مجلة الباحث العربي
Arab Researcher Journal
ISSN: 2709 – 0647/DOI: 10.57072
المشاع الإبداعي: CC BY 4.0 License
مجلد 1 عدد 2 (2020)

العلاقة بين أركان العقد وقوته الملزمة

The relationship between the pillars of the contract and its binding force

الدكتور بشّار عدنان ملكاوي، أستاذ القانون المدني المشارك
كلية الحقوق – الجامعة الأردنية، معهد الإدارة العامة – الرياض
Dr. Bashar Adnan Malkawi, Associate Professor of Civil Law
Faculty of Law - University of Jordan, Institute of Public Administration – Riyadh
http://doi.org/10.57072/ar.v1i2.26

نشرت في 2020/11/1

المستخلص:

يطرح الفقه القانوني وفق الاتجاه اللاتيني ومن تأثر به من قوانين الدول العربية، سؤالاً فلسفياً وعملياً يتمثل في البحث عن مصدر القوة الملزمة للعقد؛ فمنذ الرومان اختلفت التوجهات في فهم الإجابة على هذا السؤال حيث تنقلت من الشكلية في العقود إلى الوعد الممنوح في القانون الكنسي.

ثم ظهر فقه سلطان الإرادة وكان آخرها نظرية العادل والنافع للفقيه الفرنسي GHESTIN.

نقدّم في هذا البحث فهماً جديداً محوره البحث في العلاقة بين أركان العقد والقوة الملزمة له، فنطرح تصوراً جديداً لأركان العقد من شأنها أن تفسّر علّة القوة الملزمة لـه.

الكلمات المفتاحية: قوانين الدول العربية، العقد، الفقه القانوني.

Abstract:

Latin jurisprudence and those influenced by it from the laws of Arab countries pose a philosophical and practical question of the search for the source of binding force of the contract; Since the Romans, approaches to understanding the answer to this question have differed, moving from formality in contracts to the promise given in canon law.

Then the jurisprudence of the Sultan of the Will appeared, the last of which was the theory of the just and beneficial of the French jurist GHESTIN.

In this research, we present a new understanding centered on the relationship between the elements of the contract and the binding force of it, we propose a new conception of the elements of the contract that would explain the reason for its binding force.

Keywords: Laws of Arab countries, contract, jurisprudence.

مقدمة[1]:

شغل الفكر القانوني في الاتجاه اللاتيني وعلى رأسه الفقه الفرنسي سؤالاً تقليدياً في البحث عن مصدر القوة الملزمة للعقد؛ فجاءت النظريات بالبحث متفاوتة في بنائها العلمي في تفسيره وفهمه. فكان الاعتقاد السائد عند الرومان بأن العقد يستمد قوته الملزمة من الشكلية[2]، فإن لم تتحقق هذه الشكلية فلا وجود ابتداءً

[1] بحث منشور في مجلة *Opcion*. Vol. 36 (2020).

[2] محمد علي عبده. نظرية السبب في القانون المدني. دراسة مقارنة. منشورات الحلبي. بيروت – لبنان. 2004. صفحة 295–296.
حمدي سلطح. القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية. دار الفكر الجامعي. مصر. 2006. ص 2.
جاك جيستان. المطول في القانون المدني تكوين العقد. ترجمة منصور القاضي. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. 2000. ص 56 وما بعدها.

استلم البحث في 2020/10/6 قبل للنشر في 2020/10/15

للعقد وبالتالي فليس له أية صفة إلزامية، فكانت الشكلية عندهم هي أساس وجود العقد وإلزاميته.

وبالتطور التاريخي ظهر القانون الكنسي؛ والذي طوّر الفهم لهذا المبدأ من خلال تجاوز وجوب وجود الشكلية في العقود، وأن مصدر القوة الملزمة للعقد تكمن في الوعد الممنوح وإلزام الأطراف باحترامه[1]. ويعتبر هذا التفسير تفسيراً دينياً أخلاقياً لهذا المبدأ؛ غير أنه لم يكن كافياً بالنسبة للفكر القانوني خاصة بعد التطور الاقتصادي والاجتماعي والفكري الذي أراد تفسيراً دقيقاً لمصدر القوة الملزمة للعقد وفق المنطق القانوني متأثراً بعصر الحريات الذي انطلق في أوروبا على وجه التحديد.

ولا يمكن إنكار دور القانون الكنسي في تطوير الفكرة العامة للقوة الملزمة للعقد حيث ساهم في التخلص من الشكلية والاعتماد على مبدأ كفاية الإرادة[2] كأساس لوجود العقد وهجر مبدأ الشكلية الذي كان سائداً لدى الرومان.

تأثر الفكر القانوني وخاصة في عصر الحريات بدور الإرادة الحرة والاتجاه نحو دور الفرد كمصدر لإنشاء العقد، وكان لهذا التأثر انعكاسات جديدة في فهم مصدر القوة الملزمة للعقد؛ مما قاد إلى ظهور مبدأ سلطان الإرادة كمفسر جديد يجد أساسه في الإرادة الحرة للأفراد.

أسس أنصار مبدأ سلطان الإرادة على هذا المبدأ فهم مبادئ أخرى غاية في الأهمية إلى جانب مبدأ القوة الملزمة للعقد وهي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ الحرية العقدية ومبدأ نسبية أثر العقد[3]. غير أن الاستثناءات الكثيرة على مبدأ سلطان الإرادة والمبادئ التي يفسرها دفعت بعض الفقه القانوني للتشكك في صلاحيته في تفسير مصدر القوة الملزمة للعقد، مما دفعهم إلى القول بنظريات جديدة ومنهم الفقيه ديجي والفقيه الألماني كلسن والفقيه الفرنسي جاك جيستان[4].

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه الفرنسي وكأثر للخلافات الفقهية في فهم مصدر القوة الملزمة للعقد أخذ اتجاه آخر في التساؤل حول نظرية العقد هل هي حقيقة أم أنها مجرد وهم؟[5]

مما لا شك فيه بأن التعقيد في الحياة الاقتصادية والتطور الاجتماعي للإنسانية وما لها من انعكاسات على نظرية العقد كان لهما دوراً هاماً في تجديد طرح التساؤل حول مصدر القوة الملزمة للعقد.

---

[1] يعبر القانون الكنسي عن ذلك بالقول:

"Toute parole lie celui qui La prononcee ".

أنظر حول ذلك بشكل عام:

Terre, simler, Lequette, les obligations. Dalloz. 19. P 270.

محمد علي عبده. مرجع سابق. صفحة 299.

د. بشار عدنان ملكاوي. الوافي في شرح نظرية العقد. لا يوجد دار نشر. 2017. ص 36.

[2] عباس الصراف. وآخرون. مقدمة في مفهوم الحق الشخصي. دار وائل للنشر. عمان – الأردن، 2005، 46.

