



مجلة العلوم القانونية - كلية القانون - جامعة المرقب (الخمس-ليبيا)



المجلد الثاني عشر - العدد الأول - (يونيو 2024م)

نماذج من التشريع المدني الفرنسي الجديد  
لدور الفقه في صناعة القاعدة القانونية

**HYPOTHESES DERIVED FROM THE NEW FRNCH CIVIL CODE  
OF THE DOCTRINE ROLE IN MAKING THE LEGAL RULE**

أ.د. مصطفى محمد مالك

**Prof: Mustapha Muhammed Malek**

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

بجامعة القاضي عياض (مراكش - المغرب)

*Email: m.malek@uca.ma*

تاريخ النشر 01 يونيو 2024م

تاريخ القبول 28 مايو 2024م

تاريخ التقديم 18 أبريل 2024م

### الملخص

عمر قانون نابليون زمنا طويلا، تمكن خلاله من ضبط العلائق المدنية بين الأفراد، وأخصها المعاملات في باب العقود والالتزامات، ومكنت قواعده على هذه الحال تتصدى للراهن والمستجد من الفرضيات إلى أن اكتملت، عند المشرع الفرنسي، رؤية التعديل، واتضح لديه ضرورة الإصلاح لباب الالتزامات والعقود. ولم يرد المشرع الفرنسي أن ينفرد بمادة الإصلاح، وإنما فطن إلى دور الفقه في إنتاج هذه المادة، فكلف لهذه الغاية طائفة من فقهاء القانون المدني للتقرير في تطوير باب الالتزامات والعقود، استخلصوا، بعد وقت من النظر والتقصي، مشاريع قوانين تمهيدية، شكّلت مصدرا أو مادة أولية لعدة نماذج في القانون المدني الفرنسي.

وتروم هذه الدراسة تبيان الدور الذي يقوم به الفقه في إنشاء القاعدة القانونية، في القانون المدني الفرنسي، من خلال عرض بعض النماذج، سواء تلك قام فيها الفقه بدور إصلاحي، أو تلك التي قام فيها بدور إنشائي.

**الكلمات المفتاحية:** الفقه - إنشاء القاعدة القانونية - التفاوض على العقد - حوالة العقد - مضمون العقد.

## Abstract:

The Napoleonic Code lasted a long time, during which it was able to control civil relations between individuals, especially transactions in the section of contracts and obligations, and its rules, in this case, continued to address the current and new hypotheses, until the vision of the amendment was completed, according to the French legislator, and it became clear, to him, the need to reform the chapter on obligations and contracts. The legislator did not want to dominate the reform content, but was aware of the role of doctrine in the production of this content, so he commissioned, for this purpose, a group of civil law jurists, to decide on the development of obligations and contracts, who extracted, after a time of consideration and investigation, draft preliminary laws, which constituted a source or preliminary material for several hypotheses or models in the French Civil Code.

This research intends to illustrate the role played by doctrine in creating the legal rule, in French civil law, by exhibiting some models, whether those in which doctrine played a reformist role, or those in which it played a creator role.

**Keywords:** doctrine - establishment of the legal rule - negotiation of the contract - assignment of the contract - content of the contract.

## مقدمة:

### أولاً- الإطار العام للموضوع:

شهدت الساحة القانونية في فرنسا جدلاً واسعاً، احتدم بين رجالات الفقه والقانون، بشأن إصلاح باب الالتزامات والعقود من مدونة القانون المدني الفرنسي، وكان قد تمخّص عن هذا الجدل ظهور عدّة أعمال، شكّلت أصولاً لنص المرسوم المتعلّق بإصلاح قانون العقود، ونظام الالتزامات العام وإثباتها<sup>(1)</sup>، يمكن إرجاعها إلى أصول أو أعمال ثلاثة، اثنان منها عملان فقهيان، والثالث عمل ينسب إلى وزارة العدل الفرنسية، قدّمته في شكل مشروع تمهيدي، المعروف ب: Avant-projet de la chancellerie، ويرجع العمل الفقهي الأوّل إلى الفقيه بيير كاتالا (Pierre CATALA)، الذي عرف بالمشروع التمهيدي كاتالا (Avant-Projet Catala)، وصاغه مجموعة من الأكاديميين بقيادة الفقيه، بينما يرجع العمل الفقهي الثاني إلى الفقيه فرانسوا تيري (François TERRE)، الذي عرف بالمشروع التمهيدي تيري (Avant-Projet TERRE) أو مقترحات نصوص (Propositions de textes)، لإصلاح قانون العقود مقدمة من مجموعة من علماء القانون بقيادة الفقيه.

(1) المرسوم رقم 131-2016 المؤرخ 10 فبراير 2016 بشأن إصلاح قانون العقود ونظام الالتزامات العام وإثباتها، الجريدة

الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم 0035 بتاريخ 11 فبراير 2016، النص رقم 26.

## ثانياً- أهمية الموضوع:

الثابت أن للفقه دوراً في إنتاج القاعدة القانونية، يختلف مداه في قوانين الدول، تزيد درجته في تشريع وتخبو في آخر، فالفقيه ظهير للمشرع، يرسم له أقوم المسالك وأقربها لإخراج عمله التشريعي في أبهى وأجود حلّة، وهو إذ يعين المشرع على عمله، فإنّ زاده، في ذلك، ما تراكم عنده، زمناً، من معارف ومؤهلات، وما ينهجه، ابتغاء ذلك، من أدوات الاستنباط والتفسير والاستنتاج، ومن أساليب المقارنات والمقاربات بين النصوص، قاصداً، من وراء ذلك كلّ، إدراك الدلالة القانونية الدقيقة المنشودة من واضع النص القانوني.

فالفقيه، بما يحوزه من العلوم والمعارف، سند متين لوضع النص، يبتغي معه الوسيلة لإنتاج القاعدة القانونية، إمّا بتفسير نص سابق الوجود، أو ببناء منظور يُظهر حكماً إلى الوجود، وإمّا بالخلوص إلى نتائج تلهم القائمين على التشريع عند وضعهم للنص الجديد.

## ثالثاً- إشكالية الموضوع:

اختلف الرأي في فرنسا بشأن دور الفقه في إنشاء القاعدة القانونية، فلم ينعقد بينهم في المسألة إجماع، ولم ينحسم الخلاف فيها بإقناع، فتأرجح الرأي بين من تمسكّ بدور الفقيه، رافعا من أهميته، ومن اثبت هذا الدور، مقصرا إياه في الإيضاح والتفسير دون الإنشاء أو التقرير.

ونحن، إذ نختار بعض النماذج من التشريع المدني الفرنسي، لا نبتغي من ذلك، إلّا أن نكشف، وعن طريق الاستقراء، عن الدور الحقيقي للفقيه في صناعة القاعدة القانونية، هل يرتفع عمله إلى درجة الدور الإنشائي للنص القانوني، أم أنّ دوره لا يعدو أن يكون إلا دوراً تفسيرياً لا غير؟ ذلك ما نعرض له بين دور الإصلاح ودور الإنشاء في مطلبين كالآتي.

## رابعاً- خطة الدراسة:

يعد العمل الفقهي الذي أنجزه الفقيهان (Pierre CATALA) و (François TERRE) ذا طبيعة مزدوجة، فهو عمل إصلاحي، تضمّن جملة من النصوص، غايتها تعديل وتنقيح بعض القواعد المتصلة بباب الالتزامات والعقود المشمول بمدونة القانون المدني الفرنسي، وهو أيضاً عمل إنشائي، لكونه اشتمل على كثير من القواعد المنشئة لمفاهيم جديدة لم يسبق للقانون المدني الفرنسي أن نظمها بشكل مباشر.

وعطفاً على هذا الدور المزدوج لعمل الفقيهين، نعالج الموضوع وفق خطة نرى أن تكون مكوناتها الأساسية على الشكل الآتي:

المبحث الأول: إسهام الفقه القانوني في إصلاح بعض مقتضيات التشريع الفرنسي للالتزامات والعقود  
المطلب الأول: فقه مضمون العقد

المطلب الثاني: المفاوضات أثناء إبرام العقد

المبحث الثاني: إسهام الفقه القانوني في إنشاء بعض مقتضيات التشريع الفرنسي للالتزامات والعقود

المطلب الأول: فقه حوالة العقد أو التنازل عن العقد

المطلب الثاني الثانية: فقه إعادة التفاوض على العقود

خاتمة واستنتاجات وتوصيات

## المبحث الأول

### إسهام الفقه القانوني في إصلاح بعض مقتضيات التشريع الفرنسي للالتزامات والعقود

فضلا عن الأصول النظرية الأولى للإصلاحات الجوهرية المدخلة على باب الالتزامات والعقود من مدونة

القانون المدني الفرنسي، فإن للأعمال الفقهية المنسوبة للفقهاء (P. CATALA) و (F.TERRE) فضل السبق في تقديم مقترحات في شكل نصوص، تخصّ موضوعين بالأساس، هما تكوين العقود، والمسؤولية المدنية.

