((ثم أعتذر لذوي الألباب، من التقصير الواقع في هذا الكتاب، وأسأل بلسان التضرع والخشوع، وخطاب التذلل والخضوع، أن ينظر بعين الرضا والصواب، فما كان من نقص كملوه ومن خطأ أصلحوه، فقلما يخلص مصنف من الهفوات أو ينجو مؤلف من العثرات.))

والسلام عليكم ورحمة الله.

الحقائق القانونية والفنية وأثرها في الاجتهاد الفقهي المعاصر

وفيه من المطالب:

- حقيقة الوعد والالتزام والاتفاقية والعقد في القوانين المعاصرة، ومجالات استخداماتها.

٢ حقيقة الوعد والالتزام والاتفاقية والعقد في القوانين المعاصرة ومجالات استخداماتها

د/ عبد الحميد أخريف

مدخل :

الخيط الناظم بين هذه المفاهيم موضوع الدراسة هو **الالتزام بمعناه القانوني**. فهو الأثر والنتيجة التي تُفضي إليها المفاهيم الأخرى من **وعد واتفاق وعقد**.

فالالتزام هو الرباط القانوني المكون من شقين: **الدين** (schuld) **والمسؤولية** عن عدم التنفيذ أو الإجبار على التنفيذ (hafting). و يترتب عنه **حق شخصي** (créance) لفائدة الدائن في ذمة المدين.

إن الالتزام في **الاصطلاح القانوني العام** هو ذلك الواجب القانوني التي يتعين القيام به ويمكن الإجبار عليه قضاء وتترتب مسؤولية قانونية عن عدم القيام به. وفي **الاصطلاح القانوني الخاص** يرتبط مفهوم الالتزام تحديدا بمجال المعاملات المدنية. وقد تأسس مفهوم الالتزام في بداية نشأته على علاقة الدائنية التي تربط بين المدين والدائن، والتي تمكن هذا الأخير من إلزام الأول بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل. لذلك تم تعريف الالتزام بموجب هذه النظرية الشخصية بأنه رابطة قانونية بين المدين (وهو الذي يقع عليه تنفيذ محل الالتزام) والدائن (صاحب الحق في استيفاء محل الالتزام) يكون بموجبها المدين ملزما بالوفاء بمحل الالتزام، الذي لا يخرج عن كونه قياما بعمل أو امتناعا عن عما أو تسليم شيء.

ومقتضى كون الالتزام رابطة قانونية يستوجب أن يكون له محل مشروع وسبب مشروع. فلا يسوغ إلزام شخص من قبل شخص آخر بالقيام بعمل خارج عن دائرة التعامل القانوني. كما لا يسوغ هذا الإلزام إذا كان السبب أو الباعث عليه غير مشروع.

وإذا كان اشتراط المشروعية في كل من محل الالتزام وسببه أمرا ضروريا ولا غنى عنه، فإن اشتراط الرابطة الجامعة حتما بين شخصين أصبح أمرا متجاوزا في تحديد مفهوم الالتزام. فماهية الالتزام تكمن في موضوعه لا في أشخاصه. من هنا تطورت نظرية مادية في تعريف الالتزام تعتبره وضعية قانونية يلتزم بموجبها شخص محدد بالقيام بعمل أو الامتناع عنه أو إعطاء شيء معين للطرف المستفيد . بهذه النظرة تتحقق مرونة كبيرة في المعاملات تتمثل في ما يلي :

– إمكانية انتقال الالتزام إلى غير الأطراف المؤسسين له عن طريق حوالات الحق والدين والإنابات القانونية والحلول.

– إمكانية إنشاء التزامات قانونية في غياب الدائن أثناء نشوء الالتزام، ويدخل في ذلك جل التصرفات القانونية الأحادية الجانب الناشئة عن الإرادة المنفردة كالوعد بجائزة والاشتراط لمصلحة الغير والوصايا والتأمين لمصلحة أطراف غير موجودين أثناء إبرام عقد التأمين. إلا أنها التزامات معلقة على شروط واقفة (التزامات موصوفة) أي أن آثارها القانونية لا تسري في جانب الطرف المستفيد إلا عند تحقق الشرط المعلق عليه الالتزام، كوقوع الولادة أو موت الموصي أو العثور على الشيء الموعود بجائزته.[1]

وللالتزام القانوني مصادر (أو أسباب) تنشئه. منها ما هو غير إرادي (كالعمل غير المشروع الذي يرتب المسؤولية المدنية) **ومنها ما هو إرادي** (كالاتفاقات والإرادة المنفردة) ومنها ما يكون مصدره القانون مباشرة.[2]

وواضح أن الذي يهمنا في هذا البحث هو **المصادر الإرادية للالتزام،** وهي المناسبة التي ستمكننا من بيان حقيقة كل من الوعد والعقد والاتفاقية (أو الاتفاق) من الناحية القانونية.

