

إعادة النظر في التفكير التقليدي لمفهوم العقد

إعداد الطالبة: نسير فريزة

تحت إشراف: د. أمازوز لطيفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

مقدمة

إن التنصل من المفهوم التقليدي للعقد باعتباره التقاء إرادات ليس بالفكرة الجديدة، كما أن اللجوء إلى أساس آخر لبناء مفهوم العقد ليس ضرباً من الخيال، وإنما وصف للواقع العملي وتحليله فقط¹. ففي ظل المفاهيم التقليدية يصعب قبول تطور طرق التعاقد، لتعارضه مع المبادئ المستمدة من مبدأ سلطان الإرادة، حتى أن عدم فهم العقد على حقيقته والتمسك بمفهومه التقليدي يشكك في حقيقة وجوده في الوقت الراهن. فدور الإرادة أصبح مشكوكاً فيه في كثير من التعاقدات، الأمر الذي جعل جانب من الفقه يقر بمبدأ موضوعية الإرادة بدلاً من سلطان الإرادة، محافظاً بذلك على الأساس الإرادي في إنشاء الالتزام مع إعطاء هذا الأساس مفهوماً نسبياً يخضعه للتنظيم الموضوعي القانوني².

1 - GOUNOT (Emmanuel), Le principe de l'autonomie de la volonté, étude critique de l'individualisme juridique, thèse Dijon, 1912, p.155.

2 - إن العقد باعتباره نتاج إرادات الأفراد الحرة فقط، جعل الفقه يتلمس فكرة انتقاص العقد عندما بدأ ظهور العقد الموضوعي، الذي هو ليس خلق جديد من قبل الأفراد، ولكنه أخذ يظهر على حقيقته وهذا ما نجد جانب من الفقه قد عبر عنه بقوله « إن أزمة العقد لا تؤدي حتماً إلى انتقاص العقد ذاته بل إلى انتقاص الحرية التعاقدية، والتضييق لا يرد على فكرة العقد، بل على مفهوم الحرية التعاقدية، الأمر الذي يجب معه تقبل طبيعة قانونية جديدة للعقد. » وهذا ما يثبت أن طبيعة العقد التقليدية أصبحت مشكوكاً فيها على الأقل من قبل أصحاب هذا الرأي. أنظر في ذلك

Weill (Alex) et TERRE (François), Droit civil, Les obligations, 3^{ème} éd., Dalloz, 1980, p.69.

يتلخص مبدأ سلطان الإرادة في قدرة المتعاقد على الالتزام بإرادته ، وكذلك تحديد الآثار القانونية المترتبة على العقد عن طريقها، إلا أن الفهم الحقيقي للعقد يتطلب التخلي عن مفهومه التقليدي، كما أن حرية الإرادة المزعومة في العقد يجب الكف عن ترديدها عن طريق اعتراف النظام القانوني بالعقد دون اللجوء إلى مفاهيم الإرادة. فلو حللنا عملية التعاقد مع النفس للاحظنا أن عدد الإرادات التي تدخل في عملية التعاقد هو إرادة واحدة تحل محل إرادة كل من الطرفين ، فهل تعتبر هذه العملية عقدا بالمفهوم التقليدي المتمثل في تطابق إرادتين. أم يجب اللجوء إلى مفاهيم جديدة لإعطاء هذا الوصف على هذه العملية ؟

وللإجابة على هذا التساؤل يتعين علينا أن نبدأ أولاً بتحليل العوامل التي أدت إلى التشكيك في المفهوم التقليدي للعقد (المبحث الأول) ، كي نتمكن بعد ذلك من مراجعته (المبحث الثاني).

المبحث الأول: العوامل التي أدت إلى التشكيك في التعريف التقليدي للعقد من العوامل التي أدت إلى هذا الخلاف الفقهي اللامتناهي حول المفهوم الحقيقي للعقد نجد نصوص التقنين المدني كسبب في المفاهيم الخاطئة (المطلب الأول)، كما نجد أن الدور المعطى للإرادة في العقد يلعب دور كبير في أزمة العقد والتشكيك بذلك في مفهومه التقليدي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نصوص التقنين المدني كسبب في المفاهيم الخاطئة.

باستقراء نصوص التقنين المدني ومحاولة تحليل مواده ، نجد أن العقد معرف على أنه اتفاق إرادات من أجل إحداث آثار قانونية (فرع 1)، إلا أن ما يثير الانتباه هو أن المادة 59 من التقنين المدني الجزائي تجعل العقد تصرفاً ثنائياً؛ إذ أنها تحصر تعريف العقد في تطابق إرادتين ، لكن بالارتكان إلى المادة 54 من التقنين المدني الجزائي ، فسنجد أنها لم تحصر عدد الأشخاص الذين يستطيعون التدخل في إبرامه ، إذ لا يمنع من أن يكون العقد موضوع تلاقي أكثر من إرادتين (فرع ثان).

الفرع الأول: العقد اتفاق من أجل إحداث آثار قانونية

هذا التعريف يثير مسألتين ، مسألة إهماله دور ركني المحل والسبب في تعريف العقد (أولاً) ، وكذلك من جهة أخرى فهو يثير مسألة البحث عن إرادة الطرفين في تبني الطابع الإلزامي لاتفاقهما (ثانياً).

أولاً: إهمال دور ركني المحل والسبب في تعريف العقد:

إن تحليل العقد إلى عناصره و الدور المعطى لكل من هذه العناصر في عملية بناء فكرة العقد يعتبر من أهم الأسباب التي أدت إلى فهم العقد على غير حقيقته ، فالعقد في نظر المشرع وجانب من الفقه هو اتفاق إرادات من أجل إنتاج آثار قانونية ، والنظر إلى العقد بأنه مجرد تلاقي إرادات ، دون أن يكون لعناصر أخرى دوراً في تكوينه أمر مشكوك فيه؛ لأن هذا المفهوم يهمل العوامل الاجتماعية والاقتصادية التي تسبق عملية التراضي، كما يهمل أيضاً المسائل الضرورية الأخرى لانعقاده كالمحل والسبب؛ إذ أن

