

التطورات الحديثة على نظرية العقد في نظام المعاملات المدنية السعودي

د. زين محمود علي الزين*

تاريخ وصول البحث: 2024/1/20 م

تاريخ قبول البحث: 2024/6/11 م

الملخص

لقد عرفت العلاقات التعاقدية الحديثة تحولات كبرى، أفضت إلى بروز أوجه جديدة، وصيغ مستحدثة للتعاقد؛ حوّلت العقد من مجرد وسيلة للمعاوضة، إلى أداة للتبادل الاقتصادي، وآلية لتنظيم العلاقات الاجتماعية، وأضحت العديد من النصوص المنظمة للعقد في منظوره الاتفاقي الذاتي أو الشخصي، غير متلائمة مع ما استحدث للعقد في أبعاده الحديثة (العلاقاتية، والنموذجية المعقدة)؛ مما أفقدها التواصل مع واقع المعاملات التعاقدية. وتأثرت النظرية العامة للعقد بالعملة القانونية والاقتصادية، وتلاشت نظرية وطنية القانون، وانخرطت القوانين في مسار التحديث، كما يشهد العالم اليوم زخمًا معلوماتيًا مذهلاً، وتناميًا ملحوظًا في مجال الاتصالات والمعاملات، وتفاعلاً لا متناه مع إشعاع التجارة الإلكترونية، وظهور الاقتصاد اللامادي، واتساعاً كونياً لرقعة المبادلات التجارية. وقد أثرت التحولات التي تشهدها الحياة الاقتصادية على العقد، وألقت بظلالها على النظرية العامة، وقد حولت العقد من مجرد عملية معاوضة، إلى تنظيم وضعية واقعية ومن الجمود إلى الحركة، ومن الحرية إلى التوجيه، ومن مصدر للالتزام إلى آلية التعامل، ومن رابطة شخصية، إلى أداة تمثل قيمة اقتصادية ومالية، وهذا التحول في دور العقد إلى أداة للتبادل الاقتصادي؛ ترك أثراً كبيراً على الركائز التي تقوم عليها نظرية العقد، الأمر الذي نتج عنه إعادة النظر في العديد من المفاهيم والمبادئ، التي ترتكز عليها نظرية العقد، ولعل أهمها؛ مبدأ سلطان الإرادة، الذي يُعدُّ إحدى ركائز المذهب الفردي، الذي أصبح عاجزاً عن مواكبة التطورات الاجتماعية، التي كان لها الأثر المباشر على العملية التعاقدية، فانبثق عن ذلك ما يعرف بأزمة العقد؛ فظهرت أزمة العقد في ظل إشكالية قانونية هامة، تكمن في التساؤل حول مدى التوافق بين تحقق العدالة العقدية، والحرية العقدية، والاستقرار العقدي؟ فهذه الإشكالية التي تناولها الموضوع، من خلال نظام المعاملات المدنية السعودي الصادر حديثاً، الإجابة عليها من خلال منهج تحليل، وصولاً إلى جملة من النتائج والتوصيات.

* أستاذ مشارك، كليات الشرق العربي، الرياض.

Recent Developments on Contract Theory in the Saudi Civil Transactions System

Abstract

The modern contractual relationships have undergone significant transformations leading to the emergence of new aspects and innovative forms of contracting. Contracts have evolved from being merely a means of exchange to becoming tools for economic interchange and mechanisms for regulating social relationships. Many contract-regulating texts, viewed from a self-referential or personal perspective, have become incompatible with the modern dimensions of contracts, such as relational and complex models, resulting in a disconnect with the reality of contractual transactions. The general theory of contracts has been influenced by legal and economic globalization, overshadowing national legal theories. Laws have engaged in the path of modernization, coinciding with a remarkable informational momentum and considerable growth in the fields of communication and transactions. This interaction has been incessant with the radiation of e-commerce, the emergence of the intangible economy, and the expansion of the global trade arena. The transformations in economic life have impacted contracts, shifting them from mere reciprocal processes to organizing realistic situations, from rigidity to dynamism, from freedom to guidance, and from a personal bond to a tool representing economic and financial value. This shift in the role of contracts as tools for economic exchange has had a profound effect on the foundations of contract theory. This impact has prompted a reconsideration of many concepts and principles upon which contract theory relies. One of the most significant is the principle of the sovereignty of will, a cornerstone of individual doctrine that has proven inadequate in keeping up with social developments directly influencing the contractual process. This inadequacy has given rise to what is known as the contract crisis. The contract crisis has surfaced amid a significant legal issue concerning the compatibility between achieving contractual justice, contractual freedom, and contractual stability. This problem, addressed by the subject through the lens of the recently issued Saudi Civil Transactions System, is analyzed methodically to derive a set of results and recommendations.

مقدمة:

تُعَدُّ النظرية العامة للعقد، من المسائل القانونية تعرض علينا، وتأخذ حكم الثوابت والمسلمات؛ مما يطمئن لها الفرد أثناء التعامل معها، فنظرية العقد، تُعَدُّ من النظريات المتأصلة في خيال القانونيين، لكن عند البحث والنظر فيها وسبر أغوارها؛ ومراجعة تقديراتنا؛ يتبين فهمنا القاصر لها، والتسرع في الحسم والحكم بشأنها.

وقد درج فقهاء)
⁽¹⁾ على تعريف النظرية العامة للعقد، باعتبارها مجموعة القواعد التي تهدف لتنظيم العقود، وهي بناء فكري ممنهج ومنظم، يهدف إلى الارتقاء بالفكر القانوني المتصل بالعقد، إلى مصاف التأليف المتكامل؛ مما يقتضي الإحاطة بسائر مجالات المعرفة المتعلقة بالعقد، وهيكله مكوناته.
 وإن قراءة تحليلية لنظام المعاملات المدنية السعودي، تجعلنا نقدر أن النصوص النظامية في القسم الأول، الفصل الأول من الباب الأول، من نظام المعاملات المدنية السعودي؛ تشكل مجموع القواعد التي يمكن أن تبني عليها نظرية العقد، فهذه النظرية تسهل فهم مكونات العقد وأحكامه، كما توضح المقاصد الشرعية والنظامية التي أوجبتها، والشروط التي اقتضتها، على أن تدقيق النظر في التفصيلات العائدة لكل عقد، يرجع لما يعرف بنظرية العقود الخاصة.
 ولكل ما تقدم، يتوجب علينا تأصيل النظرية العامة للعقد، التي أصَّلها التشريع الإسلامي، فكتب الفقه ومجلة الأحكام العدلية، لم تتكفل بصياغة نظرية عامة للعقد، بل إن مجمل الأحكام المتعلقة بالعقد، دُرست في أبواب متناثرة، وأدرجت صلب فروع متصلة بترتيب الكتب الفقهية، ولعل مرد ذلك، أن الفقه الإسلامي لم يعنَ بصياغة تصور شامل للعقد، بل كان وليد القضايا العملية التي تعتمد في تطبيق الآيات القرآنية، والتحري في أسباب نزولها، وتبيين مقاصد الشريعة الإسلامية؛ كما تعتمد السُّنة القولية، والفعلية، والتقريرية؛ والتي كانت كلها مجالاً للاجتهاد، والقياس، والاستحسان، والاستدلال. فالفقه الإسلامي تم بنائه وفق المسائل التي عرضت عليه، والمسائل التي افترضها الفقهاء وفق منهج استقراءهم، وطرق أدلتهم. وقد سعى الفقه الإسلامي في مرحلة متأخرة، إلى جمع المصادر والالتزامات في إطار التصرفات الشرعية، مقدرين أن التصرف هو كل عمل ينشئ التزاماً وينتج أثراً شرعياً⁽²⁾

ونظرية العقد كجزء من النظرية العامة للالتزام، تتكفل بتنظيم القواعد لمجموع العقود، فهي تنطوي على الطابع التجريدي، حيث تحدد النظام الذي ينطبق على كل العقود. ولما كانت النظرية العامة للعقد تشكل حقيقة موضوعية لا نقاش فيها، فإن مسألة وجودها لم تُعد محلاً

للتساؤل، بل إن ما يطرح بشأنها من نقاش يدور حول ديمومتها؛ بسبب المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، بجانب تعدد النصوص القانونية وتشعبها وتخصصها، الذي يشكل أهم مميزات التشريع الحديث. كما بدأ تطور القوانين الخاصة، يهدد وجود نظرية العقد وديمومتها.

وبخصوص توحيدها، من خلال تعدد القواعد المنظمة لهذه النظرية، أسهم الفقه⁽³⁾ في تثبيت مفهوم نظرية العقد، إذ أصبح استعمالها متداولاً، في البحوث والدراسات المتصلة بتطور قانون العقود خلال القرن الماضي، وشكّلت همزة وصل بين الواقع الكلاسيكي التقليدي لمادة العقود، وتوجهاتها الحديثة، خاصة وأن النظرية العامة للعقد، لم تظهر كمجموعة من القواعد الوضعية، التي تهدف لحسم المسائل القانونية المتصلة بالعقد، وكحصيلة عمل الفقهاء إلى المساهمة في البناء العلمي للقانون؛ إلا عقب الحرب العالمية الثانية سنة 1945، حينما اجتمع الفقه الفرنسي في إطار مراجعة القانون المدني، حيث تبيّن للفقهاء، أن القانون المدني الفرنسي لا يشمل على القواعد الأساسية للعمل القانوني، بل اكتفى بتحديد الملامح العامة لنظرية العقد، لذا فقد تعرضت النظرية للنقد، حيث أنكر البعض جانبها العقائدي (الدوغماتي)، وبناءً عليه، يمكن اعتبار أن النظرية العامة للعقد، ترتبط برؤيا علمية للقانون أكثر، منها ارتباطاً بالواقعية الوضعية⁽⁴⁾ وبالمقارنة بين النظرية العامة للعقد وغيرها من النظريات القانونية؛ كنظرية القانون، ونظرية الحق، حسب تقييم الفقه لهذه الأخيرة؛ يرى أن النظرية العامة للقانون، تتعلق بفهم الظاهرة القانونية؛ من خلال دراسة وجودها، وغايتها، ومفاهيمها الجوهرية، وآلياتها، ومناهجها، وبالمحصلة، تقف هذه النظرية على تساؤلين، لماذا؟ وكيف؟ لذا، فتعريف النظرية العامة للقانون أو الحق، يترجم على فكرة أو تصور بناء ذهني منهجي، يهدف إلى إنشاء مقارنة تأليفية متكاملة للفكر المتعلق بمادة محددة⁽⁵⁾

فالنظرية العامة هي في ذاتها، هي بحث عن الجوهر وعن التوحد، من خلال تعدد القواعد، وقد أسهم الفقه في تثبيت مفهوم نظرية العقد؛ إذ أصبح استعمالها متداولاً في البحوث المتصلة بتطور قانون العقود خلال القرن الماضي، وشكلت حلقة وصل بين النظرية التقليدية وواقعها، وتوجهاتها الحديثة، وهذا الربط بين الجانب الوصفي للنظرية التقليدية للعقد من ناحية، والمقارنة الإنشائية للمنظومة التعاقدية الحديثة، التي تبدو في شكل مستمر (عبر ظهور عقود جديدة فرضتها المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية) فكل ما أحاط النظرية العامة للعقد من مستجدات، أفرز تطوراً مستمراً، وتصوراً متجدداً للنظرية العامة للعقد، يستلهم قواعده من

النظرية الفردية الليبرالية، التي تحكم النظرية التقليدية، والتوجهات الاجتماعية التي ظهرت في القرن العشرين مع فكرة ذلك أن مجال الحرية قد تقلص في العقد، على حساب المد التوجيهي الذي واكب تدخل الدولة.

أهمية الموضوع:

على الرغم من تقلص مبدأ الحرية في العقد، على حساب المد التوجيهي للدولة، هناك عاملان كان لهما أثر على إبراز الملامح النظرية الحديثة للعقد، الأول التحليل الفقهي في الطابع النقدي للنظرية التقليدية، الذي يبين القصور النسبي لهذه النظرية، أما الثانية، فهي المتغيرات الكبرى التي شهدتها قانون العقود، (من خلال البحث في جوهر، وكيان، ومصير العقد؛ إلى جانب بروز عقود خاصة، فرضتها الحاجة لدى المتعاملين في نطاق الأعمال، فهذان العاملان، يعتبران نتاجاً للعلوم القانونية الحديثة، خاصة وأن التشريعات المدنية لجأت إلى الاختصار على ملامح النظرية العامة للعقد، التي لم تزل مكوناتها في طور التشكل بفعل عمل الشراح، الذين يسعون إلى تطويع القاعدة القانونية؛ حتى تلائم التحولات الاقتصادية والاجتماعية، ولعل ذلك يبرز أهمية الموضوع، خاصة في ضوء المتغيرات المستمرة على نظرية العقد، والتحويلات الدائمة في المنظومة القانونية.

مشكلة البحث:

ترتكز هذه الدراسة على سؤال رئيس، ناتج عن ولادة قواعد قانونية جديدة في النطاق العقدي، حيث أدى ذلك إلى عدم الانسجام القانوني، بين القواعد المستحدثة والقواعد التقليدية؛ مما نجم عنه ما يعرف بأزمة العقد، فكيف يمكن أن تتجلى هذه القواعد المختلفة، وفق تأمين بناء ذهني منهجي منظم، يهدف إلى إنشاء مقارنة توافقية، بين الحرية التعاقدية والاستقرار العقدي من جهة، وتحقيق العدالة التعاقدية، وما فرضته التطورات الحديثة في نطاق المعاملات المدنية من جهة أخرى؟

منهجية البحث:

لعل المسلك الذي يبدو قوياً ومنطقياً، لبناء منظور عام لمثل هذا الموضوع؛ هو جعل المتغيرات تصوراً مقروناً بالعقد في دراسته، خاصة أن المتغيرات الحالية في العقد، تتصف بالاستمرارية، وإذ ألماننا بالخطوط العريضة لمشكلة الدراسة، واستوثقنا مما يبلغه من عظيم الأهمية، وعرفنا ما كان من أمر حلولها في كل من نظام المعاملات المدنية والتشريعات المقارنة؛ فقد أن أن يعرض لها في الصميم، وأعني بذلك، التغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي ألحقت

بنظرية العقد بصفتها الذاتية، وسنرى أن تحديد هذه المتغيرات لم تسلم من الجدل الفقهي، رغم بساطة المنهج التحليلي والوصفي في بعض الأحيان، إطار أثر هذه التغيرات على نظرية العقد، وعليه ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين، على النحو التالي، المبحث الأول: النظرية التقليدية لنظرية العقد، ومدى تلائمها مع المتغيرات الحديثة. أما المبحث الثاني: نطاق المتغيرات النظرية التقليدية لنظرية العقد وأدواتها.

المبحث الأول:

النظرية التقليدية للعقد ومدى تلائمها مع التطورات الحديثة:

لقد ساد مبدأ سلطان الإرادة أغلب العلاقات القانونية؛ نتيجة لازدهار وانتشار المذهب الفردي، وتمجيده لإرادة وحرية الفرد ومصالحه في المجتمع، فكان يكفي لتكوين وإنشاء علاقة عقدية وتحديد آثارها، أن يطابق الإيجاب القبول، وبذلك أصبحت الإرادة الحرة المستقلة، مصدرًا لجميع الالتزامات الناشئة عن العلاقات التعاقدية، ومنه وجب احترام حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد الناتجة عنها. وبالرغم من اعتقاد البعض، أن مبدأ سلطان الإرادة تبلور خلال القرن الثامن عشر، فإن الفقه على اختلافه، أجمع على أن هذه النظرية تستمد أصولها من القانون الطبيعي، التي تذهب إلى أن طبيعة الإنسان تحتم أن يصاحبه منذ ولادته؛ حقه في الحرية، ومفاد هذه الحرية، هو أن الإنسان لا يتحمل أي التزام، إلا إذا كان قائمًا على رضا الحر، ومن ثم لا يجوز انتهاك هذا الحق اللصيق بالفرد، بإجباره على تنفيذ التزام لم يكن حرًا في التعهد به، ولم تتجه إرادته إليه⁽⁶⁾.

ومن هذا المنطلق، أنه رغم سيطرة مبدأ سلطان الإرادة على العلاقة التعاقدية، خاصة في ظل ظهور العقد الاجتماعي، حيث عرفت رواجًا كبيرًا؛ فنظرية العقد الاجتماعي كانت تعتبر الفرد أساس القانون وغايته، فالإنسان ولد حرًا وسيّدًا لنفسه، فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته، وليس القانون إلا صدى لإرادة الأفراد التي تكوّن ما يسمى بالإرادة العامة⁽⁷⁾. وقد أكدت التشريعات المتأثرة بهذا المذهب - المذهب الفردي - على ذلك، ومنها القانون المدني الفرنسي، الذي اعتبر الاتفاقات التي تنعقد بشكل قانوني، هي بمثابة القانون بالنسبة إلى الذين ارتبطوا بها، ويقول الفقيه الفرنسي في هذا الجانب: أن إلزامية العقد ترتكز على نقطتين أساسيتين، هما (فكرة أخلاقية، هي احترام الكلمة الصادرة من المرء، ومصلحة اقتصادية، هي ضرورة وجود ائتمان).

وعليه، فإن الإرادة الفردية هي من صنعت القانون، وما يتقبله الفرد من قيود؛ تكون وفقاً لإرادة الفرد الذي ارتضاها لنفسه من الاشتراك في المجتمع؛ إلا أنه نتيجة التحولات الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية العميقة، أدى إلى إيجاد دوافع ومهيات، انعكست على النظرية التقليدية للعقد، التي عرفت في قيمها الأساسية ذات الطابع الفردي⁽⁸⁾. فإلى أي مدى يمكن القول بنكوص وتراجع النظرية التقليدية للعقد؟ هذا ما يتم الوقوف عليه خلال هذا المبحث والمكون من مطلبين، الأول: المتغيرات الاجتماعية للعقد. المطلب الثاني: التغيرات الاقتصادية.

المطلب الأول: النظرية التقليدية للعقد:

إن المتغيرات المستمرة الطارئة على نظرية العقد، والتحويلات الدائمة في المنظومة القانونية؛ تتطلب جمع الشتات، أو تجميع جديد للقواعد المستحدثة للمادة العقدية، وهذا لا يفضي بالضرورة إلى اندراجها في نظام متناسق ومستقر، بل لا بد من اعتبار الظروف المهيئة التي أدت إلى هذه التحولات، ومراعاة تجلياتها؛ حتى يتسنى تأمين بناء فكري ممنهج، يسعى لتحقيق هدف إنشاء مقارنة متكاملة، للفكر المتعلق بالنظرية العامة للعقد⁽⁹⁾، وهو ما يعمل به المشرع والقضاء في آن واحد، بجانب المتدخلون في مجال القضاء والفقه على تأمينه. لقد درج الفقه على تناول مبدأ سلطان الإرادة كأساس للعقد، دونما سعي لتأصيل هذا المبدأ وربطه بنطاق أشمل، وهو النظرية العامة للعقد، بل وجهوا همهم إلى ربطه بالحرية التعاقدية والرضائية، كتأكيد على التواصل بين نظرية تكوين العقد، ونظرية عيوب الرضا⁽¹⁰⁾، لذا بقي الفقه التقليدي متمسكاً بنظرية الإرادة، ومنهم الفقيه الفرنسي (كانت)، الذي اعتبر أن القوة الملزمة للعقد من ملومات العقل المجرد، وترتكز نظرية الإرادة أو النظرية الفردية على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يكرس إرادة الطرفين في التعاقد، وهو يطلق التعاقد من القيود، تاركاً لإرادة الطرفين حرية العمل، بحيث يكون الالتزام وليد الإرادة الصريحة أو المفترضة، مما يفيد ذلك، أن الإرادة هي السلطة اللازمة والكافية لتعيين مضمون العقد، والتزامات طرفيه، والآثار الناشئة عنه؛ وهذا ما دفع الفقه الفرنسي وتحديداً الفقيه (لاروميه)، إلى القول: أن مبدأ سلطان الإرادة يعني، أن العقد يرتكز في قوته الملزمة إلى إرادة المتعاقدين، من خلال عنصرين أساسيين، هما سيادة الإرادة من جهة، والقوة الملزمة للإرادة من جهة أخرى⁽¹¹⁾.

وبما أن الإرادة هي مصدر الالتزامات وليس القانون؛ فهذا الأخير وُجد لتنظيم الإرادة، وتنظيم علاقة الفرد بالفرد، على أساس مبدأ المساواة والحرية المقررتين للجميع؛ ويترتب على ذلك النتائج التالية:

أولاً: أن العقد وليد إرادتين أو أكثر، متساويين في الحرية.
 ثانياً: إرادة الأطراف هي من تحدد شروط العقد ونطاقه.
 ثالثاً: لا تلزم الإرادة الغير؛ طالما لم يشترك الغير في العقد.
 رابعاً: العقد أقوى من القانون، لأنه وليد عقد اجتماعي.

