المبادئ العامة لنظرية للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي
دراسة مقارنة

م. م. كريم علي سالم
kareem19902018@gmail.com
تدريسي في كلية الفارابي الجامعة/ قسم القانون/ العراق

General Principles of Contract Theory through in of the Phenomenon of Legislative Specialization
A comparative study

Asst. Lec. Kareem Ali Salim
Teaching at al – farabi University College, law department

الملخص

"بلانيول" قام بجمع العديد من القواعد القانونية في صورة نظرية عرفت بعد ان شهدت تطوراً مستمراً ب "النظرية العامة للعقد"، التي أسست على مبادئ اعتبرت في تلك الفترة مقدسة ولا يمكن المساس بها، كما هو الحال بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة، والعقد شريعة المتعاقدين، والحرية العقدية، وغيرها من المبادئ التي توصف بأنها ثابتة، إلا وفي ضوء المعطيات الجديدة، ودخول التكنلوجيا الى عالم القانون، وظهور تشريعات جديدة اصبح بإمكانها ان تنظم "العقد" خارج إطار احكام النظرية العامة للعقد، كالقوانين الخاصة، حتى بدأت تلك المبادئ العتيقة بالانحسار، واضحى من المهم جداً ان تخضع هذه المبادئ للتطور، كيما تحافظ على بقائها ومكانتها في النظرية العامة للعقد.

الكلمات المفتاحية: العقد، التخصص التوجيهي، القوة الملزمة، العقد شريعة المتعاقدين، العدالة العقدية، مبدأ المساواة.

Abstract

"Planeol" collected many legal rules in the form of a theory known after it witnessed a continuous development as the "general theory of the contract", which was based on principles ~ considered sacred and untouchable at that time, as is the case with the principle of the authority of the will, and the contract is a law Contracting parties, contract freedom, and other principles that are described as fixed, except in light of new data, the entry of technology into the world of law, and the emergence of new legislation that can regulate the “contract” outside the framework of the provisions of the general theory of contract, such as private laws, until those ancient principles began In decline, it is very important that these principles undergo development, in order to maintain their survival and their place in the general theory of the contract.

Keywords: contract, guiding specialization, binding force, law of contracting parties, justice nodal, egalitarian principle.

المقدمة

نشأت النظرية العامة للعقد بفضل الجهود الكبيرة للفقهاء القانونين، ونشأ عن ذلك مبادئ قانونية تقوم عليها نظرية العقد، فلم يتوقع لهذه المبادئ ان تصبح قليلة الاهمية القانونية، او ان هناك قوانين او تشريعات يمكن لها ان تنظم العقد بعيداً عن المبادئ العامة المنصوص عليها في نظرية العقد، ولكن حصل ان هناك تطوراً كبيراً في مجال التعاقد، ما ادى الى ظهور تشريعات خاصة، ومنها تشريعات حماية المستهلك، تنظم العقد بعيداً عن الاحكام التي جاءت بها النظرية العامة للعقد، وذلك لقصور المبادئ العامة لنظرية العقد حسب تصور تلك التشريعات، وهذا يعني ان على مشرع القانون المدني ان يحدث المبادئ الفلسفية لنظرية العقد، بما يواكب التطور الحاصل في المجتمع، وحالات التعاقد المستحدثة، والحاجة الملحة الى توفير الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف.

أهمية البحث

تكمن اهمية البحث من خلال قصور المبادئ العامة لنظرية العقد، عن توفير الحماية القانونية للمتعاقد، وظهور تشريعات خاصة، منها تشريعات حماية المستهلك، تولت تنظيم بعض العقود بعيداً عن احكام النظرية العامة للعقد، ما ادى الى القول بتراجع اهمية تلك المبادئ، وإنها بحاجة الى تحديث لمواكبة التطور الحاصل في مختلف المجالات.

مشكلة البحث

إن مشكلة البحث تتمثل بما لو إن هناك احكاماً قانونية تتولى تنظيم العقد، منصوص عليها في النظرية العامة للعقد، وفي التشريعات الخاصة، والتي منها تشريعات حماية المستهلك، فما هو القانون الي سيتم تطبيقه؟ وهل يمكن تحديث المبادئ العامة لنظرية العقد؟ ام من الافضل إلغاء المبادئ العتيقة للعقد؟

تقسيم البحث

تم تقسيم البحث الى مبحث أول بعنوان (ماهية النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي) والذي تم تقسيمة الى مطلبين، اما المبحث الثاني فكان بعنوان (أثر المبادئ العامة على النظرية العامة للعقد) والذي تم تقسيمة الى مطلبين ايضاً

المبحث الاول

ماهية النظرية التقليدية للعقد

تعتبر النظرية العامة للعقد "نظرية تجريدية فقهية"، وتعتبر هذه النظرية بمثابة تمثال، هو الاقرب الى المنطق القانوني المأخوذ من القانون المدني الروماني، بعد ان تم تهذيبها من قبل رجال القانون في العصور الوسطى، ويعد "بلانيول" هو من صاغ هذه النظرية، الذي استطاع ان يجمع ما كان متفرقاً من قواعد قانونية، تحت عنوان "نظرية عامة للأعمال القانونية[١]

وتعد النظرية العامة للعقد، جزء من النظرية العامة للالتزامات، على اعتبارها مجموعة من القواعد القانونية التي تتوخى تنظم العقود[٢]، ومع التطور الحاصل في مختلف المجالات، نشأت معها "أزمة العقد"، بسبب عدم مسايرته "للمعطيات الجديدة"، كما إن التشريعات الخاصة اخذت بتنظيم احكام العقد، بعيداً عن الاحكام الواردة في العقد، وهو ما يمثل اعترافاً بحلول التشريعات الخاصة محل الاحكام العامة للعقد، وبآليات مستحدثة، لذلك اصبح لهذه الآليات أثرها على النظرية العامة للعقد[٣].

المطلب الاول

الأسس التقليدية للعقد

العقد هو احد مصادر الالتزام، وسوف يقسم الباحث هذا المطلب الى فرعين، يتناول في الفرع الاول (التعريف بالعقد ونطاقه واساس قوته الملزمة)، وفي الفرع الثاني (اركان العقد).

الفرع الاول

تعريف العقد ونطاقه واساس قوته الملزمة

عرف المشرع الفرنسي العقد بأنهُ "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص او عده اشخاص آخرين بإعطاء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل شيء"[٤]، اما المشرع العراقي فقد عرف العقد بأنهُ "ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثرهُ في المعقود عليه"[٥].