اعتبار العقد هو التراضي وأن الأركان الأخرى ليس لها أي دور، هو قول تعارضه عملية تحليل التراضي نفسها؛ لأن التراضي لا يمكن أن ينصب إلا على محل وسبب معينين. فلو حللنا عملية التراضي في مسألة إيجار عقار للاحظنا أنه لا يمكن إعطاء وصف الإيجاب على التعبير عن الإرادة إلا إذا كان محددًا للشروط الجوهرية للإيجار، والمتمثلة في العين المؤجرة و بدل الإيجار (المحل)، فلو قام شخص بإصدار إيجاب بتأجير شقة وهو لا يملك أية شقة وصدر قبول لهذا الإيجاب فإن العقد لن يتم، ومن هنا نتساءل عن قيمة التراضي في هذه الحالة؟¹، كما أن سبب التأجير قد يحدد صحته من بطلانه؛ إذ لو كان السبب غير مشروع لأدى إلى عدم جدوى التراضي، لأن الإنسان يلتزم تحقيقا لهدف معين فمؤجر المنزل يهدف إلى قبض بدل الإيجار والمستأجر إلى استعماله. فإذا التزم شخص بالتزام معين ولم يقابله حق أو منفعة معينة اعتبر باطلا لفقدان السبب².

وقد يتم الاستغناء عن التراضي فننتقل مباشرة إلى التنفيذ إقرارا للسبب الدافع، وأحسن مثال على ذلك ما تعودنا على القيام به في حياتنا اليومية عندما نقوم بشراء شيء ما من الموزع الآلي (شراء قهوة أو عصير أو كعك...إلخ). ألا يمكن أن نقول أن السبب هو الأساس في هذا النوع من التعاقد وليس التراضي والذي لا يمكن أن يكون إلا مفترضا؟ لأننا نعلم أن المشتري - في هذه الحالة- لا يقوم سوى بوضع قطعة النقود في الآلة ليستلم - بالنتيجة- السلعة التي يرغب فيها، فأين التراضي في هذا العقد؟.

قد ينتقد البعض هذا الرأي، ويقول أنه عبارة عن إعلان ضمني للإرادة، وذلك يظهر في التصرف الذي يقوم به المشتري (وضع قطعة النقود في الآلة) من أجل استلام السلعة، كما يظهر في تصرف معد الآلة عند وضعه السلع فيها بنية البيع، لكن تحليل هذه المبادلة ألا يجعلنا نفترض وجود تبادل التعبير عن الإرادات افتراضا فقط؟. كما أن التطرق لهذا المثال لا يجب أن يفهم على أن هنالك عقد يمكن أن يتم بدون تراض ولكن

1 - ROUETTE (G), Contribution à l'étude critique de la notion du contrat, thèse, Paris, 1965, p. 452.

2 - مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الثالثة 2003، ص. 317.

يجب فقط الإشارة إلى أن التراضي ما هو إلا إعلان للسبب الدافع للتعاقد، والذي يمكن الإعلان عنه بطريقة أخرى غير التراضي، فلماذا نفترض وجود التراضي افتراضا ما دام لا يمكن القول أن الذي اشترى عن طريق الموزع الآلي تبادل قبولاً مع إيجاب البائع أو حتى عرف من هو، كما أن مفهوم الإيجاب ألا يتعارض مع مفهوم الإرادة المفترضة و الضمنية¹؟ هذا ما يدفعنا في الحقيقة إلى القول بأن البائع لم يقم سوى بإعداد الآلة معلنا تمام السبب² عنده، ومنتظرا تمام هذا السبب عند المشتري لكي يتم العقد³.

ثانيا: البحث عن إرادة الطرفين في تبني الطابع الإلزامي لاتفاقهما.

تتوقف مسألة نية إنشاء الروابط القانونية في البحث عن إرادة الطرفين في تبني الطابع الإلزامي لاتفاقهما، إلا أن ما يلاحظ أحيانا أن المسألة قد تطرح بطريقة غير مباشرة، أي ليس عن طريق البحث عما إذا كان الأطراف يريدون الالتزام، وإنما عما إذا كانوا يبتغون استبعاد أي مفعول قانوني لاتفاقهم، مقتصرين بذلك على علاقات المجاملة⁴.

1 - إن الخلط بين الإرادة الضمنية و الإرادة المفترضة يستنتج منطقيا من التعارض بين الدلالة و الأمانة. فإبداء الإرادة الصريح أو الضمني يشكل دلالة، مما يعني أنه يجب أن يتم إنجازه من فاعله مع نية اطلاع الغير على إرادته، وبالمقابل، عندما لا يمكن أن نتبين وراء الواقعة المأخوذة في الاعتبار أي إرادة تتوخى إعطاء هذه الواقعة مدلولاً موجهاً إلى الغير، لا يكون هناك سوى أمانة، انطلاقاً منها يمكن للتعبير عن الإرادة أن يكون مفترضا فقط.

2 - تمام السبب هو بلوغ الهدف -الذي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه - ذروة النهاية كحاجة يجب أن تلبى، وهذا ما يعلمه المتعاقد فقط، ولا بد أن يعلن عن ذلك، - وهذا الأمر هو الذي جعل الإرادة تسيد وتعطى الدور التقليدي المعروف لها في العقد- كما أن هذا الإعلان عن الرغبة في إتمام العقد هو ما اصطلاح على تسميته بالتراضي.

3 - لأكثر تفاصيل راجع محمد يحيى عبد الرحمن المحاستة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص.ص. 124 وما بعدها.

4 - لا ترتب أعمال المجاملات أي أثر قانوني، وأي اتفاق لا يرمي إلى إحداث أثر قانوني، لا يغدو أن يكون محض التزام أخلاقي أو أدبي، يخرج عن نطاق قانون العقود والالتزامات، وهو ما يسميه البعض في فرنسا بللا قانون "Le non - droit" أنظر بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر والتوزيع، 2010، ص. 102.

ففي التصوير الدارج: العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر يستهدف إحداث آثار قانونية تتمثل في حقوق والتزامات لصالح و على عاتق كل من طرفيه أو أحدهما. و مقتضى ذلك أن أي اتفاق لا يمكن المطالبة بتنفيذه قضاء إن لم يكن الطرفان قد قصدا به إحداث آثار قانونية ، أو إنشاء حقوق والتزامات يكفل القانون حمايتها ويضمن القضاء تحقيقها¹.