وتضمّن مشروع كاتالا (P. CATALA) ومشروع تيري (F.TERRE) العديد من التغييرات، التي وجدوا فيها إصلاحا للنصوص الجارية، غير أن هذه التغييرات لم تكن بنفس العمق الإصلاحي، الذي تدرّج بين تغييرات جوهرية وأخرى طفيفة، ومن الموضوعات المهمة، التي وردت بالعمل الفقهي لهذين الفقهاء، والتي شكّلت مرجعية فقهية لواضعي نص الإصلاح، موضوع مضمون العقد، وموضوع المفاوضات أثناء إبرام العقد.

## المطلب الأول

### فقه مضمون العقد

القاعدة أنه لا عقد إلا بأركان وشروط، وهذه، في جل القوانين، هي الرضاء والأهلية والمحل والسبب، واحتياطاً، الشكلية والتسليم. والمصدر التاريخي لهذه القوانين، خصوصاً ذات النزعة اللاتينية، هو قانون نابليون لسنة 1804، الذي كُتب له أن يعمرّ زمناً طويلاً، ولا زال، وإذا كانت هذه الأركان ممّا توافق رجال القانون الوضعي على ركنيتها في العقد، فإن أصواتاً فقهية من اللاسببيين، نودي بها من بعض الفقه<sup>(1)</sup>، قديمه وحديثه، منبهة إلى عدم جدوى ركني المحل والسبب في نشوء العقد، داعية إلى الاستغناء عنهما والاكتفاء ببديل أطلقوا عليه "مضمون العقد"<sup>(2)</sup>، وفعلاً تكالّت دعوتهم ومناداتهم بتضمين القانون المدني الفرنسي، بموجب إصلاح 2016،

(1) PLANIOL (Marcel), traité élémentaire de droit civil, tome premier, deuxième édition, Les preuves, Théorie générale des obligations, Les contrats Les privilèges et les hypothèques, LGDJ, paris, 1923, p.391, n°1026.

(2) يراجع في معنى آخر لمضمون العقد، محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول. مصادر الالتزام، 1، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، جامعة دمشق، 1976، ص.160، فقرة. 195.

مقتضيات تضمنت العمل بهذا المستجد، وهو إقرار "مضمون العقد" ركنا في العقد بدلا من المحل والسبب. ولسنا نريد، من دراستنا، البحث في المضامين الذاتية لهذا المستجد التشريعي، لبعدها صلتها بالموضوع المبحوث فيه، بيد أننا نود أن نبين الأصول والأعمال الفقهية التي ألهمت المشرع في تبنيه لفكرة "مضمون العقد" في التشريع المدني الفرنسي.

سبقت الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي، قد استلهم قواعد قانون الإصلاح، في باب الالتزامات والعقود، من أعمال، بعضها فقهي، تجسّد في المشروعين التمهيديين للفقيهين (P. CATALA) و(F. TERRE)، والبعض في مشروع تمهيدي من صنيع وزارة العدل، فكيف تمخّضت الفكرة لدى الفقه المذكور؟

فبخصوص فكرة السبب، الذي حُذف، بوصفه ركنا، من ثنايا القانون المدني الفرنسي، فإن الفقه، منذ أمد بعيد، كان قد نادى بحذفه، لعدم دقته وعدم نفعيته، فالفقيه مارسيل بلانيول Marcel PLANIOL، كان قد بسط، في مطوّله في القانون المدني، في معرض تحليله لركن السبب، عدّة حجج انتهى، بموجبها، إلى ضرورة الاستغناء عنه. فالجدل احتدم بين السببيين<sup>(1)</sup> أنصار النظرية التقليدية، واللاسبيين<sup>(2)</sup>، أنصار النظرية الحديثة، فبينما يميز السببيون بين ثلاثة أنواع من السبب، السبب المنشئ للالتزام، وهو مصدر الالتزام، والسبب القسدي أو الغائي، وهو الغرض القريب أو الغرض المباشر من الالتزام، والسبب الدافع، أي الغرض البعيد أو الغرض غير المباشر من الالتزام، يقدّم اللاسبيون، حجج ناقدة للنظرية التقليدية، قائلين، في انتقادها، إنها

---

(1) نادى بهذه النظرية فقهاء فرنسا أمثال دوما وبوتيه في الفقه القديم، وكابتان بعدهم في الدراسات الأولى لنظرية السبب، يراجع: SEFERIADES (Styl. P), Étude critique sur la théorie de la cause, thèse, Université de Paris. Faculté de droit 1897

VILLON (Raoul), De la Cause des obligations dans les contrats synallagmatiques, paris, 1900

TARBOURIECH (E), Contribution à la théorie de la cause. De la Cause dans les libéralités, paris, 1894

DAUFRESNE (Eugène-Paul), De la cause en droit romain et en droit français] : thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris 1854

WAGNER (Albert), De la Nullité de la cause illicite, thèse pour le doctorat, paris, 1900

CAPITANT (Henri), De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs, paris, 3e édition 1927

CAPITANT (Henri), De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs), Dalloz, Paris, 1923.

في شأن الاختلاف بين السببيين أنفسهم، وفي الفقه المصري، يراجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، فقرة 289، و 292، و 233، وعبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، ص. 291 فقرة 234.

(2) نادى بهذه النظرية فقهاء فرنسا أمثال بلانيول.

نظرية غير صحيحة<sup>(1)</sup>، وغير مفيدة<sup>(2)</sup>.

ولم يكد هذا الجدل يخبو حتى انتعش من جديد لدى رجالات القانون الوضعي في فرنسا، تحت ضغوط موضوعية، وأخرى أوروبية، نابعة من النزعة الوحدوية، فتمخض عن هذا الجدل الفقهي والقضائي، عملاق فقهيان، في شكل مسودة نصوص، أنجزهما فريقا عمل، الأول برئاسة الفقيه كاتالا، والثاني برئاسة الفقيه تيري.

وقد تضمن المشروع التمهيدي للفقيه كاتالا، الذي أبقى على ركن السبب والمحل، وفاء لركنيتيه في العقود وفقا للنظرية التقليدية، المواد من 1124 إلى 1126-1 بخصوص السبب، والمواد من 1121 إلى 1123 بخصوص المحل، من المشروع التمهيدي، نظمت، في مجملها، موجبات وجود السبب وجزاء تخلفها. وفي تعليقه على تضمين المشروع فكرة السبب، ذكر الفقيه جاك غيستان (Jacques GHESTIN) أن "الأكيد أنه، وفقا لتقاليدنا القانونية، يظل السبب الحقيقي والمشروع شرطا لوجود العقد. بيد أن هذا الاختيار ينطوي على تجنب عائقين متقابلين، يتمثلان في تعريف مفرط في التقييد، من شأنه أن يحرمه من أي مصلحة عملية، أو واسع جدا، من شأنه أن يقوض الأمن القانوني"<sup>(3)</sup>.

(1) فكونها غير صحيحة لأنها تفسر السبب في طوائف العقود تفسيراً غير دقيق، فسبب التزام أحد المتعاقدين في العقود التبادلية ليس هو التزام المتعاقد الآخر، فمثل هذا القول يقتضي وجود تزامن بين الالتزامين المتقابلين، والحال أن السبب يسبق المسبب إلى الظهور، ثم إن القول بأن السبب في العقود الملزمة لجانب واحد هو تسليم الشيء، قول مردود لعله أن التسليم ركن ينشأ به العقد، فيقع أنصار النظرية بسبب هذا القول في الخلط بين السبب المنشئ والسبب القسدي، وأخيراً إن جعل النظرية التقليدية سبب الالتزام في عقود التبرعات هو نية التبرع منظور غير صحيح لأن نية التبرع ليست لإنية الالتزام ذاته، أو هي التراضي عينه.

(2) أما كون النظرية غير مفيدة؛ فلأنها ترمي إلى تحقيق نتائج عملية تتمثل في بطلان الالتزام لانعدام السبب، أو لعدم مشروعيتها، وهذه النتائج يمكن تحقيقها استناداً إلى مبادئ أخرى ثابتة في القانون العقدي؛ فبطلان الالتزام يمكن الوصول إليه بإعمال مبدأ الارتباط السببي أو التبادلي في العقود الملزمة للجانبين من دون حاجة إلى فكرة السبب، وبطلان العقود العينية يمكن تحقيقه بانعدام التسليم؛ ليس بناء على انعدام السبب، بل بناء على تخلف التسليم، وهو ركن في العقد يؤدي تخلفه إلى انعدامه، وكذلك البطلان في عقود التبرعات الذي يفسر بإعمال مبدأ تخلف الرضاء طالما أن نية التبرع ليست سوى الرضاء ذاته.