كما عرفه بعض الفقه بأنهُ "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام او نقله او انهاؤه"[٦].

اما في ما يتعلق بنطاق العقد، فأنهُ يتبين من خلال تعريف العقد، بأننا بصدد تصرف قانوني يتم بإرادتين او اكثر، من أجل إحداث اثر قانوني معين، لذا فإنهُ لكي نكون امام عقد بالمعنى القانوني فإنهُ يجب ان تتوافر الشروط التالية:

أولاً: توافق إرادتين او اكثر، ولذلك لا عبرة بالإرادة الواحدة، حتى لو اتجهت الى إحداث اثر قانوني.

ثانياً: ان تتجه الإرادة الى إحداث اثر قانوني يعتد به القانون، يوجب احترامه وفرض الجزاء على من يخالفه، لذا لا عبرة بالاتفاقات الجماعية التي لا يقصد بها أطرافها الارتباط بعقد، كالاتفاق على قبول دعوة او وليمة، فهذه الاتفاقات لا تهدف الى إحداث أثر قانوني.

ثالثاً: ان يقع الاتفاق في نطاق القانون الخاص، اي قواعد القانون الخاص، حيث ان هذه القواعد وحدها التي تكون محكومة بالنظرية العامة للالتزامات، اما الاتفاقيات التي يتم إبرامها في ظل نطاق القانون العام، فإنها لا يتوافر فيها عناصر العقد بالمفهوم المدني.

رابعاً: واخيرا ان يقع الاتفاق ضمن دائرة المعاملات المالية، بحيث يجب ان يكون الأثر القانوني الذي يروم الطرفين تحقيقه داخلاً ضمن إطار المعاملات المالية، اي الاتفاقات المتعلقة بالذمة المالية فقط، فلا عبرة بالاتفاق في نطاق قانون الاحوال الشخصية، فلا يعتبر عقد الزواج مثلا عقداً بالمعنى القانون المقصود في نطاق النظرية العامة للعقد، لأن عقد الزواج يخرج عن نطاق المعاملات المالية[٧].

اما اساس القوة الملزمة للعقد، اذا انعقد العقد صحيحاً فأنهُ يصبح ملزماً للطرفين، ويتعين على اطرافه تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، حيث يلتزم كل متعاقد بتنفيذ التزامه العقدي، وهو ما يسمى بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، بموجب هذا المبدأ، يجب على المتعاقدين تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد، ويجب على القاضي ان يفرض على المتعاقدان احترام العقد، ويستند مبدأ "القوة الملزمة للعقد" على اعتبارات اجتماعية واقتصادية، واخرى اخلاقية ودينية، إن مقتضيات المصلحة العامة تقضي باحترام العقد، كي تسود الثقة، ويتطور الائتمان، وتستقر المعاملات[٨].

---

[١] إن مصطلح النظرية العامة للعقود ترادف مصطلح "الشريعة العامة للعقود" وإن كان بعض الفقه يميز بين المصطلحين (التفكير الوضعي والتفكير الواقعي) كما إن النظرية العامة للعقد تتميز بالتجريد والشمولية، للمزيد راجع: زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، عدد ١٢، ص ٢٢٣.

[2] Bergel (jean – louis) Théorie générale du Droit, Paris, Dalloz, coll, methods du droit, 3 emeed, 1999, P.3.

[3] Gérard Farjat; droit privé de L´économie – théorie des Obligations presse universite de france, Paris, 1975, P.47.

شوقي بناسي، تأملات في تعريف العقد، حوليات جامعة الجزائر، ٢٠١٨، عدد ٣٢، جزء٤، ص١١ وما بعدها.

[4] Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

[٥] نص م(٧٣) من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١؛ عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ١٩٨٠، ص١٩ وما بعدها؛ اما القانون المدني المصري فلم يعرف العقد، على غرار ذلك فعل المشرع السوري.

[٦] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥ ص ١٣٨، كما وضع تعاريف اخرى في ذات المعنى، للمزيد: عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٩٣٤، ص٨١.

[٧] مصطفى الخطيب، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مطبعة قرطبة- حي السلام، اكادير، المغرب، ٢٠١٩، ص٣٢-٣٣؛ عبد اللطيف خالفي، دروس في النظرية العامة للالتزامات، جزء١، مصادر الالتزامات، العقد، دون سنة نشر، ص٣٥.

[٨] محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦، ص٣٧١ وما بعدها؛ علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد- الجزائر، ٢٠٠٨، ص٢١ وما بعدها.

وإن اساس القوة الملزمة للعقد، هو إرادة المتعاقدين والذي يعبر عنه الفقه "بمبدأ سلطان الإرادة"، وهو المذهب الذي يشكل ترجمة للعقيدة الفلسفية التي قام عليها المذهب الفردي في القرن ١٨[١].

وقد قيد المشـــرع العراقي من مبدأ ســـلطان الإرادة في العديد من الحالات، إذ اعترف له بترتيب بعض الآثار القانونية، وحماية لإرادة المتعاقدين، إلا إنهُ لم يغفل عن حماية الجماعة، فأخضـع الإرادة الفردية للعديد من القيود، وحال دون الاسـتعمال المطلق للحق، والتعسـف في استعماله، ورقابة القضاء عليه[٢].

الفرع الثاني
اركان العقد

مرت نظرية العقد بمجموعة من التطورات للنظرية التقليدية للعقد، وهي مبادئ اســـتقر عليه العقد خلال فترة ازدهاره في ظل المذهب الفردي، والذي يقوم على أفكار تقدس الفرد، وتكرس المجتمع لخدمته، وتجســـدت افكارهم في الميدان القانوني من خلال مبدأ يحكم العقد، وهو مبدأ سلطان الإرادة، ونتولى فيما يلي بيان أركان العقد وهي الرضا والمحل والسبب:

أولاً: التراضـي: هو تطابق الإرادتين الايجاب والقبول، والتراضـي ركن اسـاسـي من أركان العقد، لا يصـح بدونه، فإذا اقترن الايجاب بالقبول حصل التراضـي وتم العقد، وقد لا يتعاقد الإنسان بنفسه بل قد ينوب عنه شخص آخر، وحتى يكون التراضـي صـحيحاً يجب ان يصـــدر من اشـــخاص يتمتعون بالأهلية الكاملة، وهو ما جاءت به نص م(٤٠) من القانون المدني الجزائري، وتنص م (٧٨) من ذات القانون ان كل شخص آهل للتعاقد ما لم يطرأ على اهليته عارض من عوارض الأهلية يؤدي الى نقص الأهلية او فقدها، واذا كان الرضا مشوب بعيب من عيوب الرضا، او كان بسبب نقص الأهلية، يصح العقد في هذه الحالة، ويكون قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، اما إذا انعدمت الأهلية، فيؤدي ذلك الى انعدام العقد، ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويتم التعبير عن الإرادة إما صراحة او ضمناً، استناداً لنص م (٦٠) من القانون المدني الجزائري[٣].