إلا أن أول ما يمكن ملاحظته في هذا التعريف هو أن الاتفاقات يمكن تقسيمها إلى قسمين ، اتفاقات تعاقدية و اتفاقات غير تعاقدية و أساس التمييز بينها هونية إحداث الآثار القانونية².

فكثيرا ما ينظم الأطراف علاقاتهم باتفاقات ، ويستبقيان آثارها في دائرة الآداب أو الأخلاق بعيدا عن دائرة القانون³. لكن ما يثير التساؤل هنا هو أن هذا الاتفاق يظل خارج الالتزام القانوني ، احتراماً لإرادة الطرفين ، أو على العكس يمكن إدخاله في دائرة الإلزام رغما عن هذه الإرادة ؟

إن الاتفاقات غير التعاقدية هي اتفاقات أراد أطرافها استبعاد الطابع الإلزامي عنها، فإن شاءوا نفذوها وإن شاءوا امتنعوا عن تنفيذها دون أية مسؤولية عليهم. بمعنى أنهم كما أن علاقات المجاملة تنشأ عن الروابط الاجتماعية بين الأفراد في المجتمع ، فهي عبارة عن علاقات ودية لا يترتب عليها أي أثر قانوني. لأكثر تفصيل راجع عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، 2008 ، ص.32 .

1- زهدي يكن ، قانون الموجبات والعقود ، الجزء 3، دون دار نشر.. بيروت ، دون سنة نشر.. ص.157 . أنظر كذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الأول، نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص.81. جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، طبعة أولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ، 2012 ، ص.154 و ما بعدها.

-- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص.30 . 2 - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، طبعة أولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2002، ص.372 . 3

يجعلون اتفاقهم حبيس الضمير، ويخضعونه لتقدير شخصي تتلاشى فيه كل مرجعية قانونية يمكن الرجوع إليها عند الخلاف¹.

إلا أن هذا التحليل ألا يقودنا إلى تساؤل آخر، هو أن الطرفان عندما يستبعدان أي مفعول قانوني لاتفاقهما، أو بتعبير آخر عندما يبعدان اتفاقهما عن دائرة القانون ويحلان محلها دائرة الضمير أو الآداب، هل يفهم على أنهما يقصدان عدم الالتزام البات بمضمون اتفاقهما؟

لاحظ السيد Oppetit في مقاله الذي يحمل عنوان "L'engagement d'honneur" أن الطرفان عندما يحبسان اتفاقهما عن دائرة القانون ويحلان محله دائرة الضمير أو الآداب، لا يجب أن يترجم ذلك بأنهما يستبعدان الالتزام البات بمضمون اتفاقهما، إنما هم بذلك يرميان إلى إسناد اتفاقهما إلى مرجعية أخرى غير مرجعية القانون، والتي تمثل بدورها الاحتكام إما إلى المصلحة المتبادلة²، أو إلى السمعة المهنية³ أو إلى البنية التنظيمية الخاصة للوسط الذي ينتمي إليه الأطراف⁴.

1 - المرجع نفسه، ص. 379.

2 - فالمصلحة المتبادلة هي ما يصطلح عليها بمرجعية المصالح العملية التي يحققها الاتفاق لكل منهما، وبالمقابل فإن تلك المصالح المتبادلة بينهما هي التي ستؤمن بذاتها التنفيذ التلقائي للاتفاق من جانب كلا الطرفين.

3- أما السمعة المهنية فنجد في اتفاقات المساندة، وأحسن مثال على ذلك هو أن يقوم فرع من شركة بطلب قرض من أحد البنوك فيطلب البنك بالمقابل من الشركة الأصلية ضمانا لتسديد ذلك القرض، فتلجأ الشركة إلى خطاب المساندة تحقيقا لهذه الغاية، متوخية بذلك تقديم كفالة صريحة تحد من قدرتها الائتمانية، وهذا الخطاب لا يتضمن كفالة بالمعنى الدقيق وإنما يعتبر طريقة لطمأنة البنك فقط، وذلك بالتأكد من أن الشركة الأصلية على علم بهذا القرض، فالبנק هنا يكتفي بهذا الضمان غير المباشر تفاديا لرفض محتمل من الشركة الأصلية إذا ما طالها بكفالة قانونية، وفشل عملية القرض بالمقابل والتي هو راغب فيها بالأصل، فيقوم بالاعتماد على حقيقة موضوعية هي أن الشركة الأصلية لن تغامر بسمعتها في الوسط المهني الذي تنتهي إليه بالنكر على توقيعها على خطاب المساندة.

4 - نقلا عن مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص. 373 وما بعدها.

ففي الحقيقة هذا الاتفاق هو عبارة عن أداة لتحريك ضغوط اقتصادية أو اجتماعية قبل الطرف الذي يخل بالتنفيذ ، أكثر مما هو أداة لتحريك الإرادة الداخلية الحرة في اتجاه التنفيذ¹. ومن الملاحظ كذلك أن الاتفاق الأدبي كقاعدة عامة ليس مجرد اتفاق منثني للالتزام معلق على محض المشيئة ، وإنما هو اتفاق منثني للالتزام نهائي ، بالرغم من أن هذا الاتفاق حبيس الأدبيات المهنية وما تثيره مخالفتها من ردود فعل اجتماعية².

هذا ما يؤدي إلى اعتبار الاتفاق الأدبي صورة من صور الالتزام الطبيعي ، إلا أنه في الحقيقة يثير قضية مختلفة تماما عن قضية الالتزام الطبيعي ، فأساس البحث فيه يكمن في موضوع سلطان الإرادة ومدى قدرتها على حجب آثار الاتفاق عن الأنظمة القانونية بمفهومها التشريعي ، القضائي والتنفيذي. وهذا يطرح مسألتين ، مسألة الاعتراف للإرادة بهذا السلطان ، وبالتالي بقاء الاتفاق الأدبي خارج نطاق القانون على نحو ترفض فيه أي دعوى قضائية بشأنه. والمسألة الأخرى هي مسألة سلب الإرادة هذا السلطان ، على نحو يمكن معه للاتفاق الأدبي أن ينتج الآثار القانونية التي ترتبها الاتفاقات المماثلة له ، بحيث تبقى أطرافها في نطاق الأنظمة القانونية ، ويكون بذلك الاتفاق الأدبي منثنا للالتزام مدني من الأصل³.