[3] Ranouil,l' autonomie de la volonti. Naissance et evolution d'un concept. PVF. 1980. J.GHESTIN, Traite' du droit civil. RIEG,A.Le rôle de la volonte dans l'acte juridique en droit civil fransais et allemande. L.G.D.J. 1961.

[4] J. GHESTIN, op. cit. pp187-pp196.

د. بشار عدنان ملكاوي. الوافي في شرح العقد. مرجع سابق. ص 47 وما بعدها.

محمد الزين. النظرية العامة للالتزامات. العقد. لا يوجد دار نشر. تونس. 1993. ص 34.

Kelsen. H. La theorie juridique de la convention. Archive de philosophie du droit et de sociougie. 1939-1940. P 33.s.

[5] SAVAVX, Le contrat myth ou realety. L.G.D.J. 1997.

نستبعد من هذا البحث الاتجاه الأنجلوسكسوني حيث أنه يخضع لاتجاه فقهي خاص في مفهوم العقد.

بإمعان البحث بالنظريات التي عنيت بتفسير مصدر القوة الملزمة للعقد يمكننا أن نقسمها إلى اتجاهين هما: الأول اعتمد على الإرادة الحرة للمتعاقدين، والآخر اعتمد على القانون. "ونقدم بدورنا محاولة جديدة في تفسير هذا المبدأ وإسناده إلى أركان العقد من خلال فهم جديد ودلالة خاصة تقود إلى تفسير جديد للقوة الملزمة للعقد".

انطلاقاً من السؤال القانوني من أين يستمد العقد قوته الملزمة نخصص المطلب الأول للبحث في تفاوت التأسيس القانوني في تفسير مصدر القوة الملزمة للعقد وفيه نبحث النظريات التي قدمت كمحاولة لتفسير القوة الملزمة للعقد، ونخصص المطلب الثاني للبحث في مفهومنا للعدالة العقدية والتي تتكون من ركنين هما: التراضي والمشروعية كأساس جديد لمصدر القوة الملزمة للعقد.

المطلب الأول: تفاوت التأسيس القانوني لتفسير مصدر القوة الملزمة للعقد

نعتقد بأن علّة التفاوت في التأسيس القانوني لتفسير مصدر القوة الملزمة للعقد إنما يتصل بارتباطه بأركان العقد؛ فمن الصائب القول بأن الإرادة الحرة لا ترتب على نفسها في العلاقات التعاقدية التزامات تلحق بها ضرراً، إلا أن تصور هذه الإرادة الحرة لا يجب أن يقتصر على خلوها من عيوب الرضا وحسب وإنما أيضاً عدم تعرضها للضغوط الاقتصادية في الواقع العملي، إضافة إلى أننا في العقد أمام إرادتين تهدف كل منها أن تحقق منافع ومكاسب تؤثر على الإرادة الأخرى فيما تصبو إليه من منافع ومكاسب أيضاً.

فتصور الإرادة على أنها حرة بصورة مطلقة يجانب الحقيقة والواقع والمنطق، ومن هنا كان لدور القانون الوصفي بمصادره المختلفة وليس فقط للقواعد الموضوعية دوراً هاماً في تحقيق العدالة التعاقدية؛ فالعلاقة التعاقدية تضم معطيات عدة هي أطراف العقد والقانون والقضاء، فقد تنشئ الإرادة الحرة للمتعاقدين عقداً ولكن لا يمكن إنكار تدخل القانون في تصويبها أو على الأقل الرقابة عليها ودور القضاء أحياناً في تعديلها.

جاء مبدأ سلطان الإرادة متحيزاً لدور الإرادة في العقد أو علّه كان أكثر مثالية في فهم دور هذه الإرادة؛ في حين أن النظريات الأخرى التي أسست أسانيدها على القانون أغفلت ولو نسبياً دور هذه الإرادة.

سنبحث في هذا المطلب في الفرع الأول؛ تقويم دور مبدأ سلطان الإرادة في تفسير القوة الملزمة للعقد، ونخصّص الفرع الثاني؛ لتقييم النظريات التي اتجهت نحو القانون في تفسير مصدر القوة الملزمة للعقد.

الفرع الأول: تقويم دور مبدأ سلطان الإرادة في تفسير القوة الملزمة للعقد

أثّر أنصار المذهب الفردي ومنهم Domat و Kant في الفكر القانوني بالتوجه نحو الإرادة الحرة في فهم مصدر القوة الملزمة للعقد فصاغ بعض الفقه القانوني فكرهم باعتبار أن للإرادة استقلال هو الذي يفسر حقها في أن تتعاقد وأن تنشئ ما تريد من التزامات على نفسها. فالإرادة وحدها كافية لنشوء العقد وبما أن إرادة الأطراف أرادتهُ وهي حرة فهي الملزمة به. فعلى الأطراف في العلاقة التعاقدية الالتزام بعقدهم كما أرادوه عند التعاقد ولا يجوز بذلك الإخلال بأحكامه ويجب تنفيذه بحُسن نية؛ وفقاً لما تم الاتفاق عليه بينهما، ولا يجوز تعديل أحكامه إلا بالتراضي بينهما. ويمتدّ هذا الإلزام في العقد وفق أنصار هذا المبدأ إلى القاضي الذي يجب أن يحترم إرادة المتعاقدين ويلتزم بها عند تفسير العقد[1].

إن اطلاق هذا المبدأ على النحو الذي قال به أنصاره اصطدم وبشكل متسارع مع دور القضاء الرقابي على العقد والتحقق من عدم مخالفته للنظام العام الذي أكدت عليه التشريعات المختلفة. فكان النظام العام أول القيود على مبدأ سلطان الإرادة؛ وعلى

[1] J. GHESTIN, op. cit. pp36-46.

الإرادة الحرة للمتعاقدين[1]. وفعّل القضاء الفرنسي دوره الشرعي الرقابي على إرادة الأطراف في العقد من خلال نظرية السبب – بشكل خاص – للتحقق من مشروعية العقد وعدم مخالفته للنظام العام[2].

من جانب آخر؛ يمتد الدور الرقابي للقضاء على إرادة المتعاقدين في حالة الشروط التعسفية والشرط الجزائي فتعدّل في أحكامها أو تحكم ببطلانها[3]. إضافة لإعمال نظريات مختلفة كنظرية انتقاص العقد[4] وتحول العقد والظروف الطارئة[5].

إلى جانب دور القضاء في تقييد سلطان الإرادة؛ جاء قيد آخر وهو القيد التشريعي؛ سواء في صورة القواعد الآمرة التي تعتبر من النظام العام كقواعد قانون العمل على سبيل المثال؛ حيث نصت المادة الرابعة من قانون العمل الأردني على أنه: "أ- لا تؤثر أحكام هذا القانون على أي حق من الحقوق التي

---

[1] أنظر بشكل عام: حمدي سلطح. القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي". دار الفكر الجامعي. 2006. ص 20 وما بعدها.

[2] المادة 6 من القانون المدني الفرنسي والمادة 88 من القانون المدني الأردني.