ويثور التساؤل عن مدى اعتبار السكوت شكلاً من اشكال التعبير عن الإرادة؟

حسب ما نصت عليه م(٨١) من القانون المدني العراقي "٢- يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصـل الإيجاب بهذا التعامل او إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وكذلك يكون سـكوت المشـتري بعد ان يتسـلم البضـائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط"[٤].

ثانياً: المحل: يعرف محل العقد بأنهُ "هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من ورائه" وتتحقق هذه العملية القانونية من خلال ما يرتبه العقد من التزامات على عاتق طرفي العقد، فمحل عقد البيع هو نقل ملكية المبيع المشـتري، ومحل عقد العمل هو القيام بعمل معين، وعقد الإيجار وتمكين المسـتأجر من الانتفاع بالمأجور[٥]، وقد يقصـد به "الاداء الذي يجب على المدين القيام به للدائن"[٦]، وقد نص المشـرع العراقي في م(١٢٦) منه على "لابد لكل التزام نشـأ عن العقد من محل يضـاف إليه يكون قابلاً لحكمه ويصـح ان يكون المحل مالاً عيناً كان او ديناً، او منفعة، او اي حق مالي أخر، كما يصـح ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل"[٧]، ولكي يكون محل العقد صـحيحاً وبالتالي

---

[١] يقصـد بمبدأ سـلطان الإرادة هو قدرة الإرادة على إنشـاء تصـرف ما، وهي قادرة ايضـاً على تحديد آثاره وقد نص المشـرع الفرنسـي على هذا المبدأ في نص م (١١٠٣) من القانون المدني الفرنسي الصادر في العام ٢٠١٦ وتأسيساً على ذلك فان الإرادة اصبحت هي اساس القوة الملزمة للعقد، وهي تتحكم في تحديد مضمون الالتزامات، التي على عاتق اطرافه، للمزيد راجع: رسالة الباحث، حق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير - جامعة الإسكندرية، مصر، ٢٠١٨، ص٢ وما بعدها؛ مصطفى الخطيب؛ المرجع السابق، ص٣٤.

Article 1101: "Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits".

[٢] عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء١، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١١، ص٦٨. وجدير بالذكر ان هناك العديد من الاسباب التي ادت الى اضمحلال دور مبدأ سلطان الإرادة، وقد وردت عليه قيود متعددة، لم تعد قاصرة على الحد من دور الإرادة في تكوين العقد ووضع شروطه، بل امتد الى مرحله التنفيذ، وهو ما ساهم في انكماش هذا المبدأ، غير ان هذا لا يعني فقدان الطابع الإرادي للعقد، كتصرف قانوني يقوم على اساس توافق إرادتين، وإنما لتعزيز الدور الوظيفي والتوجيهي الذي يلعبه القانون للحفاظ على التوازن المطلوب بين مصـــالح المتعاقدين، بما يخدم الصـــالح العام، للمزيد راجع: مصـــطفى الخطيب، المرجع السابق، ص٣٨.

[٣] نص م (٧٨) وجاء فيه "كل شخص آهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية او فاقدها بحكم القانون"، اما نص م(٤٠) فقد نص على "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (١٩) سنة كاملة"، في حين إن نص م(٦٠) جاء ب "التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفـــا آما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالـــته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضـمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صـريحا" من القانون المدني الجزائري؛ مصـطفى الخطيب، مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها؛ السنهوري، نظرية العقد، ص١٦٨.

[٤] كما نصـت م(٣٤٠) من ذات القانون على "وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له أجلاً معقولاً دون ان يصـدر القبول اعتبر سـكوت المحال له قبولاً للحوالة"، كذلك نص م(٥٢٤) بشأن البيع بشرط التجربة، فإذا انقضت المدة المعينة للتجربة مع تمكن المشتري من تجربة المبيع يعتبر سكوتهُ قبولاً للبيع، يقابله نص م(٦٨) من القانون المدني الجزائري.

[٥] من أهم المفاهيم المستحدثة التي جاء بها القانون المدني الفرنسي بالتعديل الصادر بالمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ هو استحداث "مضمون العقد" الذي حل محل ركنا المحل والسبب، وهما الركنان اللذين شكلا ولفترة طويلة أحدى أهم المرتكزات الاساسية في تقنين نابليون، إلا إن الباحث سار على ذات النهج القديم المتعلق ببيان ركن المحل والسبب في هذه الدراسة، لكون هذا التقسيم حسب رأي الباحث هو التقسيم الأمثل؛ والجدير بالذكر ان العقد يتحدد بمحل الالتزامات الناشئة عنهُ، للمزيد راجع: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٢١٢ وما بعدها.

[٦] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفق القانون المدني الكويتي، دراســـة مقارنة، جزء١، مصـــادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص٣٢٠.

[٧] نص م (١٢٦) من القانون المدني العراقي.

صحة العقد، فإن المحل يجب ان يكون موجوداً او قابلاً للوجود، اي ان يكون غير مستحيلاً، وان يكون معيناً او قابلاً للتعيين، وان يكون مشروعاً[١].

ثالثاً: السبب: تنص م(١٣٢) من القانون المدني العراقي على "اولاً- يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقدون دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام او للآداب"[٢]، وهو ما جاء في ذات المعنى في م(١٣٦) من القانون المدني المصري[٣].

فسبب العقد "هو الباعث الدافع الى التعاقد" اي السبب الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد، لذا فهو يختلف من متعاقد لأخر[٤]، وهو ما يسمى بسبب العقد، لكونه يختلف من متعاقد لأخر في النوع الواحد من العقود، وقد تجاذب ركن السبب نظريتان: الأولى- **النظرية التقليدية** – وهي التي تبنت مفهوم السبب المباشر، او سبب الالتزام، الثانية- هي **النظرية الحديثة**- والتي تعني الباعث الدافع الى التعاقد، اي سبب العقد[٥]، وعليه فلو أكره شخص على توقيع سند المديونية، وهو غير مدين في الأصل، كان العقد باطلاً لانعدام السبب[٦].