والمصادر الإرادية للالتزام تقوم على فكرة أن إرادة الفرد لها سلطان وقدرة على ترتيب آثار يحميها القانون ويجعلها سببا للالتزام والإلزام. وإذا كان الغالب أن إرادة الفرد تحتاج إلى أن تلتقي مع إرادة شخص أو أشخاص آخرين لتتوافق على ترتيب التزامات قانونية (الاتفاقات عموما)، فإن الإرادة المنفردة يعترف بها القانون كمصدر مستقل لإنشاء التزامات قانونية (الوعد بجائزة الموجه للجمهور مثلا).

وسينحصر اهتمامنا في هذه الدراسة تحديدا، من داخل المصادر الإرادية للالتزام، على **الاتفاقات عموما،** وهو المصدر الذي ينقسم إلى اتفاقات تمهيدية واتفاقات نهائية.

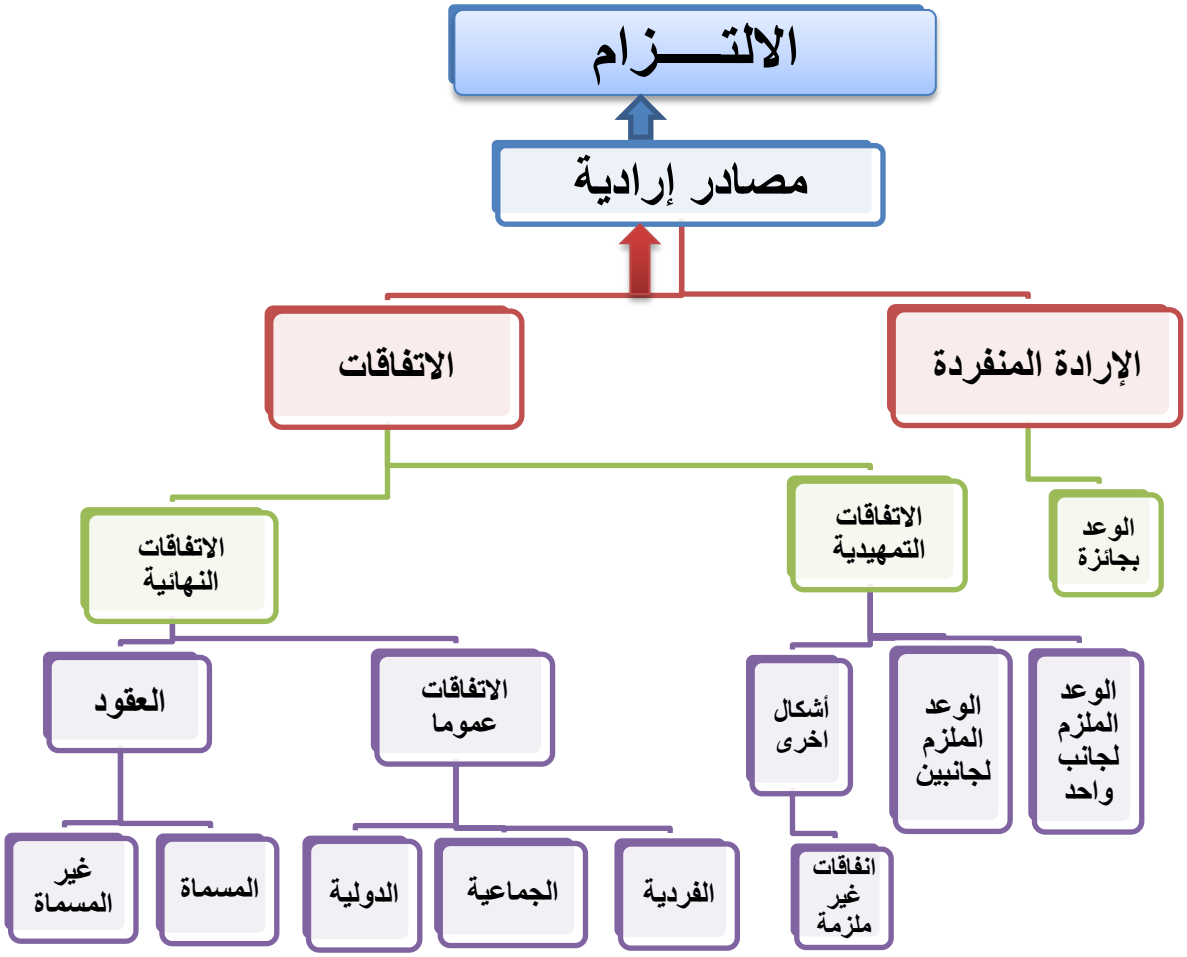
---

[1]– **عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات** (الكتاب الأول : نظرية العقد) دار الأمان، الرباط، ٢٠١٣، ص١٦

[2]– الالتزامات لا تقع تحت الحصر خاصة حينما يكون مصدرها الإرادة. فهذه الأخيرة لا يقيد حريتها في إنشاء الالتزامات أو تعديلها أو إنهائها إلا مشروعية المحل والسبب (إلى جانب الخلو من عيوب الإرادة بالطبع). لكن دأب فقهاء القانون على تصنيفها إلى تصنيفات نذكر منها ما يلي :الالتزامات الإيجابية والالتزامات السلبية، الالتزامات الأصلية والالتزامات الفرعية، الالتزامات ببذل عناية والالتزامات بتحقيق نتيجة أو غاية. المرجع السابق، ص ١٧ وما بعدها.

وسنعالج في إطار الاتفاقات التمهيدية مكانة الوعد من الناحية القانونية ومفهومه ودوره وأصنافه وأهم تطبيقاته، على أن نعالج في الاتفاقات النهائية مفهوم الاتفاق عموما ومختلف أصنافه وتطوراته إلى جانب مفهوم العقد تحديدا وأهم التطورات التي حصلت في هذا المفهوم.

ولتوضيح مختلف العلاقات والروابط التي تجمع بين المفاهيم موضوع هذه الدراسة، آثرنا أن نبدأ بالخطاطة الآتية :



أولا : الاتفاقات التمهيدية (أو الأولية)