فالنظرية الذاتية أو الفردية، تركز على فرضية الاستقلالية، أي أن كل فرد مستقل عن الآخر، وأن الأفراد متساوون، لا أحد له سلطان على الآخر، وكل له حريته التي لا تحدّها سوى حرية غيره من الأفراد؛ تحقيقاً للمساواة بينهم، التي هي المبرر الوحيد لأي قيد قد يرد على حريتهم، وبالتالي ينحصر دور القانون في تنظيم العلاقة بين الأفراد، على الأسس التالية: مبدأ الحرية التعاقدية، مبدأ الرضائية، ومبدأ المساواة. ونقف على هذه الأسس وفقاً لما يلي:

أولاً: مبدأ الحرية العقدية⁽¹²⁾، وفحواه أن حرية الفرد في التعاقد أو عدمه، هي إحدى حقوقه الأساسية التعاقدية، لكن ممارسة هذا الحق، محكوم بقواعد المشروعية، أي النظام العام⁽¹³⁾. ومن المعلوم، أن نظرية سلطان الإرادة، هي وليدة فلسفة تحررية، تكمن في استبعاد أي معوقات أو عراقيل أمام الحرية التعاقدية؛ تحقيقاً للمنفعة العامة والعدالة الاجتماعية. فالحرية التعاقدية، ومبدأ سلطان الإرادة، هو سليل الفكر الليبرالي، والنظرية الاقتصادية أو الفيزيوقراطية، القائمة على التداول المفتوح والحر للبضائع، والتمجيد المطلق للإرادة، واعتبار ما نشأ عنها حراً عادلاً، قام على الحرية التعاقدية، واحترام الإرادة وقت تنفيذ العقد، أي يجب على الأفراد احترام الإرادة في تنفيذ ما تم التعاقد عليه⁽¹⁴⁾، لذلك كان المنظم السعودي قد ربط انعقاد العقد بالإرادة؛ من خلال تعريف العقد في المادة الحادية والثلاثين، وجعل الإرادة أساساً للعقد في المادة الحادية والثلاثين، عندما عرف العقد بأنه (ينشأ العقد بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع معينة لانعقاد العقد) وبهذا يكون نظام المعاملات المدنية جعل الإرادة تلزم وتلتزم بمجرد صدورهما واقتراحها بإرادة أخرى على الوجه النظامي متأثراً في ذلك في الفقه الإسلامي، فما الإيجاب والقبول إلا تعبير عن الإرادة، وما الرضاء إلا الدلالة على أن هذه الإرادة حرة في تعاقدتها، وبهذا تكون الهيمنة لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، فكان أن تأثر المنظم بتلك الهيمنة؛ مما أدى إلى قراءة نظرية العقد قراءة ذاتية، من خلال الأيدولوجية المهيمنة، والتي تظهر جلياً، وهذا ما يتم بيانه لاحقاً.

ثانيًا: مبدأ الرضائية: يُعدُّ هذا المبدأ، من المبادئ المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة، حيث جعل من الإرادة أساس التعاقد، بحيث يتحقق التعاقد بمجرد ارتباط الإرادتين، فارتباط الإيجاب بالقبول، أو بتوافق كل من الإيجاب والقبول؛ يتحقق العقد وينعقد، طالما اتخذ مظهرًا خارجيًا معبرًا عنه، دون تحقق شكلٍ معين، وهذا ما كرَّسه المنظم السعودي، في نظام المعاملات المدنية في المادة الحادية والثلاثون، بقولها: (ينشأ العقد بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي، مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع معينة لانعقاد العقد)، وبالوقوف على النص السالف الذكر، نلاحظ بأن المشرع السعودي قد تأثر بالفقه الإسلامي والذي يتجلى بالمذهب المادي الذي يتخذ بعين الاعتبار الإرادة الظاهرة للمتعاقدين، أي التعبير عن الإرادة، لذلك اعتمد المشرع السعودي عبارة (ارتباط الإيجاب بالقبول)، وما الإيجاب والقبول إلا طريقة لإظهار الإرادة وبهذه الدلالة يكون المشرع السعودي قد خفف من حدة قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)

ومن الملاحظ أن المشرع السعودي قد خالف التشريعات المدنية التي تعرف العقد على أنه (توافق الإرادتين)، فهذه التشريعات قد اتجهت في تعريفها للعقد نحو المذهب الشخصي الذي يركز في الأصل على نية الطرفين، أي على ما انطوت عليه نفس المتعاقدين وما أراداه في الحقيقة، فالتشريعات المدنية التي عرفت العقد على أنه توافق إرادتين، فإن هذا التعريف ينصب على واقعه المادية، وهي اتفاق الإرادتين، أما ما جاء به المشرع السعودي من تعريف العقد فإنه ينصب على واقعة نظامية، وهي الارتباط الاعتباري الذي يقدر الشارع حصوله بين المتعاقدين، فالعقد لا قيمة فيه للوقائع المادية في سبيل تكوينه لولا الاعتبار الذي يسبغه عليه النظام وهذا ما يلحظ من عبارة (ارتباط) وتؤكد عبارة (أحداث أثر نظامي)، لذا فإن تعريف العقد على أنه توافق إرادتين يفيد العقد الباطل والعقد الصحيح، أما تعريف العقد الوارد بنص المادة الحادية والثلاثين فإنه يقتصر على العقد الصحيح لأن العقد الباطل لا وجود له نظاميًا، وبالرجوع إلى نص المادة الحادية والثلاثون تحديدًا العبارة الواردة بالنص (لإحداث أثرًا نظاميًا) بما أن تعريف النظام للعقد على أنه ارتباط الإيجاب بالقبول، يعد تعريفًا أدق تصورًا فلأنه ينظر إلى العقد من حيث الأثر الذي يجب أن ينتجه، وبعبارة أخرى ينظر إلى نهاية العقد أي تحويل الشيء من حال إلى حال وهذا نتيجة النزعة المادية لكونها تنظر إلى النتائج الأخيرة للعقد، فإحداث الأثر النظامي يكون في محل العقد الذي هو المعقود عليه، كما هو معلوم لدى الفقه الإسلامي، خاصة

وأن نظام المعاملات المدنية تمسك بفكرة الإرادة الظاهرة خلافاً للتشريعات التي أخذت بفكرة النية أو الإرادة الباطنة .

ومما تجدر الإشارة إليه بأن المادة الحادية والثلاثين قد تضمنت عبارة (ينشأ العقد) بحيث استعمال العبارة السابقة يستقيم مع المعطى القانوني للأمور لأن في هذه العبارة تجنبنا إشكالية هامة ما إذا كان العقد هو الانعقاد أو النتيجة، فالقول (ينشأ العقد) يقتضي أن العقد لم يكن موجوداً قبل إنشائه، لكن ما يؤخذ على المادة الحادية والثلاثين استخدام عبارة (لانعقاد العقد) وهذه لا يستقيم وطبيعة الأمور؛ لأن العبارة المذكورة تفيد بأن للعقد وجوداً ذاتية مستقلة قبل وقوع الفعل لأنه فاعل والفاعل باللغة هو من يقوم بالفعل لذا كان الأجدر بالنظام أنه استخدم عبارة (لإنشاء العقد)

أما إذا كان القانون يتطلب شكلاً معيناً لانعقاد العقد، فيُعَدُّ من العقود الشكلية أو العقود الرسمية، وذلك الأصل في العقود الرضائية (15)، إلا ما اشترطه النظام أو القانون. ثالثاً: مبدأ المساواة، يقصد بهذا المبدأ، أن طرفي العلاقة العقدية، متساويان ومستقلان على ما تعاقدتا عليه، ليس لأي منهما أن يفرض على الآخر ما لا يرتضيه (16)، فالأصل قبول التعاقد بعد مناقشة كافة بنود العقد بكل حرية، ومن هنا يتساوى المتعاقدون. غير أن هذا القول، لا يؤخذ به على إطلاقه؛ لأن الواقع العملي، والتحويلات الاجتماعية والاقتصادية؛ أفرزت عقود إذعان، أو بتعبير أدق، عقود قائمة على اختلال مبدأ المساواة بين الطرفين؛ مثل عقد العمل، والتأمين، وعقود الخدمات؛ فهذه العقود منسجمة مع فكرة مقومات العقد، طالما أن الطرف الذي يرتبط بها قبل بمقتضاه.

وإذا كانت النظرية الذاتية تركز مبدأ سلطان الإرادة، وتجعل منها مصدراً أساساً لتكوين العقد، فيلزم أي مدى يمكن القول: أن المنظم السعودي قد تأثر بذلك المبدأ في نظام المعاملات المدنية؟ بداية، تظهر أهمية الإرادة من خلال سلطانها في إنشاء العقود، فإن هذا الدور لا يتعدى حرية الإرادة، وقدرتها على أن تلتقي بإرادة أخرى؛ ليتحقق بذلك التراضي، الذي يلزم ويكفي لإنشاء العقد، فتدخل الإرادة في التراضي، والذي يُعَدُّ الركن الأساسي في العقد، فالتراضي هو من يمنح الإرادة سلطانها في إنشاء العقد، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل التالي، ما مدى لزوم الإرادة؟ الأصل أن الإرادة ضرورية؛ لازمتها بعقد، حتى ولو كان العقد يكسبها حقاً من الحقوق، ولا يقع عليها أي التزام، وهذا ما أشار إليه نظام المعاملات المدنية، عندما جعل من الرضى أساس العقد،

حيث نصت المادة الثانية والثلاثون على: (يتحقق الرضى إذا توافقت إرادتا متعاقدين (أو أكثر) لديهما أهلية تعاقد، وعبر عن الإرادة بما يدل عليها). ومن الملاحظ أن نص المادة المذكورة أشارت إلى تحقق الرضى ولم تشر إلى تمام العقد أو انعقاده، وكيف ذلك وأن المادة الحادية والثلاثون تشير إلى (ينشأ العقد بارتباط الإيجاب بالقبول) وليس بالتوافق، فالتوافق ينجم عن تبادل الإرادتين ولا يأتي من فراغ وإنما ينجم عن تبادل الإرادتين المتطابقتين وكان الأجدر بالنص أن يشير إلى تبادل الإرادتين خاصة أن المادة الحادية والثلاثون عرفت العقد (ينشأ العقد بارتباط الإيجاب بالقبول)

وعلى الرغم من ذلك، فإن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا المقام، ما هو المقصود بالإرادة؟ هل هي الإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنة، النية الكامنة في النص؟ إن الإجابة على هذا التساؤل، تتطلب منا الوقوف على الإرادة الظاهرة وفعاليتها، ثم الإرادة الباطنة.

أولاً: الإرادة الظاهرة: يقصد بالإرادة الظاهرة، تلك المفصح عنها، أي التي افصح عنها المتعاقد وعبر عن رضاه حيالها؛ دون الالتفات إلى ما جال فعلاً في نفسه، ولو لم يتوافق مع ما أعلنه، ويرجع المصدر التاريخي للإرادة الظاهرة إلى القانون الألماني، حيث اعتد المشرع الألماني بهذه الإرادة، فقد منحها السلطان والفاعلية القانونية في إنشاء العقود، دون النظر إلى ما يعتلج بالنفس، فالإعلان عنها صراحة أو ضمناً يُعدُّ أمراً كافياً؛ لأن العبرة بما تم الإفصاح عنها دون النظر إلى ما وراءها⁽¹⁷⁾، وبهذا يعتبر الرضى التقاء أو ارتباط تعبيرين، وإن اختلف تعبير أحدهما عما أَراده في قرار نفسه، مما يحول دون سماع الادعاء، بأن الإرادة الظاهرة لم تعبر عن الإرادة الباطنة⁽¹⁸⁾.

ثانياً: الإرادة الباطنة، تعرّف الإرادة الباطنة، بأنها البحث في النية الحقيقية والإرادة النفسية المشتركة للمتعاقدين، لأنه وإن كانت الوقائع هي في ظواهر النص؛ يعني هو المستجيب، وقد أخذت التشريعات اللاتينية؛ ومنها الفرنسي، واللبناني، والمغربي، والمنظم السعودي في هذه الإرادة، لكون العبرة في الإرادة؛ الحقيقية، التي تُعدُّ مصدر الالتزام، وقد كرس المنظم السعودي تلك الإرادة الحقيقية عند حصول أي التباس، حول ما أفصح عنه الأطراف بصورة ظاهرية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الرابعة بعد المئة، التي تنص على (إذا كان محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، دون الاكتفاء بالمعنى الحرفي للألفاظ، ويُستمدى في ذلك بالعرف، وظروف العقد، وطبيعة المعاملة، وما جرت به العادة في التعامل بين المتعاقدين، وحالهما، وما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بينهما. وتفسر شروط العقد

بعضها البعض، وذلك بإعطاء كل شرط، المعنى الذي لا يتعارض فيه مع غيره من الشروط؛ لأن الرضى يُعدُّ الركن الأساسي في العقد، ومما تجدر الإشارة إليه، أن إثارة الإرادة الحقيقية أو الباطنة، تثار في حالة الالتباس في نية المتعاقدين، يكون الدور لقاضي الموضوع، أن يلجأ إلى بنود العقد الصريحة والمظهرة لهذه النية، أما إذا وجد التباس في بنود العقد؛ فيعود الحق في تفسيرها واستخلاص النية الحقيقية منها، شرط عدم إفساد معناها ومداها⁽¹⁹⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الإرادة التي يعتد بها النظام السعودي هي الإرادة التي يترتب عنها أثراً نظامياً وفقاً لنص المادة الحادية والثلاثون، فإن لم تتجه الإرادة إلى إحداث الأثر النظامي لا يعتد بها نظاماً، مثل إرادة السكران، أو إرادة المازح أو الهازل

وسعيّاً من المنظم السعودي لتحقيق الاستقرار في المعاملات، واستمرارية العقود، وللحؤول دون المساس بالقوة الثبوتية للسندات والصكوك الرسمية؛ لم يهمل الإرادة الظاهرة، حيث عطل إثبات عكس ما يرد في هذه الصكوك، ولا يجوز الطعن بها إلا بالتزوير، ومما هو معلوم، وجب على القضاء التقيّد بظاهر النص، حيث لا مجال للتأويل، إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة التعبير فيما تم اختياره من الأطراف، وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة بعد المئة بالقول: (1- إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يعدل عن مدلولها بحجة تفسيرها بحسباً عن إرادة المتعاقدين)، فلا يجوز للمحكمة أن تعدل هذه الإرادة الحقيقية، إلا إذا قام الدليل الجازم، على أن المتعاقدين أساء استعمال اللفظ، ولم يقصدا منه معناه الواضح، وذهب القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه أيضاً؛ فقد اعتمد الإرادة الباطنة، لأنها تمثل وتعكس الإرادة الحقيقية للمتعاقد، غير أنه لم يتجاهل دور الإرادة الظاهرة، حيث اشترط إثبات ما يتعارض مع البيّنة الخطية ببيّنة خطية⁽²⁰⁾ وإذا كانت إرادة المتعاقدين لازمة لانعقاد العقد؛ فالأصل أن تكون هذه الإرادة كافية لهذا الانعقاد، إلا إذا تطلب القانون أو النظام لانعقاد العقد، بعض الجوانب الشكلية، مما يفرض على الإرادة أن تفرغ في شكل معين، أو يتطلب التسليم، وهذا ما تنبه إليه المنظم السعودي من خلال المادة الحادية والثلاثون، عندما نص بالقول: (مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع لانعقاد العقد) ونصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة والتسعون على: (تثبت الحقوق التي ينشئها العقد فور انعقاده، دون توقف على القبض أو غيره، ما لم يقضي نص نظامي بخلاف ذلك، ويجب على المتعاقدين الوفاء بما أوجبه العقد عليهما) ومن الأمثلة على ذلك، ما نص النظام عليه بالمادة الثانية والخمسون بعد المئة على (لا تنعقد الإعارة إلا بالقبض) وما نصت

عليه المادة السابعة والخمسون بعد المئة على (إذا اشترط نص نظامي إجراء لانتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى، لم تنتقل إلا باستكمال ذلك الإجراء) ونصت المادة الثامنة عشر بعد المئة على (1- تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بانعقاد البيع، دون الإخلال بأحكام المادة السابعة والخمسون بعد المئة).

المطلب الثاني: مدى ملائمة المتغيرات الاجتماعية للنظرية للعقد في نظام المعاملات المدنية:

لقد عرفت المجتمعات في نهاية القرن التاسع عشر، تحولات سياسية واقتصادية واجتماعية عميقة، أدت إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة، انطلاقاً من أبعاد فلسفية، وأخلاقية، واقتصادية؛ فتلك الأبعاد ساعدت في ظهور المذهب الفردي، أو الأساس الذي تقوم عليه النظرية الذاتية للعقد، وما نتج عنه من مبادئ، إلا أن هذه المبادئ لم تسهم في استمرار نجاح هذا المبدأ، بل كانت سبباً في انتكاسه وتراجعته⁽²¹⁾.

فعلى المستوى الفلسفي، يلاحظ القول: أن الحرية المطلقة للأفراد قول غير سديد، لا يستند إلى أساس سليم؛ لأن الإنسان بطبعة اجتماعي، يحتاج إلى العيش في وسط مجتمعي ينتمي إليه (كالأسرة، والمجتمع المهني، والدولة، وغير ذلك) وهذا يفرض على الفرد روابط قانونية، والتزامات تقيد الحرية الفردية بكل نعت لها، حفاظاً على التعايش في المجتمع.

فالإرادة الفردية لا تستطيع أن تنظم الالتزامات العقدية، إلا ضمن الحدود المرسومة قانوناً، كما أن الحرية التعاقدية ليست مطلقة، لأن من حق المجتمع توجيه نشاط الأفراد نحو المصلحة العامة⁽²²⁾، فالتصرف القانوني ليس فعالاً لذاته وباستقلال عن مضمونه، كما لا تُعدُّ الإرادة ذات قيمة بمفردها، لأنها تستمد قوتها من القانون.

وعلى ضوء ما ظهر من إشكاليات، في التطبيق العملي لعيوب الرضا نتيجة المتغيرات الاجتماعية، التي أثبت فيها أن مبدأ الإرادة منافاته للعدالة والمصلحة العامة، وعجزه عن وضع حلول لبعض مسائل العقد، واستحالة تطبيق بعض نتائجه، وكان طبيعياً أن يهتز الإيمان بقداسته، وأن يثور الشك حول صحته، أمام النظرية الحديثة للعقد، وهذا ما دفع الفقه إلى القول: إن نظرية عيوب الرضا أضحت مهددة بفعل تعدد التقنيات الحديثة المختلفة، التي ظهرت مع فكرة حماية المستهلك (إجراءات الإعلام – آجال التفكير والتروي - وفرضيات العدول)⁽²³⁾ ولا يفوت القول: إن ظهور وتطور العقود الخاصة، قد حُدَّ من إشعاع النظرية العامة للعقد، فقد شهدت القوانين المعاصرة تجاوزاً للنظرية العامة، بفعل المد التشريعي المتصل بالقوانين الخاصة، وانتشار قانون العقود الخاصة على حساب النظرية العامة للعقد. ومهما يكن من

أمر، فإن القواعد العامة المنظمة للاتفاقات، تيسر حسم الإشكالات القانونية التي تثار بمناسبة العقود الخاصة، التي تسهم بدورها في إحياء النظرية العامة للعقد، وتمكينها من التجدد⁽²⁴⁾، فقانون العقود الخاصة، يغذي النظرية العامة للعقد ويثريها، وفي المقابل، تشير النصوص القانونية إلى أن العقد لا يضر الغير ولا ينفع إلا بموجب القانون، كذلك النص الذي يجعل العقد يمتد إلى الورثة، ولا يلزمهم إلا بقدر ما نقل بموجب حقهم في الإرث، وكذلك وجب الوفاء بالتزام، ليس بما صرح به، بل يشمل ما ينص عليه القانون، أو العرف، أو قواعد الإنصاف، فتعد هذه النصوص، الركيزة التي تعتمد عليها العقود الخاصة، وهذه العلاقة الجدلية بين ثبات النظرية العامة للعقد، وما يحف بها من تحولات متولدة عن تنامي العقود الخاصة؛ يفرز مقارنة مستحدثة للتعامل مع العقد، حال أن التشريعات الخاصة، والتطبيقات التعاقدية، وإسهامات القضاء؛ ولدت إثراء للنظرية العامة للعقد، بهذا العطاء المتدفق والمترب عن العقود الخاصة، كما أفرزت تأثيراً بيئياً للنظرية العامة للعقد على هذه العقود الخاصة⁽²⁵⁾.

وقد حرص الفقهاء على إيلاء مبدأ سلطان الإرادة، بما يحمل من شحنة فلسفية وبُعْد إنساني وعمق اجتماعي؛ المكانة العظمى، وهو ما أهله، ليكون بفرعيه (الحرية التعاقدية، والرضائية)؛ الركيزة الجوهرية للنظرية العامة للعقد، ومع ذلك، فإننا نلاحظ متغيرات دائمة لمجال كل من النظرية العامة للعقد ونظرية العقود الخاصة.

إذ نشهد الآن تقلص إشعاع النظرية، ونماء مجال نظرية العقود الخاصة؛ بفعل ما تشتمل عليه من تجديد من ناحية، كما نعاين ثراءً متجدداً لمضمون النظرية العامة للعقد؛ بفعل تنامي العقود الخاصة، وما يفرزه ذلك من تحولات في صلب النظرية⁽²⁶⁾.

