **الأستاذ علي فيلالي**: "والحقيقة أن التعريف الذي أورده المشرع في المادة 54 مدني **هو تعريف محدود** كونه يقيّد العقد بإنشاء الالتزامات، كأن يكون الالتزام هو خاصية أو معيار للعقد، في حين أن العقد قد لا ينشئ التزامات، بل يرتب آثارا جديدة لا تتضمن التزامات...". الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص49.

52- حميد بن شنيتي، نظرية الالتزامات، ج1 نظرية العقد، مطابع حسناوي، 2014، ص32. قارن العربي بلحاج إذ كتب يقول: "وقد عبر المشرع المدني الجزائري عن العقد بالاتفاق في **المادة 54 من ق م** المعدلة عام 2005 وجعلهما **لفظين مترادفين**". المرجع السابق، ص89.

المنارة للاستشارات

53- « Ce mot de convention est un nom général qui comprend toute sorte de contrats…de toute nature ». Jean Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris, Coignard, 1691, p.20.

54- « La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre eux quelque engagement ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer ». ibid, p.20.

55- « Une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Robert- Joseph Pothier, Traité des obligations, T2 par M. Bugnet, Paris, 1861, p.4.

56- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص55، هامش 3مكرر. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص51. محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1970، ص17.

57- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ، ص83، هامش رقم1.

58- John Salmond and Henry Winfield, Principles of the law of contracts, London, 1927, p.1.

59- يلاحظ إن هذه الفكرة موجودة في بعض مصنفات الفقه الإسلامي، وقد أشار العميد السنهوري إليها ولكن دون الإشارة إلى القانون الإنجليزي إذ كتب يقول: "...التصرف الذي يتم تنفيذه بمجرد انعقاده بحيث لا يتخلف عنه أثر لا يكون عقدا، وإنما العقد هو الذي يرتب أثرا يبقى مدة من الزمن قبل أن يتم تنفيذه، ومن ثم لا يكون بيع التعاطي – وهو البيع الذي يتم بقبض المشتري المبيع وقبض البائع الثمن في الحال – عقدا لأنه قد تم تنفيذه بمجرد انعقاده فلم يتخلف عنه أثر باق". مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1 مقدمة- صيغة العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط2، 1998، ص74.

60- يقول **الأستاذ علي فيلالي**: "وليس لهذا التمييز – في الحقيقة – أهمية قانونية أو عملية تلزمنا بالبحث عن أوجه الاختلاف والتشابه، وتحديد معيار للتفرقة بين العقد والاتفاق". الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص47. انظر نفس الرأي: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1 التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، دار الهدى، 1992، ص40.

61- قارن العربي بلحاج إذ كتب يقول، في شيء من التناقض، عن التفرقة بين العقد والاتفاق: "...تفرقة قديمة ليس لها قيمة عملية، ولا تترتب عليها آثار قانونية، ولذلك كان من **الأولى العدول عنها، واعتبار العقد والاتفاق لفظين مترادفين لا تفرقة بينهما**". المرجع السابق، ص88. ثم كتب في الهامش: "وإن كان العقد نوع من الاتفاق وأخص منه، بأن تتجه أطراف العقد إلى إحداث أثر قانوني معين، لأن العقد يهدف إلى إنشاء الرابطة القانونية أو تعديلها أو نقلها أو انقضائها، **ونحن نؤيد هذا الرأي، فليس كل اتفاق يعد عقدا، بينما العكس صحيح**، فالاتفاق اصطلاحا يعد أعم من العقد". المرجعه نفسه، هامش رقم3.

المنارة للاستشارات

62- Art. 1101. « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».
يُلاحظ أن مشروع (Catala) قد بقي وفيا لتقاليد القانون المدني الفرنسي، إذ عرّف العقد في المادة 1102 على النحو الآتي:
« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation ».
أما مشروع (Terré) فقد كان أكثر جرأة، وعرّف العقد في المادة 7 على النحو الآتي:
« Le contrat est un accord de volontés par lequel deux ou plusieurs personnes établissent, modifient ou suppriment entre elles un rapport de droit ».

63- Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016, p.43. Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016, p.73.