١-الوعد من منظور قانون الالتزام

يندرج الوعد من منظور قانون الالتزام ضمن المرحلة التمهيدية لإبرام العقد أو ما يسمى بالمرحلة ما قبل التعاقدية (phase précontractuelle). فهذه المرحلة تكتسي أهمية كبرى في ما أصبح يعرف بالمسلسل التعاقدي، خاصة في العقود ذات الأهمية الاقتصادية والمالية الكبرى. حيث يكون من المتعذر إبرام العقد دفعة واحدة. لذلك تسبقه اتفاقات تمهيدية تتخذ صيغا ومسميات متعددة، وترتبت التزامات قانونية إما ناجزة أو معلقة على شروط أو محددة بآجال.

ونظرا لأهمية هذه المرحلة التمهيدية، فقد عملت القوانين الحديثة على تنظيمها تنظيميا حديثا. حيث تُفرض فيها التزامات (**كالالتزام بالإعلام والتبصير**) وتُمنح حقوق (**كالحق في التراجع أو الندم**) حسب الحالات والأوضاع. وقد تميزت قوانين الاستهلاك الحديثة في تنظيم هذه المرحلة وذلك من أجل توفير أقصى ما يمكن من الحماية للمستهلك المقبل على إبرام مختلف عقود الاستهلاك مع المهني.

وفي هذا السياق يقوم **الوعد** "بمفهومه القانوني" بدور هام في تغطية التزامات هذه المرحلة. وهو في حقيقته **تعهد منشئ للالتزام من الناحية القانونية (المادة ١٨** من قانون الالتزامات والعقود المغربي)[١] **إذا لم يكن مجردا عن شروطه. لذلك ينبغي تعليقه على تحقق واقعة معينة.** فمجرد الوعد لا ينشئ التزاما كما تنص على ذلك المادة ١٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

وقد يكون **الوعد ملزما لجانب واحد** (ويكون الموعود له بالخيار)، كأن يتعهد المالك ببيع شيء لشخص إذا عبر عن عزمه الشراء دون أن يكون الموعود له متعهدا بالشراء. ويسمى في هذه الحالة اصطلاحا **بالوعد بالتعاقد Promesse de contrat**. والتزام الواعد هنا معلق على خيار الموعود له. لذلك فهو تعاقد غير نهائي لكنه يؤدي بشكل محقق إلى المرحلة النهائية إذا تحققت شروط تنفيذ الوعد (الالتزام).