وعلى الرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة، استطاع أن يؤطر المادة العقدية زمن ازدهاره، لكنه بعد هذا التطور الكبير، عرف تراجعاً وانتكاساً، خاصة أمام المتغيرات الاقتصادية، فالحرية الاقتصادية المطلقة، قد أدت إلى الفوضى في إنتاج وتوزيع الثروات. كما أن الأفراد إذا تركوا لمشيئتهم، لا يتجهون حتماً إلى العمل والاستثمار في القطاعات النافعة من الوجهة الاجتماعية، بل يسعون في الغالب نحو تحقيق الربح السريع، وممارسة المضاربات، التي ترتفع مردوديتها وتتضاءل فائدتها المجتمعية، لذلك لا أحد أصبح يدافع عن الاقتصاد الحر في ثوبه الأصلي، فمع التسليم بأن المصلحة الشخصية تعتبر المحرك الأساسي للأنشطة الاقتصادية المتنوعة؛ فإن توجيه الاقتصاد يشكل حاجة ملحة، وهدفاً استراتيجياً، يتحقق بإصدار الدولة لقوانين

وتنظيمات متعددة، توجه الفعاليات الاقتصادية نحو تحقيق الصالح العام، عوض تركها لرغبات الأفراد⁽²⁷⁾.

قد حصل تغيير في دور الدولة، حيث تحول من دور المتفرج إلى دور المتدخل (الاقتصاد الموجه) على حساب المذهب الفردي أو سلطان الإرادة، الذي تراجع نتيجة لذلك، حيث أصبح المشرع يؤثر ويوجه الإرادة التعاقدية؛ حتى لا تنحرف نحو الفوضى والتعسفات المختلفة الصور، لكن كل هذا لم يؤد إلى المساس بالدور الرئيسي والبارز، الذي تلعبه الإرادة الفردية في مجال التعاقد وأخذ المبادرة، فالعقد هو توافق الإرادتين أو ارتباط إيجاب بقبول، فالإرادة هي الأساس التي تكوّن العقد، فرغم هذا الدور للإرادة، فقد ظهر عجز الإرادة في القرن العشرين، خاصة أن أنصار المذهب الفردي، سعوا إلى رد كل النظام القانوني للإرادة والعقد، والحال أن العديد من جوانب النظام القانوني، تخضع للقواعد الأمرة، بعيدة كل البعد عن فكرة العقد.

وإذا نظرنا إلى الجوانب الاقتصادية، فلا بد أن تكون هناك ملائمة بين القاعدة القانونية والتحول الاقتصادي، فهذه الملائمة أصبحت نقطة التقاء انتقاد القانون، ذلك لأن القواعد القانونية تعتبر جامدة ومجردة، تتجاهل الحقائق، في حين أن الحياة الاقتصادية هي متدفقة ومتحركة ومتغيرة، خاصة وأن القانون يُعد في حالة تأخر، مقارنة بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية، وهذا ما دفع الفقه إلى اعتماد فكرة أو نظرية ضرورة المرونة، وعلى الرغم من أن نظام المعاملات المدنية بحد ذاته قد تأثر بفكرة المرونة، من خلال العديد من النصوص النظامية، إلا أن هذا لم يُعد كافياً لجعل هذا النظام أكثر ملائمة للتطورات الاقتصادية، التي عرفها العالم في الفترات الأخيرة، علماً أن معظم التشريعات التي تسعى لإصلاح التشريعي، ناتج عن التحولات الاقتصادية، سواء على الصعيد الوطني أو الإقليمي أو الدولي⁽²⁸⁾.

إن استحداث قانون للعقود أو إصلاح قانون قائم، يطرح إشكالاتاً فائتاً على أبعاد ثلاثة، لمعادلة الإصلاح أو الاستحداث؛ تكمن في دورة الإرادة، دور المنظم أو المشرع، دور القاضي، وإذا كان الإجماع قائماً على دور الإرادة، ودور المشرع، فإن سلطة القاضي كانت محلاً للنقاش، في وقت يرى المدافعون عنه، ضرورة تمكين القضاء، الذي يلعب دوراً مهماً في نظرية الالتزام بشكل عام، ونظرية العقد بشكل خاص، بالنظر إلى ما يقوم به القاضي من تعديل العقد، وهو ما قد يترتب عليه أضراراً بليغة بأحد أطراف الالتزام، خاصة الطرف الضعيف فيها، طالما أن دور القضاء هو البحث عن العدالة، فالقاضي ملزم بتطبيق القانون، ولا تصدر أحكامه إلا على أساس التطبيق العادل للقانون²⁹، ومن التشريعات التي سارت على هذا النهج، المشرع الفرنسي،

عندما قام بالإصلاحات التشريعية للقانون المدني الفرنسي لعام 2016، حيث كان من أهم ملامح هذا الإصلاح، توسيع سلطة القضاء إزاء العقد، ليس في مرحلة إبرامه فحسب، بل أيضًا في المرحلة السابقة على التعاقد، مما دفع بعض الفقه إلى القول: أن القاضي أصبح بمثابة الطرف الثالث في العقد، حيث أصبح القاضي يتحقق من حسن النية لدى الأطراف، قبل إبرام العقد وعند إبرامه، وأصبح القاضي يتأكد من تنفيذ الالتزامات؛ كالالتزام بالإعلام، وأن يراقب إن كان هناك غلط في القانون، أو أن هناك إساءة في استغلال حالة تبعية، في إطار ما أصبح يعرف بالإكراه الاقتصادي. ومن سلطته، التأكد من تحقق التوازن العقدي بين الطرفين، ناهيك عن دوره في مراجعة شروط العقد، عند تغير الظروف أثناء تنفيذ العقد، في إطار ما يعرف بالظروف الطارئة⁽³⁰⁾.

لقد كان للتغيرات التي عرفت نظرية العقد، نتيجة التحولات والتطورات الاقتصادية والاجتماعية، والسياسية، أثرًا كبيرًا على المفاهيم والمبادئ المؤسسة لنظرية العقد، ولعل أهمها اعتبار الإرادة أساسًا للتصرفات التعاقدية والشكلية، ونظرية السبب، وسلطة القاضي إزاء العقد.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال، ظهور فكرة العقود الخاصة، التي كان لها الأثر المباشر على النظرية العامة للعقد، والتي تشكل القانون العام للعقود، فبقاء النظرية العامة للعقود دون تغير أو تأثير بالتغيرات الاقتصادية والاجتماعية؛ أضعف النظرية العامة لعدم تلائمها، خاصة بأن تراتبية العقود عرفت اضطرابًا، بفعل التطورات الاقتصادية المهمة، فالعقود التي كانت صغيرة في السابق، لم تعد كذلك، بل أصبحت كبيرة ومهمة، والعكس صحيح من قبيل الوديعة والوكالة⁽³¹⁾.

ومن جهة أخرى، فإن هناك عقودًا أكثر خصوصية تتكاثر، كما هو الشأن بالنسبة للبيوع العقارية بأنواعها، والإيجار بأشكاله، بحيث أصبحت معها نظرية العقود الخاصة، بمثابة إطار للقواعد الوسطية بين الأحكام العامة لجميع العقود، والقواعد الخاصة بالعقود الأكثر خصوصية، ناهيك عن القول: أن النظرية العامة للعقود التي اعتمدت على القواعد التقليدية، كانت موضوع إصلاح عميق، بمقتضى التعديل الذي خضع له القانون المدني الفرنسي 2016، ذلك التعديل الذي استجاب لغايتي ولوجية وجاذبية القانون الفرنسي⁽³²⁾، وهذا ما يدفع الفقه إلى القول: أن التعديل الذي خضع له القانون المدني الفرنسي، بات من الضروري أن يكون

متلائماً مع القواعد الخاصة للعقود الخاصة، فجاذبية نقل الثروات وتقديم الخدمات، التي تخضع للقانون الفرنسي؛ تمر عبر وضع قواعد قانونية حديثة وجاذبة لقانون العقود؛ لتقوية الحلول المفتوحة على الممارسات التعاقدية، وإذا كان موضع القانون الحي للعقود الخاصة، لم يبقَ داخل المدونة المدنية الفرنسية، بالرغم من أن هذه الأخيرة مهمة في تطور المبادلات الاقتصادية وتأمينها أيضاً⁽³³⁾.

وقد برزت الحاجة إلى قواعد خاصة بالعديد من العقود، كما برزت أيضاً مجموعة من الالتزامات، بمعنى أنه إلى جانب قانون العقود الخاصة، هناك قانون التزامات خاصة، وذلك للسببين: الأول بحسب مبدأ الحرية التعاقدية، فإن هناك مجموعة من العقود الخاصة لا تتلاءم مع مبدأ الحرية التعاقدية، لدرجة أنه يصعب تكييف مجموعة العقود من العقود، وفي بعض الأحيان تكون مهمة مستحيلة، وأن القواعد المطبقة غير مؤكدة، أما السبب الثاني، فيتمثل في كون أن العديد من العقود الخاصة، تنشأ عنها التزامات متطابقة أو متشابهة، لذلك يبدو من المصطنع، إخضاعها لمجموعة منفصلة من القواعد⁽³⁴⁾.

المبحث الثاني:

نطاق التطورات المؤثرة في نظرية العقد:

إن من تجليات المتغيرات في النظرية الذاتية للعقد، أن الالتزامات التعاقدية المبنية في ذاتها على توافق الإرادتين أو ارتباط الإيجاب بالقبول، لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقده؛ لأنه أراد ذلك فحسب، بل هناك اعتبارات اجتماعية، ترجع للثبات والاستقرار الواجب توفرهما في نطاق المعاملات، والثقة التي يولها التعاقد في نفوس المتعاقدين، نظراً لأن العقد نظاماً من النظم الاجتماعية، يراد بها تحقيق التضامن الاجتماعي، وتوجيه الإرادة في هذا السبيل، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان⁽³⁵⁾، لذا، فقد تضافرت جملة من العوامل، أدت إلى انتكاسة مبدأ سلطان الإرادة وتراجعها، وهي نتيجة بديهية، حيث وإن بقي دورها في العقد إلى الآن أساسياً، إلا أنه يسير في اتجاه تتجاوز فيه المفاهيم التقليدية وضعفها، فظهرت مفاهيم جديدة للحرية التعاقدية، وذلك حتى بالنسبة لتحديد آثاره.

المطلب الأول: التصور الجديد للحرية التعاقدية:

تمشيًا مع النزعة الاجتماعية التي أخذت تتغلغل في خبايا المجتمع الحديث، أخذ القانون يتدخل في العقد من حيث إنشائه، ومن حيث آثاره على حد سواء، وبالرغم أن العقد يعتبر المجال الأوسع الذي يبرر فيه دور الإرادة⁽³⁶⁾، لكن ترد على هذه الإرادة العديد من القيود، على

مستوى الرضائية، وهي الإرادة لإنشاء التصرف، فتد علمها قيوداً شكلية، كأساس لبعض التصرفات القانونية، وهذا ما يتم الوقوف عليه من خلال الفرع الأول: ملامح الحرية التعاقدية في ظل التطورات الحديثة للعقد. ويتناول الفرع الثاني: المفهوم الجديد للشكلية.

الفرع الأول: الملامح الجديدة للحرية التعاقدية:

يولد الناس أحراراً متساوين، هذا ما أقرته نظرية سلطان الإرادة، التي تؤكد على دور أهمية الإرادة في إنشاء العقود، وقدرتها على إحداث آثار ملزمة لكل الأطراف. وأساس هذه النظرية، هو أن للفرد حرية مطلقة لا تقيدها أي سلطة خارجية، باستثناء ما يرتضيه الفرد لنفسه بحكم إرادته، وإذا كان العقد يلزم الفرد لأنه عادل بالضرورة، باعتباره وليد إرادة حرة، ارتضته لنفسها دون قيد أو ضغط، ويقول أحد فقهاء علم الاجتماع القانوني في هذا المجال: أن حرمة الذات البشرية، تقتضي أن لا يلتزم الفرد إلا بموجب إرادته، وكل إخضاع للقانون لم يضعه الفرد بنفسه، يعتبر مخالفاً لقواعد العدالة.⁽³⁷⁾

ويترب على هذه النظرية، حرية الشخص في أن يتعاقد، أو أن يمتنع عن التعاقد، وإذا تعاقد، فعليه أن يحدد مضمون عقده كما يريد، وبالشكل الذي يرتضيه، وهو ما يعبر عنه بالحرية التعاقدية، كما يترتب عنه احترام الإرادة الفردية وقت التنفيذ، أي أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهم القانون، فهو شريعة المتعاقدين، كذلك لا يمكن لأي منهم الانفراد بتعديله أو بإلغائه، وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك عوضاً عن الأطراف، وهو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة بالعقد، إلا أن هذه النظرية تعرضت للكثير من المآخذ، مردّها أن الحرية التعاقدية التي تضمن عدالة العقد، هي في غالب الوقت وهمية؛ نظراً لتباين القوى بين أطراف العقد، مما ينتج عنه أن العقد غالباً ما يكون مرآة لإرادة أقوى الطرفين⁽³⁸⁾، أما احترام الإرادة عند التنفيذ، إلى حد الحيلولة دون التدخل الخارجي لتعديل العقد؛ فقد توازنه، بحكم التغيرات الاقتصادية التي جدد بعد إبرامه، فإن الواقع أثبت لنا، تباين هذه القاعدة مع قواعد العدل والإنصاف، فقد تميّزت العلاقات التعاقدية في ظل المذهب الفردي، بطغيان حرية الفرد، وسلطان الإرادة، والتعسف، والإذعان؛ فاختل التوازن العقدي، بفضل هيمنة المتعاقد القوي على نظيره الضعيف، وهذا ما أكّده المذهب الاجتماعي، الذي جاء يحمل في طياته فلسفة جديدة، قائمة على الاعتقاد أن الناس لا يولدون أحراراً متساوين، بل يولدون داخل مجتمع مؤسس بصورة

قبلية، سابق في وجوده للأفراد، وأن الفرد يجد نفسه مطوقاً بشبكة من العلاقات (39) الاجتماعية الملزمة.

قد ساهم بروز المذهب الاجتماعي، ونمو التضامن الاجتماعي في تطور القانون، وتحديدًا قانون العقود، وظهرت العديد من النظريات البديلة في الفقه كأساس لإرادة المتعاقدين، مما تطلب تكييف العقد وفق المعطيات الحديثة، والخروج عن المفاهيم التقليدية، حسب ما تمليه الضرورة، وتقتضيه العدالة العقدية.

وبالرغم أن حرية التعاقد هي قوام وأساس العقود، فهي التي تقرر قواعد العقد، وأصوله، وأحكامه؛ إلا أن هنالك اعتبارات من شأنها المساس بهذه الحرية، وتجعل من المتعاقدين غير متمتعين بها على قدم المساواة. ولذلك كان من الضروري أن تتم مراجعة مبدأ سلطان الإرادة في تصور جديد؛ من خلال إحاطته بقيود عند إنشاء التصرفات، التي من خلالها تتوازن الإرادة مع المصلحة الاجتماعية وقواعد العدالة (40)، فهذه الاعتبارات قد تفتح مجالاً للتدخل التشريعي في العقد، بحيث يكون التدخل بشكل مباشر من المشرع، أو بتفويض تشريعي للقاضي؛ لتحقيق التوازن العقدي، وتحقيق قواعد العدالة، فهذا التدخل يعكس حقيقة الملامح الجديدة للحرية التعاقدية، الذي يعود تبريره إلى القول، أن هيمنة الإرادة الفردية على الروابط العقدية وبشكل مطلق، سيؤدي حتمًا إلى الاختلال في الميزان العقدي، لفائدة طرفٍ على حساب آخر؛ لأنه ليس من المعقول أن المتعاقدين متساوين عند التعاقد، فلا بد أن يكون بينهم تفاوت في الخبرة والقدرة الاقتصادية والاجتماعية، منهم من يكون أقدر ماليًا، وأكثر مهارة دون الآخرين. (41)

ومن جوانب التدخل المباشر، يلاحظ ذلك على مستوى تحديد آثار التصرفات العقدية، فتتمثل هذه القيود أساسًا في النظام العام والأخلاق الحميدة، حيث أخذ المشرع يتدخل في العقد بنصوص أمرة ملزمة، جعلتنا نقرب من العقد الموجه؛ مراعاة للصالح العام، وحماية الطرف الضعيف بالعقد، وقد زادت في الوقت الحاضر عما كانت مقررة من قبل لدرجة كبيرة، وترجع هذه الزيادة في القيود، التي تقلص دور مبدأ سلطان الإرادة الفردية إلى نوعين من الأسباب، الأولى اجتماعية جديدة، أدت إلى تطور في الأفكار، فظهرت نظريات اجتماعية حديثة، ناهضت المذهب الفردي الذي كان سائدًا من قبل. والثاني عارض، وهو نشوب حربين عالميتين، دفعت بالمشرعين المدنيين إلى التدخل في العقد على نطاق واسع، لمواجهة الاختلال الاقتصادي، ومنع التحكم. (42)

فكل هذه العوامل أدت إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة، وتدخل المشرع في المنظومة العقدية، لم يقف الحد إلى تدخل المنظم فحسب، بل منح المشرع للقاضي التدخل من حكمة سلطته التقديرية، وهذه الإمكانية لم تكن متاحة في عهد مضي⁽⁴³⁾.

وعليه، هناك جوانب عدة، وأمثلة تشريعية كثيرة، للقيود التي فرضت على مبدأ سلطان الإرادة، منها ما يتعلق بالاستغلال، فقد نصت المادة الثامنة والستون من نظام المعاملات المدنية، على: (إذا استغل أحد المتعاقدين ضعفًا ظاهريًا، أو حاجة ملحة في المتعاقد الآخر، لإبرام عقد لحقه منه غبن، فللمحكمة بناء على طلب المتعاقدين المغبون، ومراعاة لظروف الحال؛ أن تنقص من التزاماته، أو تزيد من التزامات المتعاقدين الآخر، أو تبطل العقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال (مئة وثمانين يومًا من تاريخ التعاقد، وإلا امتنع سماعها) وبهذا يكون المشرع قد سعى من خلال هذا النص، إلى تحقيق قواعد العدالة والتوازن العقدي من خلال القضاء، الذي أصبح مخوّلًا بتعديل الالتزامات المضمنة في العقد، لغاية تحقق التعاون الإيجابي، ومن أجل بلوغ الهدف المحدد في العقد؛ فالقاضي يتدخل لمعالجة كل نقص في الإخلاص والصدق أو التحفظ، في مقابل الطرف الآخر بالحرص والانتباه، ومن صور التدخل التشريعي، ما ورد بالظروف الطارئة، حيث نصت على ذلك المادة السابعة والتسعون، بقولها: (1- إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد، وتترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدى مرهقًا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة؛ فله -دون تأخر غير مسوغ- دعوة الطرف الآخر للتفاوض) 2- طلب التفاوض لا يخول المدين الامتناع عن تنفيذ الالتزام 3- إذا لم يتوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة، فللمحكمة تبعًا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين؛ أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول) والمقصود بالظروف، هو اختلال الظروف الاقتصادية بشكل غير متوقع، فينقلب التزام الأطراف إلى التزام مرهق، دون أن يتحول إلى التزام مستحيل التنفيذ، وقد يكتسب بذلك الالتزام ميزة الإجحاف بعد قيام العقد؛ بسبب هذه الظروف التي عصفت بالتوازن الأصلي للعقد، وبعثرت المعادلة التعاقدية ليصبح مرهقًا⁽⁴⁴⁾، والمقصود بذلك أن نظرية الظروف الطارئة، تفترض أن العقد أبرم أثناء ظروف اقتصادية، لكن هذه الظروف الاقتصادية تغيرت بصورة لم تكن لتدخل في توقعات المتعاقدين، فيصبح التنفيذ مرهقًا للمدين، لأن تنفيذه كما هو، قد يتسبب له بخسارة فادحة، فالظروف الطارئة بالمفهوم الموضوعي، هي كل ما يؤدي إلى اختلال بالأداءات، لذا تسمى نظرية الضرورة، فتدخل القضاء في

العقد يركز على أساس تفويض تشريعي⁽⁴⁵⁾، أما بالنسبة لعقود الإذعان، فقد أبحاث المادة السادسة والتسعون للقضاء، التدخل وكأنه طرف ثالث بالعقد، يمثل قواعد العدالة، فنصت المادة المذكورة على (إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية؛ فللمحكمة أن تعديّلها أو تعفي الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقتضيه العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) لقد سعى المنظم السعودي من خلال هذا النص، إلى المحافظة على استقرار المعاملات والتوازن العقدي؛ لكن نتيجة التطور الاقتصادي، والصناعي، والتقني؛ وما رافقه من تطور على مستوى المبادلات الاقتصادية، وبروز أنماط جديدة من العقود وطرق مختلفة من التعاقد؛ أصبحت الدائرة العقدية مجالاً لا متناهيًا لعدة تجاوزات تستدعي المعالجة، ومن هذه التجاوزات؛ البنود المجحفة في العقود، أو ما يعرف تشريعياً بالشروط التعسفية، وهو البند الذي يدرج في العقد من المتعاقد القوي بفعل تفوقه، بقصد الحصول على امتيازات مجحفة، ونتيجة لتأثيره الهام على العلاقة التعاقدية بشكل عام، وعلى التوازن العقدي بشكل خاص.