محمود جمال الدين زكي. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري. مطبعة جامعة القاهرة. ط3. 1978. صفحة 194.

محمد علي عبده. مرجع سابق.

تمييز حقوق 2005/1454.

Cass. Civ. 29 jiun 1959 Jcp.I 322. Cass. Civ. 1, 1989. 12jiullet. Cass. Civ. 2 mai 1982. Cass. Civ.12 juillet 1989. Jep. 1990. 21546.

[3] تمييز حقوق أردني. 1991/582.

تمييز حقوق أردني. 1999/1056.

تمييز حقوق أردني. 502/ 1995.

تمييز حقوق 3984/ 2016 موقع قسطاس.

تمييز حقوق 1908/ 2015 موقع قسطاس.

تمييز حقوق 512/ 2015 موقع قسطاس.

أنظر أيضاً: عدنان السرحان ونوري خاطر. مصادر الحقوق الشخصية. دار الثقافة. عمان – الأردن. 2009. صفحة 104-105.

[4] تمييز حقوق أردني: 1994/334.

[5] تمييز حقوق أردني: 1013/ 1992.

تمييز حقوق أردني: 590/ 2010.

تمييز حقوق أردني: 102/ 2017. موقع قسطاس.

تمييز حقوق أردني: 111/ 2017.

تمييز حقوق أردني: 2549/ 2016.

د. محمود الرشدان. نظرية الظروف الطارئة. دار اليازوري. عمان – الأردن. 2014.

أحمد شلبيك. نظرية الظروف الطارئة أركانها وشروطها. المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية. مجلد (3). عدد (2). عام 2007. صفحة (171-172).

يمنحها للعامل أي قانون آخر أو عقد عمل أو اتفاق أو قرار إذا كان أي منها يرتب للعامل حقوقاً أفضل من الحقوق المقررة له بموجب أحكام هذا القانون. ب- يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها إياه هذا القانون".

ونجد بموجب هذا النص أنه لا يعتد بإرادة العامل إذا قبلت حقوقاً أقل مما جاء به قانون العمل أو رتبت على نفسها التزامات أعلى من الالتزامات الواردة في هذا القانون، إضافة لبطلان أي شرط يتنازل العامل بموجبه عن أي من حقوقه الواردة في القانون[1].

ويقدّم لنا قانون العمل مثالاً آخر كقيد وخروج على مبدأ سلطان الإرادة وهو حالة عقود العمل الجماعية؛ حيث تنعقد هذه العقود بالأغلبية، فإذا صوت أطراف عقد العمل الجماعي من جانب نقابة أو مجموعة العمال بالأغلبية وكذلك الحال من جانب نقابة أصحاب العمل ينعقد العقد ويصبح ملزماً حتى على أولئك الذين لم يصوتوا على انعقاده من كلا الطرفين، فكيف يفسّر مبدأ سلطان الإرادة "مصدر القوة الملزمة للعقد" بالنسبة لمن لم تتجه إرادتهم الحرة إلا انعقاده؟!

من جانب آخر؛ نجد أن بعض النصوص التشريعية تلزم أطراف العقد بما لم تعلن إرادتهم قبوله كما هو الحال _ على سبيل المثال لا الحصر _ المادة 202 من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه: "1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حُسن النية. 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعُرف وطبيعة التصرف"[2].

تجسّد هذه المادة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ حسن النية غير أنها ترتب على أطراف العقد التزامات لم تعلن إرادتهم الحرة التزامها بها وهي ما كانت من مستلزمات العقد.

إضافة إلى وجود نصوص كثيرة ترتب التزامات على أطراف العقد حتى لو لم يتم اشتراطها في العقد كما هو الحال – على سبيل المثال – بالالتزام بحفظ أسرار صاحب العمل "المادة 19 من قانون العمل الأردني" أو شرط عدم المنافسة "في المادة 817 من القانون المدني الأردني".

بناءً على ما تقدم؛ علنا نؤيد ما قاله بعض الفقه الفرنسي مثل الفقيه Niboyer بأنه: "لا توجد نظرية لسلطان الإرادة ذلك بأن سلطان الإرادة على هذا النحو ليست موجودة، وأن هناك لبساً أساسياً بين هذا المفهوم ومفهوم آخر وحده الصحيح في الحقيقة: مفهوم حرية الاتفاقيات الذي يختلف مضمونه تماماً"[3].

في ضوء ما تقدّم؛ يمكننا القول بأن الحرية التعاقدية خاضعة للنظام العام والعدالة؛ فدور الإرادة غير مطلق مما يقيده في فهم وتفسير مصدر القوة الملزمة للعقد كتفسير وحيد لها.

ويظهر جلياً تقييد الارادة باتساع الدور التشريعي للقوانين فعلى سبيل المثال نجد تزايد القيود على دور الارادة بتزايد صدور التشريعات في النظام الداخلي للدولة أو في المجتمع الدولي. فالاتفاقيات الصادرة عن الاتحاد الاوروبي في مجال المنافسة

---

[1] المادة الرابعة من قانون العمل الأردني. تمييز حقوق أردني: 3094/ 2004.
تمييز حقوق أردني: 93/ 2002.
تمييز حقوق أردني: 611/ 2003.
أنظر أيضاً. د. بشار عدنان ملكاوي. مبدأ المشروعية في عقد العمل في قانون العمل الأردني. مجلة دراسات. الجامعة الأردنية. عدد 30. مجلد 31. صفحة 390.

[2] إعمالاً لهذا النص أنظر: تمييز حقوق أردني 2017/102 موقع قسطاس. تمييز حقوق 2017/11 موقع قسطاس. تمييز حقوق 2549/ 2016 موقع قسطاس. تمييز حقوق 2684/ 2016 موقع قسطاس. تمييز حقوق 2302/ 2016 موقع قسطاس.

[3] مشار إليه في: J. GHESTIN, op. cit. pp 45.
ومشار إليه في: RANONIL. Op. cit. p 124.

والاحتكار زادت من القيود على إرادة المتعاقدين. حيث أنها تنعكس أيضاً في الزاميتها على القانون الداخلي لتلك الدول.

توسعت دائرة النظام العام ليأخذ مظاهر كثيرة: النظام العام الاجتماعي، النظام العام الاقتصادي، النظام العام السياسي، النظام العام الموجّه، النظام العام الحمائي، النظام العام الموضوعي، النظام العام الاجرائي. وكلها تنعكس على تقييد الارادة في التعاقد.

هذا وقد نصت صراحة قوانين أغلب الدول على عدم جواز مخالفة النظام العام منها على سبيل المثال لا الحصر المادة السادسة القانون المدني الفرنسي: "لا يمكن بموجب اتفاقيات خاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة"، ويقابلها القانون المدني الأردني المادة (88)، والمادة (67) من قانون المعاملات المدنية العُماني[1].