اما القانون المدني الفرنسي، فقد جاء في م(١١٣١) منه بأن "الالتزام يبقى مجرداً من اي أثر اذا لم يكن مبنياً على سبب حقيقي او غير مشروع"[٧]، اما المادة (١١٣٢) من ذات القانون فقد نصت على "الاتفاق لا يكون صحيحاً اذا لم يذكر سببه"[٨]، في حين جاءت المادة (١١٣٣) من ذات القانون ب "السبب يكون غير مشروع اذا حرمه القانون او اذا كان مخالفاً للآداب او النظام العام[٩]

المطلب الثاني

ضرورة تخطى المبادئ التقليدية للعقد

تطور مفهوم العقد لاعتبارات قانونية فرضتها المصالح الخاصة، حيث لم يعد هناك موقفاً ثابت، فالتصرفات القانونية تتأثر بما يحيط بها من عوامل وظروف، والقانون في حد ذاته هو ظاهرة اجتماعية، لذا بدأ التغيير يطرأ على مفهوم العقد، حيث تدخل المشرع في مجال "العلاقات التعاقدية"، كان له أثر كبير في تطور نظرية العقد، وهو ما انعكس على المبادئ العامة للعقد، متمثلاً بمبدأ سلطان الإرادة، وحرية التعاقد، فالعقد ينشأ آثاراً قانونية، لأنهُ نتاج التقاء إرادات المتعاقدين، وبالرغم من إن العقد معد لتلبية حاجيات المتعاقدين، فإنهُ لا بد من مراعاة المآخذ التي وجهت إليه، حيث إن مقتضيات العصر الحديث، وفن التأقلم، يعد ضرورة في الوقت الراهن، حيث تعرض مبدأ سلطان الإرادة الى العديد من الانتقادات، فلم يعد مقبولاً القول بأن "القوة الملزمة للعقد" تنشأ من الإرادة وحدها، بل هناك اعتبارات اخرى، منها ضرورة توافر الثبات والاستقرار والثقة في التعامل، والعقد هو نظام اجتماعي، الهدف منه تحقيق التضامن الاجتماعي، وليس الخضوع لسلطان الإرادة، كما ازداد تدخل المشرع والقاضي في تنظيم والعقود، فلم يبقى تنظيم العقد مقتصراً علي طرفيه، بل صار عملية قانونية يشترك في تكوينها عدد من الاتفاقيات وليس اتفاقاً واحداً[١٠]، ما أدى الى انتقاد الحرية القانونية، التي تمثل أداة الحرية الاقتصادية، فلم يعد كل ما هو عقدي فهو بالضرورة عادل، لان هذا يقوم على مبدأ المساواة المطلقة بين الطرفين، فالتضامن الاجتماعي اصبح اساس القانون، والملكية صارت وظيفة اجتماعية، ولا يمكن للفرد ان يتجاوز ما رسمه القانون، اما مسألة المساواة، فالطرفين غير متساويين، لا في القوة الاقتصادية، ولا في الذكاء، ولا حتى في المراكز الاجتماعية، فالطرف القوي يستطيع ان يفرض شروطه على الطرف الضعيف، فهل يمكن للطرف الضعيف العدول عن العقد في حال كانت بنود العقد غير متكافئة؟ لذا فأن اقام القانون المدني نظرية العقد على الحرية والمساواة بين الطرفين، فإن هذه المساواة نظرية وليس فعلية، فهي مجرد خدعة للطرف الضعيف، لذا حاول البعض إيجاد آليات قانونية تكفل حماية هذه الفئة الضعيفة في الرابطة العقدية، من أجل إعادة التوازن بما يحقق مصالح الطرفين[١١].

كما ان التغييرات الاقتصادية والصناعية ادت الى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد، من حيث المعرفة بالوسائل الحديثة، ما أدى الى تغيير في مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، من الناحية الواقعية[١٢]، وأمام هذا القصور في الإرادة، فأنهُ لا يمكن تجاوز دور الإرادة، فالتحليل الجديد للإرادة، يمكن ان يوفر بيئة مناسبة للمتعاقدين، تسمح لهم باستعمال حريتهم، وإعمال مسؤوليتهم في ذات الوقت، فبالرغم من الانتقادات التي وجهت للمبادئ العامة لنظرية العقد، غير ان ذلك لا يعني تراجعاً نهائياً ودائماً، فبعض القيود التي ترد على "مبدأ الحرية العقدية" يمكن إلغائها اذا تمت السيطرة على هذه القيود[١٣].

---

(١) م(١٢٨ و ١٣٢) من القانون المدني العراقي. كما تنص م (١٣٢) من القانون المدني المصري على "اذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً" راجع ايضاً المواد (١٣٣) مدني مصري ويقابله م(٦٠) من قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص٤٦٣ وما بعدها.

(٢) نص م(١٣٢) من القانون المدني العراقي يقابله نص م(٦٢) من القانون المدني المغربي.

(٣) نص م(١٣٦) القانون المدني المصري ونصها "اذا لم يكن للالتزام سبب او كان سببه مخالف للنظام العام او الآداب كان العقد باطلاً".

(٤) فالمستأجر يبرم عقد الإيجار لغرض السكن، والمشتري يبرم عقد البيع من أجل الحصول على المبيع، للمزيد راجع: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٢٢٦ وما بعدها.

(٥) مصطفى الخطيب، المرجع السابق، ص١٢٢ وما بعدها.

(6) Article 1131-L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.
عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٣٨٣، وقد ينعدم السبب بعد التعاقد، كما لو هلك الشيء محل العقد بعد التعاقد.

(7) Article 1132- L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

(8) Article 1133- Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

(9) L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie. L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité.

(١٠) حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٦، ص٢١٢ وما بعدها؛ عبد الحي حجازي، مرجع السابق، ص٢٦٤؛ محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١١، ص١٩٤.

(١١) يجب ان يكون الاعتداد بالمساواة الحقيقية وليس المجردة، للمزيد راجع: جمال الدين زكي، فق ١٢، ص ٣٩، مشار إليه لدى حليس لخضر، المرجع السابق، ص٢١٤ وما بعدها.