إن البنود أو الشروط التعسفية، تفرض من المتعاقد القوي اقتصادياً وفنياً، وتؤدي إلى إرهاب المتعاقد الآخر؛ لعدم عدالتها، لذا جاءت المادة المذكورة لتمنح للقاضي إمكانية التشريعية؛ لإعادة التوازن العقدي لطرفي العلاقة العقدية، تحت طائلة البطلان.⁽⁴⁶⁾ والشرط الجزائي وهو ما أعطي للقاضي سلطة لاستكمال شروط العقد، التي لم يتفق عليها الأطراف، ناهيك عن التشريعات الخاصة؛ كأحكام عقد العمل، وعقد الإيجار، وكذلك العقود المتعلقة بالمنافسة وتحديد الأسعار، أما منح القاضي إمكانية التدخل، فتكون في حالة عيوب الإرادة، ويراعى مشروعية السبب، ويتوسع بفكرة النظام للحماية المجتمع والطرف الضعيف، ويحدد مضمون العقد؛ فيضيف التزامات لم تكن من قبل في الحساب، منها الالتزام بالسلامة في عقد النقل.

وبذلك، فإن المتغيرات التي عرفتها نظرية العقد، تظهر جلياً بتراجع مبدأ سلطان الإرادة، والعقد شريعة المتعاقدين، الذي يُعدُّ الأصل الذي تركز عليه نظرية العقد، الذي كان من المستبعد المساس به، إلا أن المتغيرات الاقتصادية الاجتماعية، أدت إلى انقلاب في نظرية العقد، التي نتج عنها المذهب الاجتماعي بأبعاده الفلسفية، المبنية على معطيات اقتصادية للعلاقة العقدية، وليس على إرادة الأطراف ورغباتهم، وبهذا بدأ انتكاس مبدأ سلطان الإرادة أمام تمجيد المذهب الاجتماعي الجديد، الذي منح المجال للتدخل التشريعي والقضائي في نطاق العلاقات العقدية، فالمذهب الاجتماعي يتأسس على أساس مخالف للمذهب الفردي، الذي يجعل من الفرد المحور الأساسي الذي يقوم عليه القانون، فقد تراءى أنه أساس لا يثبت أمام النقد

الصحيح، فالفرد ليس له وجود إلا في المجتمع وبالمجتمع، أما كفرد منعزل عن المجتمع، فالقانون لا شأن لها به، بل الفرد المنعزل لا يمكن تصوره، لأن الفرد لا يمكنه العيش منعزلاً، إلا من خلال المجتمع، أو مجموعة بشرية تقوم على أساس التضامن والمنفعة المشتركة، لذلك كانت الروابط الاجتماعية تعلق بإرادة الفرد، والصالح العام يسيطر على الإرادة، كما ترى هذه النظرية أن الإرادة تستمد من القانون، الذي يفرض على المتعاقدين التزاماً بتنفيذ مضمون العقد، فالعقد لا يستمد قوته الملزمة من إرادة الأطراف، بل من إرادة المشرع، التي عبرت عنها التشريعات في نصوصها المدنية.⁽⁴⁷⁾

يُعدُّ العقد الأداة المثلى لتبادل الخيارات والخدمات، وأضحى يلعب دوراً هاماً في المبادلات الاقتصادية، في ظل ظهور اقتصاد السوق، وبروز نظرية التحليل الاقتصادي للقانون، وأضحت المقاربة المعتمدة، تراوح بين اعتباره شكلاً من أشكال المبادلة، والمقابل الاقتصادي، والمعاوضة، وبين اعتماد النجاعة من الوجهة الاقتصادية. ولما كان العقد ترجماناً لحقيقة العلاقات داخل المجتمع، بات من الضروري أن يتفاعل مع تطور هذه العلاقات. وكان لزاماً أن يُنظر إلى العلاقات التعاقدية، من خلال التوازن القوى الاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة، والاعتراف بانعدام المساواة الفعلية بينهما، متى توفرت المصلحة الاقتصادية، والنجاعة المرجوة من العقد (فالفعل الناجع هو الذي يحسن وضعية أحد المتعاقدين على الأقل، حتى وإن عكس وضعية الآخر، شريطة أن تتجاوز قيمة الربح المتولد عن ذلك قيمة الخسارة الحاصلة للطرف الآخر)، وقد آل ذلك إلى توارى الجانب الأخلاقي التعاقدية، أمام زحف المعطى الاقتصادي.

لقد افرزت التطورات الاقتصادية رهانات جديدة، حتمت تصوراً متطوراً للعقد، يساهم في تحقيق التوازن الاقتصادي في العلاقات التعاقدية، وبدأت النظرية العامة للعقد مهيئة للتفاعل مع القواعد الاقتصادية والاجتماعية، رغم ما توفره القوانين الخاصة، مثل نظام المنافسة، ونظام العمل وحماية المستهلك من حماية الطرف الضعيف، وهو ما أثر على النظرية العامة للعقد، دون أن يؤدي إلى استبعادها، بل إنها تتفاعل معها لتشكّل مصدر إلهام وتطوير إيجابي لقانون العقد، بإعطائه حيوية جديدة، وإكسابه أبعاداً اقتصادية، حتمت استحداث آليات قانونية لحماية الإرادة التعاقدية، فقد أضحت الحدود المرسومة بين القانون الاقتصادي وبقية فروع القانون، وخاصة منها القانون المدني غير صارمة، وهو ما يؤكد الحاجة الملحة للتحليل الاقتصادي، للآليات القانونية التي تنظم العلاقة التعاقدية أكثر من أي وقت مضى.

وحسب هذه النظرية الموضوعية، فإن العقد ليس هو توافق إرادتين، بقدر ما هو معاوضة، بمعنى انتقال قيمة من ذمة مالية إلى أخرى، وهي عملية تستوجب لا محالة موافقة المعنيين بالأمر، ولكن الموافقة ليست سوى مجرد إجراء يكتسي صبغة ثانوية، أما الأصل فهو العنصر الموضوعي، المتمثل في انتقال القيمة المالية من ذمة إلى ذمة أخرى؛ لأن المصلحة العامة التي يشترطها القانون في العقد، لا تحصل إلا بهذا الانتقال، طالما أن العقد هو أساس تحقيق حاجيات أفراد المجتمع، المتمثلة بتبادل الخبرات والقيم والخدمات⁽⁴⁸⁾. لذا فالتوازن يتعلق بالعلاقة الموضوعية وليس بالعلاقة الشخصية، فالحرية العقدية باقية، ولكن بشكل مختلف عن ذي قبل، يبقى الأطراف أحراراً في التعاقد أو عدمه، وفي اختيار المتعاقد الآخر في العقد، وفي تحديد مضمونه؛ شرط احترام المفيد والعادل في العقد، فالحرية نسبية وليست مطلقة، وعليه فإن الحرية العقدية بمفهومها الجديد، تمنح المشرع أو القاضي، التدخل في العلاقات العقدية؛ لحماية الطرف الضعيف، أو علاقة التوازن إلى العلاقة العقدية، فكل من العدالة والتوازن العقدي، مفهومان، من الركائز الأساسية في العلاقة العقدية، فالقوة الملزمة للعقد تقوم على أساس اقتصادي وأخلاقي وقانوني؛ والعقد لا يفسر بالتقاء إرادتين، فمفهوم عدالة العقد ومفهوم فائدة العقد، انضم إلى الرضى وإلى مبدأ سلطان الإرادة، فالعقد له طبيعة مزدوجة، فهو علاقة بين أطراف من جهة، وتبادل أداءات بين ذمتين بصورة منفصلة عن العلاقة الشخصية من جهة أخرى⁽⁴⁹⁾.

لقد سعى المنظم السعودي من خلال أحكام العقد، إلى تحقيق التوازن العقدي، من خلال النظرية الموضوعية، أي بالنظر إلى التوازن العقدي من خلال الأداءات المتبادلة، وهذا ما يلحظ بكل وضوح من خلال الإمكانية التشريعية، التي منحت القضاء التدخل المباشر وغير المباشر، وهذا دلالة على التوسع في سلطة القضاء، التي لم تُعد محصورة على تطبيق القانون، ولا ينحصر التدخل الخارجي في العقد على القضاء، بل إن الملامح الجديدة للحرية التعاقدية، تتبلور من خلال القواعد الآمرة والنظام العام، التي تُعدُّ تدخلاً مباشراً للمشرع في الحرية التعاقدية، فالنظام العام لا شك أنه يشكل قيداً مباشراً لإرادة الفرد، لإنشاء ما يرغب من تصرفات قانونية، يتدخل لمصلحة اجتماعية، ليمنع روابط والتزامات أرادها صاحبها بمحض رغبته، كما هو معلوم يتم التدخل على مستوى النظام العام التقليدي، بصفة لاحقة لقيام التصرف، أي أن التصرف ينشأ صحيحاً بين أطرافه، ولا يتدخل النظام العام لإبطاله، إلا بصفة

استثنائية ولاحقة لقيامه، وبطلب ممن له مصلحة، بينما يختلف الأمر عن ذلك بخصوص النظام العام.

ولا يفوتنا القول، إن النظام العام الحديث، وهو المرتبط بالحرية العقدية، هو النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، بطابعه التشريعي لقيام التصرف القانوني، ويرد هذا النظام العام صلب نصوص تشريعية آمرة تقيد إرادة الأطراف، لتفرض عليهم تصرفات معينة، أو متعاقدين معينين، أو شروط خاصة، فلا يكون التصرف أو العقد إلا بتحقيق مقتضيات النظام العام، ويقتصر دور القاضي في هذا المجال، على معاينة المخالفة، وتبسيط الحكم المناسب دون تأويل أو تفسير⁽⁵⁰⁾.

كما يغلب أيضاً على النظام العام التوجيهي والحماي، طابعه الثوري والتقدمي، على عكس النظام العام القضائي، الذي نُعتَ بالمحافظة والرجعية، لتمسكه بالقيم القائمة في المجتمع، أما النظام العام التشريعي، فهو يجسم تطلعات الدولة ومراميها المستقبلية، التي لا يمكن تكرسها، إلا من خلال قواعد ونصوص آمرة لا مجال لمخالفتها⁽⁵¹⁾.

الفرع الثاني: المفهوم المتطور للشكلية:

إن التحولات الاجتماعية والاقتصادية التي شهدتها المجتمعات، بالإضافة إلى الثورة العلمية والتكنولوجية، أثرت على التعامل بين الأفراد في كافة الميادين، وخاصة المعاملات في إطار القانون المدني. فبعد أن ارتضى الأفراد بكل حرية، الاكتفاء بأقوالهم في إجراء التزاماتهم ومعاملاتهم، دون حاجة إلى التقيد بشكل، وذلك بهدف تحقيق السرعة والنجاعة، بأسلوب بسيط ويسير وغير مكلف، برزت ضرورة ملحة في اللجوء إلى معطيات أخرى، تضمن الثقة والجدية، ولو كانت أكثر تعقيداً وأكثر إسرافاً وتبديداً للوقت والجهد والمال، وتتمثل هذه المعطيات في الشكلية، التي أقرها المشرع في البداية كاستثناء، ثم ما فتئت تتضاعف وتزداد، حتى أنه بالإمكان القول، إننا أصبحنا نتعامل أكثر فأكثر شكلياً⁽⁵²⁾.

وللشكلية معنيان، معنى ضيق والآخر واسع، فالمعنى الضيق هو الذي يقدمها كاستثناء لمبدأ الرضائية، وفي هذا الاستثناء يكون التصرف شكلياً كما اشترط المشرع ذلك لصحة التصرف القانوني، كركن خامس يضاف إلى الأركان الأربعة في العقد، أما المعنى الواسع للشكلية، فيفيد إخضاع صحة التصرف القانوني أو فاعليته إزاء الأطراف أو إزاء الغير، إلى ضرورة توفر شكلية

معينة يقتضيها القانون، وأن عدم احترام هذه الشكلية؛ يجعل التعبير عن الإرادة عرضة لنزع فاعليته القانونية بدرجات متفاوتة⁽⁵³⁾.

ولما كان الأصل هو مبدأ الرضائية، فإن الشكلية أصبحت تقوم بدور مهم في القانون المعاصر، وبعيداً عن المواجهة أو التعارض مع مبدأ الرضائية، فإن الشكلية أو الشكلية، تعتبر مكملاً أساسياً لها، فإن القواعد المنظمة للعقود، جعلت الرضائية أصلاً في انعقاد العقد، وبالتالي فإن الإرادة تُعد ملزمة، بغض النظر عن الشكل الذي تم التعبير عنها بواسطته، وبهذا الرضائية هي المبدأ، فكل عقد شكلي هو عقد رضائي، وليس كل عقد رضائي عقداً شكلياً، وبهذا فإن الشكلية هي الاستثناء، وفي العديد من العقود، فإن الإرادة لا تنتج آثارها، إلا إذا تم التعبير عنها بشكل يحدد بصورة مسبقة من طرف المشرع، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن الموقع الحقيقي للشكلية في نطاق أحكام وقواعد العقد، وبيان مدى فاعليتها في تطوير نظرية العقد؟ وهذا التساؤل يتبعه آخر، ما المكانة التي تحتلها الشكلية في القانون المعاصر، فهل هي استثنائية أم أنها إحدى أدوات الأمن القانوني، مما يمكن اعتبارها مبدأ قائماً بذاته؟ إن الإجابة على هذه التساؤلات، يقتضي أن نحلل ونفكك خصائص الشكلية، وبيان دورها بجانب التراضي⁽⁵⁴⁾.

من الملاحظ أن تطور الشكلية، يُعدُّ من الموضوعات القديمة المتجددة، وتمتاز بالحركية والإثارة، التي تشد الفقهاء وتدفعهم إلى الخوض فيها، وتباين آراؤهم بين من يرى في تطورها عودة بعد قطع، وبين من يرى فيها تواصلًا وازدهارًا، يرجع إلى مكانتها المحورية في أي نظام قانوني⁽⁵⁵⁾. كما أن المشرع أحاط العديد من المعاملات بشكليات مختلفة، تتوزع على مختلف فروع القانون المدني تتزايد باستمرار، مما أدى إلى تقليص مجال المعاملات الرضائية، التي لا تحتاج في إجراءاتها إلى أي شكل، سواء في وجودها أم في تنفيذها، وكان موقف المشرع السعودي غير مستقر في فرضه للشكلية، فهو يميل أحياناً إلى المرونة والتخفيف، وأحياناً أخرى إلى التشدد، وذلك حسب خطورة المعاملة والحاجة إلى الحماية، من الأمثلة على ذلك، ما نصت عليه المادة الحادية والثلاثون من نظام المعاملات المدنية بقولها (ينشأ العقد بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي، مع مراعاة ما تقرره النصوص النظامية من أوضاع معينة لانعقاد العقد) من الأحوال التي تتطلب فيها النصوص النظامية إمكانية خاصة، ما نصت عليه المادة الثانية والخمسون بعد الأربعمئة (لا تنعقد الإعارة إلا بقبض الشيء المعارة)، ونصت المادة السابعة والخمسون بعد الستمئة على (إذا اشترط نص نظامي إجراء لانتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى؛ لم تنتقل إلا باستكمال

ذلك الإجراء)، وهكذا لا شك أن الشككية في نظام المعاملات المدنية، خضعت لتطور ملحوظ لا يخفى، بعد أن كان المنظم قبل صدور النظام متمسكاً بالشككية اللفظية. من الملاحظ أن تطور الشككية، يتخذ مختلف الاتجاهات عمودياً وافقياً؛ فيبرز تطورها عمودياً، من خلال تواجدها المتزايد في إطار المعاملة الواحدة، وكذلك في إحاطتها بكل مراحل المعاملة، فعلى سبيل المثال، الشككية المتعلقة بعقد الشركة، تبدأ بكتابة العقد وتنتهي بتسجيله بالسجل التجاري، أما أفقياً فيبرز التطور للشككية، من خلال توسعها في جوانب المعاملات المدنية، مما دفع البعض إلى القول بتضخم الصيغ الشككية؛ نتيجة التطور الذي حصل عليها، إذ شهدت هذه الصيغ تكاثراً وتنوعاً إلى حد التضخم، خاصة في الكتابة التي تُعدّ الصيغة الأكثر أهمية في تحقق الشككية، ناهيك عن الصيغ الأخرى، ونقف على كل ذلك أدناه:

أولاً: المحررات الكتابية الرسمية:

يبرز التضخم⁽⁵⁶⁾ الناتج عن تطور الشككية، في تعدد الصكوك والمحررات الكتابية، وتزايد الشروط وتنوعها، فقد عرّف نظام الإثبات المحرر الرسمي، من خلال المادة الخامسة والعشرين على أنه (1-المحرر الرسمي، هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقاً للأوضاع النظامية، وفي حدود سلطته واختصاصه 2- إذا لم يستوفِ المحرر الشروط الواردة في الفقرة (1) من هذه المادة، فتكون له حجية المحرر العادي، متى كان ذوو الشأن قد وقعوه) وبهذا لا يفرض المشرع وجوب تحرير المحرر إلا في نطاق ضيق، كبعض التصرفات والعقود، التي تتميز بخطورتها على أطرافها أو على النظام العام، فيكون وجوب تحرير المحرر من طرف موظف ذوي اختصاص، والحكمة المتوخاة من ذلك، هي لإعادة التفكير ملياً في عواقب التصرف المزمع إبرامه، وفرصة للموظف المختص أن يقدم النصح والإرشاد، وقد فرض المنظم المحرر الرسمي في بعض الوقائع كالولادة والوفاة⁽⁵⁷⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن حرية الأطراف قائمة بتحرير المحررات الرسمية، فيما يريدون إبرامه من تصرفات قانونية، خارج النطاق الضيق الذي حدده المشرع، علماً بأن تحرير المحررات من غير الموظف المختص، يؤدي إلى تغيير صفته إلى محرر عادي، بحيث تصبح محرر عادي، وهو المحرر الذي تحرره الأطراف المتعاقدة بخط أيديهم، أو بخط غيرهم وفقاً للشروط التي يرونها، ومما تجدر الإشارة إليه، يكون المشرع متشدداً عند تحرير المحرر الرسمي وإبرام التصرفات القانونية، خلافاً للمحرر العادي، الذي يخضع لرغبة الأشخاص وحريرتهم، فالمحرر العادي

يتصف بالمرونة والتخفيف على أطراف التعاقد بارزاً، يعفيهم من عناء الحضور لدى الموظف المختص، ناهيك عما يختصره عليهم من جهد في إعداد بعض الوثائق.

ومن ملامح تضخم الشكلية، ما ظهر من المحررات الإلكترونية التي استحدثها المشرع في نظام الإثبات السعودي، حيث خصص الباب الرابع للدليل الرقمي، فنص في المادة الثالثة والخمسين منه بالقول (يُعدُّ دليلاً رقمياً، كل دليل مستمد من أي بيانات تنشأ أو تصدر أو تسلم أو تحفظ أو تبلغ بوسيلة رقمية، وتكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها بصورة يمكن فهمها)، فهذا المحرر المتضمن لكتابة إلكترونية، هو محرر غير ورقي، لكنه يتوفر على خصائص المحرر الورقي، من ذلك حفظها في حامل إلكتروني، ودعمها بالتوقيع الإلكتروني، فأمكن التنظير بينها وبين المحرر الخطي الورقي، وإعطائها قيمته، اعتماداً على افتراض قانوني، حول توسيع صنف المحرر غير رسمي ليشمل الكتابة، أيًا كان المحرر الذي يحملها، وبهذا يكون المشرع السعودي قد صار على نهج التشريعات الحديثة، بإمكانية تعويض المحرر الورقي بمحرر إلكتروني، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك، وقد أجاز المنظم السعودي أن يكون المحرر الإلكتروني محرراً رسمياً على نهج المشرع الفرنسي، ونص على ذلك من خلال المادة السادسة والخمسين، فنصت على (يكون للدليل الرقمي الرسمي الحجية المقررة للمحرر الرسمي، إذا استوفى الشروط المنصوص عليها في الفقرة (1) من المادة الخامسة والعشرين، بما في ذلك ما يصدر آلياً من الأنظمة الرقمية للجهات العامة، أو الجهات المكلفة بخدمة عامة). وقد كان لتطور الشكلية انعكاساً على ظهور الوثيقة الإلكترونية، فقد تحولت العديد من المحررات الرسمية الورقية إلى محرر إلكتروني، نتيجة التطورات العلمية والتكنولوجية التي أحدثت ثورة في مجال تكنولوجيا المعلومات، وأصبح التعامل عن بُعد، يشكل المجال الواسع للقيام بالعديد من التصرفات، وهذا تشهد المملكة العربية السعودية بالنسبة لعقود الإيجار وعقود العمل.

وعليه يتضح مما سبق بسطه، أن المحررات لم تُعد خاضعة للتصنيف التقليدي، الذي كان محدداً في نطاق المحرر الرسمي، والمحرر العادي، الذي يتجسد مادياً في شكل ورقي، وإنما أصبح هناك تصنيف حديث، يقوم على التمييز بين المحرر المادي والورقي، والمحرر الرقمي أو المادي.