ندرك مما تقدّم أن الارادة ليست حرة بالصورة التي قدّم لها أنصار مبدأ سلطان الإرادة بأنها تستطيع "أن تبرم ما تشاء من عقود". فحقيقة الأمر أنها مقيدة بقيود كثيرة تشريعية أو قضائية؛ وأكثر من ذلك فإن بعض أفعالها قد تشكّل جرائم قد يعاقب عليها قانون العقوبات.

فنستخلص من ذلك بأن الإرادة إما أنها مقيدة أو أنها موجّهة فأين هو سلطان الإرادة؟

الفرع الثاني: تقويم النظريات التي اتجهت للقانون لتفسير مصدر القوة الملزمة للعقد

انطلقت هذه النظريات كمحاولات جديدة لتفسير مصدر القوة الملزمة للعقد؛ واعتمد أصحابها على القانون كأساس علمي قانوني لهذا التفسير. سنعرض لهذه النظريات ومن بعد نقوم بتقويمها.

يقول الفقيه ديجي DUGUIT بأن الأطراف عندما يتعاقدون إنما يقرون عند تعاقدهم بخضوعهم للقواعد القانونية التي تنظّم عقدهم، فعلى سبيل المثال؛ عند تعاقد الأطراف بقصد إبرام عقد بيع إنما أرادوا الخضوع لأحكام قواعد القانون الناظمة لعقد البيع، وهكذا الأمر بشأن العقود الأخرى كالمقاولة وغيرها. أما إن لم يكن العقد من العقود المسماة فإنما يخضعوا في هذه الحالة للقواعد العامة لنظرية العقد وفق التنظيم التشريعي لها[2].

أما بالنسبة للفقيه كلسن KELSEN؛ فينطلق من خلال تقسيم قواعد القانون إلى قسمين أحدها يقدّم مبدأ والأخرى تقدّم إجراءات. فإذا احترم أطراف العقد المبدأ وقاموا بتنفيذ عقدهم وفقاً للإجراءات المقررة يكون عقدهم ملزماً[3].

فالعقد عند كلسن لا يكون ملزماً إلا بقدر ما يعتبره النظام القانوني حالة واقعية تنشئ الالتزام؛ أي بقدر ما يأذن به القانون كدرجة أعلى فيُنشئ الأفراد معياراً أدنى منه درجة.

أما عن أسباب ترك المشرع هذا الخيار لأطراف العقد من خلال ابرامه فإنه يجيب بأنها مسألة مرتبطة بالسياسة التشريعية حيث ترك المشرع هذا الخيار للأطراف لكي يعالجوا بأنفسهم مصالحهم الاقتصادية لأنه يحقق لهم النفع والعدل[4].

ويلاحظ kelsen بأنه إذا كان العقد يتحقق بإرادة أطرافه إلا أنه بانعقاده يبقى موجوداً حتى لو لم تعد لأحد الطرفين الرغبة التي أبداها عند التعاقد؛ فالمشرّع فوض أطراف العقد بالإجراءات التعاقدية خاضعين لمبادئ القانون الخاصة الناظمة لعقدهم[5].

وأخيراً؛ قدّم الفقيه جيستان GHESTIN نظريته المسماة النافع والعادل – ويظهر لنا جلياً تأثره ببحث كلسن والذي بنى على أساسه فكرة النافع والعادل على ما يبدو – مستنداً إلى القول بأن احترام الأطراف للقانون في إبرام عقدهم وتنفيذه يحقق

---

[1] أنظر أيضاً: القانون المدني المصري، قانون المعاملات الاماراتي، القانون المدني البحريني.

[2] L.DUGUIT, Traite'de droit constitutionnel. 1927.

وأنظر إلى تقييم الرأي:

GHESTIN, op. cit. pp187.s.

[3] Kelsen,La the'orie juridique de la convention. Philossophie du droit. 1940. P 33-76.

[4] Kelsen. Op. cit. p 48.

[5] Kelsen. Op. cit. p 63-64.

نفعاً اقتصادياً واجتماعياً وعدالة اقتصادية واجتماعية. فالنفع والعدالة الاقتصاديين يتمثلان في أنهما الطريق الشرعي الذي رسمه المشرّع لتبادل الأشياء والمنافع وفقاً لقيمتها الاقتصادية. أما النفع والعدالة الاجتماعية فيتمثلان بأن الأفراد في المجتمع يشعرون بالعدالة في حماية أملاكهم وعدم الاعتداء عليها[1].

ويعتقد GHESTIN بأن اتفاق الارادتين في العقد هو إجراء ضروري ونوعي لتكوين العقد إلا أنها – أي الإرادة– ليست التي تحقق مصدر قوته الملزمة. فليس للأفراد إلا الحقوق التي تعطيهم إياها القواعد القانونية. ينتقد بذلك مبدأ سلطان الإرادة بقوله: "المأخذ الأساسي الذي يمكن توجيهه إلى مبدأ سلطان الإرادة أنها تخفي المسألة التشريعية بتأكيد ضرورة الرجوع إلى إرادة الأطراف كمبدأ حل عام ومجرد؛ والحال أن هذه الإرادة ليست غاية في ذاتها؛ إنها أداة في خدمة القانون الموضوعي"[2].

فالعقد بالنسبة له ملزماً لأنه نافعاً وعادلاً. ويكون للنفع مظهرين؛ نفع خاص يتحقق بصور منها أهلية التعاقد. ونفع عام كنقل القيمة والتبادل للمنافع والخدمات ويلخص هذا النفع بدوره الاجتماعي والاقتصادي[3].

أما فيما يتعلق بالعادل فيؤكد GHESTIN بأن العقد ليس الزامياً إلا إذا كان عادلاً بحيث أن يتلقى في التبادل كل من الفريقين ما يعادل ما قدمه، ويربط هذه الفكرة بمبدأ حُسن النية على اعتبار أنها التكملة الضرورية للعدالة العقدية وما لها من آثار على مراحل تنفيذ العقد؛ إضافة لدورها في مراحل انعقاد العقد كما هو الحال في حالة الخداع أو التدليس[4].

بالنسبة لنا يثور تساؤل جوهري هل فسرت هذه النظريات حقيقة مصدر القوة الملزمة للعقد؟

فإذا بحثنا في هذه النظريات بطريقة مجردة؛ فإننا نشكك في صدق تفسيرها لمصدر القوة الملزمة للعقد. ولنتناول هذه النظريات تباعاً؛ بالنسبة لديجي والذي يتصور بأن الأطراف عندما يتعاقدون على ابرام عقد البيع مثلاً إنما يتفقون على الخضوع لأحكام عقد البيع كما جاء في التنظيم التشريعي له. إن مثل هذا التصور يصطدم بمسائل كثيرة: أولاً قد لا يتصور بأن التكييف القانوني لعقدهم هو عقد بيع وإنما اتجهت ارادتهم إلى مظهر آخر كالإيجار المنتهي بالتمليك مثلاً، وظنوا أنه بيع ففي حقيقة الأمر لا يعتد القاضي في تكييفهم القانوني للعقد وإنما سيقوم القاضي بدوره بالتحقق من التكييف القانوني وبالتالي من تطبيق القواعد القانونية الواجب تطبيقها عليهم. مما يعني أنه لم يفسر لنا القوة الملزمة للعقد وإنما في حقيقة الأمر هذا تفسير للقوة الملزمة للقانون.