(3) Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil) rapport à Monsieur Pascal CLEMENT garde des sceaux, ministre de la Justice 22 septembre 2005, p.25.

[https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art\\_pix/RAPPORTCATALEMBRE2005.pdf](https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/RAPPORTCATALEMBRE2005.pdf) (15/01/2024).

وفي الجانب المقابل، لم يتضمّن المشروع التمهيدي للفقيه Terré السبب بوصفه ركنا لازما لوجود الالتزام، بل استعاض عنه، مع المحل، ب"مضمون العقد"، ذاكرا، في المادة 13، أنه يلزم لتكوين العقد عناصر ثلاثة، رضاء المتعاقدين، وأهليتهما للتعاقد، ومضمون محقق ومشروع، وباسطا، في المواد من 57 على 67 من المشروع التمهيدي، لتفاصيل مضمون العقد.

وقد علّق الفقيه ديميتري هوتسييف (Dimitri HOUTCIEFF) على تبني فكرة مضمون العقد قائلا: "لم يغفل فريق العمل مناقشة فكرتي المحل والسبب، ومع ذلك، كان من الضروري توسيع المنظور إلى ما هو أبعد من ذلك للتطرق إلى ما يعرف بمادة العقد. فالقانون المدني يشير إلى موضوع العقد بالاستناد إلى المادة 1108 التي تتطلب موضوعا مؤكّدا يشكّل "مادة الالتزام" فهذا التعبير وعلى الخصوص، من منظور أوسع لمبادئ قانون العقود الأوروبي (PDEC) أو المدونة الأوروبية للعقود يدعونا للنظر ليس فحسب إلى المحل والسبب ولكن أيضا إلى الشروط، وبشكل أعم، إلى محتوى العقد كلّه، وهذا هو مفهوم مادة العقد الذي تم اعتماده، دون الذهاب بعيدا عن إطار مدونة القانون المدني باتباع مسار (CEDPs)، الذي يعطي مفهوما أوسع بكثير لمحتوى العقد بالإشارة إلى مدة العقد وصورته أو تعديله.

وقد استفاد الفريق العامل من مختلف الصكوك التي تشكلها الاتفاقية، ومشروع المدونة الأوروبية لقانون العقود، والمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، ومبادئ اليونيدروا، والمشروع التمهيدي لإصلاح قانون الالتزامات، فضلا عن ردود الفعل التي أثارها من محكمة النقض، وغرفة تجارة وصناعة باريس، و CCIP وبعض جمعيات المستهلكين، وكذلك القانون المقارن. قبل كل شيء، مع بذل محاولة لعدم تجاهل المبادئ التي يقوم عليها القانون المدني ... "(1).

ويضيف المعلق أنه "في نهاية المطاف، رفضت فكرة محلّ العقد ببساطة. وبطريقة معينة، فهي موجودة بالفعل في القانون الوضعي؛ علاوة على ذلك، يتم استنتاج فكرة موضوع العقد من النص الغامض للقانون المدني أكثر مما يعرض بموجبه. وبالارتباط مع حذف موضوع العقد يبدو من المفيد فرض مطابقة محتوى العقد مع النظام العام والأخلاق الحميدة حتى لا يحرم المرء نفسه من مقياس عدم المشروعية والاتفاقات وعدم أخلاقيتها".

---

(1) HOUTCIEFF (Dimitri), Le contenu du contrat Pour une réforme du droit des contrats, Réflexion et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François TERRE, Dalloz, 2009, p.183

وتبيننا لعدم نفعية محل العقد، تابع صاحب التعليق قائلًا: فضلًا عن غموض فكرة محل العقد، حيث تردّد القانون ذاته، والفقه معه، في شأن المعتبر من العبارتين، فهو محل العقد أم محل الالتزام، ناهيك عنّ ينفي عن العقد أن يكون له محل، بل يكون له أثر، فإن محل العقد يفتقر إلى شمولية المحتوى، ويختلط بالالتزام الرئيسي للعقد، ويتجرّد عن نفعيته في تحديد عدم مشروعية العقد وعدم أخلاقيتها، لاشتمال السبب على هاتين الوظيفتين<sup>(1)</sup>.

وحاصل هذا الجدل الفقهي، الذي تمخّض عنه عمل كل من الفقيه كاتالا، والفقيه تيري، أن فقه الأول منشبت بركنية المحل والسبب، بيد أن فقه الثاني يستغني عن المحل والسبب ويحلّ محلّهما فكرة "مضمون العقد"، فأى الموقفين اعتمدته مدونة القانون المدني الفرنسي؟

قبل الإجابة على هذا السؤال، يجدر الذكر بأن وزارة العدل الفرنسية انحازت إلى رأي الفقيه كاتالا في إقرار "فكرة مضمون العقد".

وأثناء إصدار مدونة القانون المدني الفرنسي المعدّل، بموجب قانون إصلاح باب الالتزامات والعقود، لم يشأ المشرّع إلا أن يتبنى رأي الفقيه، فرانسوا تيري، مع فريقه العامل، فجاءت مقتضياته خالية من السبب والمحل، معوّضًا إيّاهما بمضمون العقد الذي جعله ركنا في العقد إلى جانب باقي الأركان، ليتبيّن الدور الذي يلعبه الفقه في صناعة القاعدة القانونية التشريعية.

وضعت المادة 1128 من القانون أعلاه مبدأ ركنية مضمون العقد، ناصّة على الآتي: "يعد ضروريا لصحة العقد: 1. رضاء المتعاقدين 2. أهليتهما للتعاقد 3. مضمون مشروع ومحقق". وفصلت، في شأن هذا الركن، في المواد من 1162 إلى 1171.

## المطلب الثاني

### المفاوضات أثناء إبرام العقد

نصّت المادة 1112 من مدونة القانون المدني الفرنسي على الآتي: "يكون البدء بمفاوضات ما قبل العقد وسيرها وقطعها حرّاً. يجب أن تفي هذه المسائل بمتطلبات حسن النية. وفي حالة حدوث خطأ في المفاوضات، لا يشمل التعويض، لا فقدان المزايا المتوقعة من العقد الذي لم يبرم، ولا ضياع فرصة الحصول على تلك المزايا". كما نصّت المادة 1-1112 على أنه "يتحمّل المسؤولية وفقا لشروط القواعد العامة كل من

(1) HOUTCIEFF (Dimitri), Le contenu du contrat, Pour une réforme du droit des contrats, op.cit., p.186



يستعمل أو يفشي، بدون إذن، معلومة سرّية حصل عليها بمناسبة المفاوضات".

ودون الخوض في مضامين هذه المادة، حسبنا أن نبين المصدر الفقهي الذي ألهم المشرع الفرنسي في صناعة هذه المادة، وبالتالي تضمينها مدونة القانون المدني.

استلهم المشرع الفرنسي هذه المقتضيات، الناظمة لمفاوضات ما قبل العقد، من المشروع التمهيدي للفقيه تيري، الذي تضمن مقتضى<sup>(1)</sup> يقرب من المقتضى التشريعي النافذ. ومن المواد من 1104 إلى 1104-2 من المشروع التمهيدي للفقيه كاتال<sup>(2)</sup> ومن مضمون المواد من 20 إلى 22 من المشروع التمهيدي لوزارة العدل الفرنسية.

## المبحث الثاني

**إسهام الفقه القانوني في إنشاء بعض المقتضيات في التشريع الفرنسي للالتزامات والعقود**  
لم يكتف المشرع الفرنسي بإدخال تعديلات أو إصلاحات على باب العقود والالتزامات من مدونة القانون المدني الفرنسي، بل عمداً، أيضاً، إلى استحداث مفاهيم جديدة مضمناً إياها هذه المدونة، مواكبة لبعض القوانين الأوروبية، ومن هذه المفاهيم حوالة العقد ونظرية الظروف الطارئة.

## المطلب الأول

(1) جاء في المواد المقترحة في المشروع التمهيدي للفقيه تيري الآتي: المادة 24: يكون بدء المفاوضات وسيرها وقطعها حراً، لكن يجب أن تفي هذه المسائل بمتطلبات شروط حسن النية. الخطأ في ممارسة مكنة الإنهاء مرتّب للمسؤولية. ينشأ على وجه الخصوص عندما يشرع أحد الطرفين في مفاوضات أو يواصلها دون أن يكون لديه أي نية حقيقية للتوصل إلى اتفاق. لا يمكن تحت أي ظرف من الظروف تعويض الأضرار عن خسارة المنافع المتوقعة من العقد الذي لم يبرم المادة 25 بصرف النظر عن أي إنهاء، فإن الاستخدام غير المأذون به للمعلومات السرية المحصل عليها بمناسبة المفاوضات ينشئ الحق في التعويض بموجب شروط القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية

المادة 26 يجوز للطرفين، باتفاق مبدئي، أن يتعهدا، في تاريخ لاحق، بالتفاوض على عقد تكون عناصره قابلة للتحديد. يساهم الطرفان بحسن نية في تحديده.