ثانياً: تطورات وظائف الشكلية:

إن المعنى الضيق للشكلية، يحصر وظيفتها في اعتبارها كشرط صحة في التصرفات القانونية، أما الشكلية في المعنى الواسع كما سبقت الإشارة إليه، تقوم بأدوار ووظائف متعددة ومتنوعة، أسندها لها المشرع، تتجاوز مسألة الصحة لتستوعب أيضاً مسائل أخرى، وضمن هذا المعنى

الواسع، تتضح قيمة الشككية أكثر، ويبرز تطورها المتسارع في مختلف الاتجاهات، سواء على مستوى إدخال بعض التجديدات على الوظائف التقليدية، أم استحداث وظائف جديدة، ونقف على ذلك من خلال الآتي:

1- تجديد الوظائف التقليدية:

مما هو معلوم لدى الجميع، أن الشككية تقوم بوظائف تقليدية، وهي وظيفة الصحة في العقد، أو التصرف، أو وظيفة إثبات، أو وظيفة احتجاج، ويترتب على تخلف الشككية الجزاء المقترن في وظيفتها. ومما تجدر الإشارة إليه، أن هذه الوظائف التقليدية للشككية، ثابتة لا مساس بها خلال مراحل التطور الذي عرفته، إلا أنه تمت المحافظة عليها، مع إدخال بعض التجديدات عليها، وهذه التجديدات فرضتها حماية الغير والأطراف، كذلك حماية النظام والأمن القانونيين عمومًا. وهذه الحماية دفعت المشرع إلى التدخل باستمرار، في مختلف المعاملات بين الأفراد، من خلال سن قوانين مدنية، تتضمن الشككية الحمائية، مع العلم أن التجديد الواقع على الشككية، لا يسير في نسق واحد، وإنما تتجاذبه المتناقضات، فالتطور المطروح يكمن بين التشديد في الوظائف والتخفيف منها، وبين التوسع فيها والتضييق منها، سواء تعلق الأمر بوظيفة الصحة، أم بوظيفة الإثبات، أم بوظيفة الاحتجاج:

أ- وظيفة لصحة التصرف: في بعض التصرفات، يشترط المشرع ركنًا خامسًا يكمن في الشككية، يترتب على تخلفه جزاء البطلان، ففي هذه الحالة، تُعدُّ الشككية المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، ودونها يكون التصرف باطلًا، ومما لا ريب فيه، أنه كلما اشترط الشككية كشرط صحة؛ يكون ذلك تشديدًا على المتعاملين وأطراف التصرف، على خلاف كفاية التراضي لوجود التصرف، الذي يعبر عن التخفيف في أجلى مظاهره، وفي هذا الإطار، يلاحظ أن اشتراط الشككية في تزايد مضطرد، حتى أنه يلاحظ التوسع في نطاق التصرفات القانونية الشككية، بما يدعم فكرة التشديد، ويضع مبدأ الرضائية على المحك، وقد اعتبر البعض أن الشككية تُعدُّ مبدأً قائمًا بجانب الشككية وليست استثناء له، يتسع أحدهما إذا ضاق الآخر والعكس صحيح، والشككية التي تقوم بالصحة متعددة؛ قد تكون من خلال الكتابة، أو التسليم، أو القبض، أو بموجب ترخيص قضائي أو إداري.

وفي كل حالات وصور الشككية المشترطة لصحة التصرف القانوني، يترتب على تخلفها البطلان، وقد ينص عليه صراحة، أو يستنتج ضمناً من صياغة النص، ولكن لهذه المسألة انعكاسات

تتعلق بالمرونة والتشديد في قراءة النصوص التشريعية، فإذا نص المشرع صراحة على جزاء البطلان، فقد حسم الأمر، وكان ذلك مظهرًا للتشدد والتضييق في اقتضاء الشككية، أما إذا نص على الشككية وسكت عن الجزاء، فإن الصياغة مهما بدت أمرًا، يمكن أن تكون محلًا للنقاش والتأويل، سواء في هذا الاتجاه أم ذاك، ويمكن الاستدلال بما يلي: فقد نصت المادة السابعة والخمسون بعد الستمئة على أنه (إذا اشترط نص نظامي إجراء لانتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى، لم تنتقل إلا باستكمال ذلك الإجراء) وتطبيقًا لما ورد في النص، فقد نصت المادة السابعة في الفقرة الثالثة من نظام التسجيل العيني على (توثق التصرفات العقارية التي تقع على العقار في المنطقة العقارية، التي تجري خلال فترة التسجيل العيني الأول، وفقًا للإجراءات التي تحددها اللائحة) ونصت أيضًا المادة الثالثة عشر من نظام التسجيل العيني على (تسجل في السجل العقاري جميع التصرفات اللاحقة للتسجيل الأول للعقار، التي من شأنها إنشاء أي من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية، أو نقله، أو تغييره، أو زواله، أو تعديل بيانات العقار ... ولا تكون تلك الحقوق نافذة ومنتجة لأثارها القضائية، إلا بهذا التسجيل، ويدخل في تلك التصرفات، القسمة العقارية، والوصية، والوقف، والإرث، والرهن، والمنح، ونحوها) فهذه النصوص جاءت بصفة أمر، دون أن ترتب جزاء على تخلف الشككية بشكل صريح.

2- وظيفة إثبات: يستوجب المشرع أحيانًا شككية معينة لأثبات التصرفات القانونية، ويقصد بالإثبات، إقامة الدليل لدى القضاء على وجود الواقعة المنشأة للحق، وقد أرسى المشرع السعودي وجوب إثبات التصرفات القانونية بالكتابة، وفقًا للمادة السادسة والستين من نظام الإثبات، حيث نصت على (1- يجب أن يثبت بالكتابة كل تصرف تزيد قيمته على (مئة ألف ريال أو ما يعادلها) أو كان غير محدد القيمة 2- لا تقبل شهادة الشهود في وجود أو انقضاء التصرفات الواردة في الفقرة (1) من هذه المادة، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ...) ويتضح من هذا النص، أن الشككية المعتمدة في الإثبات بصفة أساسية، ومما تجدر ملاحظته، أن كل تصرف يقتضي لصحته الشككية، فإن هذا الشكل يستوجب إثباته كالبيع، والمغارة، والوصية، وقد يفرض المشرع السعودي المحرر الرسمي للإثبات، دون أن يكون بالضرورة مشروطًا للصحة، وفي هذه الحالة، يكون التصرف رضائيًا، ولا يبطل إذا غاب المحرر الكتابي، ولكن من شأن تخلفه أن يجعل الإثبات مستحيلًا، وهنا تبرز قيمة هذه الشككية الإثباتية، فالأمر لا يختلف كثيرًا عن الشككية المشترطة للصحة، وإن كان في غير الصور المخصوصة، التي نص القانون على وجوب

إثباتها كتابة، يمكن التخفيف منها، بتعويضها بالوسائل الكاملة الأخرى كاليمين الحاسمة، أو الإقرار، رغم ما في هذه الوسائل من مساوئ، إذا ما تمت المقارنة بالمحرر الكتابي. إن القيمة المحددة بموجب النص السالف الذكر (مئة ألف ريال) ويُعدُّ هذا التحديد في القيمة إلى هذا المبلغ، تخفيفاً على الأطراف في عدم التقيد بالإثبات الكتابي الوجوبي، إذا كانت تصرفاتهم دون تلك القيمة، وبإمكانهم إثباتها بالوسائل الناقصة كالشهادة أو القرائن. ومما تجدر الإشارة إليه، أن الوظيفة الإثباتية تطورت تطوراً حتمياً، نتيجة انتشار التكنولوجيا الحديثة وغزوها كافة الميادين، وخاصة المعاملات القانونية، ولذلك لم تُعد الوظيفة الإثباتية حكراً على المحرر التقليدي، وإنما أُسندت كذلك إلى وسائل حديثة غير ورقية، تتمثل في الوثائق الإلكترونية إذا توفرت شروطها.

وتبعاً لذلك، أصبح بإمكان الأطراف، اختيار المحرر الذي يروونه أسهل وأنجع لإثبات معاملاتهم، لذا تبدو المرونة واضحة، إذ يمكن للمحرر الإلكتروني أن يقوم بإثبات التغيرات التي تحدث بالعقد الثابت بالمحرر التقليدي، كما يمكنه إثبات عكس ما تضمنته هذه المحررات، والعكس صحيح.

3- الوظيفة الاشهارية:

تقوم الشكلية بدور فعال في نطاق الإشهار، وقد اعتنى المشرع بشكلية الإشهار والعلانية، وحرص على أن تقوم بدورها على النحو الأفضل، وذلك لحماية الغير، الذي هو العنصر المعني أساساً بهذه الوظيفة الإشهارية، فالإشهار أو العلانية، يهدف إلى إعلام الغير ببعض التصرفات القانونية الهامة، حتى يتمكن من الاحتجاج بها عليه، وبهذا فإن الوظيفة الإشهارية للشكلية تحقق الوظيفة الاحتجاجية.

إن اختيار المشرع للشكلية لأداء الوظيفة الاشهارية، يستند على مبررين رئيسيين، الأول هو أن الشكلية المعتمدة في هذا الإطار، قادرة على أن تظهر للعلن العمليات القانونية الهامة، وأن تكشف الوضعيات القانونية للحق، أو الشيء المراد التعامل عليه، فيتسنى للغير معرفتها، وغالباً ما يكون ذلك بمجرد اطلاعه على بعض السجلات العامة أو الخاصة، التي تدون بها بعض البيانات التي تفي بالغرض⁽⁵⁸⁾، وعلى سبيل المثال، ما نصت عليه المادة السادسة من نظام التسجيل العيني، حيث نصت على (يكون الاطلاع على بيانات السجل العقاري متاحاً للكافة، وذلك وفقاً لما يحدده النظام واللائحة، ويستثنى من ذلك العقارات التي تحدد الجهات المعنية أنها

سرية) أما بالنسبة للحجية، فقد نصت المادة الرابعة من نظام التسجيل العيني على (يكون للسجل العقاري الحجية المطلقة في الإثبات وفقاً لأحكام النظام).

أما المبرر الثاني، فهو أن هذه الشكلية الإشهارية، تكسب المحرر تاريخاً ثابتاً، يعتمد قانوناً في العمليات المشهورة بموجب السجل، ويتربط على الإخلال بالعملية الإشهارية وعدم احترامها، أن يكون العقد صحيحاً وثابتاً بين أطرافه، ولكن لا يمكن الاحتجاج به على الغير، وهذا ما يلاحظ من خلال المادة الرابعة عشرة، حيث نصت على (يجب التأشير بجميع عقود الإيجار والالتزامات الموثقة نظاماً، التي ترد على منفعة العقار، إذا كانت مدتها (عشر سنوات) فأكثر، والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك في السجل العقاري، ولا تكون هذه الحقوق نافذة ومنتجة لآثارها القضائية والإدارية، إلا بهذا التأشير).

ثانياً: الوظائف المستحدثة للشكلية:

يُعدُّ استحداث وظائف جديدة للشكلية، من أبرز مظاهر تطورها، إذ لم يكتف المشرع بوظائفها التقليدية؛ كالصحة، والإثبات، والاحتجاج، وإنما أسند لها أدوار جديدة، وهي على نوعين، الأولى موجهة للأشخاص، والثانية ترتبط بالحق، ونقف على كل واحدة بإيجاز.

1- الوظائف الموجهة للأشخاص:

من أهم الوظائف الحديثة للشكلية؛ الإعلام، تقوم الشكلية بوظيفة الإعلام للمتعاقد لغاية الإرشاد، عند إجراء أي تصرف قانوني، من أجل حماية رضائه من مخاطر تصرفه لو غابت عنه أي بيانات أو معلومات، تُعدُّ الشكلية من الوسائل المثلى لأداء وظيفة الإعلام، من خلالها يتم النص في العقود والمحررات بكافة الشروط والحقوق والالتزامات، وبكل ما هو ضروري يؤثر في رضا المتعاقد، كما أن الشكلية في أداء وظيفة الإعلام، تحقق الشفافية لجلب الشخص المتعاقد، وقد برزت هذه الخاصية أو الوظيفة الإعلامية في التشريعات المستحدثة، بحيث ساهمت في ظهور الوظيفة الإعلامية للتطورات الاقتصادية، من حيث الارتفاع المتزايد في الإنتاج، وسرعة إبرام المعاملات، والتنظيم المعقد والمتعلق بالقوانين الاقتصادية، وظهور فكرة المستهلك؛ مما جعلت الفرد يعيش نوعاً من الشك، وعدم العلم التام بالقانون، ونطاق تطبيقه، ومن دوافع ظهور وتطور الشكلية الإعلامية؛ ظهور عقود جديدة، وتقنيات من التعاقد لا تخلو من المخاطر، ومن جوانب تقنيات التعاقد عن بُعد، والبيع بالتقسيط، وعقد الإيجار التمويلي، والبيع بالخسارة، والمقاولة من الباطن، ناهيك عن العقود البنكية، فعلى الرغم من أن هذه العقود فيها نوع من التسهيلات، في انتقال الأموال بحكم أنها متكيفة ومتلائمة مع الواقع الجديد، إلا أنها لا

تخلو من المخاطر بالنسبة للطرف المتعاقد، إذا تتطلب الوضوح في الشروط والبنود من أجل اعلام المتعاقد، حتى ينصب الرضاء على ذلك بكل علم ويقين⁽⁵⁹⁾.

ومن دوافع تطور الشكلية بالشق الإعلامي، ظهور متخصصين ومهنيين ومحترفين في كل مجالات الحياة، مقابل أفراد لا يستطيعون الإحاطة بكل المعارف الفنية، فهم بحاجة إلى من يرشدهم إلى هذه المعارف، وليس هناك أفضل من الشكلية خاصة، وتعد الكتابة من الوسائل الشائعة والبسيطة، للإدلاء بالمعلومات إلى المتعاقد الآخر، وهي الأهم والأكثر فاعلية من حيث تنوير المتعاقد⁽⁶⁰⁾، حيث تمتاز الشكلية بالوظيفة المتطورة بالأعلام بعدة خصائص، منها:

أولاً: تتميز المعلومات المكتوبة بصفة الدوام والثبات، وهو ما يسهل على المتعاقد استغلالها والاستفادة منها، فما دامت موجودة بين يديه بصفة مستمرة، فهو لديه الوقت الكافي للاطلاع عليها

ثانياً: تتميز البيانات المكتوبة بالدقة في كتابتها، حيث يتم التوافق عليها مسبقاً، ويتم صياغتها بعناية ودقة شديدة؛ مما يجعل المتعاقد متنوراً في أن يتعاقد أم يتراجع عن التعاقد.

ثالثاً: تتم كتابة المعلومات مرة واحدة للعملية التعاقدية المتشابهة، والإدلاء بالبيانات فيها.

رابعاً: تُعد المعلومات والبيانات المكتوبة، وسيلة إثبات قوية لدى أطراف العلاقة العقدية، وتُعد محرر وفاء للالتزام، كما أنه يحدد ويحصر المسؤولية في حالة نقص، أو خطأ، أو لبس في المعلومات، كما أنها تُعد من مستلزمات العقد⁽⁶¹⁾.

وتُعد الشكلية في نطاق الإعلام، تسير نحو الانتشار الواسع في الوقت الراهن، على حساب المعلومات الشفوية، وأصبحت مفروضة بفعل عدة عوامل: تنسجم مع المبادلات التجارية المعاصرة، التي لا تسمح بالمفاوضات المباشرة بين المتعاقدين، وقيام أحدهما بالأدلاء شفاهة بالبيانات للثاني، كذلك يجب تقديم هذه البيانات مكتوبة قبل إصدار الرضاء في التعاقد، خاصة إذا كانت البيانات مؤثرة على إبرام العقد، أو على أي رضا آخر، فالمعلومات التي يتوصل لها المتعاقد قبل التعاقد بفترة قصيرة، أو بعد إبرام العقد، لن تجدي شيئاً ولن تفيد المتعاقد، ومن الملاحظ، أن المشرع في بعض العقود، أوجب الإعلام كتابة كما هو الحال في الرهون، تطبيقاً لمبدأ التخصيص⁽⁶²⁾، ولم يترك له حرية الاختيار، كما يظهر كذلك في عقود السياحة والسفر.

2- الشكلية وظيفية مستحدثة لإنشاء الحق:

من الوظائف المستحدثة للشكلية المرتبطة بالحق، نجدها في التشريعات العقارية، وتحديدًا العقارات المسجلة، والوظيفة المكسبة للملكية، إلا أن هذه الوظيفة المستحدثة للشكلية، ما زالت لم تطبق في نظام التسجيل العيني السعودي، فهذا النظام لم يجعل من التسجيل سببًا لإنشاء الحق، حسب نصوص النظام، بل بقي متمسكا بالوظيفة الاشهارية للتسجيل، فلم يرتب البطلان على الإخلال بالتسجيل، على الرغم أنه مازال في شد وجذب في تفسير النصوص، بين إنشاء الحق وعلايته.

المطلب الثاني: التطورات الاقتصادية وملائمتها مع نظرية العقد:

لقد سبق القول بأن العلاقات التعاقدية الحديثة شهدت تحولات كبرى قد أفضت إلى بروز أوجه جديدة وصيغ مستحدثة للتعاقد حولت العقد من مجرد وسيلة للمعاوضة إلى أداة للتبادل الاقتصادي مما كان للتطور لاقصادي اثرا على مفهوم العقد وتكوينه نيين ذلك من هذا المطلب الذي يتضمن فرعين، الفرع الأول أثر التطورات الاقتصادية على مفهوم العقد، أما الفرع الثاني فنبين من خلاله أثر التطورات الاقتصادية على مرحلة تكوين العقد

الفرع الأول: أثر التطورات الاقتصادية على مفهوم العقد:

لقد ارتقى العقد من مجرد مصدر للالتزامات، وتقنية قانونية؛ إلى قيمة مالية، وآلية للتعامل الاقتصادي. وساهم هذا التطور في تطور مفهوم العقد، واحتواء المعاملات والمعطيات الاقتصادية⁽⁶³⁾، فعلى صعيد المفهوم الاصطلاحي للعقد، فقد اتصف مفهوم العقد بالجمود على صعيد العديد من التشريعات، مع العلم أن هناك جانبًا من التشريعات أسقط تعريف العقد من نصوصها، بينما التشريع الفرنسي سعى إلى تطوير مفهوم العقد، لكي يواكب ويحتوي التحولات الاقتصادية والتكنولوجية؛ لكي يتلاءم مع التطورات الحديثة والمعاصرة⁽⁶⁴⁾، أما بالنسبة لنظام المعاملات السعودي، فقد تمسك في مفهوم العقد من خلال نظرة الفقه الاسلامي، عندما عرّف العقد بالمادة الحادية والثلاثون كما سبقت الإشارة، أما الفقه المعاصر، فقد اتجه لتعريف العقد، على أنه توافق بين إرادتين أو أكثر، على إنشاء رابطة تعاقدية، مع ضبط شروطها وتحديد آثارها، وتطلق كلمة العقد على العلاقة الرابطة بين شقين، يتم بموجبهما إنشاء الالتزامات وتحويلها وانقضائها.

والمراد بالعقد ليس فقط معناه الدقيق، أي نوع من الاتفاق موضوعه إنشاء التزام ونقل ملكيته، ولا فقط معناه الذي يجعله مساويًا للاتفاق الذي يبرم بين شخصين أو أكثر، ويرمي إلى

إحداث أثر قانوني ما؛ كإنشاء التزام أو نقله أو إنهائه، بل المراد من العقد العمل القانوني، الذي يتجسد في فعل إرادي، يهدف إلى إنتاج أثر قانوني. وبالتالي فإن المراد بلفظ العقد هو العمل القانوني⁽⁶⁵⁾.

وبهذا يمكن القول، بوجود تعريف واسع وتعريف ضيق للعقد، أما التعريف الضيق، فهو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، أما الثاني، فيعرف على أنه توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام ويميز بين الاتفاق والعقد⁽⁶⁶⁾، ويبدو أن نظام المعاملات المدنية السعودي، قد تبنى المفهوم الواسع للعقد، دون المفهوم الضيق، حيث استخدم الاتفاق والعقد مرادفين، وهذا ما يتضح جلياً من خلال أحكام المادة الثانية والثلاثين من النظام، عندما نص على (يتحقق الرضى إذا توافقت إرادتا متعاقدين (أو أكثر) لدهما أهلية التعاقد، وعبر عن الإرادة بما يدل عليها) وعليه يمكن التوصل إلى المعطيات التالية:

- 1- يتولد عن مفهوم العقد عنصر توافق إرادتين أو أكثر، وهو ما يقصي التزام الإرادة المنفردة من نطاق العقد، ويعتد به كتصرف قانوني من جانب واحد فقط.
- 2- توافق الإرادتين لم يحصرها النظام بإحداث أثر قانوني، وإنما استخدم عبارة (ما يدل عليها) والأصل أن يحصرها بأثر قانوني، حتى يؤدي إلى إقصاء اتفاقات المجاملة والصدقة، وتبقى في إطار العقد، حتى يعتد بالأثر الملزم للإرادتين.
- 3- تحدد طبيعة العقد وآثاره، من خلال الإرادة الحرة والصريحة الخالية من العيوب، ولا يستمد العقد وجوده وقوته الملزمة من اعتراف القانون به، وهذا يظهر جلياً عندما اشترط الأهلية بالنص.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن العقود تتعدد من حيث التصنيفات والمعايير المعتمدة، فكانت التصنيفات التقليدية تقسم العقود من حيث تقنيها كالتقسيم بين العقود المسماة وغير المسماة، أو العقود الدولية والداخلية، أو تقسم من حيث تكوينها إلى عقود رضائية وعقود شكلية، أو من حيث آثارها، كالعقود الملزمة للجانب واحد والعقود الملزمة للجانبين، بينما تذهب بعض التصنيفات الحديثة، إلى تمييز العقود من حيث كيفية التعبير عن الإرادة فيها، كالتمييز بين العقود التقليدية والإلكترونية، وبين عقود التفاوض وعقود الإذعان، أو التمييز من حيث بنيتها؛ مثل العقود البسيطة والعقود المركبة من جهة، والعقود الفردية والعقود الجماعية⁽⁶⁷⁾.