أما بالنسبة للفقيه كلسن؛ والذي بحسبه تقسم القواعد القانونية إلى قواعد تقدم مبدأ وقواعد تقدم اجراءات، وأن على أطراف العقد احترام هذا المبدأ وتلك الاجراءات حتى يتحقق بعقدهم القوة الملزمة للعقد.

نعتقد نحن بدورنا بأن كلسن اصطدم بنفس الفكرة التي اصطدم بها الفقيه السابق ديجي بأنه لم يفسر القوة الملزمة للعقد وانما فسر مجدداً القوة الملزمة للقانون؛ فقواعد القانون سواء أكانت في العقد او غيره كما هو الحال في الدعوة وكما هو الحال في أحكام المسؤولية وفي أي موضوع نظمه مشرع عموماً سنجد بأن القانون قدم فيه قواعد عالجت المبادئ التي عالجت ذلك الموضوع أو جوانب الاجراءات في تنفيذه، فالأمر ليس حصراً على العقد وبالتالي لا يعكس تفسيراً علمياً للقوة الملزمة للعقد وإنما هو تفسير اخر للقوة الملزمة للقانون.

وأخيراً ما قدمه الفقيه الفرنسي جيستان في النافع والعادل؛ سواء أكان بمظهر النفع الاقتصادي او الاجتماعي او العدالة الاجتماعية او الاقتصادية فقد يعمم على مسائل قانونية كثيرة تحقق النفع والعدالة الاجتماعيين والاقتصاديين. أو ليس القانون نافع وعادل؟

فهل نتصور أن هناك قاعدة قانونية ليست نافعة وليست عادلة؟ وهل هذا النفع وتلك العدالة مقتصران على العقود؟ بل

[1] GHESTIN, op. cit. pp 223-282.
[2] GHESTIN, op. cit. pp 223-225.
[3] GHESTIN, op. cit. pp 226-240.
[4] GHESTIN, op. cit. pp 251-265.

أكثر من ذلك، ألا يمكن تطبيق ذلك في مجال الحق العيني كحق الملكية؟ حيث يظهر القانون جلياً في النفع الاقتصادي والاجتماعي وفي العدالة الاقتصادية والاجتماعية في تنظيم حق الملكية.

نعتقد بأن هذه النظريات لم تكن موفقة في الفصل بين القوة الملزمة للعقد والقوة الملزمة للقانون؛ وخلطت بينها وجعلتها أمراً واحداً وهو ما ننتقده بشأنها جميعاً.

بناءً على ما تقدم نجد بأن السؤال ما زال مطروحاً حول فهم مصدر القوة الملزمة للعقد. فمن أين يستمد العقد قوته الملزمة؟

نقـدّم بدورنا محاولـة في فهم جديد لتفسير مصدر القوة الملزمة للعقد من خلال المطلب القـادم.

المطلب الثاني: أركــان العقـد (التراضي والمشروعية) أساس مصدر القوة الملزمة للعقد

تثير نظرية العقد الكثير من الاشكالات القانونية حيث أنها – كنظرية عامة – للعقد تقدم الكثير من المبادئ التي يرد عليها لاحقاً الكثير من الاستثناءات. مما يدفع إلى الشك حولة دقة أو صحة هذه النظريات. ذهب الفقيه الفرنسي Savaux إلى التشكك في نظرية العقد حول ما إذا كانت حقيقة أم أنها وهم[1].

إن البناء الفكري لنظرية العقد انطلق من طرح أفكار أو مبادئ قانونية صيغت في معظم الأحوال بشكل مطلق على سبيل المثال: مبدأ الحرية العقدية صيغ على أن الإنسان حر له أن ينشئ ما يريد من عقود والتزامات على نفسه فله أن يتعاقد أو لا يتعاقد وله أن يحدد مضمون العقد وأن يختار المتعاقد الآخر. غير أن الواقع التشريعي والواقع العملي يقودان إلى نتائج أخرى، ففي بعض الأحوال قد نواجه بعدم امكانية تحديد مضمون العقد وإنما قبوله على الصورة التي يرد فيها وهو واقع الحال في عقود الاذعان وعقود النماذج. وهذه الأخيرة "عقود النماذج" أصبحت الأكثر انتشاراً في عصرنا الحالي كما هو الحال في عقود الاتصالات على سبيل المثال. ويظهر الأمر في المبادئ الأخرى في مبدأ الحرية العقدية في تحديد المتعاقد الآخر، ففي حالة المرافق العامة وان تم خصخصتها لا يفعل مثل هذا الخيار[2].

نعتقد بأن الاشكالية تمثلت في فهم مبدأ الحرية العقدية منذ البداية بإطلاقه في الصياغة القانونية دون قيد فالقول بأن الشخص يستطيع بأن ينشئ ما يريد من عقود ويرتب على نفسه ما يريد من التزامات قول مطلق وبالتالي فإن فهمه على هذا النحو كان أمراً خاطئاً.

لم يكن من الصائب جعل المبادئ العقدية مطلقة في صياغاتها القانونية خاصة ما كان مبنياً منها على دور الارادة، فلا يقصد بأن تكون الارادة حرة بأن تكون مطلقة في التصرف وإنما حرة في دائرة فلك القانون. وهذه الحرية ذاتها إنما اعترف بها القانون ولم تأتي وفق أحكامه مطلقة. وهذا ما نراه في صياغة المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أن: "تقوم الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني .....". من هذا النص يتضح بأنه قيد الحرية العقدية منذ لحظة إنشاءه لها بأن تكون خاضعة لأحكام القانون. فما نراه أن نظرية العقد ليست وهماً وإنما الفهم القانوني لنظرية العقد هو الذي كان وهماً. مما يستدعينا إلى تقديم فهم جديد لنظرية العقد ينسجم مع الدلالة الحقيقية والعلمية لهذه النظرية.

مما تقدّم نعتقد بأن الإشكالية الحقيقية في نظرية العقد تبدأ من تعريف العقد ذاته؛ فقول الفقيه الفرنسي Savaux بأن العقد وهم لا حقيقة إنما نفسره بطريقة مختلفة؛ لعل إدراكنا وفهمنا لنظرية العقد هو الوهم أما العقد فهو حقيقة علمية قائمة تحتاج إلى فهم أكثر دقة.

نعرّف نحن العقد بأنه: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني مشروع"، وبالنسبة لنا فإن للعقد ركنين الأول هو ركن الوجود المادي للعقد "الفرع الأول"، والآخر هو ركن الوجود القانوني للعقد "الفرع الثاني"، وهذه نظريتنا في تفسير القوة الملزمة للعقد القائمة على أن للعقد ركنين فقط هما ركن الوجود

[1] Savaux, Le contrat myth ou realite. L.G.D.J 1996.