(١٢) محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص١٩٥-١٩٦.

(١٣) فالتشريع الخاص بإيجار المساكن في فرنسا، فرضته أزمة السكن بسبب الحرب العالمية الثانية، وبعد فترة معينة ظهر اتجاه يؤيد الرجوع الى الشريعة العامة المتحررة، بعد ان تغيرت الأفكار السياسية السائدة، وظهور تعليمات اخرى لإيجار المساكن، للمزيد راجع: علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة٣، ٢٠١٣، ص١٥٦.

لذا يأمل البعض بوضع حدٍ للتدخل، بين الاسراف في الحرية، والإفراط في التدخل، من خلال "تجديد النظرية العامة للعقد"، بعد ان يتم تقديم مبادئ وقواعد وتصور وتحليل جديد للعقد، من شأنهُ ان يوفر بيئة تسمح للمتعاقدين باستعمال حريتهم ومسائلتهم عما يقع منهم، وان ينظر الى العقد على إنهُ يمثل مصالح الطرفين[١].

حيث اصبح على الدولة ان تتدخل، لمتابعة الانحرافات التي قد تشوب المنافسة التي تتم بين الافراد، وفي الحقيقة فأن هذا التدخل ليس بالأمر المنتقد، حيث إن الدولة تتدخل عند حصول الاضطرابات في الجانب الاقتصادي، خاصة في فترات الأزمات[٢]، وبالرغم من إن العقد فقد الكثير من تماسكه، إلا إنهُ تغلب بقوة على مخاطر التفكك والانهيار، وبلغ افاقاً جديدة كانت بعيدة المنال[٣].

المبحث الثاني

أثر التشريعات الخاصة على المبادئ العامة للعقد

نظمت التشريعات المدنية العقد، من خلال "النظرية العامة للعقد" والتي يمكن ان تحكم اي علاقة عقدية، حيث جسدت هذه الاحكام، فلسفة العقد القائم على التصور الفردي، ومن جانب آخر وضعت بعض التشريعات احكاماً تجسد الأفكار الاجتماعية، وهو ما أدى الى ظهور تشريعات خاصة، تنظم بعض العقود، بعيدًا عن النظرية العامة للعقد، حيث مست هذه التشريعات الخاصة في الأسس العتيقة للعقد، حيث أدى ذلك الى هجر المذهب الفردي، مما ساعدت التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والرقمية، الى خلق تغييرات جديدة تدريجية، طغت على النظرية العامة للعقد، متسبباً في ازدهار العقد ومبادئهُ التقليدية، لذا نبين في هذا المبحث في المطلب الاول (انعكاس التحولات الحديثة والتخصص التشريعي على النظرية العامة للعقد)، وفي المطلب الثاني نبين (أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ العتيقة للعقد).

المطلب الاول

انعكاس التحولات الحديثة والتخصص التشريعي على النظرية العامة للعقد

ادت تحولات الكبيرة في المجال الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي، الى التجديد في المبادئ الكلاسيكية للعقد، ولعل أهمها هو "مبدأ التوازن العقدي" و "مبدأ المساواة."

الفرع الاول

مبدأ التوازن العقدي

إن القاعدة العامة في العقد، هي حرية تحديد مضمونه من قبل المتعاقدين، على اعتبار ان العقد هو ثمرة اتفاق إرادتين، وقد كان التوازن العقدي "سابقاً" لا يعتبر مبدأ عام في العقد، كذلك فإن التوازن الموضوعي لا يمثل عنصراً جوهرياً في العقد، مما أدى الى إنشاء عقود يتخللها عدم التوازن العقدي، ولكن مع التحولات والطفرة التي حصلت في الحياة القانونية، وجد المشرع نفسهٌ مرغماً على التدخل، من أجل إعادة التوازن العقدي، بغية تحقيق عدالة حقيقية بين حقوق والتزامات الطرفين في العقد، بحيث تكون هناك عدالةٌ بين ما يمنحهُ المتعاقد، وبين ما يحصل عليه من خلال العقد[٤].

الأمر الذي أدى ظهور النظام القانوني الحمائي، الذي لطّف من مفهوم الإذعان الاجتماعي، خاصة في جواز الاتفاق على ما يخالف القواعد القانونية الآمرة، إذا كان هذا الاتفاق هو "الاصلح" بالنسبة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية[٥].

حيث إن بعض الفقه يرى بأن "التضامن العقدي" يشكل أداة ترقية للمصالح المشتركة للمتعاقدين، وهو تطور حسن النية، فليس بالضرورة ان يعبر العقد عن مصالح متعارضة، وبالرجوع الى بعض التشريعات نرى بأن في مجال الظروف الطارئة فأن سلطة القاضي تتمثل في مراجعة العقد، وليس فسخه، باعتبار إن الوظيفة المنوطة بهذه النظرية هي "تعديل اقتصادية العقد" م(١١٠) من القانون المدني الجزائري[٦].

الفرع الثاني

مبدأ المساواة

لقد أثرت التشريعات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد، وهي تشكل مصادر جديدة للعقد، اصطلح على تسميتها "بالنظام العام الاقتصادي"، والمقررة لحماية الطرف الضعيف في العقد، وهو ما يمثل إثراء للنظرية العامة للعقد، لكونه قائم على "الحياد وفرضية المساواة"[٧]، ويراد بالمساواة في ظل النظرية العامة للعقد، هي تلك "المساواة المجردة" القائمة على المساواة في الحقوق والواجبات،

---

(1) CABRILLAC M. Remarques sur la théorie général du contrat et les créations récentes de la pratiqee commerciale mélanges marty, 1978, P235-245.

(٢) اصبحت تشريعات الاستهلاك جزء من المنظومة القانونية، التي انتهجت نظام اقتصاد السوق، وان تدخل المشرع لتوجيه الاقتصاد، يبقى أمراً ضرورياً في إجراء الموازنة بين حقوق والتزامات طرفي العقد، للمزيد راجع: محمد صديق محمد، المرجع السابق، ص٢٠٥ -٢٠٧.

(٣) إن العقد هو أداة للتعاون الصادق بين طرفي العقد، للمزيد راجع: حليس لخضر، المرجع السابق، ص٢٢٢ وما بعدها.