(2) جاء في المواد المقترحة في المشروع التمهيدي للفقيه تيري الآتي:

المادة 1104 " يكون بدء المفاوضات وسيرها وقطعها حراً، لكن يجب أن تفي هذه المسائل بمتطلبات شروط حسن النية. لا يمكن أن يكون فشل المفاوضات سبباً للمسؤولية إلا إذا نُسب إلى سوء نية أو خطأ أحد الطرفين.  
1104-1 "يجوز للطرفين، بموجب اتفاق مبدئي، أن يتعهدا بالتفاوض، في تاريخ لاحق، تكون عناصره قابلة للتحديد. يساهم الطرفان بحسن نية في تحديدها.

1104-2 " يخضع لأحكام هذا الفرع نظام الاتفاقات الرامية إلى تنظيم سير المفاوضات أو قطعها"

## فقه حوالة العقد أو التنازل عن العقد

أوصى الفقيهان كاتال<sup>(1)</sup> وتيري<sup>(2)</sup>، في مشروعيهما التمهيديين، بإدخال حوالة العقد ضمن القانون المدني، لكن الأمر الإصلاحي، أدمج حوالة العقد ضمن آثار العقد بين مدته وتنفيذه، خلافا لمشروع هذا الأمر<sup>(3)</sup> والمشروع التمهيدي<sup>(4)</sup> لوزارة العدل الفرنسية، اللذين فضلا إدخالها ضمن باب الالتزامات إلى جانب حوالة الحق وحوالة الدين.

ولتبيان أثر الأعمال الفقهية، التي سبق إنجازها في شأن حوالة العقد، والتي أثرت، بشكل عميق، في سياسة المشرع الفرنسي زمن الإصلاح، ودفعته إلى تبني هذه المؤسسة القانونية في المواد من 1216 إلى 3-1216 من مدونة القانون المدني الفرنسي، يجدر بنا أن نعرض للجدل الفقهي القضائي، الذي تمخضت عنه هذه المواد.

نتناول، إذن، كيفية مساهمة الفقه القانوني الفرنسي في صناعة فكرة حوالة العقد، وتقديمها، في شكل مادة قانونية، إلى المشرع الفرنسي، الذي عمل على تبني ما انتهى إليه الرأي عند بعض المجادلين في وجودها وأثرها، وذلك من خلال عدة نقط كالآتي:

### الفقرة الأولى - الأسس النظرية لحوالة العقد في التشريع المدني الفرنسي:

إنّ الفحص الظاهر القريب لنص المادة 1216 من مدونة القانون المدني الفرنسي، يوحي بأنّ المشرع

---

(1) أما فيما يتعلّق بأثر الاتفاقات بالنسبة للغير... فإن مبادئ حوالة العقد قد تم تأكيدها في النهاية، فكل من هذه المسائل يستحقّ بعض التعمق..."

GHOZI (Alain), Effet des conventions, Interprétation, Qualification (art. 1134 à 1143), Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil) rapport à Monsieur Pascal CLEMENT garde des sceaux, ministre de la Justice 22 septembre 2005, p.35

(2) تضمّن المشروع التمهيدي للفقيه تيري تعليقا مؤداه ما يلي: "أعرض المشروع عن نقطتين، انتقال العقد بسبب الوفاة إلى الخلف العام وحوالة العقد بين الأحياء، وبخصوص هذه الأخيرة سيكون من المناسب تنظيمها بعد عمليات الحقوق والديون".

CORLAY (Remy), Les effets à l'égard des tiers Pauline, pour une réforme du droit du contrats, op.cit., p.293

(3) راجع: SIMLER (Philippe), RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS. – Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, Encyclopédies Jurisclasseur Notarial Formulaire V° Contrats et obligations - Fasc. 10 : § 69

(4) ورد في المادة 148 من مشروع وزارة العدل الآتي: "لا يجوز لأحد المتعاقدين، بدون موافقة صريحة أو ضمنية من المتعاقد الآخر، أن يحيل، بين الأحياء، صفته كمتعاقد إلى الغير، ما لم يأذن القانون بذلك".

الفرنسي لم يُعرض عن النظر في مجمل الطروحات الفقهية، التي أسّسها أصحابها في شأن حوالة العقد. لقد كانت حوالة العقد، في الفترة السابقة على الإصلاح التشريعي للعقود في فرنسا، مسألة من أكثر المسائل جدلاً في الفقه والقضاء الفرنسيين، لتعذر تقبل القانون العقدي لها، الذي وقف، آنئذ، عائقاً قوياً أمام قابلية العقد للحوالة، الوضع الذي تسبّب في ظهور عدة مسائل مستعصية، تغايرت، على إثرها، آراء الفقهاء القانونيين، بين نظرتين، نظرة الشخصانيين، الذين انتصروا للتصوير التفكيكي للعقد، والذين اختزلوه في وعاء من الحقوق والديون، وبالنتيجة، ليست حوالة هذا العقد، عندهم، سوى عملية جمع بين حوالة حق وحوالة دين؛ وبين نظرة الموضوعانيين، الذين انتصروا لوحدة العقد، باعتباره منظومة وتقى لا انفصال لها، تتوارى داخلها عناصر العقد الإيجابية والسلبية، تتجسّد في حق الدائنية والدين والحقوق الإرادية. وأمام هذا الجدل الذي تفرّعت أوصاله وامتدّت، لم يشأ المشرّع الفرنسي زمن الإصلاح إلّا أن يحدّد موقفه من النظرتين السابقتين، فأورد، ضمن التشريع المدني الفرنسي مواداً على رأسها المادة 1216 التي ورد بها المقتضى الآتي: "يجوز لأحد المتعاقدين، المحيل، أن يحيل صفته كطرف في العقد إلى الغير، المحال له، بموافقة متعاقده، المحال عليه.

ويسوغ منح هذه الموافقة مقدّماً، وعلى الأخص في العقد المبرم بين المحيل والمحال عليه المستقبليين، وفي هذه الحالة، ترتّب الحوالة أثرها في مواجهة المحال عليه عند إخطاره بالعقد المبرم بين المحيل والمحال له، أو عند علمه به. يجب أن تتم الحوالة كتابة تحت طائلة البطلان".

فأيّ من الموقفين تبنّاه نص المادة السالفة؟ تقتضي الإجابة على هذا السؤال إجراء عمل تأصيلي، تكشف عنه ثلاث مسائل: مسألة مضمون حوالة العقد<sup>(1)</sup>، ومسألة رضاء المحال عليه في حوالة العقد،

(1) تشكل نواة العقد محله وسببه، وفي هذا الشأن، وعلى خلاف المادة 1108 مدني فرنسي الملغاة، التي كانت تجعل أركان العقد أربعة، هي: رضاء الطرف الملتمزم؛ وأهلية التعاقد؛ ومحل محقق يشكل مادة الالتزام؛ وسبب مشروع للالتزام، فإنّه، وفي المادة 1128 مدني فرنسي، التي حلّت محل المادة 1108، قد نقص وعاء أركان العقد إلى ثلاثة، وبتبيين ذلك من خلال نص المادة 1128 التي جاء فيها ما يلي: "يلزم لصحة العقد: رضاء الأطراف؛ وأهليتهم للتعاقد؛ ومضمون مشروع ومحقق". ممّا جعل الشراح في فرنسا يستخلصون تخلي المشرّع الفرنسي عن ركني المحل والسبب وتعويضهما بعبارة "المضمون المشروع والمحقق"، وإن كان قد استبقى السبب الشخصي، مطلقاً عليه "غرض العقد أو مقصده"، وهو ما تنص عليه المادة 1162 الجديدة مدني فرنسي، حيث ورد بها ما يلي: "لا يمكن للعقد أن يخالف النظام العام، بموجب اشتراطاته أو بغرضه، سواء كان هذا الأخير معروفاً من الأطراف أم لا".

ومسألة طبيعة التصرف الناقل للعقد المحال به.

## أولاً- محل حوالة العقد في القانون الفرنسي:

يسود القانون العقدي ثوابت، من بينها أن للعقد مضمونا غير مطلق<sup>(1)</sup>، يقيده القانون والنظام العام<sup>(2)</sup>، وي طرح مسألة جواز أن يكون العقد ذاته محلا لعقد آخر، وقد علم عنه التجريد النافي للتشبيء<sup>(3)</sup>، وهذه حجة الشخصانيين في التمسك بعدم قابلية العقد للحوالة، بيد أن هذه الحجة توارت عند الموضوعانيين، الذين دفعتهم نظرتهم الواحدية للعقد إلى جعله قابلا للحوالة، غير أنهم اختلفوا في طبيعة المحل الذي تتصرف إليه الحوالة، هل هو العقد، أو ما ينشئه من مراكز عقدية، أو صفة المتعاقد؟ فكيف تقبل القانون المدني الفرنسي هذه الآراء؟

إن تحديد الموقف الذي تبنته مدونة القانون المدني الفرنسي إصلاحا لباب العقود والالتزامات الفرنسي من هذه الآراء الفقهية بشأن الموضوع، يستوجب الكشف عن مفهوم حوالة العقد، كما تصوّره هذا القانون، بموجب المادة 1216، علما بأن هذا الكشف موقوف على معرفة محل الحوالة وسببها عند منشئها.