1 - إن المفهوم التقليدي للعقد لم يعد قائما كما كان في السابق بل أخذ يكتسب صفة الأداة الاقتصادية والمالية .

2 - المرجع نفسه ، ص. 379 .

3 - لا يمكن التفريق بين الالتزام الطبيعي والاتفاق الأدبي من ناحية المصدر فالالتزام الطبيعي يمكن أن يكون مصدره المباشر هو الاتفاق .

فالالتزام الطبيعي يجد مصدره إما في نص القانون كما هو الحال في الالتزام الطبيعي المتخلف عن انقضاء التزام مدني بالتقادم ، أو في الالتزام الناشئ عن هبة باطلة لعب في الشكل ، وإما في التزام أدبي يرتفع في وعي الجماعة إلى حد الشعور بوجوب الوفاء به إرضاء للضمير والشرف .

زهدي يكن ، قانون الموجبات والعقود ، الجزء 1 ، دون دار نشر ، بيروت ، دون سنة نشر ، ص. 60 و ما بعدها .

أما من ناحية الآثار فالمسألة متوقفة على رأي القانون الوضعي فإذا ما اعترف لطرفي الاتفاق بسلطة إخراج اتفاقهما من نطاق القانون فإن آثاره تكون مشابهة لآثار الالتزام الطبيعي، أما في حالة عدم الاعتراف لطرفي الاتفاق بهذه السلطة ، فالاتفاق سوف يكون بذلك ملزما قانونيا لطرفيه ، وبالتالي تكون الالتزامات الناشئة عنه التزامات مدنية عادية لا مجرد التزامات طبيعية¹.

إن جوهر فكرة العقد التقليدية هو ضرورة اتجاه إرادة الأطراف إلى إحداث آثار قانونية ، فمثلا في عقد البيع نجد مسألة تمليك المبيع للمشتري ، وما يتطلبه من قيام البائع بتسليمه إياه في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن. كما نجده أيضا في عقد الهبة إذ يلتزم الواهب بتمليك الشئ الموهوب للموهوب له، وما يتطلبه ذلك من التزام الواهب بتسليمه إياه دون مقابل².

وبالاعتماد على هذا المفهوم التقليدي للعقد، فإنه من غير المعقول اعتبار الاتفاق الأدبي عقدا مرتبا لالتزامات قانونية ، على اعتبار أن الطرفان قد سبق أن استبعدا اتفاقهما عن دائرة القانون .

إلا أن هناك حالات يكون فيها عدم اعتبار الاتفاق الأدبي بمثابة عقد بالمعنى الدقيق يبدو غريبا، عند النظر إلى محل هذا الاتفاق أو موضوعه، إذ أن الأمر فيه لا يتعلق بمجرد عمل من أعمال المجاملة ، وإنما يتعلق بمصالح جوهرية لأطراف الاتفاق ، مما تتناوله العقود بمعناها الدقيق ، وهذا ما يستدعي إعادة التفكير في مدى صدق التصور التقليدي لمفهوم العقد ذاته، في حالة ما إذا حاولنا الربط بين هذا المفهوم وبين إرادة الطرفين في عدم ترتيب آثار قانونية على اتفاقهما³. وهذا أيضا ما يثير التساؤل مرة أخرى عما إذا كان النظام القانوني يمكن أن يضفي الصفة القانونية على الاتفاق الأدبي بالمخالفة لإرادة أطرافه؟.

1 - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 384 .

2- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة 3، موفم للنشر، الجزائر، 2013 ، ص.

49 .

3 - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 387 .

الفرع الثاني: فكرة تعدد الإرادات

إن العقد هو تصرف قانوني تتلاقى فيه إرادتين ، فهو ثنائي التكوين وهذا هو الأكثر أهمية والأكثر شيوعا ، وهو الذي يشكل محور نظرية العقد، إلا أنه وكما سبق وأن ذكرنا فإن هذا لا يمنع من أن يكون موضوع أكثر من إرادتين.

لا يؤثر تعدد الأطراف مبدئيا على طبيعة التصرف طالما هناك إمكانية جمعهم في مركزين قانونيين متقابلين، بمعنى أن العقد قد يوجد به أكثر من دائن ، أو أكثر من مدين ، ولكن كل من الدائنين أو المدينين سيكونوا في نفس المركز القانوني بعضهم في مواجهة البعض، مثال ذلك عقد العمل الجماعي الذي يبرم بين واحد أو أكثر من أصحاب العمل، أو بين نقابة أصحاب العمل ونقابة العمال ، فعلى فرض أن هذا العقد قد أبرم بين عدد من أصحاب العمل ونقابة العمال ، فإن المركز القانوني لأي من أصحاب العمل سيكون مماثلا تماما لمركز الآخرين ، وبصفة خاصة فإن كل منهم سيقع عليه نفس الالتزامات التي تقع على أقرانه في مواجهة نقابة العمال¹ ، وكما يحدث أيضا في البيع بين المالكين على الشيوع ومشتري واحد ، ففي هذه الحالة نكون أمام تصرف متعدد الأطراف ، إلا أن هذا لا يؤثر على طبيعة العقد ، طالما يمكن أن نجتمعهم في مركزين قانونيين . مجموعة في مركز بائع، ومجموعة في مركز مشتري ، بحيث يكون لكل طرف في المجموعة نفس الحقوق والالتزامات². إلا أن الإشكال يثور عندما يكون هناك تعدد في الأطراف من دون إمكانية جمعهم في مركزين قانونيين متقابلين كالاتسراط لمصلحة الغير وحوالة الدين ؟

في الحقيقة فإن نظرية التصرف القانوني ليست من موضوع بحثنا ، إلا أن عجز آلية العقد على احتواء جميع التصرفات التي تتطلب تدخل أكثر من شخصين مع عدم

1 - LARROUMET (Christian), Droit civil, Tom.3, Les obligations, Le contrat, 3^{ème} éd., 1996, p.71.