وإذا كانت هذه التصنيفات يغلب عليها الطابع الفقهي، فإن بناء العقد على أركان حددها القانون، وهي الأهلية والرضا، والتي لها أصل خارجي اصطلاح على تسميتها بأركان التعاقد، أما المحل والسبب، فهي أصل داخلي، لذا تعرف بأركان العقد بالفعل⁽⁶⁸⁾.

وعليه تبرز المفارقة القانونية، بين عدم تحديث مفهوم العقد من جهة، وتنامي المد الاقتصادي، وتطور تقنيات التعاقد، وتحول العقد من منظور شخصي إلى قيمة مالية اقتصادية من جهة أخرى. وتضعف تلك المفارقة التنافسية لنظام المعاملات المدنية، على الصعيد الدولي، باعتبار أن تنافسية القانون، هي إحدى أهم محددات تنافسية الاقتصاد؛ مما دفع العديد من التشريعات إلى عصرنة مفهوم العقد، لكي يتلاءم مع المعطيات الحديثة، وتحقيق العدالة والأمن القانوني⁽⁶⁹⁾ ومن هذه التشريعات، المشرع الفرنسي، الذي أحدث تعديلات على القانون المدني، وتحديداً على أحكام العقد، من خلال التصورات الفقهية والقضائية، فقد اختلف الفقه الفرنسي في تقديم تعريف موحد للعقد، مما ظهر العديد من التصورات لمفهوم العقد، فقد اعتبر جانب من الفقه، أن العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، فقد تبني هذا التعريف أنصار مبدأ سلطان الإرادة، حيث يعتبر أن القوة الملزمة، وأن النظام القانوني للعقد يرتكزان على إرادة المتعاقدين، وقد تبني هذا التوجه (J.CARBONNIER). كما يتبنى الفقيه (J.GHESTINE) الذي يستعيز عن مبدأ سلطان الإرادة كأساس للعقد، بمفهومٍ النافع العادل، بينما يذهب اتجاه آخر من الفقهاء وهم أقلية ويمثله (روهاث) إلى تغليب المعيار الموضوعي، ويعرف العقد باعتباره عملاً قانونياً مولداً لقواعد، وبين هذين التيارين الفقهيين، برز موقف وسطي يمثله الفقهان (مارتي ورينو) يعتبر أن العقد هو عمل قانوني، يرتكز بالضرورة على توافق إرادة الأطراف، وهو إلى جانب ذلك، واقعة اجتماعية ترتب آثاراً قانونية، وخلافاً لنظام المعاملات المدنية، ميّز المشرع الفرنسي بالمادة 1101 القديمة، بين العقد والاتفاق، فالاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، أما العقد، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام فقط، فكل عقد هو اتفاق، ولكن ليس كل اتفاق عقد.⁽⁷⁰⁾

وأعاد المشرع الفرنسي صياغة نص المادة السابقة الذكر، من خلال صياغة مفهوم من القانون المدني، كما وقع تنقيحه بمقتضى المرسوم المؤرخ في فبراير 2016، الذي دخل حيّز التنفيذ في 10 أكتوبر 2016، باعتباره التقاء إرادتين أو أكثر؛ لإنشاء، أو تغيير، أو نقل، أو انقضاء التزام، مسبباً التشدد على مبادئ الحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد، وحسن النية في

التعاقد، وفي اختيار محتوى العقد وشكله، في نطاق الضوابط التي يضعها القانون، ودون تعارض مع القواعد التي يفرضها النظام العام، وذلك من خلال النصوص 1102، 1103، 1104

فهذا المفهوم المعاصر للعقد، يعكس تغيراً في التوجهات التشريعية، لتنقيح القانون المدني الفرنسي، يعكس توجهًا تحرريًا، ينطوي على نفس اجتماعي، يرمي إلى تحقيق وضمان الأمن القانوني والتوازن العقدي، وتدعيم الحماية القانونية للإرادة، والطرف الضعيف في العقد، وتحقيق العدالة العقدية، كما تأثر التنقيح للقانون المدني الفرنسي الحلول، للأحكام القضائية المستقرة، واستجابة للحاجيات الاقتصادية، ولضرورة تطوير الأحكام القانونية، بما يتلاءم مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية، مسيرة للتشريعات الإقليمية والعالمية المحاطة في فرنسا⁽⁷¹⁾. لذا يشكل الجانب الاقتصادي في تعريف العقد، أهمية لا يمكن تجاوزها، خاصة وأن العقد يُعدُّ اختيارًا عقليًا لتنظيم العلاقات الاقتصادية، وفق معيار الكلفة والنجاعة، لتحديد أبعاده الأخلاقية والاجتماعية والفلسفية. يمثل إنشاء علاقة تعاقدية مبنية على احترام إرادة المتعاقدين، وضمان الاستقرار التعاقدية الهدف الأسمى لكل التشريعات، حماية للحقوق والالتزامات التعاقدية، بإخضاعها لضوابط قانونية في إنشائها، وتنظيمًا للرابطة العقدية، وخلقًا لأرضية وفاقية، بين استقرار الأوضاع القانونية، وتحقيق العدالة التعاقدية.

يعتبر العقد الأداة المثلى لتبادل الخيرات والخدمات، وأضحى يلعب دورًا هامًا في المبادلات الاقتصادية، وظهور اقتصاد السوق، وبروز نظرية التحليل الاقتصادي للقانون. أوضحت المقاربة المعتمدة تراوح بين اعتبار العقد شكلًا من أشكال المبادلة، والمقابل الاقتصادي، والمعاوضة، وبين اعتماد النجاعة من الوجهة الاقتصادية. ولما كان العقد ترجمانًا لحقيقة العلاقات داخل المجتمع، بات من الضروري أن يتفاعل مع تطور هذه العلاقات، وكان لزاماً أن ينظر إلى العلاقات التعاقدية، من خلال توازن القوى الاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة، والاعتراف بانعدام المساواة الفعلية بينهما، متى توفرت المصلحة الاقتصادية والنجاعة المرجوة من العقد (فالفعل الناجع هو الذي يحسن وضعية أحد المتعاقدين على الأقل، حتى وإن عكس وضعية الآخر، شريطة أن يتجاوز قيمة الربح المتولد عن ذلك، قيمة الخسارة الحاصلة للطرف الآخر) وقد آل ذلك أمام زحف المعطى الاقتصادي⁽⁷²⁾

ومن هذا المنطلق، لقد أفرت التطورات الاقتصادية رهانات جديدة، حتمت تصوراً متطوراً للعقد، يساهم في تحقيق التوازن الاقتصادي في العلاقات التعاقدية. وبدأت النظرية العامة للعقد مهيئة للتفاعل مع القواعد الاقتصادية والاجتماعية، رغم ما توفره القوانين الخاصة؛ كقانون حماية المستهلك، وقانون المنافسة؛ من حماية للطرف الضعيف، وهو ما أضعف الأحكام العامة لنظرية العقد، دون أن تؤدي إلى استبعادها، بل أنها تتفاعل معها لتشكّل مصدر الهام وتطوير إيجابي لقانون العقد، بإعطائه حيوية جديدة، وإعطائه أبعاداً اقتصادية، حتمت استحداث آليات قانونية لحماية الإرادة التعاقدية. فقد أضحت الحدود المرسومة بين القانون الاقتصادي وبقية فروع القانون، وخاصة منها المدني؛ غير صارمة، وهو ما يؤكد الحاجة الملحة للتحليل الاقتصادي، للآليات القانونية التي تنظم العلاقة التعاقدية أكثر من أي وقت مضى⁽⁷³⁾.

الفرع الثاني: أثر التطورات الاقتصادية على تكوين العقد:

أما على مستوى تكوين العقد، فإن مرحلة تكوين العقد، لا تتطلب مراقبة حسن تطبيق القانون فحسب، بل أضحت الحرص محاط بسائر المسائل المتصلة بتحرير العقد، وبمضمونه، وسلامة رضا محريه، وتوازن الالتزامات، وهذا ما يظهر جلياً من خلال الرقابة القضائية، وتوسعها في مرحلة تكوين العقد، وإذا نظرنا لنظام المعاملات المدنية السعودي، في إطار تكوين العقد، نجد أنه نهج منهج التشريعات التقليدية التي تتصف بجمود أحكامها، فلم تستحدث ما هو جديد، رغم حداثة هذا النظام في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية، فقد حرص نظام المعاملات المدنية قدر الإمكان المحافظة على التوازن الاقتصادي وفق القواعد التقليدية فنص في المادة الثامنة والستون على (إذا استغل أحد المتعاقدين ضعفا ظاهراً أو حاجة ملحة في المتعاقد الآخر، لإبرام عقد لحقه من غبن، فللمحكمة بناء على طلب المتعاقد المغبون ومراعاة لظروف الحال أن تنقص من التزاماته أو تزيد من التزامات المتعاقد الآخر أو تبطل العقد ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال (مئة وثمانين) يوماً من تاريخ التعاقد، وإلا امتنع سماعها) ومما تجدر الإشارة إليه، أن الحاجة إلى التعاقد لا تتم بمعزل عن الظروف والمعطيات الاقتصادية التي تحيط بالمتعاقدين، فهذه الظروف يضعها كل متعاقد نصب عينيه عند التعاقد، فعلى الرغم من أهميتها كدافع إلى التعاقد، فإنها مؤثرة في إبرام العقد؛ من خلال الشروط المتضمنة فيه، أو الكيفية التي أبرم بها،⁽⁷⁴⁾ وعليه يمكن القول: أن العقد ما كان له أن يبرم أو يتم على النحو الذي تم به، لولا مجموعة المعطيات الاقتصادية التي أحاطت بالمتعاقدين عند إبرامه، فالمعطيات الاقتصادية المحيطة بالمتعاقد، يمكن أن تؤثر في فكره عن العقد عند

التعاقد، فهذه المعطيات متعددة ومتنوعة لا تقبل الحصر، فالفقه صنفها إلى فئتين، الفئة الأولى المعطيات والظروف الاقتصادية العامة، والتي تتصف بالانتشار على المستوى العام، أي معطيات مؤثرة في أكثر من فرد داخل المجتمع، أما الفئة الثانية، فهي معطيات اقتصادية خاصة، أو ما تتصف بالخصوصية، وهي تخص فردًا معينًا، كأن تكون متعلقة بالتعاقد بمفرده⁽⁷⁵⁾.

والظروف والمعطيات الاقتصادية العامة، تتمثل بكل ما هو محاط في إبرام العقد، ويمتد أثرها إلى المجتمع والتعاقد، وأحد الأمثلة على ذلك، ندرة أو وفرة المواد، فهذه الندرة أو الوفرة، تؤثر في الأسعار وفقًا للقانون الاقتصادي، قانون العرض والطلب، وكذلك خضوع بعض المواد للتسعير الجبري، فإذا كانت المواد مسعرة؛ يبقى سعرها كأصل عام ثابتًا، إلى أن تتدخل الدولة في تغيير سعرها، ومن المعطيات الاقتصادية العامة، ما يظهر جليًا عندما تدخل بعض المواد الأولية في بعض الصناعات، مما يؤثر على ارتفاع سعرها، خلافًا لبعض المواد التي لا تُعدُّ هامة في القطاع الصناعي، فتكون أسعارها متدنية، ولا يفوت القول، أن النهج الاقتصادي للدولة له أثر عام على العقود، فإذا كانت الدولة تجعل الغلبة لإيراداتها العامة من الضرائب، يتسم العبء الضريبي فيها بثقله، مما يؤدي إلى ارتفاع كلفة المبادلات، خلافًا للدولة التي تجعل من الضرائب مصدرًا ثانويًا لها، فتكون كلفة المبادلات منخفضة لديها⁽⁷⁶⁾.

أما الظروف الاقتصادية الخاصة، فهي الظروف الاقتصادية الخاصة بذات المتعاقد، ومن صورها وحالاتها؛ إعسار المدين أو إفلاسه، فهذه الحالة قد تدفع بالتعاقد إلى إبرام عقود بغرض إرضاء الدائنين، وبالتالي تكون نظرة المتعاقد المعسر إلى العقد، نظرة تشاؤمية، خلافًا للمتعاقد الموسر ذو النفوذ الاقتصادي، فإنه يتحكم بمضمون العقد، وتكون نظرتة تفاؤلية، ومن المعطيات والظروف الاقتصادية الخاصة، الحالة الصحية للمتعاقد، التي قد تدفعه إلى إبرام عقود تبرع، تؤثر على مركزه الاقتصادي، أو كما هو الشأن في عقود العمل، وتنفيذها في مرحلة مرض العامل، ودخوله في مرحلة التداوي الطويل،⁽⁷⁷⁾ وإذا كانت الظروف الاقتصادية بشقيها الخاصة والعامة، إلا أنها لا تتصف بالثبات والاستقرار، فالتغير والثبات، من أهم ما يمتاز به الظروف الاقتصادية في عصرنا هذا، فكل تغير يلحق بالظروف الاقتصادية، يؤثر في العملية التعاقدية، فإلى أي مدى يؤثر تغيير الظروف الاقتصادية على العملية العقدية؟

مما تجدر الإشارة إليه، أن العقد يُعدُّ أداة لتبادل القيم الاقتصادية، كما أنه وسيلة يحتاط بها المتعاقد من تغير الظروف الاقتصادية وتقلباتها، لذا يحسب المتعاقدون عند إبرام العقود، حساب الزمن في اعتبارهما، عند التعاقد، خاصة في العقود المرتبطة بالمدة، كعقود التوريد، المتعلقة بالمواد الخام، التي يتعاقد المتعاقد على توريدها لفترة زمنية طويلة؛ خشية ارتفاع سعرها، حينها يضع المتعاقد نصب عينيه عامل الزمن، والمتغيرات الاقتصادية بشأنها، وبالتالي يؤدي أخذ عامل الزمن في الحسبان، إلى الاستقرار في العلاقة العقدية، ويتحقق التوازن العقدي، لكن هذا القول لا يؤخذ على إطلاقه، بل يجب أن يتوقف عند حد معين، لأن المتعاقدان اللذان أبرما العقد انطلاقاً من متغيرات في الظروف الاقتصادية، وبينان التوازن العقدي على التغيرات المتوقعة للظروف الاقتصادية، التي تتصف بالظروف المألوفة التي يتوقعها الشخص المعتاد⁽⁷⁸⁾، أما الظروف غير مألوفة، ولا يمكن توقعها من الرجل المعتاد، فهذه الظروف تتجاوز المألوف، مما تؤثر على التوازن العقدي، وخلق اختلالاً اقتصادياً فيه، مما يجب معه إعادة النظر في التوازن العقدي، لذا ذهب كل من الفقه في فرنسا ومصر، إلى القول: أنه إذا كان من المسلّم به، أن المتعاقدين لا يمكنهما أن تجاهل إمكانية التغيرات المستقبلية، إلا أن هناك بعض المعطيات مستقرة نسبياً، ويتعاقد الطرفان على أساس الاستقرار النسبي، هذه المعطيات الثابتة نسبياً، يجب إعادة النظر في التوازن العقدي بشأنها، إن أصابها التغير، المتغيرات غير المتوقعة والطارئة، فإنها تمثل عنصراً مادياً يتجاوز التوقع الشخصي، مما يلزم أن يكون أثره؛ لزم تعديل أحكام العقد، وبهذا يمكن القول، أن الظروف والمعطيات الاقتصادية، هي متغيرة في طبيعتها⁽⁷⁹⁾، لكن إذا تجاوز هذا التغير كل التوقعات، فإنه يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي رأساً على عقب، مما يجب معه تعديل العقد، وملائمته للظروف الاقتصادية، مما يدفعنا إلى التساؤل الآتي: إلى أي مدى يمكن أن تتلاءم النظرية التقليدية للعقد، مع واقع المتغيرات الاقتصادية؟

في واقع الحال، أن المتغيرات الاقتصادية التي تضر بالعقد، تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، مما ينجم عن التعامل مع هذه المتغيرات. وتعديل العقد للظروف الاقتصادية، يؤدي حتماً إلى المساس بمبدأ مقدس، لدى التشريعات التي تأثرت بالمذهب الفردي، وهو العقد شريعة المتعاقدين، لذا فإن ملائمة العقد الذي عصفت به المتغيرات الاقتصادية، يجب أن تركز على فكرة أساسية، تكمن في الظروف الاقتصادية غير المتوقعة، وعلى الرغم من وجهة هذا الطرح، إلا أن الأمر يتطلب تحديد دلالة المتغيرات غير المتوقعة، فما دلالة المتغيرات الاقتصادية غير المتوقعة؟

لقد برز معياران لتحديد دلالة المتغيرات غير المتوقعة، المعيار الأول: المدرسة الإرادية، حيث تبني هذه النظرية طرحها، على أن العقد يجد أساسه في الطرفين المتعاقدين، دون أن يتجاوز حدودهما، مما دفع أنصار هذه النظرية القول: إن المتغيرات الغير متوقعة، تحدد من خلال ظرف كل متعاقد من المتعاقدين، من حيث ظروفه الخاصة، وقدراته الفنية والعلمية، ومدى قدرة إدراكه، مما يستبعد تحديد معيار واحد، تقاس أو تحدد عليه دلالة المتغيرات الاقتصادية غير المتوقعة⁽⁸⁰⁾، مما يجعلنا أمام ظروف متعددة، تقاس من خلالها المتغيرات غير المتوقعة، إلا أن هذا التوجه قد تعرض للنقد، على أساس ما تقول به هذه المدرسة، لأن النظر إلى الظروف الخاصة للمتعاقد، تجعلنا أمام حالات متعددة، ينتج عنها تعدد الحلول واختلاف الآراء. ومن الانتقادات أيضاً، ما تقول به المدرسة بتعديل العقد، حتى لو لم يكن هناك تغيرات غير متوقعة؛ لأن الحكم على المتغيرات بأنها متوقعة أو غير متوقعة، تعود على المتعاقد ذاته⁽⁸¹⁾، فقد يدعى المتعاقد أن المتغيرات غير متوقعة، إذا كانت العملية التعاقدية لم تحقق طموحاته ومكتسباته.

أما المعيار الثاني، فيكمن فيما جاءت به المدرسة الموضوعية، والتي تبني توجهاً لتحديد دلالة المتغير غير المتوقع، من خلال تجريد رابطة الالتزام من أطرافها، والنظر إليها نظرة موضوعية، مما تؤدي إلى خلط الالتزام بمحله، لذا فإن التغير غير المتوقع في نظرهم، هو كل متغير اقتصادي شاذ، أو غير مألوف، أي يتجاوز التغيرات الطبيعية⁽⁸²⁾، تقوم هذه المدرسة على الجانب الموضوعي للظروف، وبالتالي ارتكزت هذه المدرسة في طرحها، على القرينة غير القابلة لإثبات العكس على وجود عدم التوقع، فإذا توفرت القرينة؛ تم تعديل العقد للمتغيرات الاقتصادية غير المتوقعة، بغض النظر عن وضع المتعاقدين، إن كانا توقعا المتغيرات أم لم يتوقعاها، وتتمثل القرينة التي وضعتها المدرسة الموضوعية على عدم التوقع، في أن سبب الاتفاق مفهوم على أساس أنه الهدف الموضوعي للاتفاق، يمسه التغيير مساساً كبيراً، بحيث لا يمكن (إن كان هناك حسن نية) أن يطلب من المدين إنجاز التعهد، وبما يجعل مراعاة استمرار معاني الاتفاق نفسه يتطلب التوقف.

وبهذا التصور، لا ينظر إلى المتغيرات غير المتوقعة من حيث الأطراف المتعاقدة الذاتية، إنما ينظر إلى الظروف المحيطة بالعملية التعاقدية، وقياسها بمعيار الرجل المعتاد، الذي يوضع في نفس ظروف المتعاقد⁽⁸³⁾.