64- Pascal Ancel, Proposition de modification de l'article 1103 du Code civil : Revenons à Domat ! RDC, 2017, n° 01, p.166.

65- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1 مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2010، ص17. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص91.

66- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص44، هامش رقم2.

67- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، ج1 مصادر الالتزام. المصادر الإرادية، مج1 نظرية الالتزام- تحليل العقد، اعتناء محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص254.

68- « Il n'est pas douteux que, conformément aux postulats volontaristes, notre droit, dans l'ensemble, attache plus d'importance à la formation qu'a l'exécution du contrat ». Jean Carbonnier, Droit civil, T4 Les obligations, PUF, 22e éd, 2000, p.45.

69- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص150. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص57. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص51. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص52.

70- انظر مثلا: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص85. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص372. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص287.

71- Pascal Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ, 1999, p.771.

72- Dimitri Houtcieff, Droit des contrats, Larcier, 2015, p.299 et s.

73- قارن علي علي سليمان إذ يرى أن: "...المتفق عليه هو أن العقد والاتفاق **اسمان لمسمى واحد**". المرجع السابق، ص10.

74- Observations de Jacques Ghestin, LPA, 2009, n°31, p.6.

المنارة للاستشارات

75- تعريف العقد في الفقه الإسلامي هو على معنيين: أحدهما واسع يشمل العقد والإرادة المنفردة، وهو بهذا المعنى يعادل ما يُعرف في القانون بالتصرف القانوني، والآخر ضيق يقتصر على العقد فحسب بما يتوافق مع المفهوم القانوني المعاصر للعقد. انظر: محمد لبيب شنب المرجع السابق، ص18، هامش رقم1. قارن الأستاذ (G. Alpa) إذ كتب يقول:

« …on peut affirmer avec certitude que l'idée de contrat au sens moderne naît avec l'idée d'autonomie de la volonté, de capacité de s'obliger à donner, à faire pu à ne pas faire (ou à subir) ». Guido Alpa, op. cit, p.328.

76- قارن عبد الفتاح عبد الباقي إذ يقول: "فهناك في الحقيقة **عدد قليل من فقهاء الشريعة الأقدمين** قصر العقد على التصرف الصادر من جانبين دون ذاك الناشئ من إرادة واحدة..." المرجع السابق، ص38، هامش رقم2.

77- علي السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، ص129. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق محم حسن صبحي حلاق، ج3، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1415، ص331. الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص122. أحمد القاري، مجلة الأحكام الشرعية، دراسة وتحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، 1981، ص107.

78- وقد أخذ المشرع العراقي بهذا التعريف في المادة 73 مدني، وهو ما سارت عليه – بدرجات متفاوتة - التشريعات العربية المتأثرة بالشريعة الإسلامية كالقانون المدني الأردني (المادة 87)، والقانون المدني الكويتي (المادة 31)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي (المادة 125)، والقانون المدني اليمني (المادة 138).

79- انظر في نفس المعنى: مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج1 المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق، 2004، سورية، ص382.

80- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط4، 1997، سورية، ص260.

81- وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1979، ص12.

82- Art. 311/1. « Pour fonder une obligation en vertu d'un acte juridique ainsi que pour modifier le contenu d'une obligation, un contrat conclu entre les parties est nécessaire, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement ».

83- Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune, SLC, 2008, p.49.

84- Michel Pédamon, op. cit, p.5.

85- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص254. علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص44، هامش رقم2.

86- "...فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول، لا من حيث إنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في النزعة الذاتية، بل من حيث إنه يحدث أثره في المعقود عليه أي

المنارة للاستشارات

يغيّر المحل من حالة إلى حالة... هذه النزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي لها أثر كبير في مبادئه الأساسية وفي تفصيلات أحكامه، وهي التي جعلته يأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة". عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1 مقدمة- صيغة العقد، المرجع السابق، ص77.

87- انظر في بيان دقة تعريف العقد في الفقه الإسلامي وتفوّقه على التعريف القانوني في التشريعات اللاتينية: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص384. عبد الناصر توفيق العطار، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مطبعة السعادة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1976، ص42. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009، ص26.

المنارة للاستشارات