(٤) لقد ادخل المشرع جملة من التعديلات الجديدة على النظرية العامة للعقد، جعلت منه قانون يهدف الى مكافحة الاختلالات التي قد تطرأ على العقد، وتزلزل التوازن العقدي، من أجل تحقيق توازن حقيقي، للمزيد راجع: بن لعلي عبد النور و جربوعة منيرة، التحولات الراهنة للنظرية العامة للعقد، تجريد للعقد ام تخفيف من حدة القواعد كلاسيكية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج٥٨، عدد٥، لسنة ٢٠٢١، ص٢١٠ وما بعدها؛ ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد، تصور جديد، مجلة حوليات، القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر، عدد٥، ٢٠١٦ ص٩٥.

(٥)عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص٢٧١؛ حليس لخضر، المرجع السابق، ص٢٣٤ وما بعدها.

(٦) زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، عدد١٢، ص٢٣١ وما بعدها؛ فالأصل ان القاضي لا يجوز له تعديل العقد او انهاءه غير ان المشرع لاعتبارات العدالة والصالح العام منح القاضي في بعض الحالات سلطة تعديل العقد او انهاءه، وهو ما جاء بنصوص المواد ٢/١١٩ و ٢/٢٨١ و٢/١٨٤، اما نص م ١١٠ فقد جاء فيها "اذا تم العقد بطريقة الاذعان وقد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

(٧) زمام جمعة، المرجع السابق، ص٢٤٣ وما بعدها.

بغض النظر عن المراكز الاقتصادية للمتعاقدين، ومدى قدرتهم على مناقشة بنود العقد، او حتى معارفهم الفنية، لذا "فكل ما هو عقدي فهو عادل في العدالة كلها عقدية"، ومن قال عقداً قال عدلاً[١].

اما المساواة الواقعية، فقد ظهرت في التشريعات الخاصة، نتيجة لعوامل واقعية بحتة، بسبب عيوب سلطان الإرادة، حيث تشكلت فوارق اقتصادية وعلمية واجتماعية بين الأفراد، مما أدى الى عدم مسايرة الأحكام الموجودة في النظرية العامة للعقد مع المفاهيم الجديدة، فجاءت التشريعات الخاصة التي كانت تحمل جملة احكام وقواعد، خدمه للأفراد عامة، وللطرف الضعيف في العلاقة العقدية خاصة، لذا وفرت هذه التشريعات حماية وقائية للطرف الضعيف، وهي حماية سابقة على حدوث الضرر[٢].

هذه تشريعات الخاصة، اصبحت تعتد بالفوارق ما بين الأفراد، من أجل تحقيق العدالة العقدية، ولأجل تحقيق المساواة بين المتعاقدين كان لابد من التأكيد على عوامل التعاون والتضامن بين اطراف العلاقة العقدية، أي إضافة نوع من "الأخلاق العقدية"، لذ اضحى من الضروري على الفرد ان يتخذ سلوك إيجابي استناداً للعهد الذي اعطاه كل متعاقد، بأن يكون مخلصاً ونزيهاً، وهو ما يستتبع ضرورة تحول العقد من المفهوم الفردي الى مفهوم الاجتماعي لإرساء العدالة الاجتماعية[٣].

ونتيجة للتطور الحاصل في المجتمع، كان لابد من الرجوع الى القيم الاخلاقية والاجتماعية، لدفع الغبن عن الفرد و حماية الطرف الضعيف، فتحول اهتمام المشرع الى تحقيق العدالة والمساواة الحقيقية، حيث إن المساواة اليوم في العلاقة العقدية مبنية على اساس التضامن والتعاون بين طرفي العقد، لذا فالمساواة والعدالة الحقيقية في ثوبها الجديد، لم تعد تحتكم للمبدأ الحسابي، بقدر ما اصبحت الإرادة المشتركة للمتعاقدين محل اعتبار[٤].

المطلب الثاني

أثر تشريعات الاستهلاك على النظرية العامة للعقد

أدت التحولات التكنولوجية والاقتصادية، الى فرض العديد من التحديثات التي مست الأسس التقليدية للعقد، وفي مقدمتها أعرق مبدأين وهما "مبدأ القوة الملزمة للعقد" و "مبدأ سلطان لإرادة"، هذه التطورات أدت الى إنشاء نظام قانوني جديد، أثرت بشكل مباشر او غير مباشر، على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ما أدى الى التخفيف من صرامة هذا المبدأ، وهو ما أدى ايضاً الى ظهور تشريعات خاصة، من أجل إيجاد بديل لهذه المبادئ، لتوفير حماية قانونية وقائية، ومن أجل تحقيق العدالة والمساواة الحقيقية[٥]، ومن مكونات القوانين الاقتصادية، قانون حماية المستهلك، وقانون المنافسة، نتولى بيانهم كالتال:

الفرع الاول

آثار قانون حماية المستهلك على النظرية العامة للعقد

إن قوانين حماية المستهلك قد ساهمت في تطور النظرية العامة للعقد، وإن هذه التشريعات تمثل جزءاً من النظرية العامة للعقد، فنجد ان "حق المستهلك في العدول عن العقد" مثلاً، ان قوانين حماية المستهلك هي من أوجدت هذا الحق في تشريعات الاستهلاك، حيث نص المشرع الفرنسي على هذا الحق في تشريعات الاستهلاك ابتداءً منذ العام ١٩٧٨ و١٩٧٩[٦]، الى ان تم النص عليه في القانون المدني الفرنسي الصادر في العام ٢٠١٦، بفضل التأثير المتزايد للتشريعات الاستهلاكية التي مارست ضغطاً كبيراً على الأحكام العامة في نظرية العقد، حيث نص هذا القانون على الحق في العدول في م (١١٢٢) منه، واصبح أحد المبادئ المهمة والمستجدة في القانون المدني[٧].

وفيما يتعلق بالتقنيات المستحدثة من قبل قوانين حماية المستهلك، نجد إن من هذه التقنيات التي تهدف الى تحسين رضا المستهلك، منها (الاعلام والتفكير، وكذلك مكافحة الشروط التعسفية، والالتزام بالمطابقة، والضمان، والحق بالأمن التعاقدي) وتعتبر هذه المبادئ بمثابة عوامل لتطور النظرية العامة للعقد[٨].

---

(١) أيمن إبراهيم عشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٢، ص٢٥.

(٢) نساخ فطيمة، أخلقة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر١، ٢٠١٥، عدد٤، ص٣٠٣.