[2] حزبون والصراف وملكاوي، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها.

المادي وركن الوجود القانوني، بتحققهما تتحقق القوة الملزمة للعقد.

الفرع الأول: التراضي ركن الوجود المادي للعقد

نقصد بالركن هو القيد الداخلي في التصرف القانوني لا يوجد إلا به، وبهذا المعنى إذا لم يتحقق الركن فإن العقد منعدم[1]. ومن هنا يجب أن نميز بين أمرين؛ هما العقد الذي هو توافق ارادتين ومن ناحية أخرى الانعقاد الذي هو ارتباط الايجاب بالقبول[2]. وبالتالي قد يكون هناك انعقاد لا يتحقق له القوة الملزمة كما هو الحال للعقد الباطل وإنما يجب أن يتحقق وفق تعريفنا للعقد على أنه توافق ارادتين لإحداث أثر قانوني مشروع حتى يتحقق له صفة القوة الملزمة.

بمعنى آخر ليس لكل عقد قوة ملزمة فالعقد الذي اختل ركن المشروعية فيه افتقد إلى ركن الوجود القانوني فلا تتحقق له القوة الملزمة بصفته عقداً. وإذا رتب أثراً قانونياً فلا يكون بوصفه عقداً وإنما قد يكون بصفته واقعة مادية نتجت عن تحقق ركن الوجود المادي الذي لا يحقق منفرداً صفته عقداً، فعلى سبيل المثال: في حالة عقد الزواج يحرم وفق القانون الإسلامي حالة الزواج بين الأخ وأخته في الرضاعة فإذا وقع زواج بينهما دون علمهما بأنهما أخوة في الرضاعة وأنجبا أطفالاً، ثم علما بعد فترة من الزمن بأنهما أخوة في الرضاعة فهنا يكون العقد بينهما باطلاً، والأثر المترتب في ثبوت النسب للأطفال ووجوب النفقة عليهم من الأب لم تكن ناشئة كأثر قانوني على اعتباره عقداً وإنما على اعتبار أنه واقعة مادية نشأت لركن الوجود المادي للعقد[3].

نلاحظ وجود خلط بين العقد والانعقاد؛ فالقانون المدني الأردني جعل من العقد والانعقاد شيئاً واحداً في نص المادة (87) و (90). ونلاحظ بعض شراح القانون يخلطون بينهما أيضاً[4].

أما بالنسبة للشكلية في العقود، فنحن لا نراها شرط صحة ولا ركناً في العقد، وإنما هي قيد على صورة التعبير عن الإدارة بالرضا، ففي هذه الحالة لا يكتفي المشرع بالتعبير عن الرضا من خلال مبدأ الرضائية وإنما يوجه الإدارة إلى صورة خاصة للتعبير عن ذاتها وهي الشكلية التي يقتضيها القانون[5].

بناءً على ما تقدّم ينعقد العقد بارتباط رضا الموجب مع رضا القابل، فبمجرد إعلان الموجب عن إرادته برغبته بالتعاقد لا تكون كافية لوجود العقد بل لا بد من ارتباط هذا الإعلان بإعلان القابل عن إرادته بالتعاقد وفقاً لشروطهما.

ولا يُعتدّ بالتراضي إلا إذا تحقق له شروط وهي: الأهلية وصحة الرضا والتعبير عن الإرادة بشكل صحيح.

فالأهلية كما نراها ليست ركناً في العقد وإنما هي شرط من شروط تحقق الرضا، وتتكون بحسبنا من عنصرين هما: الإدراك والاختيار، فبالنسبة للإدراك وهي حالة ناقص الأهلية فعند تعبيره عن إرادته بالرضا في التعاقد لا يُعاب تعبيره عن الإرادة بالضرورة فقد يجيزه بنفسه عند بلوغه السن القانونية بصورته التي صدرت منه في مرحلة نقص أهليته أو قد يجيزه الولي أو الوصي كما هو أيضاً ويترتب عليه في حينه الآثار القانونية كتعبير صحيح عن الإرادة بالرضا. أما السفه والعته فهي عوارض تعترض أهلية التعبير عن الإرادة بالرضا فلا يعتدّ

---

[1] هشام قريسة. نظرية العقد في الفقه الإسلامي. دار ابن حزم. بيروت–لبنان. 2008. ص (15) وما بعدها.

[2] د. بشار عدنان ملكاوي، تقييم تعريف العقد في القانون الأردني، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، المجلد 36 عدد (2)، 2008م.

[3] Cass. Civ. 5 mars 1991. D.S. 1993. 508. Note. Laurence collet.

[4] أنظر على سبيل المثال: مصطفى العوجي. القانون المدني. الجزء الأول. العقد. 2003. صفحة (275) وما بعدها.

[5] أنظر بشكل عام:– السنهوري، مرجع سابق، ص 163. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، القاهرة، 1963.

بالتعبير عن الإرادة في هذه الأحوال حماية لصاحبها لما أصاب إدراكه[1].

أما بالنسبة للشق الآخر وهو الاختيار؛ فيكون الرضا معيباً وليست الإرادة كما هو الحال في عيوب الرضا كالإكراه أو التغرير والغلط. فالإرادة عبرت عن ذاتها بالرضا بالتعاقد إلا أنها لم تكن حرة، فهناك إرادة مدركة لكنها لم تكن مختارة.

فعلى سبيل المثال في حالة الإكراه؛ قد يكون المُكره قد أراد العقد أصلاً وإنما جاء الإكراه عارضاً غير مؤثر على إرادته وعلى رضاه، فكان له أن يفسخ العقد أو أن يبطله أو إجازته بحسب التشريعات المختلفة[2].

إلا أن هناك فرضية أخرى وهي أن المُكره لم يُرد العقد مطلقاً وإنما عبّر بالرضا دون وجود لإرادته نتيجة فعل الإكراه وهنا لا يصدق القول بفسخ العقد أو إبطاله وإنما هو عقد منعدم لا وجود له لانعدام ركن الوجود المادي للعقد[3].

وهنا لا بد لنا من التوقف عند شرط هام في الإكراه ألا وهو اشتراط أن يكون الإكراه هو السبب الدافع للتعاقد[4]. فإن تحقق هذا الشرط الأصل فيه أن يفضي إلى انعدام العقد لا إلى إمكانية إبطاله أو فسخه. لأن الأثر المترتب عليه هو أن المُكره لم يُرد العقد فالعلاقة بين السبب والإرادة علاقة جوهرية في التعاقد. فلا يتصور وجود الإرادة بلا سبب للتعاقد إلا استثناءً في التصرف المجرد. فالسبب هو الدافع للإرادة للتعبير عن ذاتها برغبتها بالتعاقد.

ففي حالة الإكراه نجد أنفسنا أمام ثلاثة فرضيات:

الأولى: أن المُكره أراد التعاقد فعلاً قبل الإكراه والإكراه في هذه الحالة لم ينتج أثراً في نفسه في التعبير عن الإرادة بالرضا بالتعاقد فيقوم بإجازة العقد وهو مؤشر لوجود الرضا لديه فيكون الوجود المادي للعقد متحققاً.