2 - نسير رفيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014 ، ص.09 .

إمكانية جمعهم في مركزين قانونيين متقابلين¹، أدى إلى لزوم التعرض لها. فيرجع أغلب الفقهاء سبب هذا الإشكال من جهة أولى إلى مبدأ نسبية التعاقد ، والذي يقضي بعدم امتداد آثار العقد إلى الغير، أما السبب الثاني فهو يرجع إلى خلو التشريع الجزائري من نصوص تنظم النظرية العامة للتصرف القانوني ، إذ نجده قد اكتفى بتنظيم نوع واحد منها ، ألا وهو العقد ، أما فيما يخص التصرف بإرادة منفردة فقد نظمها عن طريق إسنادها إلى أحكام العقد².

هناك من حاول تأسيس تقسيم ثلاثي للتصرفات القانونية ، لكن بعيدا عن أساس الإرادة التي باءت كل المحاولات المؤسسة عليها بالفشل وتوصل إلى أن تراجع دور الإرادة لم يقتصر فقط على العقود ، وإنما شمل جميع أنواع التصرفات القانونية، فلم تعد الإرادة كافية لا لتحديد مفهوم التصرف القانوني، ولا لتصنيفه³. فمشكلة التعريف التقليدي للتصرف القانوني تكمن في إيجاد العلاقة بين الإرادة والآثار القانونية الناتجة وكذا معرفة ما إن كانت هذه الآثار من إنتاج الإرادة أم لا .

ففيما يخص معيار تقابل الإرادات لتصنيف التصرفات القانونية ، فإن أول من تنبه لنقائص هذا المعيار هو الفقيه Demogue عند محاولته شرح الطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس ، ففي تصوره فإنه بالاعتماد على معيار عدد الإرادات فإن التعاقد مع النفس هو عبارة عن تصرف بإرادة منفردة ، وليس تصرف ثنائي⁴.

1 - نفس المرجع ، ص. 20.

2 - نسيرفريق ، الإرادة في التصرفات القانونية ، ص. 01 .

3 - للمزيد من التفاصيل راجع نسيرفريق، الإرادة في التصرفات القانونية ، نفس المرجع.

4 - مع العلم أن الفقه الكلاسيكي فرق بين التصرف بإرادة منفردة عن العقد تفريقا كميا ، إذ يعتبر أن التصرف الناتج عن إرادة واحدة هو تصرف بإرادة منفردة، أما إذا نتج عن عدة إرادات فهو عقد . راجع نسيرفريق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، المرجع السابق ، ص. 144 .

DEMOGUE (René) , Les notions fondamentales du droit privé, essai critique, mémoire de droit, Paris, 2001, réimpression, p. p.202 et s.

قام Demogue بالوقوف ضد رؤية العقد في تعدد الإرادات ، ففي فكره فإن تصور العقد لا يكمن في تعدد الإرادات فقط ، وإنما في تقابلها واهتمامها بالنتيجة المراد إنشاؤها، أي الفكرة هي أنه عند تقابل إرادتين فإنه يكون لكل إرادة مصلحة خاصة بها مما ينشئ تضارب والذي من شأنه توليد سلمية في المصالح¹. فالمتعاقد مع النفس يجمع بين صفتان : الدائن والمدين في آن واحد ، وفي هذه الحالة لا يمكن تكوين العقد باعتماد التعريف الدارج له ، أو بمعنى آخر ، إذا اعتمدنا على معيار تقابل الإرادات فإنه من غير المقبول اعتبار التعاقد مع النفس عقدا ، إذ أنه لا يحوي سوى إرادة واحدة ، وهذا ما يتوافق مع مفهوم التصرف بإرادة منفردة . فجمع المتعاقد مع النفس للصفتين (دائن ومدين)، ليس من شأنه تكوين العقد ، إلا أنه نبه إلى أن هذا لا يرجع لوجود إرادة واحدة ، وإنما هو راجع لكون سلمية المصالح تمت بصفة معيبة وغير نزيهة ، والعيب فيها هو أن النائب يميل إلى مصطلحه على حساب مصلحة الأصيل². وهذا ما يبرر فكرة أن التعاقد مع النفس لا يكون صحيحا إلا بإجازته من الأصيل³.

ولهذا نجد أن الأستاذ Demogue ، قد اقترح معيارا آخر ، ألا وهو معيار تقابل المصالح. لكن فكرته هذه لم تجد صداها ، إلى أن جاء الأستاذ Martin De La Moutte عند دراسته للتصرف بإرادة منفردة ، منتقدا بذلك معيار عدد الإرادات ومثبتا لمعيار تقابل المصالح .

أول ما قام به هو التفريق بين تعاون الإرادات (collaboration de volontés) أين تعبر كل الإرادات عن مصلحة واحدة ، وتوافق الإرادات (Accord de volontés) أين تعبر كل إرادة عن مصلحة متميزة، مستنتجا من ذلك أن التصرف بإرادة منفردة قد

1 - نسيرفيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، المرجع السابق، ص. 145 .

2 - نسيرفيق، الإرادة في التصرفات القانونية ، المرجع السابق، ص. ٨ ، ٩ .

3 - المادة 77 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على : " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد"

ينتج عن تعاون الإرادات كلما كانت تعبر عن مصلحة واحدة ، ففي تصوره فإن ما يميز العقد عن التصرف بإرادة منفردة، هو أن الأول يعبر عن توافق مصلحتين ، أما الثاني فهو يعبر عن تعاون المصالح¹.

المطلب الثاني: التشكيك في المفهوم التقليدي للعقد.

إن استقلالية الإرادة بمفهومها الكلاسيكي ، تعني بالضرورة حرية الإرادة المطلقة في إنشاء العقود وتحديد آثارها ، لأنها في الأساس تتمتع بالنفوذ الكلي ، ولا يمكن أن تكون إلا إرادة فعالة ، لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي تترتب عليه².

لكن إذا كانت الإرادة هي التي تنشئ الالتزام فلم لا يكون لها سلطة هدمه، وإذا كان الشخص يلتزم لأنه أراد أن يلتزم ، أفلا يتتبع ذلك على سبيل اللزوم أن يكون له الحق في التخلص من هذا الالتزام وفي أي وقت شاء. ثم أن الالتزام حسب هذا المذهب الإرادي محوره مشيئة الإرادة ، فيجب منطقيا أن يدور مع هذه المشيئة وجودا وعدما .