وعلى الرغم من توجه كل من المدرسة الإرادية والموضوعية، في تحديد المتغيرات غير المتوقعة، إلا أننا نرى أن كلا المدرستين، قد اغفلتا جانباً مهماً، يكمن في الآثار التي يتركها المتغير الاقتصادي غير المتوقع على العملية العقدية، وعلى مراكز الأطراف، فقد تترك أثراً يضر بأحد المتعاقدين، ويلحق النفع بالآخر؛ استناداً إلى أن هذا الأثر غير متوقع، وبالتالي يمكن تعديل العقد لتلك المتغيرات.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن المتغيرات غير المتوقعة، هي متغيرات خارج نطاق إرادة المتعاقدين، أي هي متغيرات غير إرادية؛ أي يجب ألا تكون بفعل المدين، أو إهماله، أو خطئه، كما أن المتغيرات الاقتصادية غير المتوقعة لكي تكون دافعاً للمراجعة العقد وتعديله، لا بد من تحقق عجز المدين المتضرر عن مواجهة نتائج التغير. واستناداً لما تقدم، هل يمكن مراجعة العقد وتعديله وفقاً للمتغيرات الاقتصادية غير المتوقعة؟

في واقع الحال، يمكن أن يتم العقد صحيحاً متوازناً عند إبرامه، ثم تحدث تغيرات اقتصادية أو اجتماعية تؤثر على التوازن العقدي، خاصة في العقود الزمنية أو عقود المدة، فهذه المتغيرات ظروف استثنائية غير متوقعة؛ تؤثر على تنفيذ الالتزام العقدي، وتكون مرهقة للمدين، ملحة به الخسائر الفادحة، أو تجعل من تنفيذ التزامه مستحيلاً، نتيجة المتغيرات غير المتوقعة، التي عصفت بالتوازن الأصلي للعقد، وبعبثت المعادلة التعاقدية، لذا كان لابد من انتهاز سبيل تشريعي، يعيد التوازن العقدي إلى العقد، وتحقيق الاستقرار والعدالة العقدية، ويكون ذلك من خلال دور القضاء، يتجسد في ملائمة التقنية القانونية مع المصالح الاجتماعية والاقتصادية، التي يكون مدعواً للنظر في العقد، ومدى مراجعته وتعديله؛ من خلال المقابلة بين المصالح المتبادلة بين طرفي العلاقة العقدية، بمعنى أن للقضاء إمكانية النظر في التغيرات غير المتوقعة، من خلال معيار القياس؛ لتحقيق التوازن بين العدالة التعاقدية في مظهرها الاقتصادي، ومبدأ سلطان الإرادة، ومن خلال معيار القياس، يمكن للقضاء المحافظة على الاستقرار العقدي واستمرارية العقد، من خلال تكريس الطابع الحمائي الاقتصادي، الذي خلاله يمكن للقضاء معالجة الإكراه الاقتصادي، الناجم عن المتغيرات الاقتصادية غير المتوقعة عند إبرام العقد، وفقاً للظروف والمعطيات اللازمة لتنفيذه، بحسب ما اتفق عليه المتعاقدين، إلا أنه يستحيل عليهما حصر وتوقع كل الأحداث والظروف المستقبلية، غير أن الظروف السابقة قد تتغير تغيراً جذرياً أو جزئياً، خاصة في العقود الزمنية، أو عقود المدة، أو غير المحددة بزمان، وتحدث اختلال في التوازن، خاصة على مستوى الأداءات المتقابلة، مما يستوجب تدخلاً قضائياً لتعديل العقد،

فهل منح نظام المعاملات المدنية للقضاء سلطة التدخل لتعديل العقد نتيجة المتغيرات الاقتصادية؟ للإجابة على هذا التساؤل، لا بد من الوقوف على أحكام المادة السابعة والتسعين من نظام المعاملات المدنية السعودي، التي نصت (1- إذا طرأت ظروف استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد، وترتب على حدوثها أن يصير تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، فله - دون تأخر غير مسوغ - دعوة الطرف الآخر 2- طلب التفاوض لا يخول المدين الامتناع عن تنفيذ الالتزام 3- إذا لم يتوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة، فللمحكمة تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين؛ أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول 4- يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف أحكام هذه المادة). مما لا شك فيه، أن وجود نص قانوني، يسمح للقاضي بالتدخل أثناء حدوث ظروف أو متغيرات استثنائية، من شأنه أن يساعد على مزيد من التوسع في نطاق تطبيق تلك الظروف، إلا أنه من ظاهر النص، فقد منع نظام المعاملات المدنية تدخل القضاء، وحصره برد الالتزام إلى الحد المعقول عندما تحل الظروف الاستثنائية في العقد، ويختل التوازن العقدي بين الطرفين، وبهذا يكون القضاء ملزماً بتطبيق النص، المتعلق أصلاً بالقوة الملزمة للعقد، وبالتالي لا يمكن الأخذ بالظروف الاستثنائية، ولو أدى الأمر إلى إرهاب المدين، خاصة وأن النص قد أشار إلى أي تعديل يجب أن يكون من خلال موافقة الطرفين، عندما أحال الأمر إلى التفاوض بين المتعاقدين، وفي هذا تأكيد لمبدأ سلطان الإرادة بمفهومه التقليدي، فالتفاوض الذي أشارت إليه المادة، قد يرتب قناعة لدى الدائنين، بأن عقودهم لا رجعة فيها، وإما لأن المدينين الذين يرمون عقوداً طويلة، يدرجون فيها عادة وبرضاهم وباتفاق عاقدتهم، شرطاً ينص على مراجعة العقد كلما ظهرت ظروف استثنائية، تؤدي إلى الاختلال في الميزان العقدي؛ لذا يمكن القول، أن النظام السعودي قد تمسك بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، خاصة عندما ربط التعديل على العقد لظروف استثنائية، بإرادة الطرفين.

ونظر لموقف المنظم السعودي المتصلب، من خلال المادة السابعة والتسعين، التي ضيق فيها من دور القضاء في تعديل العقد، نتيجة المتغيرات الاستثنائية على العقد، يثور التساؤل، هل من حلول يمكن للقضاء الاستناد عليها لغاية تعديل العقد؟

لقد ظهرت عدة اقتراحات فقهية، لإيجاد مخارج قانونية، تمكن القضاء من التدخل في تعديل العقد، في ظل المتغيرات الاقتصادية الاستثنائية، خاصة أمام تصلب التشريعات ورفضها تدخل القضاء في العملية التعاقدية، فذهب البعض منهم، إلى أن هناك بنداً ضمنياً لاستيفاء العقد،

وبالتالي يمكن للقضاء البحث في المتغيرات الاستثنائية، التي تؤدي إلى إرهاب المدين، هناك من وقف على حسن النية وقواعد الإنصاف، لكي تكون مبرراً لتدخل القضاء في العقد وتعديله⁽⁸⁴⁾، لكن هذا التوجه لم يلق استحساناً من الفقه؛ الذي يرى، أنه لا يمكن للقضاء التدخل على المستوى العملي، كما أن النص المنظم للظروف الاستثنائية، يضع العدالة الحسابية كقيمة عامة. وتتعدد المبادئ العامة للقانون، التي تلج منها السلطة القضائية لتجسم ذلك، كما أن معيار المعقول يجسم كلاً من العدل والإنصاف⁽⁸⁵⁾، ومما تجدر الإشارة إن الأصل بالمتعاقدين اتخاذ كافة الإجراءات الاحتياطية اللازمة لتنفيذ العقد الاقتصادي، إلا أنه من المستحيل توقع كل الظروف والمتغيرات الاقتصادية المستقبلية، فكما سبق القول فإن الظروف السابقة للتعاقد وإتمام العقد قد تتعرض للتغير سواء كلياً أو جزئياً، مما يؤدي إلى الاختلال في الميزان العقدي، مما يؤدي إلى فقدان الاستقرار في العملية التعاقدية، الأمر الذي يجعل من تدخل القضاء أساسياً للمحافظة على حياة واستمرارية العقد، لذا كان من المنظم السعودي أن يتوسع في سلطة القضاء في التدخل وتعديل العقد، خاصة أن القوة الملزمة للعقد غير مطلقة، فلا بد من تدخل القضاء من أجل الحد من التعسف الموجود بشروطه التغريبية، فظهور التعسف بالعقد ما هو إلا نتيجة عدم قدرة القضاء على مراقبة الشروط المدرجة بالعقود مما يترك ذلك أثراً على مؤسسات الدولة بسبب فقدان المدينين الثقة بها، لذا أصبح تدخل الدولة ضرورة ملحة لكي تضمن استمرارية العقد وتنفيذه بشكل عادل لكلا الطرفين من حيث الأرباح والخسائر، كما يجب إكساء العقد ببعد أخلاقي على فرض تمتع الفرد بحرية التعاقد إلا أنه لا يستطيع توظيف هذه الحرية بشكل يتنافى مع الأخلاق، وبنفس الوقت لا يمكن أن يؤدي رضا الطرف الآخر إلى تجاهل التوازن الموجود في العقد، لكن الإشكالية التي تفرض نفسها في هذا الإطار هي مراجعة العقد الاقتصادي في الأساس، فهناك من يعتبر أن التمسك بهذه الحصانة المطلقة للعقد ضد أي تدخل خارجي دون النظر إلى المتغيرات الاستثنائية في الظروف الاقتصادية يؤول إلى انهيار مالي كلي للمدين وبالتالي إلى حالة عدم استقرار من الممكن تفاديها ضماناً لسلامة المعاملات ومصداقيتها، فعدم الاستقرار لا ينجر عن التعديل بقدر ما هو راجع إلى الأزمات الاقتصادية الغير متوقعة التي تفرض على القاضي مراجعة العقد باعتبار أخف الضررين، لذا تعديل العقد غالباً ما يكون الضامن الوحيد لتنفيذه

وعلى كل حال، وبالرغم من النص سالف الذكر، المرتكز على القوة الملزمة للعقد، كان الأجدر بالمشرع السعودي، مواكبة التشريعات الحديثة، ومنها القانون الفرنسي، بالتعديلات الأخيرة،

بمنحه مرونة في تنفيذ العقد، الذي تستجد عليه متغيرات استثنائية من خلال حسن النية، التي تُعدُّ من المبادئ العامة، التي تساهم في تحقق المرونة في تطبيق النص، من خلال منح القضاء صلاحية تعديل العقد، كما يمكن للقضاء الاعتماد على تعديل العقد، انطلاقاً من التفسير الإنشائي للعقود. وخلاصة القول، يمكن للقضاء السعودي التغلب على تصلب المشرع، من خلال أدوات يستخدمها في عمله؛ كقواعد حسن النية والإنصاف.

الخاتمة:

إن أساس التعاقد هو حرية الإرادة، وعلى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، إذ لهما حق مناقشة العقد والجدل فيما يتفقان عليه، وبذلك، فإن حرية التعاقد هي التي تحكم الطرفين، غير أن هذه الحرية التعاقدية، تبقى مقيدة بجملة من الموانع والحدود، التي ترجع لاعتبارات اجتماعي، بالمقابل هناك اعتبارات من شأنها أن تقيد هذه الحرية، وتجعل أحد المتعاقدين متضرراً من تعاقد، وذلك نتيجة السلطة المطلقة للإرادة في تحديد العقد، دون الأخذ بعين الاعتبار، المتغيرات والظروف التي تحيط بالعملية العقدية، على الرغم من التعارض القائم بين كل من المتغيرات ومبدأ سلطان الإرادة، وتحقيق العدالة العقدية، التي كان لها الأثر المباشر على ظهور ما يعرف بأزمة العقد، وهذا ما دفعنا للوقوف على هذا الموضوع، والذي من خلاله توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

- لقد اتسم تصور المشرع السعودي للعقد من خلال إبرامه بالجمود، حيث يفرض مضمونه على أطرافه ويمنع القضاء من تعديله، مما أدى إلى حجب هذا التصور التقليدي كل ترابط بين العقد والمحيط الاجتماعي والاقتصادي.

_تعد التحولات بكل جوانبها الناجمة عن العقود الخاصة والمحيطه بالعقد بقيت خارج النظرية العامة للعقد التي تجد مستقرها في صلب نظام المعاملات المدنية.

_لقد اقتصر المشرع السعودي على الوسائل التقليدية لحماية الإرادة وتحقيق الرضاء الحر من خلال عيوب الرضا التقليدية مستبعدا الوسائل الحديثة (الالتزام بالإعلام، والالتزام بالنصح) خاصة أن الوسائل التقليدية قد أثبتت عجزها، وكان هذا دافعا مباشرا لتفسير حسن النية كوسيلة يعتمد عليها تبرير الالتزامات الحديثة.

لقد عرفت النظرية العامة للعقد في نظام المعاملات المدنية بالجمود وتعد أداة تأطير للعقد فلم يتغير العقد في مبناه ولم يتطور في معناه مما جعله غريبا عن جوانب التطور التقني والاقتصادي لذا كان بالمشرع السعودي أن يعمل على التلازم بين الجانب القانوني والتقني

- هناك تنازع واضح بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي، حول مبدأ سلطان الإرادة؛ دون أن يفقد أهميته، حتى في نطاق المذهب الاجتماعي، الذي ينادي بالتدخل التشريعي والقضائي لحماية الإرادة من التعسف، وتحقيق العدالة العقدية التبادلية.
- لقد عرف مبدأ سلطان الإرادة تراجعاً مطرداً، إثر التحولات الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، التي ساعدت في ازدهاره فترة زمنية مضت.
- لقد ساهم القضاء في تطور البُعد الاجتماعي للعقد، من خلال تدخله في إعادة التوازن العقدي، على الرغم من تقييد سلطاته في بعض الجوانب التعاقدية، في نظام المعاملات المدنية.
- لقد تمسك نظام المعاملات المدنية بالمذهب الفردي، وما ينجم عنه من مبادئ كمبدأ سلطان الإرادة، وهذا يظهر جلياً في العديد من النصوص القانونية، التي سبق الإشارة إليها.
- لقد كان لظهور العديد من العقود الخاصة، أثرٌ على النظرية العامة للعقد؛ مما أدى إلى تقليص فاعليتها.
- إن ظهور البعد الاجتماعي وازدهاره على حساب المذهب الفردي الذي عرف انتكاساً من خلال تقييد الحرية العقدية، حيث إن ما قيل: إن تطور النظم القانونية اتجه نحو تحرير الإرادة من القيود. ليس إلا قولاً نظرياً. وإذا كانت الأوضاع الخارجية قد زال معظمها، فإن هذا يقتصر على ناحية الشكل ولا يزال العقد من حيث الموضوع خاضعاً لقيود قد تكون أشد من قيود الماضي، فتراجع مبدأ سلطان الإرادة أدى إلى تقييد مبدأ القوة الملزمة للعقد، مما نتج عن ذلك تدخل القضاء في العقد

التوصيات:

- يجب على نظام المعاملات المدنية، أن يسعى للتخفيف من صرامة وحدة مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ دون التغاضي عن أهمية مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".
- يجب على المشرع السعودي أن يخرج النظرية العامة للعقد من الجمود وتطوّر أحكامها على نهج التشريعات الحديثة كالتشريع الفرنسي بحيث يسعى لعصرنة العقد أو أحكامه بما يتلاءم مع التحولات الاجتماعية والاقتصادية
- وجب التنصيص على الالتزام بالإعلام في صلب النظرية العامة للعقد كما هو الشأن في التشريع الفرنسي بحيث يتم تنظيم الالتزام بالإعلام من خلال تحديد نطاقه وضبط حالاته
- يجب أن يتقيد كلا المتعاقدين بالحدود التشريعية التعاقدية، التي تضمن العدالة التعاقدية، وتكافؤ وتعادل طرفي العلاقة العقدية، لتحقيق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"
- وجب على نظام المعاملات المدنية أن يتضمن عدة مبادئ جديدة من أجل تفعيل دور القضاء في مراقبة تنفيذ العقد خاصة العقود الاقتصادية من أجل تحقق التوازن العقدي أمام عجز النظرية التقليدية عن معالجة الأمن القانوني والتوازن العقدي.
- وجب على العقد الصحيح المكتمل الشروط أن يقوم على مبدأ المساواة بين الأداءات المتقابلة المحمولة على الأطراف، وأن تكون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ترتكز على أسس أخلاقية ثابتة

قائمة المراجع:

- بديع عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للتوزيع، تونس 2017.
- بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2009.
- خولة بوراوي، التعديل القضائي للعقد، منشورات الأطرش، تونس 2021.
- روسكو باوند، مدخل لفلسفة القانون، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت 1967.
- صبيح المحمصاني، النظرية العامة للموجبات في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت 1983.
- صلوحة بومية، تطور الشككية في القانون المدني، مقال منشور في مجلد مسائل في القانون المدني المعاصر، منشورات الأطرش، 2015.
- عادل الغنواوي، الغير عن العقد في القانون المغربي والمقارن، دار الافاق العربية للنشر، الدار البيضاء.
- عبد الحق الصافي، نظرية العقد، دار السلام للنشر والتوزيع، الرباط.
- عبد الرحمن الشرقاوي، نظرات في القانون نحو مفهوم جديد للقانون المدني، الجزء الأول، مطبعة الأمنية، الرباط 2023.
- عبد الرؤوف اللومي، الإكراه الاقتصادي، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، مجلة تصدرها كلية الحقوق جامعة صفاقس، 2016.
- عبد المجيد المرزوقي، المسار التأويلي للعقد والقانون أنموذجًا، كتاب خمسون عامًا من فقه القضاء المدني، صادر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، مركز النشر الجامعي، 2010.
- الحسن بيهي، الشككية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، دار السلام للنشر، الرباط 2007.
- محمد الحرارشة، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دار العراب للنشر، عمان.
- محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس 2009.
- محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، بيروت 2011.
- محمد حمودة، النظرية العامة للعقد، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للتوزيع، تونس.
- محمد دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2018.
- محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، الإسكندرية.
- محمد سعيد، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار همومه، الجزائر 2003.
- محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام، منشورات مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس.
- محمود جلال حمزة، نظرية العقد في القانون المدني الأردني، عمان 2007.
- مصطفى العوجي، نظرية العقد، منشورات الحلبي، بيروت، 2008.
- متير العياري، الحرية في القانون المدني، مقال منشور في مجلد مسائل في القانون المدني المعاصر، منشورات مجمع الأطرش، تونس 2014.

-نانلة مسعود، تطور الالتزام بالإعلام في العقود، مسائل في الفقه المدني المعاصر، مجمع الأطرش للنشر، تونس، 2015.

-هدى عبدالله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت 2020.

المراجع الأجنبية:

- Philippe Delebecque, Frédéric - Jérôme pansie, droit des obligations, contrat et (11)quasi contrat, 3 éme édition, Litec, Juris — Classeur.
- (B.) REYNIS, « Le droit à l'épreuve technologiques », J.C.P. notariale et immobilière de nouvelles technologies, n° 36, 8 septembre 2000,
- (H.) BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des Contrats après l'or- donnance du 10 février 2016 », R.T.D civ., avril-juin 2016,
- (R.) SCHULZE, « La réforme du droit des obligations en France-Propos introductif d'un point de vue extérieur ». In, La réforme du Droit des obligations en France 5 eme journée FRANCO - ALLEMANDE, Association de legislations comparée, HENRI CAPITANT, 2015.
- B.) FAGES, « Le processus de formation du contrat ». In La réforme du Droit des.
- Bag bag (M); « La déclaration de volonté << source des obligation dans le code des obligation et des contrats, (Essai d'une théorie générale), thèse pou le doctorat d'État en droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques d Tunis, 1993.
- Cass. Civ. 1ère ch, 11 juin 1965, Bull. Civ.. N° 368.
- Ghestin ()): Traité de droit civil, la formation du contrat? LGDJ, 3 éd, Paris, 1993.
- Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Ghabas, Leçons de droit civil.les obligations Tome??, première volume, Montchrestien, 1998.,
- Jacques Ghesin. Traité de droit civil, Le contrat, formation. LGDJ 1988.
- obligations en France, Seme journée Franco-ALLEMANDE, HEN.

الهوامش:

- 1 محمد الزين، النظرية العامة: الالتزامات، العقد، تونس 1997، ص22
- 2 يوسف الزرق، القانون التونسي والتشريع الإسلامي، مسائل في فقه القانون المدني، منشورات الأطرش تونس 2014 ص173
- 3 عبد الرفيق علوي حماية الطرف في عقود الاستهلاك تأصيلا ونشأة وتطورا ومآلا، دار الافاق المغربية، 2023، ص7

4 عبد الرفيع، مرجع سابق، ص 3

5 محمد حمودة، النظرية العامة للعقد، مسائل في فقه القانون المدني، مجمع الأطرش، ص 2014 ص 230

6 منير العياري، الحرية في القانون المدني مقال منشور في مجلد مسائل في القانون المدني المعاصر، منشورات مجمع الأطرش، تونس 2014، ص 119. يُعدُّ الإنسان، أحد مكونات الطبيعة، ويبعث فيها بفعل الحياة، مما يجعل الحق في الحياة أولوية مطلقة، تقع الحرية بعده، ولا معنى لها بدونه؛ فلا معنى للحرية في غياب صاحب الحق فيها، وهي في هذه الناحية مفهوم نسبي، يجد سبب وجوده في علاقة الإنسان.

7 إن المقارنة بين العقد بالقانون، هي فكرة تقليدية: ففي مدونة جوستنيان، يتكلم عن العقد كشريعة للمتعاقدين، ولقد طور الفقهاء الميترافيزيقيون في القرن التاسع عشر، الذين اعتبروا حرية الإرادة الفردية النقطة المركزية في القانون، فقاموا بتنقيح هذا المفهوم، مما دفع الفلاسفة إلى القول: أنه من المستحيل التفرقة بين العقود والقانون الصادر عن مجلس الشعب، فعملية العقود هي عملية تشريعية، فالذي يعد عقد شركة تضامن أو نظام شركة مساهمة، يصوغ في الواقع قانوناً لعدد من الأشخاص. انظر روسكو باوند، مدخل لفلسفة القانون، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت 1967، ص 184.

Jacques Ghesin. Traité de droit civil, Le contrat, formation. LGDJ 1988. N° 41. (2)166, 1 8

9 روسو باوند، مرجع سابق ص 179.