## أ. الآراء الفقهية بشأن الأسس التكوينية لحوالة العقد:

نتج عن تعدد آراء الفقهاء في شأن الأسس التكوينية لحوالة العقد، نظريتان، النظرية التفكيكية<sup>(4)</sup>، والنظرية الواحدية<sup>(5)</sup>. ويعدّ الفقيه LAPP من أوائل الفقهاء الذين أنشأوا النظرية التفكيكية<sup>(6)</sup> في الفقه الفرنسي، ودافع عنها، بعده، فقهاء هم ميرا لاماس<sup>(7)</sup> (MAIRA LAMAS) و كرسيتان لارومي

(1) استعاض القانون المدني عن تسمية "المحل والسبب" بتسمية "المضمون".

(2) تراجع المادة 1162 مدني فرنسي المشار إليها.

(3) ويظهر تجريده، عموما، في كونه اتفاقا بين إرادات على إحداث أثر قانوني.

(4) ويطلق عليها أيضا النظرية التوزيعية والنظرية الارذواجية

(5) ليس غرضنا من بسط النظريتين أعلاه تفصيل القول عنهما، وإنما غايتنا هو الإشارة إلى النظريتين بالقدر المقترض الذي يحصل به إدراكهما من جهة، ويجعلهما سبيلا إلى تلمس إحدى النظريتين التي تبناها المشرع الفرنسي من جهة أخرى.

(6) راجع: (LAPP: Charles), Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, thèse, Strasbourg, Préf. RADOUAN, 1950

(7) انظر: (MAIRA LAMAS Octavio), La cession de contrat en droit comparé, thèse. dactyl, Paris, 1968, n°36. p.82 et s

(1) Christian (LARROUMET). وانطلق LAPP، لبناء نظريته، من أساس (2) يكمن في أن محل الحوالة ليس هو العقد في ذاته، ولكن هو الرابطة القانونية التي ينشئها هذا العقد، والتي يتفكك وعاؤها، عند الفقيه، إلى حقوق دائنية وديون (3) وحقوق إرادية (4).

غير أن عدم قابلية الدين للحوالة في القانون الفرنسي، شكّل صعوبة قانونية واجهت الفقيه لآب LAPP في بلورة نظريته، فحاول رفعها بجعله حوالة الدين تامة بموجب "تصرف قانوني يتضمن انتقالا مباشرا للدين، من المحيل إلى المحال له، ولكن لا يحتج به في جميع مكوناته في مواجهة المحال عليه" (5).

واتجه فريق آخر، في الفقه والقضاء، إلى أن العقد ذاته يشكل محل الحوالة، بوصفه منظومة وثقى لا انفصام لها، والحجة عندهم حجتان؛ الأولى مؤسساتية، والأخرى تقنية، فأما الأولى فتتجسد في أن عنصر الزمن وتراخيه، في هذه العقود، أضفى عليها طابع المؤسسة، لا ينال تغيير أشخاصها من وجودها، وأكسبها قيمة وقوة تفتقر العقود الفورية إليهما، جعلتها تتشياً بدخولها دائرة الأموال. أما الثانية فتظهر، مبدئياً، في تبادلية العقد المحال به، حيث الارتباط السببي بين عناصره الإيجابية وعناصره السلبية، على نحو يجعل العقد ذمة مالية، انصهرت مكوناتها لتحقيق منفعة اقتصادية معينة.

## ب. صفة الطرف المتعاقد محل لحوالة العقد في التشريع المدني الفرنسي:

حسم المشرع الفرنسي الجدل الذي احتدم، بشأن محل حوالة العقد، بين أنصار النظرية التفكيكية وأنصار النظرية الواحدية، فحدّد موقفه صراحة من هذا الجدل، بجعله صفة المتعاقد الطرف محلاً لحوالة العقد. فالعقد، بمجرد انعقاده، يرتب، لكلا المتعاقدين، مركزاً عقدياً، يمنحه صفة، هي صفة المتعاقد، التي تتضمن، من الآثار القانونية، بمقدار ما يحمله المركز العقدي المنشئ لها، وهذا المركز يرتب لمنشئه صفة

(1) انظر: (LARROUMET Christian), Les opérations juridiques à trios personnes en droit privé, thèse.dactyl, Bordeaux, 1968.. n°103 et s. p.242 et s

(2) انظر: (LAPP Charles), thèse. Précitée, n°36 et s, p :53 et s

(3) عرفَ LAPP حوالة العقد بأنها "اتفاق يُنقل، بمقتضاه، من المتعاقد إلى الغير، وعلى عهده، مجموع الروابط القانونية الناشئة من عقد معين"

LAPP (Ch), thèse. Précitée, n°1, p :9

“Par cession de contrat on désigne donc la convention par laquelle on transfère d’un contractant à un tiers l’ensemble des rapports juridiques issus d’un contrat et reposant sur sa tête”.

(4) انظر : LAPP (Ch), op.cit. n°29 et s, p.40 et s

(5) انظر : LAPP (Ch), op.cit. n°40, pp 60.61 et n°63 et s. p.94 et s.

الطرف في العقد، الذي تشمل صفتين اثنتين، صفة الملتزم، وهذه تجعل حاملها دائماً بالحق ومدينا بالدين، جمعا وانفرادا، بيد أن صفة المتعاقد، التي تجبّ الصفة الأولى بما تحمله من آثار، تجعل صاحبها خاضعا لمختلف الآثار المتصلة بالعقد لا بالالتزام فحسب، ومن بينها الحقوق الإرادية.

## ثانيا- رضاء المحال عليه في الحوالة في القانون الوضعي الفرنسي:

نتتبع في هذه النقطة الجدل الفقهي بشأن رضاء المحال عليه في عملية الحوالة، ثم تدخل المشرع الفرنسي وكيفية حسمه لهذا الجدل، ولأي موقف من المواقف المجادلة في المسألة

### أ. طبيعة رضاء المحال عليه في الفقه الفرنسي:

1. الطبيعة المنشئة لرضاء المحال عليه: يتجه جانب في الفقه والقضاء الفرنسيين إلى أن رضاء المحال عليه رضاء منشئ، لا تنعقد دونه حوالة العقد، فعقد الحوالة، وفقا لهذا التصوير، تصرف قانوني ثلاثي الأطراف، لا يتم إلّا بتوفر رضاءات ثلاث هي رضاء المحيل ورضاء المحال له ورضاء المحال عليه. 2. الطبيعة الكاشفة لرضاء المحال عليه: لكن اتجاها آخر من الفقه الفرنسي ذهب إلى القول إن رضاء المحال عليه في حوالة العقد رضاء ذو طبيعة كاشفة، غايته الاحتجاج بعقد الحوالة في مواجهة المحال عليه، وإبراء ذمة المحيل، ومن ثمة، فعقد الحوالة، في نظر هذا الاتجاه، تصرف ثنائي الأطراف، ينعقد برضاءين، هما رضاء المحيل ورضاء المحال له، بينما رضاء المحال عليه رضاء ذو طابع تزيدي لا غير؛ إذ أن غاية الأطراف من إتمامهم لحوالة العقد لا تكمن لا في إبراء المحيل ولا في إنشاء رابطة ملزمة بين المحال له والمحال عليه.

### ب. طبيعة رضاء المحال عليه في التشريع المدني الفرنسي:

احتدم الجدل بين أنصار الطبيعة المنشئة لرضاء المحال عليه، وأنصار الطبيعة الكاشفة له، حتى مجيء قانون إصلاح العقود والالتزامات الفرنسي، الذي أنشأ نص المادة 1216 من التشريع المدني الفرنسي. الذي استمر، مع وجوده، الجدل قائما في شأن تحديد طبيعة رضاء المحال عليه في الحوالة.

وعلة هذا الجدل مردودة إلى صياغة النص ذاته، الذي جاء فيه: "يجوز لأحد المتعاقدين، المحيل، أن يحيل صفته كطرف في العقد إلى الغير، المحال له، بموافقة متعاقده، المحال عليه".