وقد يكون **الوعد ملزما لجانبين**، كأن يتعهد شخص بالبيع لشخص يتعهد بالشراء إذا تحققت وقائع محددة في أجل معين. وفي هذا الحالة يسمى اصطلاحا بالعقد الابتدائي أو التمهيدي avant-contrat / compromis/ arrangement.[٢] فدرجة قربه من الوصول إلى العقد النهائي تكون

---

[١]- الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له.

[٢]- هناك حالات يسبق العقد الابتدائي عقد التخصيص أو الحجز contrat de réservation. وهو قابل للتراجع عنه في أجل معين. كما هو في بيع العقار في طور الإنجاز. (المادة ٦١٨-٣ من قانون الالتزامات والعقود المغربي)

أكبر لالتزام طرفي العقد واتفاقها على إبرام العقد بمجرد تحقق وقائع معينة. ومحل الالتزام هنا يكون معلقا على تحقق الشرط أو الأجل.

وبذلك فالوعد يرتب من الناحية القانونية حقوقا شخصية تمكّن الدائن بها من إجبار المدين على تنفيذها ولا حق له في الرجوع عن التزامه وإلا تحمل المسؤولية التعاقدية عن عدم تنفيذ التزامه.

والوعد سواء كان ملزما لجانب واحد أو ملزما لجانبين، فإنه **يتخذ صورة اتفاق** (convention). لأن الوعد الموجه لفائدة شخص محدد لابد أن يوافق عليه هذا الأخير. فالوعد ليس مجرد إيجاب أو دعوة للتعاقد، وإنما تعهد منشئ للالتزام (أو سبب من أسباب الالتزام) لذلك تلزم موافقة هذا الشخص. ومن هنا ضرورة تأطير هذه العملية باتفاق بين طرفي الوعد تحدد التزامات وحقوق كل طرف إضافة إلى سائر الشروط التي تصف هذه الالتزامات.[1] وأطراف هذا الاتفاق هما المتعهد والمتعهد له. هذا في حالة الوعد الملزم لجانب واحد. أما في حالة الوعد الملزم لجانبين فيكون كل طرف متعهدا ومتعهد له في نفس الوقت.

وقد اعتبرت بعض القوانين[2] أن الاتفاق الذي يَعِدُ بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عُينت جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

إن القوانين الحالية وفي إطار بحثها عن ما يسمى **"بالأمن التعاقدي"**، مدعمة من طرف الفقه والقضاء القانونيين، تفرض أن تكون أية التزامات سابقة عن مرحلة إبرام العقد النهائي مؤطرة باتفاقات يترك للأطراف تحديد مضمونها أو يرجع فيها إلى النصوص القانونية التي تتدخل لتنظيمها في بعض الحالات.

---

[1]- الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي اتفاق كامل لا مجرد إيجاب. ولكنه ليس عقدا نهائيا وإنما خطوة أولية نحوه،لا يحول دون تحقيقها إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين. **عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج١/٢٠٢.

[2]- المادة ١٠١ من القانون المدني المصري.

وقد وضع القانون المدني المصري أحكاما عامة للوعد بالتعاقد عموما حيث يأخذ حكم العقد الموعود بإبرامه. وتكون شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة مطلوبة في عقد الوعد ذاته.

كما حظي الوعد بالبيع بتنظيم حديث من طرف المشرع الفرنسي يحذر فيه على الواعد بالبيع من جانب واحد أن يطلب من الموعود له أي أداء وإلا كان وعده باطلا، بينما في الوعد الملزم لجانبين (المسمى أيضا بالبيع الابتدائي) يتعين على المشترى أن يودع مبلغا من ٥% إلى ١٠% من ثمن البيع.[١]

أما في المغرب فقد حظي بيع العقار في طور الإنجاز بتنظيم مفصل تطرق إلى مرحلة الوعد وقبلها مرحلة الحجز أو التخصيص ثم مرحلة البيه النهائي.[٢]

وفي الأخير نشير أنه لا جدال في القانون في إلزامية الوعد بالتعاقد كيفما كان الشكل الذي يتخذه. وهو لا يندرج في خانة الإرادة المنفردة وإنما في خانة الاتفاقات عموما كمصدر من مصدر الالتزام. إلا أن طبيعة الالتزام فيه غالبا ما يكون موصوفا (أي معلقا على شرط أو أجل) كما انه لا يرتب للموعود له سوى حقوق شخصية (الالتزام بالقيام بعمل) وليس حقوقا عينية (انتقال الملكية مثلا).