وإذا كان للإرادة سلطان وهذا السلطان هو أساس الالتزام ، فلم لا يعترف للشخص بسلطة تعديل القانون الذي سبق أن ارتضاه ، ويباح له أن يقول إنه لم يعد راغبا فيه ، ذلك أن فكرة السلطة تتضمن إمكانية إصدار القوانين الخاصة بها، وتتضمن في الوقت نفسه إمكانية إلغائها³.

إن حرية الإرادة لا تصلح أساسا للعقد ، ولا تصلح أساسا للقانون ولو كان حقا أن العقد يقوم على إرادة المتعاقدين ، وبدا لمن التزم بالأمس ألا يلتزم اليوم ، فأبي الإرادتين

1 - قد تم مقارنة المصلحة من عدة زوايا، وهي مقاربات لا تتناقض وإنما تتكامل لتبين أن مفهوم المصلحة شامل بإمكانه أن يغطي كل مهام المحل والسبب من وجود ومشروعية سير رقيق، محاولة من أجل: نظرية التصرف القانوني الثلاثي، المرجع السابق ، ص. 145 .

2 - GOUNOT (Emmanuel), Le principe de l'autonomie de la volonté, étude critique de l'individualisme juridique, thèse Dijon, 1912, p.104 .

3 - عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، 1972 ، ص.32.

يحترم؟ بالرجوع إلى أنصار مذهب سلطان الإرادة فإنهم يقولون باحترام الإرادة السابقة. ولكن أما كان منطق سلطان الإرادة ، أن يكون سلطان إرادة الماضي مقصورا على التصرفات التي تمت في هذا الماضي ، وأن يكون سلطان إرادة اليوم مقصورا على أعمال اليوم؟ فبأي منطق تتغلب إحداهما على الأخرى ؟

إن منطق سلطان الإرادة لا يستقيم إلا إذا بقيت الإرادة التي التزمت على حالتها الأولى حتى تمام تنفيذ العقد، ولكن من الواضح أن إرادة الشخص لا تبقى على حال واحد ، وإنما تتغير باستمرار. وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن مذهب الإرادة يفتقر إلى البرهان والذي أدى إلى البحث وإيجاد أساس آخر للعقد¹.

المبحث الثاني :مراجعة مفهوم العقد.

حسب Kelsen فالقوة الملزمة للعقد ليس سندها إرادة الفريقين ، وإنما النظام القانوني ، إذ أنه ليس في وسع سلطان الإرادة أن يشكل تفسيراً كافياً للقوة الإلزامية للعقد، طالما أن الإرادة التي تلتزم هي إرادة الأُس ، أما الإرادة الملزمة فهي إرادة اليوم و الغد، ومعنى ذلك أن الشخص الذي تغيرت إرادته يلتزم حسب إرادة مفترضة لم تستمر² فلماذا يجب أن تكون الإرادة التي مرت وماتت هي التي تتغلب على الإرادة الحية الحالية.

ولهذا سوف نوضح حقيقة كون العقد اتفاق إرادات (مطلب أول)، ثم نتطرق إلى وضع دور الإرادة في العقد في حجمه الطبيعي (مطلب ثان).

- وفي هذا يقول تارد : " في الوقت الذي يقال فيه إن إرادتي تلزمني ، تنعدم هذه الإرادة، وتصبح 1 أجنبية عني ، بحيث أصبح تماما كمن يتلقى أمرا من غيره إرادتي الماضية ، التي لم تعد باقية ، و لكنها مع ذلك تفرض علي ، ويمكن الاحتجاج بها قبلي ، هي شبيهة بإرادة الأموات من الأسلاف تحرك الأحياء". أشار إليه عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص. ١٠٧ .

2 - ريماء فرج مكي، تصحيح العقد(دراسة مقارنة)، ط.1، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص.355.

المطلب الأول: حقيقة كون العقد اتفاق إرادات.

يعرف العقد عادة بأنه التقاء إرادات من أجل إنتاج آثار قانونية ، وبناءا عليه فإن التراضي بشقيه يعتبر تصريح عن إرادات ووصف لها ، ويقصد بالتقاء الإرادات وحده الهدف الذي سيتحقق كنتيجة للإرادات مجتمعة مع بعضها البعض ، فتصبح كأنها إرادة واحدة ، فإن كانت الإرادة تلتقي بإرادة أخرى وترتبط ، فإن العقد بهذا المعنى لن يكون إلا مقيدا للإرادة ، حتى لا تبدل غدا.

كما أن القول بالتقاء الإرادات لا يحل الأمر ويفسر نظام العقد إلا بطريقة افتراضية تتلخص بالقول بالتقاء الإرادات ، إلا أن نظام العقد لا يحل بالانطلاق من التراضي لإرادات التقت وإنما عن طريق تحليل الحياة الاجتماعية مع عدم تجاهل الإرادة ، والذي سيكون حتما مع ضمها إلى العوامل التي أدت إلى إظهارها.

لقد سبق وأن تساءلنا فيما إذا كان من الممكن للنظام القانوني إضفاء الصفة القانونية على الاتفاق رغما عن إرادة أطرافه أم لا؟

بالعودة إلى المقال السابق الذكر للسيد Oppetit فإننا نجد أنه يحث على ضرورة تدخل القضاء من أجل إضفاء الصفة القانونية على الاتفاق رغما عن رغبة أطرافه في استبعاده من نطاق القانون ، ويبني تصوره هذا على اعتبارات عديدة ذات ارتباط وثيق بوظيفة القانون وغاياته¹.

منها اعتبار النظام العام الذي يقوم باستبعاد إرادة طرفي الاتفاق الرامية إلى إخراجها من سطوتها ، وإنزال حكمها عليه رغما عن هذه الإرادة. فالنظام العام يخلق قواعد يوقع عليها البطلان في حالة مخالفتها ، وأخرى تفرض حكمها على العلاقات الداخلة في مجال تطبيقها ، وبالتالي يكون القاضي بحكم وظيفته ملزم بتطبيق هذه القواعد ، سواء بإبطال التصرف المخالف² أو إخضاعه جبرا لحكم القاعدة القانونية

1 - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 399.