فبعدما كان القضاء الفرنسي قد استقر<sup>(1)</sup>، قبل صدور قانون الإصلاح، على الطبيعة المنشئة لرضاء المحال عليه، ظهر فريق يتمسك بالطبيعة الكاشفة لهذا الرضاء لعدة مبررات هي:

▪ مصطلح الموافقة (Accord) الذي استعملته المادة 1216، والموافقة مسلك يصدر عن الغير، ليس بمقدوره محاكاة الرضاء (Consentement) باعتباره ركنا في تكوين العقد، والقادر، وحده، على جعل رضاء المحال عليه رضاء منشئا، وإضفاء صفة "الطرف المتعاقد" عليه، وجعل عقد الحوالة تصرفا ثلاثي الأطراف؛ ولم يستعمل المشرع مصطلح الرضاء إلّا لإبراء ذمة المحيل المادة (1-1216).

▪ أن المشرع لم يرد أن يجعل حوالة العقد تصرفا ثلاثي الأطراف، دليل ذلك تجاهله المحال عليه إلّا بالموافقة. بقوله "يجوز لأحد المتعاقدين، المحيل، أن يحيل صفته كطرف في العقد إلى الغير، المحال له. بموافقة متعاقده، المحال عليه".

### ثالثا - الأسس التقنية لحوالة العقد في التشريع المدني الفرنسي:

تجاذب البناء النظري لحوالة العقد فريقان، الأول ذو نزعة ازدواجية، تفكك العقد إلى حقوق وديون، وصرف مفعول نظرته التفكيكية إلى نواة العقد، سببه ومحلّه، والثاني ذو نزعة واحدية، توحد العقد ككل غير قابل للتفكيك، وإذا كان اختلاف النظر بين النزعتين قد انصرف إلى بنية العقد، فإن الجدل بينهما قد شمل طبيعة التصرف القانوني الناقل للعقد، أيعتبر تصرفا واحدا كافيا للنقل المتزامن للحقوق والديون، وغيرها من الآثار العقدية، أم يتعين وجود تصرفين قانونيين؛ ينفصل أحدهما عن الآخر، يخصّص الأول لنقل الحق والثاني لنقل الدين؟

أ. المنظور الموحد للتصرف الناقل للعقد: ذهب الفريق ذو المنظور الواحدي إلى أن عقد الحوالة، الذي يتم بواسطته نقل العقد من المحيل إلى المحال له، هو تصرف واحد، أو تقنية موحدة، غايته نقل المركز العقدي بوصفه منظومة ذاتية، تتدمج وتتكامل داخلها الحقوق والديون وباقي الآثار البنوية الأخرى، وهو

(1) راجع:

95-10.252 ; Bull. civ IV', nos 117 ct 118 ; D. 1997, p. 588, °94-16.335 et n °Cass., com. 6 mai 1997, n note Ch. JAMIN ct M. BILLIAU ; D. 1998, p. 25, chron. L. AYNÈS ; D. 1998. 136, obs. H. LE NABASQUE ; RTD civ. 1997, p. 936, obs. J. MESTRE.

تصرف تميزه طبيعته عن كل من حوالة الحق وحوالة الدين.

ب. **المنظور المفكك للتصرف الناقل للعقد:** الرأي لدى هذا الفريق هو أن العقد محل الحوالة لا يسوغ نقله من المحيل إلى المحال له إلا بما يسمح به القانون من التقنيات القانونية الناقلة، ولهذه العلة، فلا يصح عند التفكيكين، وهم الذين يتحلل العقد عندهم إلى حقوق وديون، أن ينقل العقد إلا باستعمال تصرفين ناقلين اثنين، أحدهما لنقل الجانب الإيجابي للعقد المحال به، وهو التصرف الناقل للحق، والآخر لنقل الجانب السلبي لهذا العقد، وهو التصرف الناقل للدين، أو تقنية بديلة بحسب وجهة الطرح التفكيكي.

فالمفككون للعقد لا يقبلون، إذن، أن تضاف إلى التقنيات الناقلة المعهودة والثابتة قانوناً تقنية ثالثة مستحدثة، تلك التي أوجدها الواحديون، وهي تقنية موحدة تنقل الحق والدين في آن واحد.

ج. **منظور التشريع المدني الفرنسي للتصرف الناقل للعقد:** رؤي للمشرع الفرنسي أن يجعل التصرف الناقل في حوالة العقد تصرفاً واحدياً، دليل ذلك، فضلاً عن إدراج الفكرة في باب العقود لا الالتزامات، المحل الذي اختاره المشرع له، وهو صفة الطرف، وصفته هذه لا تجعله دائماً بالحق ومديناً بالدين بقدر ما تجعله صاحب مركز عقدي، يجب، في شكل منظومة وثقى، حق الدائنية والديون والحقوق الإرادية وبعض الآثار اللصيقة بصفة المتعاقد، لا صفة الملتزم، التي تستوعب فقط حق الدائنية Droit de créance والدين Dette. وفي نقل صفة المتعاقد صورتان، أن يتم نقلها في العقد بين أطراف الحوالة، وهذا نقل آني، أو أن يتم نقلها مقدماً في العقد المبرم بين المحيل والمحال عليه، وهذا نقل مسبق، وفي صورتين تم تقرير النقل بشكل مبدئي<sup>(1)</sup> وبتصرف واحد.

### الفقرة الثانية- التشريع المدني الفرنسي يتبنى الطرح الفقهي الواحدي:

يكون المشرع الفرنسي قد حسم موقفه من الجدل الذي اشتدّ زمناً في الساحة القانونية الفرنسية بشأن حوالة العقد، لصالح النظرة الفقهية الواحدية، دليل ذلك مبدأ قابلية العقد للحوالة، ومضمونها الذي جعلته المادة 1216 "صفة الطرف في العقد"، محلاً وسبباً، والتصرف الناقل الذي جعله المشرع تصرفاً واحداً لا تصرفين، هو عقد الحوالة، المبرم بين المحيل والمحال له.

### المطلب الثاني

(1) الحوالة في التشريع المدني الفرنسي حق مبدئي يمنح لكل المتعاقدين، دلّ على ذلك مطلع المادة 1216 الذي دأء في "يحوز لأحد المتعاقدين... أن يحيل صفته كمتعاقد...".



## فقه إعادة التفاوض على العقود

إن حصر العقد على دلالاته القانونية فقط، يجرده عن مفهومه الشمولي، إذ العقد، فضلا عن كونه ضابطا لاشتراطات المتعاقدين، يرتب لهما حقوقا ويحملهما التزامات، ومقيدا لهما بقوته الملزمة، فإن له معنى آخر، يجعل منه وسيلة لمراقبة الأوضاع الاقتصادية داخل المجتمع، وكذا الأوضاع الاجتماعية التي يتعدر فيها النظر إلى العقد بمعزل عن ظروفه، ولهذه العلة، وجب أن لا يحمل مبدأ القوة الملزمة للعقد على إطلاقه، بل يتعين أن يُلطّف بمقدار ما يجعل العقد يتلاءم مع الظروف المستجدة، التي تجعل تنفيذه مرهقا لأحد أطرافه، حتى إذا طرأت مثل هذه الظروف المرهقة، وجب التفكير في أسلوب يرجع للعقد توازنه، فرؤي أن التقنية الجديرة بإرجاع هذا التوازن هي تقنية إعادة التفاوض على العقود (La renégociation des contrats).

فهذا مورد تعهد، لفائدة مؤسسة، بتزويدها ببعض الأجهزة الطبية، بشكل دوري، خلال مدة معينة، غير أن تفشي وباء كوفيد 19 تسبب في ارتفاع أسعار اقتناء هذه الأجهزة، الشيء الذي جعل تنفيذ العقد من طرف المورد، تجاه المؤسسة، عملا مرهقا، حيث يكون بإمكان الطرفين، والحالة هذه، إعادة التفاوض على العقد، باستلهاهم الحلول الممكنة لتجنب التنفيذ المرهق، طبقا لما يمكن أن نطلق عليه "تلطيف العقد خير من تعطيله"، أو إعمال النص خير من إهماله في معنى من معاني هذه القاعدة.

والتفاوض على العقود، وإن سبقت إلى التشريعات بعض تقنيات تحاكيه<sup>(1)</sup>، هو مقتضى مستحدث في مدونة القانون المدني الفرنسي، تمخض ظهوره عن عدة مصادر فقهية ودولية، نركز منها على المشروعين التمهيديين للفقيه كاتالا والفقيه تيري.

ورد في المشروع التمهيدي للفقيه كاتالا مقترحات نصوص، في المواد من 1-1135 إلى 3-1135، حيث تضمنت المادة 1-1135 الآتي: "في العقود ذات التنفيذ المتعاقب أو المتدرج، يجوز للأطراف أن يتعهدوا بالتفاوض على تعديل اتفاقهم عندما يحدث، بسبب تأثير الظروف، تعطيل في التوازن المبدئي للأداءات المتبادلة، لدرجة فقدان العقد كل منفعة بالنسبة لأحد الأطراف"<sup>(2)</sup>.