الفرضية الثانية: أن المُكره أراد العقد قبل الإكراه إلا أنه بعد زوال الإكراه لم تتجه إرادته إلى إجازة العقد وإنما فسخه أو إبطاله بحسب التشريعات المختلفة. ولعلنا نجد السند القانوني لهذه الحالة في مبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد. فسوء نية المتعاقد الآخر باللجوء إلى الإكراه يحقق حكم الفسخ لأن العقد منعقد حقيقة، وليس إبطاله وإن كانت صفة البطلان نسبي على اعتبار أن العقد تحقق له الوجود المادي للعقد في هذه الحالة لعدم انتاجية الإكراه.

الفرضية الثالثة: أن المُكره لم يرد العقد مطلقاً وإنما تم توجيه إرادته إلى التعاقد وقيادتها من قِبل المُكرِه فانعدم سببه. ففي هذه الحالة لا وجود للرضا والأصل أن العقد منعدم في هذه الحالة فلا يتم فسخه أو إبطاله إذ لا وجود له.

على ما تقدّم فإننا نلخّص رؤيتنا لركن الوجود المادي على النحو التالي: التراضي يمثل ركن الوجود المادي للعقد وللتحقق من التراضي هناك وسائل قانونية تتمثل في الاهلية المدركه والمختارة وخلوها من عيوب الرضا، ويتحقق من خلال هذه الآليات القول بقيام ركن الوجود المادي للعقد من عدمه.

ويمكننا أن نجمل هذه الآليات بمحورين هما: الادراك والاختيار، فإذا كانت هناك ارادة مدركة مختارة يتحقق ركن الوجود المادي للعقد فالإدراك متصل بالأهلية والاختيار يتصل بالتعبير عن الارادة وعدم وقوع عيب من عيوب الرضا كالإكراه والتدليس والغلط والتغرير. مما يعني أن الادراك والاختيار هما

---

[1] أنظر آلان بينابنت ترجمة منصور القاضي. القانون المدني. الالتزامات. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. 2004. ص (33).

[2] د. بشار عدنان ملكاوي، العلاقة بين الإكراه ونظرية السبب في القانون المدني الأردني، بحث منشور. مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، 2008.

[3] تمييز حقوق 253/ 2017. موقع قسطاس. تمييز حقوق 2305/ 2016. موقع قسطاس. تمييز حقوق 1269/ 2016. موقع قسطاس. تمييز حقوق 1831/ 2016. موقع قسطاس.

[4] المرجع السابق.

الوسائل القانونية المتاحة لنا للقول بوجود ركن الوجود المادي للعقد.

بتحقق ركن الوجود المادي للعقد لا نستطيع القول بأنه قد تحققت له القوة الملزمة بل لا بد إلى جانب ذلك أن يتحقق ركن الوجود القانوني والذي نراه تحت مظلة مبدأ المشروعية في العقود وهو ما سنبحث به في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: المشروعية هي ركن الوجود القانوني للعقد

تُعرف المشروعية بأنها: "الغطاء القانوني للتصرفات القانونية"[1]، ونقصد بذلك أن التصرف القانوني غير المشروع لا تتوفر له الحماية القانونية؛ فلا يملك الدائن إجبار المدين على الوفاء بهذه الحالة.

والمشروعية متصلة بالنظام العام[2] فكل تصرف قانوني خالف النظام العام غير مشروع. وتجدر الإشارة إلى أن فكرة النظام العام وكما جاء في مؤتمر L'ordre public في إكس إن بخفانس X-enprovnce في عام 1996[3] بدأت تتسع لنصبح أمام أنظمة عامة فأصبح الحديث عن النظام العام السياسي والاجتماعي والحمائي والموجه والإجرائي وغيرها.

ونحن نميل إلى التعريف الوارد للنظام العام بأنه: "مجموعة القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها" لأننا نراه بجميع عناصر التعريفات المختلفة للنظام العام. جمع الفقيه الفرنسي ph. MALURI [4] حتى عام 1951 نحو (26) تعريف للنظام العام وبالبحث فيها نجد أن التعريف السابق الإشارة إليه والذي يتبناه أغلب الفقه الفرنسي[5] هو التعريف الأفضل لأنه يحتويها.

يثور التساؤل حول الوسائل التي تسمح بالتحقق من مشروعية العقد؟

اشترط القانون مشروعية المحل ومشروعية السبب؛ فهي الوسائل – أي المحل والسبب – للتحقق من ركن الوجود القانوني للعقد. وهي بذلك ليست أركاناً للعقد. ويمكننا أن نستدل على ذلك بالمثال التالي: قد يبرم عقداً على محل ويكون صحيحاً عند إبرام العقد ويباشر الأطراف في تنفيذه وفي مرحلة ما من مراحل التنفيذ قد تصدر قاعدة قانونية تخرجه من دائرة التعامل وترتب عليه حكماً بعدم مشروعيته فيصبح تنفيذه للمستقبل غير مشروع.

فإذا ما قام أحد أطراف العقد برفع دعواه بالمطالبة بتنفيذ العقد قبل نفاذ القاعدة القانونية التي رتبت حكم عدم مشروعيته تلزم المحكمة المتعاقد الآخر بوجوب التنفيذ؛ فالتغيير في الحكم القانوني لمشروعية العقد من عدمه جاء بعد إبرام العقد أي حينما كان متحققاً ركن الوجود القانوني للعقد.

فلو كان المحل ركناً بذاته لكان الأصل التحقق منه فقط في مرحلة إبرام العقد وعند تحققه يبقى العقد ملزماً بغض النظر عن تغيير حكمه القانوني إلى محل غير مشروع لاحقاً؛ لهذا جاءت قواعد النظام العام سارية بأثر فوري كضابط للمشروعية وكوسيلة للتحقق من ذلك.

أما بالنسبة لنظرية السبب؛ فهي أيضاً وسيلة للتحقق من قيام ركن المشروعية للعقد. وهي وسيلة هامة جداً لا يمكن تجاهل دورها الجوهري في نظرية العقد. فدورها يمتد إلى ركن الوجود المادي في العقد كما رأيناه في حالة الإكراه – على سبيل المثال – وذلك لاتصالها الوثيق بالإرادة.

---

[1] د. بشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون، لا يوجد دار نشر، عمان، الأردن، 2016.

[2] د. بشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق.

[3] Thierry REUET, l'ordre public 'a la fin'du xxesiecle. Dalloz. 1996.

[4] MALURI. Ph. Le contrat et l'ordre public. Dalloz. 1951.

[5] أنظر بشكل عام:

GHESTIN. Op.cit. MALURI. Op. cit. RAYNAVD. L'ordre public e'conomique. Cours du droit prive'. 1966. LAGAEDE.P. Recjerches sur l'ordre public en droit international prive'. The'se du doctorat. 1959.