10 محمد دغمان، إلزامية العقد دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018 ص 3

Jacques Ghesin. Traité de droit civil, Le contrat, formation. LGDJ 1988. N° 41. (2)166, 1 11

12 إن الأصل في القانون المدني هو الحرية والإباحة والجواز، بما يجعل الحد من الحرية استثناءً، والقيد الذي يضع لقاعدة التأويل المقيد بما يمنع في تطبيق القواعد وتأويلها، تجاوز قدر الاستثناء ومضمونة مدّة وصورة، ويكون مبدأ الحرية أصلاً للعديد من المؤسسات والأصناف المتفرعة عنه: كحرية التعاقد، وحرية الزواج، وحرية التملك، وحرية ممارسة الحقوق الفردية، وغيرها. ويقوم مبدأ الحرية، على هيمنة النزعة الفردية على المصادر المادية، التي أثرت في عملية تدوين الأجزاء الرئيسية في نظام المعاملات المدنية السعودي. في مجال العقود، تبنى النظام مبدأ سلطان الإرادة، وهو وليد المذهب الفردي

Philippe Delebecque, Frédéric - Jérôme pansie, droit des obligations, contrat et (11) quasi contrat, éme édition, Litec,

63]uris - Classeur, 2003, p. 32

13

Ghestin (J): Traité de droit civil, la formation du contrat? LGDJ, 3 éd, Paris, 1993, P 48 14

15 يُعدُّ مبدأ الرضائية من المبادئ الذي عرفها القانون الفرنسي في القرن السادس عشر، وقد اشتهر (لوازيل) بمقولته المشهورة " يربطون الناس بالكلام، كما تربط الثيران بالقرون، فمجرد الوعد أو الاتفاق، يعادل العقود اللفظية في القانون الروماني) انظر هامش 14 ص 26، لكن في الوقت الحالي في فرنسا، نجد أن الاتجاه التشريعي عاد إلى الشكلية: بسبب ظهور العديد من العقود الخاصة، وظهور صيغ شكلية متعددة الأهداف، والتي لا تتوقف على صحة قيام العقد، بل على إثباته وإعلانه، أما الفقه الإسلامي، فقد اعتبر الرضى هو الأصل في إنشاء العقد، مستنداً في ذلك على القرآن الكريم والسنة النبوية. انظر صبيحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت 1983، ص 282.

16 البعض يرى أن المساواة، هي تلك المساواة الحقيقية المجسمة وليست المساواة الشكلية العددية، فوضع أحكام خاصة للمرأة في نظام العمل، لا يعتبر خرقاً للمساواة: لأنها لا تتعرض للرجل، وإنما هي أحكام تعتد بخصوصية الحالات الخاصة وظروف الأحوال، وتحقق المساواة مبدئياً بالقانون، عن طريق التصحيح بها، والالتزام بمضمونها، بأحكام يرتقي بها المشرع إلى المرتبة الدستورية. انظر منير العياري، مرجع سابق، ص 143.

Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Ghabas, Leçons de droit civil.les obligations Tome? première 17

volume, Montchrestien, 1998, p. 109

- 18 مصطفى العوجي، نظرية العقد، منشورات الحلبي بيروت، 2008 ص 280
- 19 خولة بوراوي، التعديل القضائي للعقد، منشورات الأطرش، تونس 2021، ص 55.
- Cass. Civ. 1ère ch, 11 juin 1965, Bull. Civ.. N° 368 20
- 21 عبد الحق الصافي، نظرية العقد، دار السلام للنشر والتوزيع، الرباط، ص 33.
- 22 منير العياري، الحرية في القانون المدني، مقال منشور في فقه المسائل في القانون المدني، منشورات مجمع الأطرش، تونس، ص 177.
- 23 لقد ظهر العديد من الحقوق في نطاق التطورات الحديثة على نظرية العقد، منها حق العدول، فهو من الحقوق المستحدثة المتصلة بالنظرية العامة للالتزامات، والمرتبطة بفكرة التكوين التدريجي للعقد، فهو حق قديم مرتبط أصلاً بفكرة بيع الخيار، وتبنيها التشريعات الحديثة المتعلقة بحماية المستهلك، وقد مثل حق العدول، صدمة لدارسي نظرية الالتزامات، وأحدث ثورة في النظريات الكلاسيكية؛ من خلال تقويض فكرة الوفاء بالالتزام، والبحث عن وعي متبصر عند إبرام العقد، وتحقيق أوفر الضمانات للمستهلك، بوصفه الطرف الضعيف في عقود البيع، التي تزداد فيها احتمالات الغش والتحايل، التي يمارسها عمالقة التوزيع. أنظر سامية الغندري، أجل التفكير من خلال الأحكام المنظمة للعقود بين المهنيين والمستهلكين، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، تونس 2002، ص 8.
- 24 عبد الرحمن الشرقاوي، نظرات في القانون نحو مفهوم جديد للقانون المدني، الجزء الأول، مطبعة الأمانة الرباط، 2023، ص 69.
- 25 محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، دراسة تحليلية، دار النشر غير مذكورة، بيروت، 2011، ص 20.
- 26 من صور العقود الخاصة العقود المتسلسلة، التي تتكون من عقود موحدة؛ لوقوعها كلياً أو جزئياً على شيء واحد، وهذه السلسلة تكون متجانسة، وتشمل في هذه الحالة العقود التي تقع على شيء واحد، ولكنها من طبيعة مختلفة، كعقد شراء لوازم البناء، هنا يتحقق عقد البيع وعقد البناء وفي ذلك مقابلة، ثم قد يتبعه تنازل صاحب المشروع، تنازل من صاحب المشروع عن البناء عن طريق البيع، وقد يتولى المشتري إعطاء الغير حق الانتفاع بالمبيع، وفي ذلك عقد الإيجار، انظر محمد حسين الحاج، مرجع سابق، ص 14.
- 27 يرى الفقه القانوني، أن العقد لا يقوم على إرادة الأطراف فحسب، بل إنه يدور حول المصلحة الاقتصادية والمنفعة المادية والأدبية؛ فالإرادة وحدها لا تؤسس العقد، لأنه ترجمة للتبادل الاقتصادي، ولما كان العقد موطئاً لأهداف اقتصادية، كان لزاماً أن يدمج بالصفة الاقتصادية، وتخليصه من البطلان، التي قد تحول دون تحقيق المنفعة منه. انظر بديع عباس، ص 215.
- 28 ويرى بعض الفقهاء، أن التحليل الاقتصادي للقانون، ظهر بالأساس في ستينات القرن الماضي في الولايات المتحدة الأمريكية، وكان الهدف المتوخى من ذلك، هو فهم المناخ المعقد للقواعد القانونية، التي تؤثر الفاعلين الاقتصاديين، فإن اقتصاد القانون يقود إلى تحليل اقتصادي للقانون، في حين أن القانون الاقتصادي مرتبط بالتحليل القانوني للاقتصاد. انظر عبد الرحمن الشرقاوي، مس، ص 127.
- 29 خولة بواربي، مرس، ص 34.
- 30 خولة بروي، مرجع سابق، ص 35.
- 31 محمد حمودة، مرجع سابق، ص 233.
- 32 محمد حمودة، مرجع سابق، ص 238.
- 33 عادل الغنوي، الغير عن العقد في القانون المغربي والمقارن، دار الأفاق العربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، ص 266.
- 34 محمد حمودة، مرجع سابق، ص 238.
- 35 هناك جانب من الفقه في فرنسا، يستبعد سلطان الإرادة كأساس للعقد بالمفهوم النافع العادل، بينما ذهب جانب من الفقه ويعد أقلية، ويمثله روهاث، إلى تغليب المعيار الموضوعي، ويعرّف العقد باعتباره عملاً قانونياً مولداً لقواعد، ثم ظهر موقف وسطي، يمثلته الفقهان مارني ومورنو، يعتبر أن العقد هو عمل قانوني، يرتكز بالضرورة على توافق إرادة الأطراف، وهو إلى جانب ذلك واقعة اجتماعية ترتب آثاراً قانونياً. انظر بتوسع محمد حمودة، النظرية العامة للعقد، مقال منشور، مجلد مسائل في القانون المدني، منشورات الأطرش، تونس 2015، ص 241.
- 36 تُعدُّ الإرادة أساس التعاقد، يجب على القاضي احترامها والبحث عنها، والتمعن فيها، وتحليلها وتأويلها عبر قناعات الأطراف الظاهرة والباطنة، فالإرادة وليدة عملية فكرية، تمكن من التفكير في التصرف القانوني، وتحديد معطياته وتقييمها، قبل الإقدام على التعاقد،

وتشكل بالتالي جوهر العقد، باعتباره شريعة أطرافه، بديع عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش للتوزيع، تونس 2017، ص 55.

37 خولة بواري، مرجع سابق، ص 15.

38 عبد الرحمن الشرفاوي، نظرات في القانون نحو مفهوم جديد للقانون المدني، الجزء الأول، القانون حارس الاقتصاد، دار السلام للنشر، الرباط 2023، ص 47.

39 يحتل المعطى الاقتصادي مكانة، ما انفكت تهيمن على مرحلة تكوين العقود، ورسم نطاق القوة الملزمة للعقد، وضبط حدود مبدأ سلطان الإرادة، فالقيمة المالية المتكاملة لبعض العقود، تحتم امتداد انعقادها في الزمن، لدقة التفاصيل وتشعب المفاوضات كما هو الحال في عقد الشركة. أنظر بديع عباس، مرجع سابق، ص 24.

40 محمد دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2018، ص 113.

41 هامش رقم 30، من كتاب التعديل، ص 16.

42 محمد حمودة، مرجع سابق، ص 246.

43 إذا كان المنظم السعودي كغيره من التشريعات الحديثة، قد أقر بمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه لم يطلق العنان لهذا المبدأ، بل هناك جوانب فرضتها تدخل النصوص القانونية؛ لتخفف من حدة القوة الملزمة للعقد، ذلك لتحقيق المصلحة الاجتماعية والتوازن العقدي، وأقرب مثال على ذلك، ما جاء بأحكام عقد العمل، الذي نظمها المشرع وفق أحكام نظام العمل السعودي.

44 من الآليات الجديدة، التي أحدثها الفكر القانوني لحماية التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية، الإكراه الاقتصادي، الذي يعتبر من إبداعات الفقه والقضاء الفرنسي، قبل أن يتدخل المشرع الفرنسي بالتعديل بموجب الأمر 10 فبراير 2016، للأخذ بهذا المفهوم في المادة 1142 والمادة 1143 من المديني الفرنسي، وبأني اعتماد هذه الآلية في إطار تعزيز المفهوم الجديد للنظام العام الاقتصادي الحمائي، حيث جعل الإكراه الاقتصادي من عيوب الإرادة. عبد الرؤوف اللومي، الإكراه الاقتصادي، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، مجلة تصدرها كلية الحقوق جامعة صفاقس، 2016، ص 91.

45 لا ينحصر العقد على أنه مجرد ارتباط أو توافق إرادتين، بل أصبح آلية تحقق، علاوة على مصالح الأطراف المتعاقدة، مصالح مختلفة اقتصادية واجتماعية، كما أنه يُعدُّ عملية اقتصادية مؤسسة على التوازن الاقتصادي بالصفة المادية والذاتية للقيم المتبادلة، فالوظيفة الاجتماعية للعقد، تجد جذورها في فلسفة جان جاك روسو، ووظيفة اقتصادية تتمثل في أنه وسيلة لتبادل الخيرات والخدمات، وهما وظيفتان تحولان دون إعدام العقد والتخلص منه، هامش رقم 3، ص 384 كتاب عباس.

46 تعتبر العقود التعسفية تلك الشروط العامة، ويقصد بهذه الشروط بأنها تبرز في شكل قائمة من الشروط المدرجة بالعقد أو الملحق به، وتجد هذه الشروط خاصة في عقد، وتأخذ هذه الوثيقة شكل بطاقة طلب أو فاتورة، أو حتى وثيقة إخبارية، وبالتالي فإن الطابع التعسفي لهذه الشروط لا يكمن في محتواها، ولكن في الطريقة المبتكرة من طرف من يضعها، بالإضافة إلى عقود الإذعان، نجد كذلك ما يسمى بالعقد النموذجي، وهي عقود تحرر من السلطات الإدارية أو هيكل مهني، لينخرط فيه الطرف المذعن، انظر هامش 527، من كتاب التعديل، ص 172.

47 عبد الحق الصافي، نظرية العقد، الجزء الأول، دار السلام للنشر الرباط، 2017، ص 30.

48 بديع عباس، مرجع سابق، ص 26.

49 هدى عبد الله، نظرية العقد بين الماضي والحاضر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت 2020، ص 31.

50 محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس 2009، ص 61.

51 محمد بقيق، مرجع سابق، ص 61.

52 يعتبر الشكل أو الشكلنة، عنصر أمن وسلامة تبادل الثروات، بالنسبة لعنصر الأمان في التصور التقليدي للالتزام، يكمن في العلاقة الشخصية التي يتأسس عليها هذا الالتزام، والثقة المتبادلة القائمة بين طرفيه، من ذلك أن التيار التقليدي كان يعتمد مبدأ الرضاينة في

التعبير عن الإرادة، غير أن التصور الذاتي للالتزام، الذي كان يكتفي بالسلامة الثابتة، أصبح مهدد بتحديات الحياة الاقتصادية الحديثة، المتمثلة في تسارع وتنوع وتعدد المعاملات، ما نجم عن تصور ثانٍ لسلامة المعاملات، وهي السلامة الحركية، المتجسمة خاصة في ما يسمى بالشكلنة، التي أصبحت خير واقٍ لسلامة المعاملات، وأحسن ضامن لأمان تبادل الأموال بين الذمم. أنظر محمد بقبق، مرجع سابق، ص 67.

53 صلوحة بومية، تطور الشكلية في القانون المدني، مقال منشور في مجلد مسائل في القانون المدني، منشورات الأطرش 2015، ص 653.

54 لحسن بيهي، الشكلية في ضوء قانون الشركات التجارية المغربي، دار السلام للنشر الرباط، 2007، ص 28.

55 صلوحة بومية، مرجع سابق، ص 657.

56 تعد عبارة التضخم التشريعي عبارة معاصرة، فإنها تعبر في المقابل عن حقيقة قديمة جداً، فالشغف بالتقنين القديم، فقد شهدت الإنسانية منذ قرون تأرجحاً وتردداً بين القانون العرفي والقانون المكتوب. تنافس أدى في النهاية إلى هيمنة الأخير. فكتابة التشريع وعرضه على العموم بدأ منذ وقت طويل، فعلى سبيل المثال، ما حصل لدى الصينيين عندما جمعوا أكبر قد من النصوص في مجلة واحدة، ومن هذا المنطلق، فإن التضخم التشريعي، يعكس تعاظم تدخل المشرع في كل تفاصيل الحياة بالنسبة للفرد، مما يوحى ذلك بأنها ظاهرة مقلقة، وفي الحقيقة، كل تضخم مدموم مثل التضخم الاقتصادي أو المالي، أنظر نوفل بن أحمد، التضخم التشريعي، مقال منشور في رؤية موضوعية للقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجمع الأطرش، تونس 2021، ص 127.

57 لقد نص نظام الأحوال المدنية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/7 بتاريخ 20/ 4/ 1407 هـ، قرار مجلس الوزراء رقم 1 بتاريخ 11/ 1/ 1407 هـ، في المادة الأولى منه على (الواقعة هي حصول الميلاد أو الزواج أو الطلاق أو فقد الجنسية أو استردادها أو الوفاة وكل حادثة يوجب هذا النظام أو لائحته التنفيذية تسجيلها وكذلك جميع ما يتفرع عما سبق من طوارئ وحوادث وما يستلزم تعديلاً في سجلتها).

58 محمد الحارشة (الحراشة؟)، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دار العوالم للنشر عمان، السنة غير مذكورة، ص 118.

59 يعتبر الإعلام مفهوماً متجدداً، يجمع بين القدم والحداثة، فهو ليس وليد سياسة تشريعية حديثة، بل هو مرتبط في ظهوره بظهور العقود الخاصة، وتحديدًا عقد البيع، فهذا العقد الذي اعتبره رجال القانون عقداً موغلاً في القدم، ضارباً في الحداثة، فهو الميزة التي يتصف فيها عقد البيع، امتدت ليصطبغ بها مفهوم الإعلام، فتجلت مظاهر اعتماده عبر التاريخ انطلاقاً من القانون الروماني، عندما كان البائع يلتزم بالتصريح علناً في الأسواق بعيوب الدابة، انظر نائلة بن مسعود، تطور واجب الإعلام بالعقود، مقال منشور في مسائل معاصرة في فقه القانون المدني، مجمع الأطرش تونس، 2015، ص 310.

60 نائلة مسعود، م، س، ص 310.

61 بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقدين والمستهلك، مطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 2009، ص 39.

62 نصت المادة الثانية من نظام الرهن التجاري على (تسري أحكام النظام على عقد الرهن المكتوب، الواقع على مال منقول، ضمناً لدين اقتصادي بالنسبة للمدين الخ).

63 محمد حمودة، مرجع سابق، ص 223.

64 من المعلوم أن النظرية العامة للعقد، قد تأثرت بنظرية العولمة القانونية والاقتصادية، وتلاشت نظرية (وطنية القانون)، وانخرطت القوانين في مسار التحديث. كما يشهد العالم اليوم زخماً معلوماتياً مذهلاً وتنامياً ملحوظاً في مجال الاتصالات والمعاملات، وتفاعلاً لا متناه مع إشعاع التجارة الإلكترونية، وظهور الاقتصاد اللامادي، واتساعاً كونياً لرقعة المبادلات التجارية، مما ادخل أنماطاً جديدة من التعامل على بعد لم تكن معروفة، ولا حتى متوقعة، ما اعتبر ثورة ثالثة بعد اكتشاف الطباعة والثورة الصناعية، انظر

(B.) REYNIS, « Le droit à l'épreuve technologiques », J.C.P. notariale et immobilière de nouvelles technologies, n° 36, 8 septembre 2000, p.1265

65 عبد المجيد المرزوقي، المسار التأويلي للعقد والقانون أنموذجاً، كتاب خمسون عامًا من فقه القضاء المدني، صادر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، مركز النشر الجامعي، 2010، ص 736.

66 وبالرغم من أهمية العلاقات بين أفراد المجتمع، فإن المنظم السعودي قد نظر للعقد من حيث ضبط أركانه، علماً أن العديد من التشريعات لم تنص على تعريف شامل للعقد، فقد تأثر مفهوم العقد بتطور مفهوم الالتزام في الأنظمة القانونية، حيث عرف في الأنظمة الشخصية، على أنه رابطة شخصية بين شخصين، أحدهما يفرض على الآخر، وهو المدين أداء خدمته أو الامتناع عنها، فالعقد شريعة المتعاقدين، ولا ينجر عنه ضرر أو نفع للغير، وعلى الرغم من ذلك، فقد تعرض هذا الطرح لانتقادات، مما أدى إلى ظهور طرح موضوعي، يفيد بأنه رابطة قانونية بين دائن ومدين، محله ليس شخص المدين، وإنما ذمته المالية، وهذا مع يتجاوب مع الفقه الإسلامي، ناهيك أنه يستجيب مع التطورات الاقتصادية، وضرورة تكريس أمن حركي، عوضاً عن أمن مستقر، انظر:

Bag bag (M); « La déclaration de volonté >> source des obligation dans le code des obligation et des contrats, (Essai d'une théorie générale), thèse pou le doctorat d'État en droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques d Tunis, 1993, p 106

67 محمود جلال حمزة، نظرية العقد في القانون المدني الأردني، عمان 2007، ص 44.

68 محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام، منشورات مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس، ص 13، ويرى محفوظ بأن أن التعريفات والتصنيفات مسائل في أصلها فقهية، في حين الأركان من المسائل القانونية، وبالتالي فإن دراسة العقد قائمة على الجانب الفقهي والقانوني.

69 خولة بوازي، مرجع سابق، ص 7.

70 محمد حمودة، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 241.

(H.) BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des Contrats après l'or- donnance du 10 février (1) 71 2016», R.T.D civ., avril-juin 2016, p.p.247 et s

(R.) SCHULZE, « La réforme du droit des obligations en France-Propos introductif d'un point de vue extérieur ». (2) 72 In, La réforme du Droit des obligations en France 5 eme journée FRANCO -ALLEMANDE, Association de legislations comparée, HENRI CAPITANT, 2015, p.p. 11ets

B.) FAGES, « Le processus de formation du contrat ». In La réforme du Droit des) 73

obligations en France, Seme journée Franco-ALLEMANDE, HENRI CAPITANT, 2015, p. 41 et s

74 أحمد بالحاج، القاضي المدني وتنفيذ العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، 2008، ص 44

75 عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر العربي 1971، ص 77

76 عبد السلام الترماني، مرجع سابق ص 77

77 أحمد بالحاج، مرجع سابق ص 117

78 عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 44

79 حسب الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة، على الالتزام العقدي، مطبعة الجيزة، الإسكندرية 1979 ص 218

80 عبد السلام الترماني، مرجع سابق ص 126

81 حسب الرسول الشيخ الفزاري، مرجع سابق، ص 206

82 نزيه مهدي، محاولة التوفيق بين المذهب الشخصي والموضوعي، مقال منشور مجلة القانون والاقتصاد، السنة 49، العدد الثاني، 1979، ص 79

83 نزيه مهدي، مرجع سابق، ص 81

84 أحمد بالحاج، مرجع سابق ص 310

85 أحمد بالحاج، مرجع سابق، ص 311