---

(1) يعرف القانون الألماني ما يسمى تعطيل أساس العقد (Wegfall der Geschäftsgrundlage)، والقانون الإنجليزي ما يعرف بفشل العقد (frustration of contract)

(2) وورد في المادة 2-1135 ما يلي: "عند غياب مثل هذا الشرط، يمكن للطرف الذي يفقد مصلحته في العقد أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية الأمر بتفاوض جديد". كما جاء بالمادة 3-1135 الآتي: "عند الاقتضاء، سيكون وضع هذه المفاوضات كما هو

وفي التعليق على هذه المقترح الفقهي، ذكر الفقيه كاتالا "أنّ المشروع التمهيدي، الذي يعتبر أن العقد ملك طرفيه، يحبذ إعادة التفاوض عليه من الطرفين نفسيهما، إما بموجب شرط المشقة أو قرار للمحكمة، يدعوهما إلى التفاوض. ومن شأن فشل هذه العملية أن يؤدي إلى إنهاء العقد، مع احتمال الرجوع إلى القاضي مرة أخرى إذا اتهم أحد الطرفين الطرف الآخر بسوء النية في التفاوض"<sup>(1)</sup>.

وعلق الفقيه ألان غوزي (Alain GHOZI) على نص هذا المقترح قائلاً: "إلى أولئك الذين لا يتعبون أبداً من الندم على عدم وجود اهتمام بالظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي، يجب أن نتذكر أن العقد، الذي هو في الأساس عمل توقعي، يجب أن يتوقع الصعوبات، وأن لا حل أفضل من الحل الذي تم التفاوض عليه من قبل أطرافه أنفسهم. لذلك لا يوجد أي إشارة إلى الظروف الطارئة... لكن هذا معهود في الممارسة العملية، حيث اشتراط إعادة التفاوض في حالة وجود صعوبات جسيمة. كما أن التفاوض بين الأطراف مطلوب مرة أخرى، ولكن يبدو، مع ذلك، أنه من الضروري تنظيمه عندما يأتي، في هذه الحالات، عند سكوت الأطراف وفشل مفاوضاتهم. هذا هو إسهام هذه الأحكام"<sup>(2)</sup>.

وفي الناحية الأخرى، أورد المشروع التمهيدي للفقيه تيري مقترحات، تضمنتها المادة 92 التي ورد فيها الآتي: "يلتزم الأطراف بالوفاء بالتزاماتهم، حتى لو صار تنفيذها مرهقا. ومع ذلك، يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض على العقد لتطويعه أو إنهائه إذا أصبح التنفيذ مرهقا للغاية لأحد الأطراف تبعا لتغيير غير متوقع في الظروف، والذي لم يقبل، أثناء إبرام العقد، أن يتحمل مخاطرها. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف

---

مذكور في الفصل 1 من هذا العنوان. يرتب فشل المفاوضات، الخالي من سوء النية، لكل طرف مكنة إنهاء العقد دون تكلفة أو ضرر".

وتضمن المشروع التمهيدي لوزارة العدل نصا قريبا، مضمونه أنه "إذا أدى تغيير في الظروف غير متوقع وغير قابل للدفع، إلى جعل الأداء مرهقا للغاية بالنسبة لأحد الطرفين، الذي لم يقبل تحمل المخاطر، فيمكن لهذا الأخير أن يطلب من متعاقد إعادة التفاوض، مع ضرورة استمراره في تنفيذ الالتزامات خلال إعادة التفاوض.

في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض، يمكن للقاضي، عند اتفاق الطرفين، تطويع العقد أو، في حالة فشل ذلك، إنهائه في التاريخ وبالشروط التي قد يحددها"

(1) CATALA (Pierre), L'avant-projet de réforme des obligations et droit des affaires, Revue de Jurisprudence Commerciale, n° 3, 2007, p. 5.

du droit des obligations, op.cit., pp.35.36 Avant-projet de réforme (2)

خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي تطويع العقد اعتباراً للتوقعات المشروعة للأطراف أو إنهاءه في التاريخ وبالشروط التي يحددها".

وذكر الفقيه دومينيك فينويي (Dominique FENOUILLET)، في معرض تعليقه على هذه المادة، أن الفريق العامل ارتأى التذكير بمبدأ إعادة التفاوض، وقد أثرت عدة صعوبات في شأن معالجة مسألة تغيير الظروف الذي يؤدي إلى اختلال التوازن، أو لاها هل يفرض على الأطراف التزام بإعادة التفاوض أم يعطى القاضي سلطة تعديل العقد؟ وفي هذا الشأن، ومن جهة، تم استبعاد الفكرة التقليدية التي تفيد أن القاضي خادم للعقد، والاكْتفاء بفرض التزام على الطرفين بإعادة التفاوض، كما هو الحال مع مشروع كاتالا، المادة 1135، ومن جهة أخرى، وتبعاً لمنطق مقارن استوحاه المشروع، اعتمد الفريق حلاً جريئاً، بواسطته يعطى القاضي سلطة مقيّدة لإعادة صياغة العقد<sup>(1)</sup>.

وانطلاقاً من هذين العاملين الفقهيين، اللذين يعلم لهما أصول في الفقه القديم، أبى المشرع الفرنسي إلا أن يحدّد موقفه منهما، فتبنى، في مدونة القانون المدني الفرنسي المعدّلة بموجب قانون الإصلاح السابق، صيغة توفيقية جاء مضمونها كالتالي: "إذا أدى تغيير في الظروف، غير متوقّع عند إبرام العقد، إلى جعل التنفيذ مرهقاً للغاية بالنسبة للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، جاز لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد. ويستمر في تنفيذ التزاماته خلال عملية إعادة التفاوض.

في حالة رفض إعادة التفاوض أو فشلها، يسوغ للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في التاريخ وبالشروط التي يحددها، أو أن يطلبها، باتفاق مشترك، من القاضي العمل على ملامته. وعند عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يجوز للقاضي، بناء على طلب أحد الطرفين، مراجعة العقد أو إنهائه، في التاريخ وبالشروط التي يحددها".

وإذا لزم العود إلى أصل النظرية<sup>(2)</sup>، أو إلى الفقه الأصيل، المشكّل مصدراً لنظرية الظروف الطارئة، في

---

FENOUILLET (Dominique), pour une réforme du droit du contrats, op.cit., pp.245-247(1)

(2) ترجع أصول نظرية الظروف الطارئة إلى قرار مجلس الدولة عدد 59929 سنة 1916 في قضية تتلخص وقائعها في أن شركة عامة للإنارة، صاحبة امتياز مدينة بوردو منذ عام 1904 ولمدة ثلاثين عاماً، محلّه "توزيع وبيع الغاز والطاقة الكهربائية في جميع أنحاء إقليم بوردو". كانت الشركة تصنع الغاز من الفحم وتبيع المتر المكعب من الغاز بتسعيرة تم تحديدها في عام 1904. ثم نشبت الحرب في سنوات 1914-1918 مع كل نتائجها، حيث احتلال معظم المناطق المنتجة للفحم في أوروبا، ناهيك عن صعوبة النقل عن طريق البحر. وسرعان ما نتج عن ذلك ارتفاع شديد في سعر الفحم، من 1915 إلى 1916 بزيادة أكثر من 300%. نتج عنها ارتفاع تكاليف إنتاج الغاز إلى أكثر مما توقّعه الأطراف

بدايات القرن العشرين، لوجدنا أطروحة (Jean MAGNAN DE BORNIER)، وهو ممن صاغوا نظرية عامّة لهذه الظروف، أسّسها على عناصر ثلاثة، مستخلصة من شرح مطوّل في ثانياً أطروحته، وهي، أولاً، تطبيق النظرية على العقود الآجلة، التي تتجرّد عن عنصر الغرر، فحيثما وجد الخطر، وهو من صميم عدم التوقّع، ناف للتشبّث به، لا سبيل لتطبيق النظرية في نظر صاحبها، وثانياً، ضرورة انعدام التناسب بين الثمن المعقود عليه زمن إبرام العقد، والثمن المستجدّ زمن تنفيذ العقد، وثالثاً عدم القدرة على توقّع التغييرات المرهقة<sup>(1)</sup>.