ويطبق الوعد بالعقد على نطاق واسع في المجال العملي نظرا لتعذر إبرام العقد النهائي منذ الوهلة الأولى، إما بسبب الحاجة إلى توفير التمويل المناسب أو انتظار انتهاء الأشغال أو هما معا، وإما بسبب الحاجة إلى استصدار بعض الرخص أو الوثائق الإدارية، وغير ذلك من الحاجيات والمصالح.

ومن أكثر المجالات التي نجد فيها انتشارا واسعا للوعد بالتعاقد، **مجال البيوع العقارية عامة وبيع العقار في طور الإنجاز خاصة**. ففي البيوع العقارية خاصة منها الخاضعة لنظام الشهر العقاري العيني أصبح من المستقر عمليا أن يُبرم عقد البيع عبر مرحلتين : مرحلة الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانبين (compromis de vente)ومرحلة البيع النهائي. ونظرا للانتشار الواسع للوعد بالبيع في المجال العقاري فإن القانون الجبائي يعتبره خاضعا لرسوم التسجيل في أحوال معينة، كما أن قانون التحفيظ العقاري يسمح بتقييده تقييدا احتياطيا لفائدة الموعود له بالشراء بالمحافظة العقارية. وفي حالة تحقق شروط تنفيذ الوعد وتقاعس المتعهد بالبيع وتحقق كل أركان وشروط البيع، يحق للمتعهد له بالشراء أن يرفع دعوى

---

[١]- المادة ١٥٨٩-١ من القانون المدني الفرنسي.

[٢]- القانون رقم ٠٠-٤٤ المعدَّل بالقانون ١٢-١٠٧ المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز (مؤرخ في ٣ فبراير ٢٠١٦).

قضائية تسمى "**دعوى إتمام إجراءات البيع**". ويعتبر الحكم النهائي الصادر فيها بمثابة عقد بيع نهائي قابل للتقييد في المحافظة العقارية.

ومن المجالات الأكثر شيوعا أيضا لممارسة الوعد بالتعاقد هناك **الإيجار الائتماني** بأشكاله المختلفة (في المنقول والعقار)، ويتعلق الأمر بالإيجار المصحوب بوعد بالبيع مع منح خيار الشراء والإيجار المفضي للتملك. وهذه عقود تمويلية محضة تستعمل تقنية الإيجار لإبقاء الملكية للمُمَوِّل كضمان إلى حين استيفاء كامل الثمن عند نهاية الإيجار، فيكون المموِّل ملزما بنقل الملكية إن رغب المستأجر في ذلك إن كان له حق الخيار.

٢- صور أخرى من الاتفاقات التمهيدية : الاتفاقات "غير الملزمة"

تجدر الإشارة إلى أنه توجد **اتفاقات لا تترتب عليها التزامات قانونية** *(les conventions non-obligatoires)* وتندرج ضمنها أعمال المجاملات كتوجيه الدعوات وقبولها مثلا، حيث لا يترتب على الإخلال بهذا القبول مسؤولية تجاه موجه الدعوة.

كما تندرج ضمنها الأعمال المتعلقة بسير ومواصلة المفاوضات المؤدية إبرام العقود والصفقات، ماعدا إذا تم وقفها بشكل تعسفي أو بسوء نية من طرف واحد أو في مرحلة متقدمة من هذه المفاوضات.

وتتعلق بها أيضا الخدمات المجانية أو التطوعية أو أعمال المساعدة (actes d'assistance) على خلافٍ في ذلك بين الفقه والقضاء الفرنسيين، حيث تُكيَّف أحيانا بمثابة أشباه عقود (quasi-contrat) (فضالة بالتحديد / gestion d'affaire) أو عقود خدمة مجانية (contrat de service gratuit)[١].