2 - سواء كانت العقوبة جنائية أو تأديبية راجع حكم لجنة السوق الأوروبية المشتركة، 1969/ 7/ 19، مجلة القانون الدولي ، 1970 ص. 196 وما بعدها. إذ أن المنتجين الأساسيين لمادة الكينين و

التي يراد الإفلات منها هذا ما يحدث في قانون العمل حيث يرتب آثارا وضعية على عقود العمل ، أخصها اشتراكات التأمينات الاجتماعية ، وكثيرا ما يلجأ طرفا علاقة العمل إلى اعتماد أسلوب السرية تهربا من مثل هذه الآثار، لكن القضاء لم يأل جهدا في الكشف عن علاقات العمل غير المعلنة ، وإخضاعها لأحكام القانون.

وهناك اعتبار العدالة الذي يعطي تفسيرا لموقف القضاء في فرض القوة الإلزامية على الاتفاقات الأدبية رغما عن إرادة أطرافها، إذ أن الاتفاق المجرد من الآثار القانونية، يمكن الطرف الذي لا يريد تنفيذ ما تعهد به ، من وضع الطرف الآخر في موقف العجز التام عن إجباره على التنفيذ، وهو في هذه الحالة يكون في وضع شبيه بوضع الطرف المذعن في عقود الإذعان، والعدالة هي التي تفرض حماية أحد طرفي الاتفاق من تسلط الطرف الآخر¹.

وأخيرا نجد الاعتبار الخلقي والذي يستند إلى القاعدة الخلقية السائدة في المجتمع لمنح القاضي سلطة الرد على الطرف الذي التزم بمحض إرادته، ثم سعى إلى الإفلات من التزامه ، متحججا في ذلك بأن التزامه مجرد التزام أدبي لا يطاله القانون ، وذلك بإضفاء الصفة القانونية على تعهده دون الأخذ بعين الاعتبار إرادة طرفاه².

لقد تم اقتراح معيارين للتفريق بين الاتفاقات العقدية و الاتفاقات غير العقدية ، يتمثل الأول في الإرادة أي أن القانون يضفي على الاتفاق صفة العقد الملزم كلما توفرت إرادة الطرفين في اعتبار اتفاقهما عقدا ملزما. أما المعيار الثاني فيتمثل في وجود سبب

مشتقاتها حاولوا تجنب المادة ٨٥ التي تحرم الاتفاقات المقيدة للمنافسة داخل دول السوق ، وذلك بإبرام اتفاقات قانونية للتصدير وتحديد السوق الخارجي . أما ما تعلق بالسوق داخل دول السوق الأوروبية فقد اكتفوا بإبرام اتفاقات أدبية ، والتي اعتبرتها لجنة السوق الأوروبية المشتركة المدعى أمامها ، أن هذه الاتفاقات الأدبية مخالفة لنص المادة ٨٥ وتستوجب توقيع الغرامات المقررة لهذه المخالفة. أشار إليه مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه ، ص. ٣٩٢

1 - ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص. 372 .

2 - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 400 .

موضوعي يبرر إضفاء الصفة القانونية على الاتفاق ، وهذا يطبق في حالة غياب إرادة الطرفين في إضفاء الصفة القانونية على اتفاقهما ، إذ يضيف القانون عليه هذه الصفة كلما توافر سبب موضوعي يبرر إضفاءها عليه¹.

إلا أنه قد يثور التساؤل حول ظاهرة المجاملات ، وما ينتج عنها من اتفاقات ، فأعمال المجاملة تخرج عن مجال القانون على نحو لا ينشأ معها أي التزام قانوني ، ولقد كشفت بعض الدراسات أن العمل لا يدخل في مجال المجاملة ، إلا إذا توافر فيه شرطان ، أولهما هو غياب نية الارتباط القانوني في القيام بالعمل وثانها أن يكون هذا العمل من أعمال البر أو المعروف . إلا أنه في هذه الحالة لا بد من التوقف عند فكرة انتفاء نية الارتباط و تمييز حالتين يخرج العمل فيهما من مجال المجاملة وهما :

- حالة توافر نية الارتباط القانوني .

- و حالة انتفاء نية الارتباط القانوني مع توافر نية تحقيق منفعة أو مصلحة من العمل ، على نحو ينفي صفة البر بالغير وإسداء المعروف له ، وهذا ما يرجعنا إلى معيار وجود سبب موضوعي يبرر الالتزام بالعمل².

إن مسلك القضاء هذا (ترتيب آثار قانونية على الاتفاقات الأدبية متجاوزا بذلك إرادة الطرفين) يشكل اختبارا حقيقيا لمدى صحة المفهوم التقليدي للتصرف القانوني عامة وللعقد خاصة ، فبالرجوع إلى دراسات الفكر القانوني نجد أنه لطالما نبه أن الفكر القانوني التقليدي تعود على الربط المحكم بين انعقاد العقد صحيحا و بين تمتعه بالفعالية القانونية ، فلقد درج على النظر للعقد باعتباره اتفاقا على إحداث آثار قانونية ، وإسناد هذه الآثار إلى مبدأ سلطان الإرادة.

1 - والسبب في هذا المقام ليس هو الغرض أو الدافع الباعث للإرادة على الالتزام ، وإنما هو حقيقة موضوعية تبرر اعتراف القانون بالاتفاق وإضفاء الصفة القانونية على الآثار المراد ترتيبها عليه . مصطفى محمد الجمال ، المرجع نفسه ، ص. 402 .

2 - المرجع نفسه ، ص. 402 ، 403 .