وبعد مراحل، أشار مجلس الدولة إلى قاعدة عدم المساس بالعقد مع قبوله التعويض عن عدم إمكانية التوقّع بشروط كما استفادها القضاء اللاحق، هي: 1. طروء حدث غير متوقّع أثناء إبرام العقد اقتصادياً كان أو قانونياً 2. أن يكون الحدث غير المتوقّع خارجاً عن الأطراف 3. أن يخلّ الحدث اقتصاد العقد 4. أن يكون الإخلال مؤقتاً. راجع:

TRUCHOT (Nicolas), la notion de l'imprévision, point majeur de la réforme – analyse comparée de l'imprévision devant les juridictions administratives et judiciaires, in journée d'étude sur le thème réforme du code civil sur le droit des contrats et obligations et ses incidences sur les missions des professionnels du chiffre, compagnie nationale des experts-comptables de justice cour de cassation, cours d'appel, conseil d'état, cours administratives d'appel cinquante septième congrès national, Lyon, 5 octobre 2018, p.41

(1) MAGNAN DE BORNIER (Jean), Essai sur la théorie de l'imprévision, Thèse pour le doctorat ès sciences juridiques, faculté de droit, université Montpellier, 1924, p.141

## الخاتمة

هكذا نصل بالموضوع إلى خاتمته، حاولنا الكشف من خلاله عن الدور الذي يتبوؤه الفقه في إنشاء القاعدة القانونية، في التشريع المدني الفرنسي، وعلى الأخص في باب الالتزامات والعقود. وقد اتضح للمشرع الفرنسي جيدا أن أي خطوة يخطوها لسنّ قاعدة قانونية بمعزل عن العمل الفقهي قد تنعكس سلبا على متانتها وجودتها، ولهذه الغاية كلّف فريقين يشكّلان مدرستين فقهيتين، يشرف على الأولى الفقيه الفرنسي Pierre CATALA، بينما يشرف على الثانية الفقيه الفرنسي François TERRE، اللذين اجتهد كل منهما بمعية طائفة من الفقهاء المعروفين بحنكتهم وتمرسهم، والمشهود لهم بخبرتهم وكفاءتهم القانونية، لتجويد كتاب الالتزامات والعقود الفرنسي.

وقد صرّف اجتهاد الفقيهين إلى فرضيتين كبيرين، هما فرضية الإصلاح، وغايتها تعديل بعض النصوص القانونية النازمة للالتزامات والعقود وتنقيحها، وفرضية الإنشاء، وغايتها إضافة نصوص جديدة مستوحاة من أعمال فقهية فرنسية، ومن بعض التشريعات السبّاقة إلى تنظيمها.

وقد تناولنا، في شأن الفرضية الأولى، نموذجين هما مضمون العقد والمفاوضات أثناء إبرام العقد، بينما عالجتنا في الفرضية الثانية نموذجين هما حوالة العقد أو التنازل عن العقد، وإعادة التفاوض على العقود. وقد توصلنا، بعد دراسة الموضوع، إلى بعض الاستنتاجات والتوصيات نورها في الآتي:

### أولاً- الاستنتاجات:

- يكشف التحليل السابق أن للفقه دورا مزدوجا، دورا إصلاحيا ودورا إنشائيا، ويمكن أن يؤول الدوران إلى دور واحد، تكون له طبيعة إنشائية إجمالا، طالما أن إصلاح وتنقيح القواعد القانونية النافذة، يتضمّن، في ذاته، إنشاء بالمفهوم الشامل للاصطلاح.
- يتجسّد هذا الدور، ليس فقط في عمل الفقهاء ممّن أخذوا على عواتقهم مسؤولية تنقيح القانون المدني، منجزين، لهذه الغاية، مشاريع تمهيدية لقانون اصلاح باب الالتزامات والعقود من القانون المدني الفرنسي، بل أيضا في عمل الفقهاء ممّن سبقوا إلى التنظير والتفصيل في شأن عدّة مضامين ومفاهيم تتصل بهذا القانون.
- فالقانون المدني الفرنسي، إذا كان عملا تشريعيًا، فإن إنجازَه لم يخلص للمشرّع وحده، وإنما توارى خلفه عمل فقهي مضمّن، أمّد واضع النص بالمادة القانونية، التي ضمّنت بتقنية التشريع في أحكام القانون المدني، وعلى الأخص فيما له صلة بهذه النماذج والمستجدات التي تناولها الموضوع بالبيان والتحليل.

## ثانياً – التوصيات:

- إضافة نص إلى الأحكام العامة لمدونة القانون المدني الفرنسي، يعتني بمكانة الفقه ضمن مصادر القاعدة القانونية
- ربط كل مبادرة تمنح الفقه إمكانية الإسهام في إنشاء القاعدة القانونية، أن يكون هذا الفقه منتجاً للمعرفة لا مستهلك لها؛
- تعزيز التعاون بين الفقيه وواضع النص القانوني، على نحو ينحسر معه التباعد، الذي يخيم على العلاقة بينهما لأسباب متعدّدة. ويبيؤ الفقه مكانة الفاعل في صنع القاعدة القانونية، لا مكانة الشاهد على صنعها؛
- إنشاء الفرق والمدارس الفقهية ودعمها، وتشجيع انتشارها برئاسة فقهاء ذوي وزن وعلم ومعرفة، ممن تراكم عندهم من فقه القانون ما يؤهلهم لضبط وتنظيم عمليات مراجعة وتمحيص وتقيح القوانين النافذة، أو الإسهام في خلق وإنشاء قواعد قانونية جديدة.
- ضرورة إحداث مجمّعات بحث تعمل على جمع وتصنيف الأبحاث المنجزة في حقل القانون، وكذا فرز خلاصاتها وتوصياتها، على نحو يسهل معه للمشرّع أن يستلهم منها الأفكار والمفاهيم والأحكام، ويجعل منها مادة للقاعدة القانونية، في كل مناسبة يروم فيها المشرع تعديل أو إصلاح أو إنشاء قاعدة قانونية في مجال قانوني معين.

## قائمة المراجع

### باللغة العربية

#### الكتب

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992.
- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول. مصادر الالتزام، 1، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، جامعة دمشق، 1976

## باللغة الأجنبية

### I. Ouvrages

- CAPITANT (Henri)
- De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs), Dalloz, Paris, 1923
- De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs, paris, 3e édition 1927
- CORLAY (Remy), Les effets à l'égard des tiers, in Pour une réforme du droit des contrats, Sous la direction de François Terré, Dalloz, Collection Thèmes & commentaires, 2008.
- GHOZI (Alain), Effet des conventions, Interprétation, Qualification (art. 1134 à 1143), in Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil) rapport à Monsieur Pascal CLEMENT garde des sceaux, ministre de la Justice 22 septembre 2005,
- HOUTCIEFF (Dimitri), Le contenu du contrat Pour une réforme du droit des contrats, Réflexion et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François TERRE, Dalloz, 2009
- PLANIOL (Marcel), traité élémentaire de droit civil, tome premier, deuxième édition, Les preuves, théorie générale des obligations Les contrats Les privilèges et les hypothèques, LGDJ, paris, 1923.
- TARBOURIECH (E), Contribution à la théorie de la cause. De la Cause dans les libéralités, Paris, 1894
- VILLON (Raoul), De la Cause des obligations dans les contrats synallagmatiques, paris, 1900

### Thèses:

- DAUFRESNE (Eugène-Paul), De la cause en droit romain et en droit français] :

thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris 1854

– LAPP (Charles), Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, thèse, Strasbourg, Préf. RADOUAN, 1950

– LARROUMET (Christian), Les opérations juridiques à trios personnes en droit privé, thèse.dactyl, Bordeaux, 1968

– MAGNAN DE BORNIER (Jean), Essai sur la théorie de l'imprévision, Thèse pour le doctorat ès sciences juridiques, faculté de droit, université Montpellier, 1924

– MAIRA LAMAS Octavio), La cession de contrat en droit comparé, thèse. dactyl, Paris, 1968

– SEFERIADES (Styl. P), Étude critique sur la théorie de la cause, thèse, Université de Paris. Faculté de droit 1897

– WAGNER (Albert), De la Nullité de la cause illicite, thèse pour le doctorat, paris, 1900

## II. Articles

– CATALA (Pierre), L'avant-projet de réforme des obligations et droit des affaires, Revue de Jurisprudence Commerciale, n° 3, 2007, p. 5

– SIMLER (Philippe), RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS. – Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018, Encyclopédies Jurisclasseur Notarial Formulaire V° Contrats et obligations - Fasc. 10 : § 69

– TRUCHOT (Nicolas), la notion de l'imprévision, point majeur de la réforme – analyse comparée de l'imprévision devant les juridictions administratives et judiciaires, in journée d'étude sur le thème réforme du code civil sur le droit des contrats et obligations et ses incidences sur les missions des professionnels du chiffre, compagnie nationale des experts-comptables de justice cour de cassation, cours d'appel, conseil d'état, cours administratives d'appel cinquante septième congrès national, Lyon, 5 octobre 2018, p.41



### III. Avant-projets

– Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil) rapport à Monsieur Pascal CLEMENT garde des sceaux, ministre de la Justice 22 septembre 2005, p.35

[https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art\\_pix/RAPPORT\\_CATALASEPTEMBRE2005.pdf](https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/RAPPORT_CATALASEPTEMBRE2005.pdf) (15/01/2024)