ومثالها أيضا **التعهدات في المجال السياسي**. وهو مجال خصب للتعهدات والاتفاقات غير الملزمة قانونا. ومن الأشكال المتداولة في هذا المجال نجد **مذكرة التفاهم**. وهي وثيقة رسمية تُعَد إيذاناً ببدء العمل بين أطراف الاتفاق أكثر منها التزاماً قانونياً. ومن وظائفها أن تحدِّد المجالات التي يمكن أن تكون محل

[١] - *François TERRE et autres,* Droit civil, les obligations, Dalloz Delta, 1996, p 46 et s.

اتفاقات أو عمل مشترك وشروط هذا العمل المشترك ووضع جدولة لذلك. ولذلك تعتبر **مذكرة التفاهم** اتفاق شرف يفتقد للإلزام القانوني كما في الاتفاقيات والعقود مثلا.

كما نجد ما يسمى أيضا **بالتوقيع بالأحرف الأولى**، وهو مصطلح سياسي قانوني يتصف بصفة العمومية لا ينتج عنه أي نوع من الالتزام الفوري والقانوني، ولا ينتج أثرا قانونيا ولا ينشأ عنه حق أو التزام لأي طرف من الأطراف الموقعة. والغرض منه إعطاء فرصة لأطراف الاتفاق للتفكير والتروي والاستشارة والقيام بالتعديلات اللازمة قبل التوقيع النهائي أو التصديق على التوقيعات والأختام من قبل الجهات المختصة.

ثانيا : الاتفاقات النهائية

١ – الاتفاق عموما

الاتفاق في الاصطلاح القانوني عموما (convention) (Agreement) أصلٌ ومصدرٌ رئيسي لترتيب الالتزامات القانونية. وجوهره هو تطابق إرادتين أو أكثر من أجل إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. ويمكن أن تتمخض عنه سائر أصناف الالتزامات (مالية وغير مالية ، خاصة وعامة). ولا يكون الاتفاق عقدا إلا ذا كان منشئا لالتزام أو ناقلا له، فإن كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد. لذلك يقال كل عقد هو اتفاق لكن ليس كل اتفاق عقد. فالاتفاق جنس genre والعقد نوع espèce من الجنس.[1]

والاتفاقات لها مجالات واسعة في التطبيق بخلاف العقود، حيث لم تعد مقتصرة على المجال الفردي فقط وإنما ظهرت ما يسمى **بالاتفاقات الجماعية**. وحقيقتها أنها اتفاقات تشارك في إبرامها والتوقيع عليها أطراف محددة لكن آثارها تنصرف وتشمل أطراف أخرى ولو لم تكن موقعة. ومثالها **اتفاقيات الشغل الجماعية** التي تبرمها النقابات مع أرباب العمل وتمتد آثارها إلى سائر العمال سواء كانوا موقعين أو غير موقعين عليها منخرطين أو غير منخرطين في هذه النقابات.

ومثالها الأنظمة الداخلية والقوانين (اللوائح) الأساسية للجمعيات والاتحادات والشركات وما في حكمها. فأساسها اتفاقات تُعقد بين المؤسسين وتخضع أحيانا لإجراءات قانونية معينة لتصبح ملزمة.

[1]- *François TERRE et autres,* op.cit, p 40.

وإذاك يخضع لمقتضياتها كل عضو منخرط أو مشترك أو منضم بشكل لاحق على التأسيس. **وهذا الأثر الممتد لا يمكن للعقد بالمعنى الخاص أن يرتبه لأنه محكوم بمبدأ النسبية الذي يجعل آثاره مقتصرة على طرفيه فقط.**

وفي مجال العلاقات بين الدول نجد **مفهوم الاتفاقية،** وهو اصطلاح يطلق على الاتفاق الدولي. ويقصد به وضع قواعد قانونية في إطار القانون الدولي ملزمة لأطرافها. وهي تستهدف إما ضبط وتوثيق الالتزامات بين الدول أو تقرير مبادئ وقواعد دولية عامة تتعهد الدول الموقعة باحترامها ورعايتها وإما تحقيق أهداف اقتصادية أو تجارية أو اجتماعية أو عسكرية أو تسوية نزاع بين الطرفين.