ونظرية السبب تلعب دوراً وظيفياً هاماً في ركن الوجود المادي للعقد على اعتبار أن السبب هو المحرك للإرادة لتعبيرها عن ذاتها بالرضا في التعاقد[1]. أما عن دورها الوظيفي في ركن الوجود القانوني للعقد فلا يقل أهمية عن دورها في ركن الوجود المادي للعقد.

ويعبّر عن أدوار نظرية السبب من خلال شروط السبب في العقد فيشترط فيه أن يكون صحيحاً وموجوداً ومشروعاً[2].

نلاحظ بأن شرط الوجود مرتبط بركن الوجود المادي للعقد؛ فالأصل أن الإرادة التي خلت من سبب لها لا يتحقق لها وجود الرضا لانعدام المحرك الدافع لها للتعبير عن ذاتها. وعليه فإن العقد في هذه الحالة يكون منعدماً وليس باطلاً.

أما شرطي الصحة والمشروعية فهما مرتبطان بركن الوجود القانوني للعقد[3].

يتحقق القضاء من ركن المشروعية في العقد من خلال "أدوات" هي نظريتي المحل والسبب، وقد لا تتبنى بعض التشريعات هذه الآلية كما هو الحال في القانون الألماني الذي أعتمد التصرفات المجردة.

يتبين لنا مما تقدّم بأن المحل والسبب في العقد لهما الدور الوظيفي من آليات التحقق من ركن الوجود القانوني للعقد، حيث نتمكن من خلال هذا الدور الوظيفي أن نبحث في مشروعية أو عدم مشروعية العقد، فإذا تحقق للعقد أنه مشروع ومع اكتمال تحقق ركن الوجود المادي نستطيع القول بأنه تحققت للعقد قوته الملزمة.

من هنا فإن مفهوم العدالة العقدية يتحقق بركنيه المتمثلان: بركن الوجود المادي (التراضي) وركن الوجود القانوني (المشروعية) وبذلك يترتب على العقد القوة الملزمة.

الخاتمـــة:

نؤكد في الخاتمة على أن هذا البحث جاء في النظام القانوني اللاتيني، ويستبعد من نطاقه النظام الأنجلوسكسوني.

إن نظرية العقد حقيقة لا وهم كما ذهب بعض الفقه الفرنسي إلا أن الوهم يتأتى من فهم هذه النظرية، والسؤال المحوري في نظرية العقد فقهاً هو في البحث في مصدر القوة الملزمة للعقد.

ذهبت النظريات اتجاهات مختلفة منها ما أسس الإجابة على الإرادة وأخرى على القانون.

ذهبت التشريعات المختلفة مذاهب عدة بشأن أركان العقد وشروط صحته، فبعضها قال بأربعة أركان هي: الرضا، والأهلية، والمحل، والسبب، وغيرها قال بركن وحيد هو التراضي، في حيث أن بعضها الآخر قال بشروط صحته.

بالتمييز بين الركن والشرط توصلنا إلى أن للعقد ركنين هما: ركن مادي وآخر قانوني، وتأتي الشروط كوسائل أو أدوات للتحقق من الركن؛ ففي حالة ركن التراضي –ركن الوجود المادي– يستلزم الأهلية والرضا الصحيح، أما ركن المشروعية –ركن الوجود القانوني– فيتم التحقق منه من خلال المحل والسبب. وينعكس ذلك كله على تعريف العقد حيث نقول بأن العقد هو: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني مشروع"، مما يحقق في التعريف وجود كلا الركنين مجتمعين.

ولا يمكننا استبعاد دور الإرادة في العقد ليس فقط في إنشائه وإنما أيضاً فيما ينعكس من دورها على طبيعة الالتزامات والذي يؤثر في نهاية المطاف في التكييف القانوني لطبيعة العقد سواء أكان ملزم لجانبين أو لجانب واحد أو عقد رضائي أو عيني أو شكلي أو غيرها من تصنيفات العقود، الأمر الذي يرتب أحكاماً قانونية مختلفة بحسب الأحوال. وهنا يتدخل دور المشروعية

---

[1] MUSTAFA,B. contraint'a l'ordre public et l'illiceite' de la cause. Memoire DEA. Reims 1996.

[2] أنظر بشكل عام: السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني المصري. الجزء الأول. لا يوجد دار نشر، 1961.

أمجد منصور. مصادر الالتزام. دار الثقافة. عمان – الأردن، 2005.

بشار عدنان ملكاوي. الوجيز في شرح نظرية العقد. دار وائل للنشر. عمان – الأردن، 2004.

عبد القادر الفار. مصادر الالتزام. دار الثقافة للنشر. عمان – الأردن، 2019.

[3] د. بشار عدنان ملكاوي، نظرية السبب في العقد في القانون المدني الأردني والبحريني، بحث منشور، مجلة جامعة البحرين.

التكاملي بحيث أنه يجب أن تنسجم هذه الإرادة مع المشروعية لتحقيق القوة الملزمة للعقد.

العدالة وفق منطق القانون هي حُسن تطبيقه؛ والقاعدة القانونية بمصادرها المختلفة لا بد أن تراعي مبدأ المشروعية اجرائياً وموضوعياً.

يتمثل دور القانون بتنظيم ورقابة الحياة لاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية. فلا يتصور أن توضع قواعده بمعزل عن مظاهر الحياة التي ينظمها ويراقبها؛ بل هو استجابة لها يؤثر فيها ويتأثر بها.

نعتقد بأن العقد إنما يستمد قوته الملزمة من العدالة العقدية والتي تتحقق من خلال وجود ركنين هما: ركن الوجود المادي للعقد والمتمثل بالتراضي الصحيح، وركن الوجود القانوني المتمثل بالمشروعية.

فالعقد يتكون بإرادتين ولكن ينتج إرادة واحدة بالنسبة للقانون والقضاء هي إرادة أطرافه والتي تمثل العقد ذاته؛ والذي يمثل إرادة مشتركة لعاقديه؛ فإذا جنحت عن مبدأ المشروعية يتدخل القانون والقضاء لتعديل أحكامه استجابة لمبدأ العدالة العقدية إما لحماية أحد الأطراف كما هو الحال في الشروط التعسفية أو الظروف الطارئة أو لحماية المجتمع إذا كان نتاج العقد سبب أو محل غير مشروعين مخالفين للنظام العام الذي يحقق أمن المجتمع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي.

قد يتصل العقد بحقوق تقع في الذمة المالية كالبيع وأخرى خارج الذمة المالية كالحضانة وانشاء شخصية قانونية معنوية كالشركة وفي جميع الاحوال فإن ركن الوجود المادي وركن الوجود القانوني للعقد إنما يقودان العلاقة التعاقدية للعدالة العقدية مما يحقق له القوة الملزمة. فكلا الركنين في حقيقة الأمر سواء بصورة التراضي أو المشروعية إنا يخضعان للعدالة