(٣) نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، اطروحة دكتوراه، كليه الحقوق- جامعة الجزائر، ٢٠١٣، ص١٩٧؛ نساخ فطيمة، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة، فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحوث جامعة الجزائر،٢٠٢٠، جزء١، عدد١٤؛ غير إنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي اصبح صار مرهقاً للمدين جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام الى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، وهذا ما جاءت به اغلب التشريعات المدنية المقارنة، ومنها المشرع العراقي في م ١٤٦ من القانون المدني.

(٤) زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه- جامعة الجزائر١، ٢٠١٦، ص٣٨٣.

(٥) احمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه - كليه الحقوق، جامعة الجزائر١، ٢٠١٩، ص١٢٩.

(٦) للمزيد راجع: رسالة الباحث، حق المستهلك في العدول دراسة مقارنة، رسالة ماجستير- كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، ٢٠١٨، ص٦ وما بعدها؛ كريم علي سالم، الالتزام بالمطابقة في التشريع العراقي، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، مج٢، عدد٤، ص٤٣٣ وما بعدها؛ استاذنا القدير د. نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، دراسة مقارنة، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٠، ص١٣١-١٣٢.

(7) Article 1122- La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement.

محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، مجلد٢١، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص٢٨٤.

(٨) يتبين محدودية الالتزام بالأعلام بموجب احكام قواعد قانون المدني، وإلحاقه بالتدليس، م(٢/٢٦) من القانون المدني الجزائري، ثم بعد ذلك جاء قانون حماية المستهلك، ونص على الالتزام بالأعلام، بموجب القانون (٠٩-٠٣) الجزائري، في م(١٧) منه، حيث جعل هذا الالتزام قانونياً، يستمد قوته الإلزامية من الشخص المعنى بالحماية وهو (المستهلك)، كما نص المشرع على مهلة للتفكير وأخرى للعدول، وذلك حماية لرضا المستهلك، في العديد من قوانين حماية المستهلك المقارنة، كذلك الحال مع من المبادئ الأخرى المستحدثة، حيث يرى البعض إن قوانين الاستهلاك، ما هي إلا إعادة تكييف للنظرية العامة للعقد، وتطورها الاجتماعي والاقتصادي، الذي كرس الانتقال من المساواة المجردة الى المساواة الفعلية، ومن العدالة التبادلية، الى العدالة التوزيعية، وإن نسبية النظرية العامة للعقد، تأكد بعد صدور التشريعات الخاصة، ومنها تشريعات الاستهلاك، والذي جاء كنتيجة حتمية لانعدام المساواة، من أجل تكريس المساواة الحقيقية والعدالة العقدية، على حد سواء، وكذلك الحال فإن المشرع في القانون المدني، لم يعرف الشروط التعسفية، بل عرف شرط الأسد، م(١١٠) من القانون المدني الجزائري، اما هذه الشروط، فقد وردت في قوانين الاستهلاك المختلفة، التي تسعى لتحقيق التوازن العقدي، اما الضمان، فإن النظرية العامة للعقد، لا توفر الحماية الكافية للمستهلك، كما هو الشأن في مجال ضمان العيوب الخفية، في حين توفر قوانين الاستهلاك الحماية القانونية الكافية للمستهلك، فيمكن إبطال كل شرط مخالف للضمان، للمزيد راجع:

الفرع الثاني
أثر قانون المنافسة على النظرية العامة للعقد

يمثل قانون المنافسة إرهاقاً للنصوص العامة للنظرية للعقد، حيث أثبتت التطورات الراهنة قصور النظرية العامة للعقد في مواكبة تطورات المجتمع، مما جعلها مُرهَقَةٌ وقاصرة على مسايرة المجتمع، ما ادى الى ظهور قانون المنافسة لغرض توفير الحماية للمتعاملين الاقتصاديين والمستهلكين معاً، من أجل توفير حماية للطرف الضعيف، حيث تضمنت قواعد قانون المنافسة عدد من المواد القانونية المستحدثة لتلافي القصور في النظرية العامة للعقد[١]، حيث يتبين إن النصوص القانونية في قانون المنافسة، قد منحت المتعاقد حماية اقتصادية قصوى، فمثلاً نجد إن نص م(١١) من الأمر(٠٣-٠٣) الجزائري، جاءت لتوفير حماية للمتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية، نتيجة لقصور م(١٢٤) من القانون المدني الجزائري، عن توفير هذه الحماية، ما يعني إن احكام هذا القانون قد جاءت بالعديد من المبادئ التي لا نجد لها صدى في النظرية العامة للعقد، والتي منها رفض المبيع بدون مسوغ شرعي، التي جاءت بها م(١/١١) من الأمر ذاته، كذلك فكرة "البيع التمييزي" في م(١٢/١١)، وأيضاً "البيع المشروط ب اقتناء كمية دنيا" م(٣/١١)، وبالرغم من إن هذا القانون جاء بالعديد من الاحكام والمبادئ الجديدة، إلا إنهُ يمثل تكملة للنظرية العامة للعقد، بعد ان مس بمبادئها الكلاسيكية، وفي مقدمتها القواعد التقليدية "كالحرية العقدية" بحيث ان هذا القانون قد فرض بشكل واسع، المساواة الفعلية مجسداً العدالة العقدية[٢].

وأخيراً يرى الباحث- إنهُ وبالرغم من إن تشريعات الاستهلاك وقانون المنافسة، قد مست بالمبادئ العامة لنظرية العقد، إلا إنهُ كان لهذه النصوص دوراً كبيراً في تكريس العدالة العقدية، والمساواة الفعلية، بين طرفي العلاقة العقدية على حد سواء ما ادى الى تطور في المبادئ العتيقة لنظرية العقد، بما يواكب التطور الحاصل في المجتمع.

الخاتمة

إن تحديث المبادئ العامة للعقد اصبح ضرورة حتمية، بل هو واجب يقع على عاتق المشرع، كيما تحافظ تلك المبادئ على قيمتها وقوتها القانونية عند تنظيمها للعقد، فمبدأ سلطان الإرادة قد اصابة بعض العطل ، وكذلك مبدأ الحرية العقدية، والعقد شريعة المتعاقدين، إذ اصبح يجوز تعديل العقد من قبل جانب واحد فقط، حتى دون موافقة الطرف الثاني، حيث تناول الباحث في المبحث الأول المبادئ العامة لنظرية العقد وتعريفه واركانه، وفي المبحث الثاني تناول الباحث بيان اهم النتائج التي ترتبت على ظهور التشريعات الخاصة ومنها تشريعات حماية المستهلك، وضرورة تخطي هذه العقبات، وتأثيرها على المبادئ العامة لنظرية العقد، ثم لاحظنا مدى الحاجة الى تطوير تلك المبادئ الكلاسيكية للعقد بغية مواكبتها للتطورات الحاصلة في المجتمع.