والاتفاقيات في القانون الدولي إما ثنائية أو متعددة الأطراف أو دولية تضم الدول الأعضاء في الأمم المتحدة مثل اتفاقيات حقوق الإنسان.[1] وهي ملزمة متى صادقت عليها الأجهزة الوطنية المختصة في كل دولة. وتنص بعض الدساتير (ومنها الدستور المغربي) على سموها على القانون الوطني لكن في نطاق أحكام الدستور وقوانين الدولة وهويتها.

لكن القوة الإلزامية للاتفاقية الدولية ليست كالاتفاقات العادية بين الأفراد، إذ أن مبدأ سيادة الدولة يبقى راجحا ويمكن للدولة الطرف أن تلجأ إليه للانسحاب من الاتفاقية أو تجميد عضويتها وما إلى ذلك من الآليات المتوفرة في مجال العلاقات الدولية.

٢- العقد

العقد (Contrat/Contract) من الناحية الاقتصادية هو العجلة التي تحرك دواليب المعاملات التجارية والمالية وغيرها. أما من الناحية القانونية فهو أخص من الاتفاق كما اشرنا إلى ذلك أعلاه. و قد عرّفه القانون المدني الفرنسي سابقا في المادة ١١٠١ الشهيرة بأنه "توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو على نقله". و من ذلك يتضح أن الاتفاق لا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً لالتزام أو ناقلاً له.

وهذا اتجاه كلاسيكي قديم في القوانين اللاتينية يميز بين الاتفاق والعقد، نُقل عن الفقيهين عن بواتييه ودوما، لا ترى القوانين الحديثة أهمية في الإبقاء عليه. لذلك برز اتجاه في تعريف العقد دون تمييز بينه وبين

١- وقد تكون هناك برتوكولات تابعة لاتفاقيات معينة تعمل على تعديل أو إضافة أو حذف بند من هذه الاتفاقية أو زيادة مدتها.

الاتفاق. فقيل إن "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها". وقد قصد من إيراد هذا التعريف نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحد.[١]

وقد هجر القانون المدني الفرنسي الحالي التفرقة بين الاتفاق والعقد مسايرا التوجه الجديد في هذا المجال. وأصبحت صياغته لتعريف العقد في المادة ١١٠١ (**تعديل ١٠ فبراير ٢٠١٦**) كما يلي : "**العقد اتفاق بين إرادات شخصين أو أكثر يرمي إلى إنشاء أو تعديل، أو نقل أو إنهاء التزامات**".[٢]

ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة الركيزة الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد في القوانين اللاتينية. ويعني أن الإرادة الحرة للفرد هي أساس الدخول أو عدم الدخول في العلاقة التعاقدية. وهي التي يحرص على وجودها القانون للقول بأن العقد شريعة المتعاقدين، فهي أساس القوة الملزمة للعقد. وهذا المبدأ تقف وراءه فلسفة ليبرالية تؤمن بحرية المبادرة وبقدرة الإرادة على خلق التوازن بين المصالح والدفاع عن هذه المصالح.

غير أن إرادة الطرف الواحد لا تكفي لقيام العقد في القانون. بل لا بد من توافقها وتطابقها مع إرادة طرف آخر أو أكثر على محل وسبب مشروعين، وإن كان الأثر القانوني المترتب قد لا يلزم سوى طرف واحد. ولهذا يَعرِف القانون عقودا ملزمة لجانبين وهذا هو الأصل وعقودا ملزمة لجانب واحد. كما يعرف عقودا عوضية كالبيع وعقودا تبرعية كالهبة مثلا. لكن كلاهما يعتبر عقدا يتطلب لإبرامه إيجابا وقبولا من طرفين. وهذا بخلاف الإرادة المنفردة المنشئة للالتزام التي تعترف بها القوانين كمصدر مستقل للالتزام إلى جانب العقد.[٣]

وبفضل مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، استطاعت الممارسة التعاقدية ترسيخ العديد من العقود الجديدة في مجالات عدة التي لم تكن معروفة من قبل كعقود التوزيع وعقود السفر وعقود الاشتراك في

---

[١] – **عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد**، ج١، ص ٧٩ وما بعدها.

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

Article 1101 du code civil modifié par: Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

[٣] – ***MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) & CHABA (François), Leçons de droit civil***, Les obligations , Montchrestien-Delta, 2000, p349 et s.

الخدمات العامة وغيرها كثير. ولم تعقد دائرة العقود محصورة في ما تنظمه التشريعات كعقود مسماة (contrats nommés)[1].