أما الفكر القانوني المعاصر فلقد أصبح أقرب إلى التسليم بأن التعريف التقليدي للعقد يخلط بين أمرين يتعين التمييز بينهما بوضوح عند دراسة فكرة العقد ، الأمر الأول أمر الأداة المسببة للآثار القانونية ، و الأمر الآخر هو ترتيب هذه الآثار استنادا إلى هذه الأداة. فأما أداة العقد فهي الإرادة أو اتفاق الطرفين، وفي مجالها يكون السلطان المطلق للإرادة ، وأما ترتيب آثار العقد على هذا الاتفاق فهو شأن القانون بمعناه الموضوعي¹. أي أنه إذا كان صحيحا أن الالتزامات العقدية تكتسب قوتها الإلزامية من تطابق وتوافق الإرادات المشتركة للأطراف المتعاقدة ، إلا أن المصدر الذي منح القدرة لهذه الإرادات لإنشاء مثل هذه الاتفاقات - وما يترتب عليها من التزامات واجبة التنفيذ من قبل الأطراف الذين تعهدوا بتنفيذها- هو القانون وإرادة المشرع المدني الذي سمح بإنشاء مثل هذه الاتفاقات ، طالما تنصب على ما من شأنه الإخلال بالقواعد الآمرة للقانون ، أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة².

المطلب الثاني: وضع دور الإرادة في العقد في حجمه الطبيعي.

إن التحديد التشريعي لمضمون العقد ، والتنظيم الدقيق لكيفية التعبير عن الإرادة أدى إلى التقليل إلى حد كبير من دور الإرادة في إبرام العقد ، فالإرادة أصبحت غير قادرة على تحديد مضمون العقد ، وذلك لتنظيمه بمقتضى قواعد آمرة ، هذه الفكرة أدت إلى وضع دور الإرادة في إبرام العقد في حجمه الطبيعي والذي كان له دائما ، بالرغم من أن الفقه يتجاهله إلى حد كبير .

فطبقا لما أثبتته بعض الفقه فإن الإرادة ليست هي مصدر للعقد ، وأن قراءة المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي كانت دائما جزئية ، وذلك لتناسي الشرط الذي تم إغفاله لمدة طويلة بسبب ندرة التدخل التشريعي في هذه المسألة ، وهو أن تكون قد

1- ROUETTE (G), Contribution à l'étude critique de la notion du contrat, thèse précitée, P.541 et suivant-

نبيل إبراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف ، 1991 ، ص. 89 .

2- محمد حنون جعفر ، مسؤولية الما قول العقدية عن فعل الغير، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2011 ، ص. 53 .

أبرمت وفقا للقانون ، وهذا ما يبين حقيقة أن العقد يجد مصدره الرئيسي ليس في الإرادة وإنما في القانون، لأن الإرادة ليست لها القدرة على إنشاء علاقة التزام إلا إذا أعطى القانون القوة الملزمة لهذه الرابطة¹.

عرف مبدأ سلطان الإرادة في النطاق التعاقدي توسعا كبيرا في العصر الحديث ، فالإرادة ليس لها فعالية إلا إذا كانت مطابقة لمتطلبات المشرع ، وسلطان الإرادة أصبح مبدأ لأن القانون أعطى على نطاق واسع الصلاحية لكل إعلان عن الإرادة ، إلا أنه قد تم تجاهل هذا الدور الحاسم للقانون والتركيز فقط على الإرادة. إلا أن التدخل المتزايد للتشريع والذي ترتب عليه عدم فعالية العديد من إعلانات الإرادة أدى بالضرورة إلى جعل الإرادة غير مجدية إلا إذا حازت موافقة القانون .

قد يعتبر البعض هذا التحليل على أنه تخريب لأحكام التقنين المدني ، كما قد يعتبره البعض الآخر زعزعة لفكرة العقد ، إلا أنه في الحقيقة لا يقوم إلا بإعادة المعاني الحقيقية للمادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي². كما أن التنصل من المفهوم التقليدي للعقد والتراضي ومفهوم الإرادة في العقد ، لم يأت من فراغ ، إذ أن كل قول بأن الإرادة حرة في تحديد آثار العقد ، واعتبار أن أي انتقاص من ذلك حد من هذه الإرادة ، غير دقيق ، بل هو عدم تحديد دقيق لمفهوم العقد .

فاستقراء نصوص التقنين المدني لا شك أنه سيظهر في هذا الشأن نظاما مخالفا على الإطلاق لمبدأ الاتفاق الإرادي أو قاعدة التراضي ، فالنظام القانوني العقدي ليس من صنع الإرادة وإنما هو حقيقة وضعت من أجل الحياة يجب أن تطاع. فبالرغم من أن للإرادة دور لا يمكن إنكاره في عملية التعاقد إلا أنه يختلف عما حدده الفقه التقليدي كل الاختلاف ، وهذا الدور لا يجعل الإرادة هي الخالق والمسبب للأثر القانوني الناتج عن العقد، فالعقد يفسر بنظامه القانوني وليس تبعا للإرادة .

1 -ROUETTE (G) ,Contribution à l'étude critique de la notion du contrat, thèse précité, p.565.

2 - نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص.90 .

الخاتمة

يظهر لنا من المادة 54 من التقنين المدني الجزائري أن العقد هو نوع من أنواع الاتفاق ، إلا أن معظم الباحثين لا يرون أهمية لهذا التمييز ، عكس البعض الآخر ، والذي يرى فيه أهمية تارة من حيث الأهلية ، وتارة أخرى من حيث الآثار .

فلو اعتمدنا التعريف الدارج وهو "توافق إرادتين من أجل إحداث آثار قانونية" فلا يكون لتمييز العقد عن الاتفاق أي أهمية تذكر ، أما إذا ما اعتمدنا التعريف الذي يرى بأن العقد هو "توافق مصلحتين متضاربتين" ، ففي هذه الحالة سنميز بين الاتفاقات التي يكون فيها تضارب في المصالح ، والاتفاقات التي تفتقر إلى مثل هذا التضارب . كما في الاتفاقات التي تهدف إلى إنشاء أشخاص معنوية والتي يطلق عليها تسمية الاتفاق الاتحادي.

كما أن معيار تقابل المصالح يحل مشكلة تعدد الأطراف الذين يريدون إبرام العقد ، ولا يمكن جمعهم في مركزين قانونيين متقابلين، إذ أن هذا المعيار يسمح بتصنيف التصرفات إلى تصرفات بإرادة منفردة ، وعقود ، وتصرفات ثلاثية . مما يشرح العديد من التصرفات التي تتطلب أكثر من شخص لإبرامها، والتي كانت آلية العقد عاجزة على احتوائها .