النتائج :

١- إن القواعد القانونية التي جاءت بها التشريعات الخاصة، لا تتسم بالعمومية كما هو الحال بالنسبة للقواعد العامة المنصوص عليها في نظرية العامة للعقد.
٢- انتهكت التشريعات الخاصة مبدأ الحرية العقدية.
٣- إن المشرع غلب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، من خلال النصوص الآمرة التي يجب على المتعاقدين إتباعها.
٤- لم تعد الإرادة هي مصدر الوحيد للحقوق والواجبات كالسابق.
٥- لم يتمكن المتعاقد واستناداً الى مبدأ الحرية العقدية، من القيام بما يشاء من تصرفات، بل تم تقيد بها يحقق مصلحة الجماعة والفرد معاً.

التوصيات:

١- على المشرع ان يشرع في تحديث المبادئ العامة لنظرية العقد بما يواكب التطور الحاصل في المجتمع.
٢- ضرورة إجراء إصلاحات للمبادئ العتيقة في النظرية العامة للعقد.
٣- استغلال التشريعات الخاصة (تشريعات حماية المستهلك) في تطوير المبادئ العامة لنظرية العقد.
٤- التوسيع في سلطات التدخل في العقد، عن طريق توسيع دور القاضي بصورة تسمح له بفرض التوازن الفعلي ومعاقبة التعسف والسلوكيات العقدية.
٥- بعث تقنيات حديثة في النظرية العامة للعقد، لمواكبة مختلف الحالات التعاقدية الجديدة.
٦- بعد تحديث المبادئ العامة لنظرية العقد، يجب ان تتمتع هذه المبادئ بالمرونة التعاقدية التي تسمح لها باحتواء مختلف الحالات المطروحة.

قائمة المصادر والمراجع

١- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات وفق القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، جزء١، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٢.
٢- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٥.
٣- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٩٣٤.

زمام جمعة، المرجع السابق، ص٢٣٤ وما بعدها؛ جلالي محمد وبن عمارة محمد، دور مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، مج٧، عدد٣، ٢٠٢١، ص١٢١٥ وما بعدها؛ اما المشرع العراقي فقد تناول بيان مفهوم الشروط التعسفية في م(١٦٧) من القانون المدني العراقي.

[١] بن لعلي عبد النور وجربوعة منيرة، المرجع السابق، ص٢١٦-٢١٧؛ حيث تنص م (١) من الأمر(٠٣-٠٣) المعدل الجزائري على "يهدف هذا الأمر الى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين"، وذات الهدف جاء في نص م(٢) من قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠ العراقي.

[٢] بن لعلي عبد النور وجربوع منيرة، المرجع السابق، ص٢١٧ ومن بعدها؛ عيسى بخيت، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بو علي، عدد٢٠، جوان٢٠١٨، ص١١١؛ زمام جمعة، المرجع السابق، ص٢٣٦؛ في ذات المعنى راجع: قادة شهيدة، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، ٢٠٠١، عدد٤، ص٨٣.

٤- عبد اللطيف خالقي، دروس في النظرية العامة للالتزامات، جزء١، مصادر الالتزامات، العقد، دون سنة نشر.
٥- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء١، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١١.
٦- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة٣، ٢٠١٣، ص١٥٦.
٧- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦.
٨- محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١١.
٩- مصطفى الخطيب، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مطبعة قرطبة- حي السلام، اكادير، المغرب، ٢٠١٩.
١٠- نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، دراسة مقارنة، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٠.

الرسائل

١- احمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه - كليه الحقوق، جامعة الجزائر١، ٢٠١٩.
٢- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٦.
٣- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه- جامعة االجزائر١، ٢٠١٦.
٤- كريم علي سالم، حق المستهلك في العدول دراسة مقارنة، رسالة ماجستير- كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، ٢٠١٨.
٥- نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، اطروحة دكتوراه، كليه الحقوق- جامعة الجزائر، ٢٠١٣.

البحوث

١- أيمن إبراهيم عشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٢.
٢- بن لعلي عبد النور و جربوعة منيرة، التحولات الراهنة للنظرية العامة للعقد، تجريد للعقد ام تخفيف من حدة القواعد كلاسيكية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مج٥٨، عدد٥، لسنة ٢٠٢١.
٣- جلالي محمد وبن عمارة محمد، دور مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، مج٧، عدد٣، ٢٠٢١.
٤- ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد، تصور جديد، مجلة حوليات، القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر، عدد٥، ٢٠١٦.
٥- زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، عدد١٢.
٦- زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، عدد ١٢.
٧- شوقي بناسي، تأملات في تعريف العقد، حوليات جامعة الجزائر، ٢٠١٨، عدد ٣٢، جزء٤.
٨- عيسى بخيت، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بو علي، عدد٢٠، جوان٢٠١٨.
٩- قادة شهيدة، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، ٢٠٠١، عدد٤.
١٠- كريم علي سالم، الالتزام بالمطابقة في التشريع العراقي، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، مج٢، عدد٤.
١١- محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، مجلد٢١، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص٢٨٤.
١٢- نساخ فطيمة، أخلقة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر١، ٢٠١٥، عدد٤.
١٣- نساخ فطيمة، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة، فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحوث جامعة الجزائر،٢٠٢٠، جزء١، عدد١٤.

المصادر الاجنبية

1. Bergel (jean – louis) Théorie générale du Droit, Paris, Dalloz, coll, methods du droit, 3 emeed, 1999.
2. CABRILLAC M. Remarques sur la théorie général du contrat et les créations récentes de la pratiqee commerciale mélanges marty, 1978.
3. Gérard Farjat; droit privé de L´économie – théorie des Obligations presse universite de france, Paris, 1975.

القوانين

١- القانون الالتزامات والعقود المغربي ظهير ٩ رمضان ١٣٣١ (١٣ اغسطس ١٩١٣).
٢- القانون المدني الجزائري رقم ٥٨-٧٥ لسنة ١٩٧٥
٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤- القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.
٥- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.