غير أن هذا التمجيد المفرط في الإرادة والحرية التعاقدية سرعان ما اصطدم بواقع التفاوت الاقتصادي والمؤسساتي بين أطراف العلاقة التعاقدية، فأفرز واقع التعاقد عقودا إذعانية تغيب فيها كل فرص التفاوض وتتوارى فيها مظاهر التوازن العقدي، وانتشرت ظاهرة البنود التعسفية في العديد من العقود. ومن هنا بدأ الحديث عن **أزمة العقد**.

أمام هذا الوضع اضطرت القوانين الحديثة للتدخل من أجل تنظيم مجموعة من العقود بمقتضي قواعد وأحكام آمرة لا تترك لإرادة الأطراف هامشا لمخالفتها. فأصبحت التزامات الأطراف في بعض العقود محددة بنصوص قانونية الهدف منها حماية الطرف الطريف وتحقيق التوازن العقدي (كعقود العمل وعقود الاستهلاك). وذهبت بعض القوانين إلى حد منح القضاء سلطة مراجعة بنود العقد في حدود معينة إذا كانت مجحفة أو تعسفية (كالشروط الجزائية مثلا)[2]. وكذا إمكانية تخفيف بعض الالتزامات المرهقة بسبب ظروف موضوعية طارئة. وتكرست مجموعة من المبادئ في النظرية الحديثة للعقد كمبدأ التعاون العقدي والتضامن العقدي ومبدأ الاحتياط وواجب النصح والتبصير ومبدأ المسؤولية الاجتماعية بالنسبة للمقاولات، ونظرية الإمهال أو الميسرة وما إلى ذلك من المبادئ المشبعة بروح اجتماعية أو باعتبارات حمائية.

وكل هذه المبادئ أصبحت تشكل قيودا على مبدأ الحرية التعاقدية أو تخفيفا من مبدأ سلطان الإرادة، إلى جانب القيود الكلاسيكية المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، والقيود الجديدة المتعلقة بالشكلية (formalisme) في بعض العقود التي يتطلب القانون إفراغها في إشكال معينة كالكتابة الرسمية (actes authentiques ou solonnels) والشهر والتقييد في سجلات معينة (كالشهر العقاري أو السجل التجاري). وفي هذه الحالة نكون أمام **عقود شكلية وليست رضائية**.

---

[1]- العقد المسمى هو العقد المنظم من طرف المشرع بحيث يخصه باسم معين ويحدد شروطه وآثاره القانونية. أما العقد غير المسمى فهو العقد الذي لم يحظ بتنظيم خاص من طرف المشرع ويترك فيه المجال للإرادة لتحديد الالتزامات والشروط والآثار.

٢- "يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي". **المادة ٢٦٤ من قانون الالتزامات والعقود المغربي**.

في ظل هذه التطورات أصبحت الممارسة التعاقدية فعلا مجتمعيا مسؤولا، لا يستحضر فقط المصالح الذاتية لأطرافه، وإنما يراعي المصالح الموضوعية للمجتمع، تحت طائلة ما يمكن أن نسميه بالمسؤولية عن الفعل التعاقدي.

أما في القوانين الانجلوسكسونية فحقيقة العقد لا تتمثل في الإرادة بشكل مجرد وإنما في المصلحة أو المقابل أو الاعتبار (***consideration***) والذي سيجنيه (***benefit***) المتعاقد ويكون سببا في التزامه تجاه الطرف. **فالعقد ينشأ بالأساس من خلال تبادل اقتصادي يوصف بالصفقة (*bargain* أو *affaire*)** والالتزام المجاني **لا يرتب أثرا قانونيا ولا يمكن الإجبار على تنفيذه لعدم وجود المقابل كيفما كانت طبيعته.**[1]

[1] - « *A valuable consideration, in the sense of the law, may consist in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other* ».

« Une considération ayant de la valeur consiste, en droit anglais, en un droit, intérêt, profit ou bénéfice revenant à une partie, ou une tolérance, préjudice, perte ou responsabilité donné, souffert ou souscrit par l'autre. »

Jack ***Beatson****, Andrew* ***Burrows*** *and John* ***Cartwright****,* **Anson's** ***Law of contract****, Oxford University Press, Aug 2010*

(act under seal, deed, convenant أما في العقود الشكلية *(simple contratct, promise, agreement* هذا في العقود الرضائية *speciality agreement)* فلا ضرورة " للاعتبار"فيه.